Utrecht University Library
Partner in Science
Universiteit Utrecht

De Nederlandsche rechtspraak, gebracht op de artikelen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

https://hdl.handle.net/1874/322321

G 5-II

DE NEDERLANDSCHE

RECHTSPRAAK,

GEBRACHT OP DE ARTIKELEN VAN HET

WETBOEK

VAN

BURGERLIJKE RECHTSVORDERING

DOOR

Mr. W. VAN ROSSEM Bz.,

ADVOCAAT, PROCUREUR EN KANTONRECHTER-PLAATSVERVANGER
TE 'S-GRAVENHAGE.

DERDE DEEL.

(Art. 199—348.)

VIERDE DEEL.

(Art. 348—620.)



's-GRAVENHAGE,
GEBR. BELINFANTE.

1886.

MOLENGRAAFF-INSTITUUT VOOR PRIVAATRECHT

MOLENGRAAFF INSTITUUT
VOOR PRIVAATRECHT
NIEUWE GRACHT 60
UTRECHT

DE NEDERLANDSCHE RECHTSPRAAK

BETREFFENDE HET

WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING.

-burgerlijk proces

Gedrukt bij GEBR. BELINFANTE, voorh.: A. D. SCHINKEL.

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT
0704 0136

347.91/.95(492)

(1) G 5 # 2
Kast 1 Molengraaff

DE NEDERLANDSCHE

RECHTSPRAAK,

GEBRACHT OP DE ARTIKELEN VAN HET

WETBOEK

VAN

BURGERLIJKE RECHTSVORDERING

DOOR

Mr. W. VAN ROSSEM Bz.,

ADVOCAAT, PROCUREUR EN KANTONRECHTER-PLAATSVERVANGER
TE 'S-GRAVENHAGE.

DERDE DEEL.

(Art. 199—348.)



MOLENGRAAFF INSTITUUT
VOOR PRIVAATRECHT
NIEUWE GRACHT 60
UTRECHT

's-GRAVENHAGE,
GEBR. BELINFANTE.

1886.

Art. 199.

1. De rechter in appèl (vernietigende een vonnis van den eersten rechter, ter zake van het niet pertinente en concludente van een bevolen getuigen-verhoor) is niet ambtshalve verplicht, in plaats van het geschil ten principale te beslissen, eenig ander bewijs op te leggen, indien door de belanghebbende partij daartoe in de instantie van appèl geen verzoek is gedaan of conclusie genomen.

Arr. v. 3 Febr. 1843, W. n°. 379; v. d. H., *B. R.*, dl. IV, p. 298—306.

2. Wanneer door den rechter ambtshalve eene expertise is bevolen tot staving eener vordering en daarin door den gedaagde is berust, is deze niettemin bevoegd, indien daartoe anders termen zijn, na afloop der expertise, tot staving zijner verdediging, een getuigenbewijs te vragen; — kunnende de admissie van een dier middelen (expertise of getuigen-verhoor), geenszins de uitsluiting van het andere in zich bevatten.

Arr. v. 7 Maart 1844, W. n°. 491, R., dl. XVII, § 53; v. d. H., *B. R.*, dl. IV, p. 216—238; (vernietigende het daartoe betrekkelijk arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 8 Sept. 1842, R. B. jg. 1842, dl. IV, p. 705 sqq. en het vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 5 Jan. 1842); idem, wanneer aanvankelijk een getuigen-verhoor had plaats gehad, hetwelk het geschil niet tot genoegzame klaarheid had gebracht, en de rechter, alvorens de hoofdzaak te beslissen, het incidenteel verzoek van eene der partijen, om gerechtelijke plaatsopneming, heeft toegewezen — bij arr. v. 19 Jan. 1855, W. n°. 1618. — In gelijken zin (als bij voormelde arr°. van den H. R.) bij arr. van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 13 Nov. 1844, W. n°. 561; idem bij vonnissen van de Arr.-R. Maastricht, v. 27 Maart 1845, W. n°. 615 en v. 13 Dec. 1855, W. n°. 1758; idem van Amsterdam, v. 8 Nov. 1852, R. B. jg. 1853, p. 40—47, waarbij is beslist, dat de enquête is admissibel, al moge het waarschijnlijk zijn, dat later het *casu quo* wetenschappelijke der verklaringen, van het feitelijke zal moeten worden afgescheiden en het eerstgenoemde aan het onderzoek van deskundigen zal moeten worden onderworpen.

Vgl. navolgende beslissingen:

Wanneer èn eene expertise èn eene enquête noodig is, is het geoorloofd de eene te doen voorafgaan en de andere op te schorten, totdat de uitkomsten der expertise bekend zullen zijn.

P. H. v. N.-Holland, v. 13 April 1871, W. n°. 3342.

De rechter is bevoegd om, bij ontzegging der vordering (wegens onbestemdheid der gestelde feiten) tot gerechtelijke plaatsopneming of bericht van deskundigen, omtrent diezelfde daadzaken *ambtshalve* een getuigen-verhoor te bevelen.

P. H. v. Zeeland, v. 26 Juni 1855, R. B. jg. 1856, dl. VI, blz. 442—444. — Cf. art. 46 B. R., arr. v. 10 Nov. 1848, sub nº. 5.

3. De bepaling van art. 778 B. R. derogeert noch aan de regelen, voor alle incidenteele vorderingen, bij de artt. 247—249, noch aan die omtrent het getuigen-bewijs, bij artt. 199 en volgg. B. R, voorgeschreven.

Arr. v. 3 Jan. 1845, W. nº. 591; R., dl. XIX, § 65; v. d. H., *B. R.*, dl. VI, p. 223—234. — Cf. art. 778 B. R., arr. van denzelfden datum sqq.

4. De rechter kan eene partij, die den gestelden termijn om het getuigenbewijs te leveren laat verloopen, tot de verdere levering daarvan onbevoegd verklaren, en is niet verplicht telkens eene nieuwe toelating van getuigen-bewijs te bevelen.

Arr. v. 4 Dec. 1845, W. nº. 667; R., dl. XXIII § 43; v. d. H., *B. R.*, dl. VII, p. 199—214. — Vgl. ook hiermede een vonnis van 't Ktg. no. 2 Amsterdam, v. 29 Juni 1846, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 578—580, waarbij is beslist, dat de partij, die alleen door het dagvaarden van getuigen aan eene interlocutoire uitspraak, waarbij *in het algemeen* het leveren van bewijs ambtshalve was bevolen, heeft voldaan, bij het niet toelaten van die getuigen, verstoken is van de gelegenheid om haar recht langs andere wegen te bewijzen en haar mitsdien in dien stand van zaken hare vordering moet worden ontzegd. — Cf. art. 209 B. R., arr. van 't P. H. v. Limburg, v. 9 Jan. 1844, en art. 404 B. R., vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 3 Juni 1852, sub nº. 2.

5. Het bevel tot getuigen-vehoor, ambtshalve door den *judex facti*, *casu quo*, te geven is facultatief.

Arr. v. 8 Jan. 1846, W. nº. 690; R., dl. XXIII, § 34; v. d. H., *B. R.*, dl. VII, p. 245—265; idem v. 10 Nov. 1848, W. nº. 977; R., dl. XXXII, § 5; v. d. H., *G. Z.*, dl. VIII, p. 109—130.

6. Door den rechter kan, althans *d'office*, noch getuigen-bewijs, noch onderzoek van deskundigen worden bevolen, indien niet is gepraeciseerd waaromtrent een en ander zou moeten loopen, en de

rechter buiten de mogelijkheid is, om dat gemis ambtshalve aan te vullen.

Arr. v. 22 Nov. 1849, W. n°. 1095; R., dl. XXXIV, § 43; v. D. H., *B. R.*, dl. XI, p. 65—75; idem v. 23 Juni 1854, R., dl. XLVII, § 48, bevestigende een arr. van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 12 Jan. 1853, R. ut supra, waarbij is beslist, dat, met het oog op art. 199 B. R., hetwelk niet op zich zelf, maar (in zaken van gewone behandeling) in verband moet worden beschouwd met de volgende artt. 202 en 203 B. R., eene conclusie (daartoe strekkende, dat men worde toegelaten om op alle bij de wet bekende wijzen en zelfs door getuigen te bewijzen, dat men of zijne auteuren sedert onheugelijke jaren als eigenaar zekere zalmvisscherij heeft bezeten) die noch de bepaalde bewijsmiddelen vermeldt, welke men wil doen gelden, noch, wat het getuigenbewijs aangaat, de bepaalde daadzaken, waaruit van dat bezit zou moeten blijken, in strijd is met de bij de wet voorgeschrevene proces-orde en mitsdien niet-ontvankelijk moet worden geacht; idem bij vonnis der Arr.-R. Alkmaar, v. 1 Febr. 1844, R. B. jg. 1845, dl. VII, p. 335 en 336 en van Amsterdam, v. 30 Juni 1847, *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 357—360; idem (in eene procedure tot echtscheiding) Arr.-R. Assen, v. 22 Juni 1846, R. B. jg. 1847, dl. IX, p. 521 en 522.

7. Een getuigen-verhoor wordt, zelfs na het houden der pleidooien over het geding ten principale, door de wet niet met den aard der zaak strijdig geacht, indien zulks tot ontdekking der waarheid kan leiden, — met dat gevolg, dat men (bij afwijking van de vormen, bij art. 202 B. R. voorgeschreven) bij subordinate conclusie een getuigenbewijs kan vragen.

Arr. v. 4 April 1851, W. n°. 1215; idem bij vonnis der Arr.-R. 's-Hertogenbosch, v. 21 Juni 1842, W. n°. 327, waarbij is beslist, dat, daar het getuigen-verhoor ook ambtshalve kan worden bevolen, hieruit volgt, dat, ondanks de bepaling van art. 202 B. R., eene partij, in zake van gewone behandeling, ontvankelijk is in het getuigenbewijs over daadzaken eerst bij pleidooi ter audientie mondeling gearticuleerd; idem ten aanzien van summiere zaken, bij vonnissen der Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Oct. 1878, W. n°. 4354, en van 28 Nov. 1878, W. no. 4401; anders arr. P. H. v. Drente, v. 8 Sept. 1855, W. n°. 1749, waarbij werd beslist, dat de vordering tot getuigen-verhoor van den gedaagde, eischer in reconventie niet-ontvankelijk moet worden verklaard, wanneer die gedaan is, nadat de zaak reeds in staat van wijzen was gebracht. — Vgl. hiermede art. 141 B. R., arr. v. 24 Mei 1850, sub n°. 1; art. 139 B. R., vonnis van de Arr.-R. Appingadam, v. 31 Oct. 1850, sub n°. 1 en art. 202 B. R., sub n°. 1.

8. Art. 199 B. R. schrijft gebiedend voor, dat, indien partijen het over de daadzaken niet eens zijn en het bewijs door getuigen bij de

T met name niet op grond van het stilzwijgen der dagvaarding omtrent het te bewijzen punt. H.R. 2 Nov. 1900, W. n° 5632.

Veel terzake dienende en afdoende der door partijen gestelde feiten heeft de rechter ambtshalve te beoordeelen H.R. 16 Febr. 1923, bl. n° 6305.

wet is toegelaten, de rechter, op verzoek van eene der partijen, een getuigen-verhoor zal bevelen, waaruit volgt, dat zoodanig verhoor, immers wanneer de gestelde daadzaken ter zake dienende en afdoende zijn, niet mag worden geweigerd.

Arr. v. 5 Maart 1852, R., dl. XLI, § 36.

9. Stellingen, waaraan alle opgaaf van daadzaken ontbreekt, waardoor beweerde rechten zouden kunnen verloren of verkregen zijn, zijn ten onrechte als daadzaken gekwalificeerd. Hieruit volgt, dat de rechter niet ambtshalve mag opleggen een getuigen-bewijs in dezer voege: „dat het Rijk op den bedoelden grond zakelijke rechten heeft verloren en anderen daarop zakelijke rechten hebben verkregen".

Arr. v. 17 Febr. 1854, W. n°. 1518; R., dl. XLVII, § 8 (vernietigende het daartoe betrekkelijk arr. van 't P. H. v. Groningen, v. 10 Mei 1853, mitsgaders het vonnis der Arr.-R. aldaar, v. 12 Nov. 1852). In gelijken zin bij vonnis van 't Ktg. Nieuwer-Amstel, v. 6 Sept. 1850, W. n°. 1272, waarbij is beslist dat bij de niet-ontvankelijkheid van bewijsmiddelen voor rechtspunten, hetgeen eenig en alleen door den rechter ten principale kan worden uitgemaakt, een getuigen-bewijs ontoelaatbaar is, om het onrechtmatige eener daad (*in casu* aanhouding van een schip door tolgaarders) te bewijzen.

10. Wanneer een eischer zich tot staving van zijn recht (*in casu* van zekere tienden) op verjaring heeft beroepen, en het bewijs daarvan door hem is aangeboden in eene conclusie, strekkende daartoe „dat hij zal worden toegelaten het bewijs te leveren dat hij en zijne auteuren gedurende meer dan dertig jaren te goeder trouw bezeten hebben de *inschuld*, welker voldoening gevorderd wordt", dan mag de rechter, zonder dat hiertegen obsteert art. 1987 B. W., krachtens de algemeene bevoegdheid, hem tot het vorderen of opleggen van bewijs bij art. 199, al. 2, gegeven, ambtshalve bepalen en omschrijven het feit dat tot staving van des eischers beweerde verkrijging door verjaring, ingevolge zijn aanbod, door hem zou moeten bewezen worden, en mitsdien *in casu* den eischer het bewijs opleggen, „dat hij en zijne voorgangers, gedurende dertig jaren, te goeder trouw bezeten en uitgeoefend hebben het *recht* tot heffing van zoodanige tienden" enz.

Arr. v. 16 Juni 1854, W. n°. 1550, bevestigende een arr. van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 2 Nov. 1853, W. n°. 1488, en van de Arr.-R. 's-Graven-

Het aanbod van bewijs door getuigen moet wel zijn ter zake dienende, in dien zin dat de feitelijke grondslag van dien eisch er door kan worden bewezen, maar behoeft niet te zijn afdoende, des dat het geheel er door kan worden beslist: Hof arnhem 10 Nov. 1910, W. n° 9113.

hage, v. 28 Jan. 1853, W. n°. 1431; — anders echter bij arr. van 't P. H. v. Gelderland, v. 27 Juni 1849, R. B. jg. 1849, dl. XI, p. 393—396, waarbij is beslist dat, indien het onvolledige der gestelde daadzaken het gevolg is van eene dwaling omtrent de wettelijke vereischten van een gevorderd bewijs (*in casu* mede tot verjaring) er voor den rechter in hooger beroep geene termen bestaan, om, met aanvulling van die daadzaken, ambtshalve een meer volledig getuigen-bewijs te gelasten, ook dan niet, wanneer subsidiair is geconcludeerd, dat het Hof alsnog zoodanig getuigenbewijs zal bevelen, als het (*in casu*) tot bewijs van het verkrijgen der verjaring zal vermeenen te behooren. — Vgl. ook hiermede een vonnis van 't Ktg. Hoorn, v. 8 Oct. 1849, W. n°. 1146, waarbij is beslist, dat de rechter (in het algemeen en mitsdien in eene zaak waar geene sprake was van verjaring) ambtshalve kan wijzigen de feiten, waarvan bewijs is aangeboden. — Cf. art. 203 B. R., arr. van 't P. H. v. Zeeland, v. 30 Juni 1846.

11. Indien slechts blijkt dat, na afloop der pleidooien, aan den procureur van den appellant is verleend akte, dat hij bereid is om nader bewijs te leveren van de door hem gestelde feiten, zoo volgt daar niet uit dat de partij zou hebben gevorderd, om zoodanig getuigenverhoor door den rechter te doen gelasten, en staat het den rechter geheel vrij, het nader bewijs al of niet ambtshalve te bevelen, zonder dat hij tot het gelasten van getuigenbewijs verplicht was.

Arr. v. 14 Jan. 1859, R., dl. LXI § 11.

12. Artt. 199 en volgg. B. R. hebben uitsluitend betrekking op een getuigen-verhoor, hetwelk bij de behandeling van een rechtsgeding ter terechtzitting wordt gehouden en waarin de bewijsvoering contradictoir tusschen partijen plaats heeft, maar niet, waar het geldt een verzoek tot afzetting van den voogd.

Arr. v. 1 Sept. 1864 (in raadkamer), W. n°. 2617, R., dl. LXXVII § 50; zie de daartoe betrekkelijke beslissing van het P. H. v. Overijssel, v. 30 Mei 1864, W. n°. 2591, in gelijken, de conclusie van den proc.-gen. bij dat Hof in tegenovergestelden zin in W. n°. 2612.

Zie ten betooge, dat deze voorschriften wel van toepassing zijn op het getuigenverhoor bij een vordering tot onder-curateele-stelling, P. H. v. Overijssel, v. 13 Mei 1861, W. n°. 2601.

13. Getuigen-bewijs, strekkende om de onbekwaamheid des testateurs om bij uitersten wil te beschikken, uit hoofde van gebrek aan verstandelijke vermogens, buiten de acte van testament om, en dus

zonder deze van valschheid te betichten, te staven, is ten volle toelaatbaar.

Arr. v. 31 Maart 1870, W. nº. 3206; R., dl. XCIV § 33, waarbij is vernietigd arr. P. H. in Utrecht, v. 5 April 1869, W. nº. 3127; idem P. H. v. Gelderland, v. 4 Dec. 1861, W. nº. 2337, bevestigende vonnis Arr.-R. Tiel, v. 13 Mei 1859, in hetzelfde nummer van het Weekblad, waarbij werd beslist dat dat bewijs ook dan toelaatbaar is, wanneer in het testament omstandigheden voorkomen, waaruit voortvloeit dat de erflater, tijdens het maken van het testament, in het genot van zijne verstandelijke vermogens was.

14. Het verzoek tot getuigen-verhoor is bij dit artikel *zonder beperking* toegelaten, en bij geene wetsbepaling is het uitgesloten voor het geval van afwijzing van eenigen vroegeren, *andere feiten* betreffende eisch daartoe.

Arr. v. 3 Juni 1870, W. nº. 3218; R., dl. XCV, § 13; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXV, p. 1—27.

15. Al bleek reeds *a priori* de niet-ontvankelijkheid der ingestelde vordering, zoo zoude zulks niet medebrengen het ongeoorloofde van het bevolen getuigen-verhoor.

Arr. v. 18 April 1873, W. nº. 3583. — Zie hetzelfde arrest vermeld op art. 399 B. R. sub arr. 7 Maart 1856.

16. De rechter kan, na een getuigen-verhoor, in een voor hem aanhangig rechtsgeding gehouden, niet ambtshalve een tweede getuigen-verhoor bevelen, met opgave van de personen, die hij als getuigen wil hebben gedagvaard.

Arr.-R. Amsterdam, v. 27 Sept. 1844, W. nº. 540; R. B. jg. 1845, dl. VII, p. 32; zie echter het sub arr. v. 15 Oct. 1863 ad art. 348 B. R. vermelde arrest Hof Amsterdam, v. 9 Nov. 1877. — Cf. art. 1954 B. W., arr. van 't P. H. v. Drente, v. 25 Nov. 1848 sqq., sub nº. 22.

17. Het is niet met de regelen eener goede procedure strookende, feiten, welke ter beslissing van een rechtsgeding dienende zijn, te ontkennen, en te gelijk feiten daartegen te stellen, welke, indien de eerstgenoemde bewezen mochten zijn, daaraan hare kracht bij wijze van exceptie zouden ontnemen, het bewijs daarvan aan te bieden en zich desniettemin tegen het bewijs der eerstgenoemde feiten niet te verzetten.

In zoodanig geval moeten, wanneer, gelijk *in casu*, de actie door eene exceptie van *wanpraestatie* en van de resiliatie *mutuo consensu* wordt bestreden, één van beiden, òf de daadzaken waarop die exceptie

rust, worden ontkend, met dat gevolg dat, indien deze ontkentenis, waarvan hij die ze doet zeker moet zijn, waarheid bevat, de actie moet worden toegewezen, òf moet, gelijk *in casu* het geval is, tegen de exceptie een beweerd *pactum*, waarbij die exceptie wordt geëludeerd, bij wijze van *replicatio* worden tegengesteld, met aanbod van de daadzaken hiertoe dienende des gevorderd te bewijzen, in welk geval echter de feiten tot de exceptie behoorende, moeten worden erkend, terwijl men niet te gelijkertijd, èn de waarheid der exceptie kan tegenspreken, èn daartegen eene *replicatie* voorstellen, aangezien dit laatste middel dan zoude rusten op eene veronderstelde waarheid van ontkende daadzaken, welke veronderstelling met eene te goeder trouw gedane ontkentenis niet bestaanbaar is.

Arr.-R. Nijmegen, v. 24 Febr. 1846. W. nº. 709. — Cf. art. 203 B. R.. Arr.-R. Amsterdam, v. 4 Nov. 1846.

18. Hoe zeker het ook zijn moge, dat een gedaagde zich enkel kan bepalen tot de tegenspraak van het verzoek van getuigen-verhoor, zonder de tegen hem geposeerde daadzaken te erkennen of te ontkennen, en hoezeer het dan ook waar moge zijn, dat eene enkele ontkentenis van schuldplichtigheid niet noodzakelijk en altoos insluit eene ontkentenis van door den eischer gearticuleerde daadzaken, neemt dit echter geenszins weg, dat, wanneer de appellanten, gelijk *in casu* het geval is, hunne ontkentenis van schuldplichtigheid afleiden uit een vermeend verbod der wet, om getuigen te hooren, op den rechter de verplichting rust, om te onderzoeken, of het gevraagd getuigen-verhoor al dan niet bij de wet verboden is, en, een zoodanig verbod niet bestaande, het getuigen-verhoor te gelasten.

Arr.-R. Utrecht, v. 2 Maart 1846. W. nº. 704; R. B. jg. 1846, dl. VIII. p. 219 en 220.

19. De stellingen, dat een eischer een perceel steeds heeft bezeten alsof het hem toebehoorde, en dat een gedaagde hem in zijn bezit heeft gestoord, door omspitting en bezaaiing van den grond, zijn eene voldoende aanduiding van daadzaken, tot welker staving een getuigen-verhoor kan worden toegelaten en bovendien genoegzaam pertinent en concludent, om eene vordering tot herstelling en handhaving in het bezit te beslissen.

Arr.-R. Hoorn, v. 2 Febr. 1848, R. B. jg. 1849, dl. XI, p. 268 en 269.

20. De rechter kan, indien *in jure* het bewijs door getuigen is toegelaten, niet in overweging nemen, of afdoende verklaringen zullen kunnen geleverd worden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 8 Nov. 1852, R. B. jg. 1853, p. 40—47; P. H. v. N.-Holland, v. 26 Sept. 1844, R. B. jg. 1845, dl. VII, blz. 145; idem OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 246, en DE PINTO, *Hdl. B. R.*, II, 1, p. 341; — *anders* implicite P. H. v. Friesland, v. 20 Nov. 1841, W. nº. 253. — Vgl. art. 203 B. R., sub nis. 3 en 4, alsmede DE MARTINI, ad art. v. nº. 3 en 4, die meent, dat het in zaken van gewone behandeling alleen voor het *getuigenbewijs* een vereischte zou zijn, dat de gestelde daadzaken zijn ter zake dienende en afdoende, maar dat het *getuigenverhoor* altijd zou moeten worden toegelaten, zoodra het door één der partijen wordt verlangd, welke onderscheiding echter wordt bestreden door DE PINTO ut supra, p. 320 en OUDEMAN, l. c., p. 249.

21. Geen getuigen-bewijs kan te pas komen, wanneer tusschen partijen geen verschil bestaat over de eigenlijke feiten zelve, maar alleen over de rechtsgevolgen aan erkende daadzaken te verbinden. De vraag, of ten gevolge van de vaststaande feiten een oude riool kan geacht worden uitsluitend, hoewel onder den last eener erfdienstbaarheid ten behoeve van een molen, tot het woonhuis van een der partijen te behooren, levert alleen een rechtsgevolg op.

P. H. v. Z.-Holland, v. 10 Nov. 1856, W. nº. 1808.

22. Wanneer beide partijen zich tot bewijslevering van het door hen gestelde bereid hebben verklaard, moet de oorspronkelijk eischer bij voorkeur worden toegelaten.

Arr.-R. Breda, v. 5 Oct. 1858, R., dl. LXV, § 63; W. nº. 2019; zie echter de vonnissen der Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 29 Juli 1879 en der Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Jan. 1879, beide opgenomen in W. 4411, waarbij beide partijen tot bewijs werden toegelaten.

23. Aan den eischer, wiens getuigen voorgebracht en gehoord zijn, kan niet na afloop der contra-enquête vergund worden, ter confronteering, op nieuw aan zijne nog ter audiëntie aanwezige getuigen vragen te doen richten.

Daarvan zou toch het gevolg zijn, dat iedere partij, telkens na het hooren der getuigen van zijne wederpartij, toegelaten zou behooren te worden, zijne getuigen nogmaals te doen hooren, hetgeen niet

geacht kan worden in de bedoeling des wetgevers te hebben gelegen.

Arr.-R. Rotterdam, v. 26 Sept. 1859, W. n°. 2192; Arr-R. 's-Gravenhage, v. 18 Juni 1861, W. n°. 2284.

24. De waarde van goederen is geen feit, vatbaar om door getuigen te worden bewezen.

Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 8 Maart 1859, W. n°. 2077.

25. Zoowel dit artikel als art. 108 B. R. bepalen, dat de rechter, hetzij op verzoek van eene der partijen, hetzij ambtshalve, getuigenverhoor kan bevelen, wanneer dit tot beslissing der zaak kan leiden, en mitsdien is hij, die het getuigenverhoor vraagt, volkomen bevoegd deze vordering te doen, zonder op het fond der zaak te concludeeren, daar in het systeem des verzoekers en ook volgens de wet, in den regel de beslissing der zaak juist van het te leveren bewijs kan en moet afhangen.

Indien meestentijds op de zaak zelve wordt geconcludeerd, en het getuigenverhoor subordinaat wordt gevraagd, dan is dit wel door de praktijk ingevoerd, maar daardoor kan het recht van partijen niet worden verkort, om verzoek te doen tot getuigenverhoor, zonder bij datzelfde verzoek het fond der zaak te behandelen.

Arr.-R 's-Gravenhage, v. 13 April 1860, W. n°. 2182.

26. De conclusie om „door alle middelen rechtens te bewijzen", niet: „tot enquête, behoudens alle middelen rechtens" is informeel en niet-ontvankelijk.

Arr.-R. Amsterdam, v. 2 Jan. 1862, W. n°. 2385; idem Arr.-R. Amersfoort, v. 15 Aug. 1862, W. n°. 2682; zie ten betooge dat de conclusie om te bewijzen: „door alle middelen rechtens ook door getuigen" niets anders kan beteekenen dan om toegelaten te worden *tot getuigenbewijs* Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Nov. 1878, R. B. jg. 1879, A. p. 178 en de aant. van W. t. a. p., p. 180.

27. Aan geene der litigeerende partijen is de bevoegdheid toegekend, om incidenteel te vorderen, dat de rechter, *zoo hij het noodig oordeelt*, van ambtswege bevele bewijslevering door getuigen of andere bij de wet aangewezen middelen.

Arr.-R. Gorinchem, v. 25 Febr. 1862, W. n°. 2407.

28. Het medewerken van een gedaagde tot een getuigenverhoor sluit *niet* in zich het afzien van het door hem oorspronkelijke voorgestelde rechtsmiddel van niet-ontvankelijkheid.

P. H. in Drente, v. 2 Mei 1863, W. n°. 2533.

29. De rechter mag een gevraagd getuigenverhoor niet toestaan wanneer hij als grond daarvoor moet opgeven, dat vooralsnog niet kan bepaald worden of de gestelde feiten in meerdere of mindere mate niet zouden kunnen zijn ter zake dienende of afdoende.

P. H. v. Zeeland, v. 24 Maart 1863, R. B. jg. 1865, p. 31.

30. Het getuigenbewijs loopende over eene vraag die alleen tengevolge van waarneming door deskundigen is optelossen, is ontoelaatbaar, vermits het op deze wijze zou worden rapport van eenzijdig gekozen deskundigen, en de vorm van enquête niet mag strekken om het vicieuse karakter eener naar rechten onwettige expertise te dekken.

Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Dec. 1863, W. n°. 2571.

31. Het staat den geconsigneerde vrij, door getuigen te bewijzen dat het bij het cognossement vermelde gewicht in het schip is geladen. Ook de verhouding van vreemd tot Nederlandsch gewicht kan door getuigen bewezen worden.

P. H. in N.-Holland, v. 19 Mei 1864, W. n°. 2625.

32. Om de oorzaak der overigens bewezen verminking bij eene actie tot schade-vergoeding ex art. 423 W. v. K. te bewijzen, is het gestelde feit, „dat geweldige zeewederwaardigheden, rustelooze bemoeiïngen tot redding en behoud van schip en lading en schokken en stooten, door den eischer zijn opgedaan en ondervonden"; zonder op te geven, waarin die wederwaardigheden en rustelooze bemoeiïngen hebben bestaan, noch waar ter plaatse van het lichaam de eischer schokken en stooten heeft bekomen, onvoldoende.

P. H. v. N.-Holland, v. 1 Nov. 1866, W. n°. 2889.

33. Een getuigenbewijs, alleen loopende over ontkenning van feiten, is niet als afdoende te beschouwen.

P. H. v. Drente, v. 16 Mei 1866, W. n°. 2862.

34. De partij, die niet is toegelaten tot getuigenbewijs, kan andermaal dat bewijs vragen, wanneer de stand der zaak is veranderd en de gestelde feiten deels andere, deels gewijzigd zijn.

P. H. v. Groningen, v. 5 Sept. 1871, W. nº. 3381, bevestigende Arr.-R. Groningen, v. 23 Dec. 1870, W. nº. 3381.

35. Een afzonderlijke enquête mag niet gevraagd worden omtrent feiten, die men door het gebruik maken van de contra-enquête kan bewijzen.

P. H. v. Zeeland, v. 19 Nov. 1872, R. B. jg. 1873, dl. XXIII. p. 562.

36. Eene incidenteele vordering tot getuigenbewijs, welke de strekking heeft te bewijzen, dat de zaken zich anders hebben toegedragen, dan in de bestreden acte is vermeld, is *niet*-ontvankelijk.

Arr.-R. Assen, v. 12 Mei 1873, W. nº. 3720, waarbij werd overwogen, dat wanneer de gestelde feiten waar waren, de acte valsch zou zijn en de eischer om dit te bewijzen den weg van art. 176 sqq. B. R. had behooren te volgen.

37. Wanneer het uit de motieven van de conclusie voldoende blijkt, uit welken hoofde de gevorderde som geëischt wordt, dan kan het niet-herhalen van de *causa debiti* in de tot bewijs gestelde daadzaak, niet het gevolg hebben, dat die als niet ter zake dienende en afdoende moet worden beschouwd.

Arr.-R. Groningen, v. 4 Dec. 1874, W. nº. 3857, waarbij nog werd beslist, dat het »schuldig worden" is een zinnelijk waarneembaar feit.

38. De bereidwilligheid van den appellant om in eersten aanleg zeker bewijs te leveren, ontneemt aan het Hof de bevoegdheid niet om te beoordeelen of zoodanig bewijs in appèl al of niet noodzakelijk is.

Hof Amsterdam, v. 2 Mei 1884, W. nº. 5098.

39. Het opleggen van bewijs door getuigen: »van zoodanige feiten waaruit kan resulteeren, dat de plaats van het geposeerde ongeval uitmaakt een gedeelte van den openbaren weg ondere zekere gemeente", is in strijd met de wet.

Hof Amsterdam, v. 2 Mei 1884, W. nº. 5094, vernietigende vonnis

Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Jan. 1883, W. 4921, bij welk arrest nog werd beslist dat de vraag, of de plaats in kwestie uitmaakt een deel van den openbaren weg onder zekere gemeente niet betreft een voor rechtstreeksch bewijs door getuigen vatbaar feit; cf. art. 203 B. R. nº. 6.

Vgl. navolgende beslissing:

Het stellen dat gedaagde geen eigenaar is, noch als eigenaar bezit, zijn geen feiten voor bewijs door getuigen vatbaar.

Arr.-R. 's-Hertogenbosch, v. 15 Febr. 1884, W. nº. 5058; idem Arr.-R. Brielle, v. 31 Mei 1872, W. nº. 3489, waarbij is beslist, dat het bezit niet is eene daadzaak, vatbaar voor getuigenbewijs, maar dat men, om dat te bewijzen, bepaalde daadzaken moet stellen, waaruit dat kan voortvloeien; idem Arr.-R. Winschoten, v. 8 Maart 1871, W. nº. 3505, waarbij is beslist dat de feiten »dat gedaagde de heemen in geschil meer dan 30 jaren heeft bezeten als eigenaar en dat hij door de tegenpartij nooit in het bezit is gestoord en nooit aan haar pacht heeft betaald" niet voor getuigenbewijs vatbaar zijn; idem Arr.-R. Haarlem, v. 18 Jan. 1876, W. nº. 3958, waarbij is beslist dat door getuigen niet kan bewezen worden dat de kwestieuse grond is deel van een rijksweg. — Cf. art. 202 sub nº. 3.

40. Zie ten betooge:

a. Dat de beoordeeling van het al of niet concludente van een verzoek om getuigenverhoor is *facti* —

art. 99 R. O., arr. v. 8 Jan. 1846 sqq., sub *B*, nº. 40 (2de editie); vgl. ook arr. v. 9 Mei 1856, R., dl. LIII, § 9; arr. v. 14 Mei 1858, W. nº. 1960; arr. v. 9 Dec. 1859, W. nº. 2131; arr. v. 23 Oct. 1873, in overeenstemming met de conclusie van adv.-gen. Römer, bevestigende interloc. en eind-arrest P. H. v. Limburg, resp. v. 22 Jan. 1872 en v. 6 Jan. 1873, W. nº. 3652, R., dl. CV, § 15; bij welke arresten dezelfde leer werd gehuldigd.

b. Dat eene acte van bekendheid, voor den kantonrechter opgemaakt, niet kan vervangen het bewijs van zoodanige daadzaken, welke rechtens alleen door een getuigenverhoor kunnen worden bewezen.

het sub art. 1902 B. W., nº. 86, vermeld arr. v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 20 Maart 1851 sqq.; idem bij arr. van hetzelfde P. H. v. 26 Sept. 1844, R. B. jg. 1845, dl. VII, p. 145—147.

41. Zie over de regeling der getuigen-verhooren, een opstel van Mr. S. J. Hingst in *N. Bijdr.*, jg. 1878, dl. IV, p. 132.

Zie eenige opmerkingen omtrent het getuigenverhoor en vergelijking van

sommige bepalingen dezer afdeeling met die van Buitenlandsche Wetboeken. Mr. M. H. GODEFROI in *Themis*, 2de verz., dl. X, p. 56—62.

Vgl. wijders het aangeteekende op art. 103 B. R.

Art. 200.

1. Het voorschrift der wet, hetwelk bepaalt, dat in eene zaak van summiere behandeling het getuigenverhoor op de terechtzitting moet plaats hebben en daarvan in zaken, die in het hoogste ressort worden beslist, geen procesverbaal moet worden opgemaakt, heeft blijkbaar ten doel de bekorting en vereenvoudiging der procedure, en moet alzoo als een voorschrift van openbare orde worden beschouwd; met dat gevolg, dat, hoezeer ook in deze geene straf van nietigheid moge zijn bedreigd, het niet naleven van dit voorschrift (gelijk *in casu*, waar de rechter in eene summiere zaak, waarin het getuigenverhoor op de terechtzitting moet plaats hebben, bevolen heeft, dat het verhoor voor een door hem benoemden rechter-commissaris zou geschieden), eene expresse wetschending daarstelt en alzoo grond geeft tot cassatie.

Arr. v. 19 Nov. 1852, W. nº. 1470; R., dl. XLIII, § 35; idem bij arr. v. 19 Oct. 1866, W. nº. 2846, R., dl. LXXXIV § 16; v. D. H., *B. R.*, dl. XXX, p. 455—473, ook aangehaald sub art. 140 B. R., vernietigende in overeenstemming met de concl. O. M. het arrest van het P. H. v. Limburg, v. 23 April 1865, en de vonnissen der Arr.-R. Maastricht, v. 26 Oct. 1865, en 6 Jan. 1866: het gold *in casu* eene zaak, *uit haren aard niet summier*, maar die als zoodanig *door partijen* werd behandeld; dit arrest van den H. R. is bestreden door S. in W. nº. 2857; idem arr. v. 10 Nov. 1876, W. nº. 4050, R., dl. CXIV § 22, welk arr. wordt bestreden door S. in W. nº. 4056; idem bij arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 17 Juni 1847, W. nº. 934; R. B. jg. 1848, dl. X, p. 1—14; — Cf. LIPMAN, *B. R.*, p. 96.

2. Daar bij een getuigenverhoor, ter terechtzitting te houden, volgens art. 206 B. R. de voorschriften voor summiere zaken moeten worden nageleefd, zoo volgt uit de art. 106 en 200 van dat Wetb., dat de uitspraak, waarbij het getuigenverhoor is bepaald, ingeval partijen, *door hare procureurs vertegenwoordigd*, daarbij tegenwoordig waren, niet behoeft te worden beteekend.

Arr. v. 4 Febr. 1853, W. nº. 1539, vernietigende het daartoe betrekkelijk arr. van 't P. H. v. N.-Braband, v. 13 Jan. 1852 en het vonnis der Arr.-R. 's-Hertogenbosch, v. 8 Febr. 1851. — Vgl. hiermede een vonnis

van dezelfde Rechtbank, v. 17 Jan. 1844, W. nº. 550, waarbij aan de woorden: »*partij* en *partijen*" dezelfde beteekenis wordt gehecht als bij voormeld arr. van den H. R., doch evenwel de beteekening (*in casu* van een interlocutoir in eene summiere zaak voor de Arr.-R.) aan den procureur wordt noodig geacht op grond van art. 66 B. R. — Te recht echter m. i. wordt opgemerkt door OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 247, en is ook bij voormeld arr. van den H. R. *tacite* beslist, dat aan de algemeene bepaling van art. 66 B. R. door de bizondere van art. 106 is gederogeerd (LÉON). — Vgl. art. 66 B. R., sub nº. 22*e*.

3. De woorden *bevolen* en *belegd*, in art. 200 B. R., bevatten al wat betrekking heeft tot het houden van het verhoor, ook wat betreft de wraking der getuigen, omtrent welke anders voor summiere zaken en voor verhooren ter terechtzitting in gewone zaken niets zoude zijn bepaald. Hieruit volgt, dat een vonnis op eene voorgestelde wraking van een getuige in eene summiere zaak niet is vatbaar voor hooger beroep.

Arr. v. 2 Dec. 1853, W. nº. 1495; R., dl. XLVI, § 55; idem bij arr. van 't P. H. v. Gelderland, v. 11 Juli 1854, W. nº. 1276, zijnde daarbij tevens beslist, dat naar het stellige voorschrift van art. 84 van het Rijnvaart-Reglement, de zaken voor den Rijnvaart-rechter mede summierlijk moetende worden behandeld, ook in deze de bepalingen van artt. 200 en 108 B. R. zullen behooren te worden opgevolgd; idem ook ten aanzien van het verhoor ter terechtzitting in gewone zaken, P. H. v. Drente, v. 3 Febr. 1872, W. nº. 3533; R. B. jg. 1872, p. 69; cf. Mr. v. NOOTEN in R. B. jg. 1879, A. p. 75 sqq.; — anders Mr. C. L. KNIPHORST in *Themis*, 3de verz., jg. 1870, blz. 1, die betoogt, dat de woorden *bevolen* en *beleggen* in engen zin moeten worden opgevat en dus daaronder de bepalingen omtrent wraking niet begrepen moeten worden. Art. 213 ziet volgens den schrijver op het onderzoek op de terechtzitting en op dat bij den Rechter-Commissaris; het verband tusschen art. 213 en het daaropvolgende toont ook duidelijk z. i. aan, dat hooger beroep van een vonnis op eene voorgestelde wraking van een getuige in eene summiere zaak geoorloofd is.

4. Het getuigenverhoor gehouden wordende door den rechter en niet door de partijen, is het afzien van het verder verhoor van een getuige door eene der partijen, voor den rechter geene wettige reden om diens verhoor aftebreken.

In ieder geval is, met het oog op art 107, jis. artt. 200, 109 en 112 B. R, eene afgebrokene en bij gevolg gedeeltelijke verklaring van een getuige niet voor een getuigenis in den zin der wet te houden, als niet kunnende geacht worden te zijn eene verklaring der

Art. 200 al. 3 (mvj). Het verzoek aan den rechter het verhoor op te dragen aan den kantonrechter, moet ter zitting gedaan worden, niet bij verzoekschrift. Hof Amsterdam 16 Apr. 1901, P.v.J. 1901 n° 88. Het kan worden gedaan op den dienaanden dag voor het getuigenverhoor of op den eersten dag, waarop, in geval van appel, de Hofs behandeling der zaak ter zitting heeft gediend: Hg. Amsterdam 24 Dec. 1901, W. no 7772.

geheele waarheid, en handelt dus de rechter verkeerd, wanneer hij bij afbreking het aanvankelijk verklaarde als getuigenis aanneemt.

Arr. v. 23 Dec. 1853, W. n°. 1613; R., dl. XLVI, § 64; v. d. H., *B. R.*, dl. XVII, p. 326—344. — Cf. art. 210 B. R., vonnis van 't Ktg. te Wijchen, v. 15 Sept. 1854.

5. De verwijzing door den kantonrechter, aan wien *in casu* overeenkomstig de 2de alinea van dit artikel het verhoor was opgedragen, van een voorgestelde wraking naar de terechtzitting van het delegeerend college, is in de wet gegrond.

Arr. v. 28 Juni 1878, W. n°. 4281, R., dl. CIX § 32; v. d. H., *B. R.*, dl. XLIII, p. 288—297. — cf. de concl. van het O. M., aan dit arrest voorafgegaan, waarbij er nog op wordt gewezen, dat men misschien anders kan oordeelen bij de delegatie ingevolge het *derde* lid van dit artikel; zie ook de uitgebreide noot der redactie van het W. aan den voet van het arrest, naar aanleiding van de eenige tot de zaak betrekkelijke overweging, luidende:

O. »dat in deze de verwijzing door den kantonrechter uitgesproken, door partijen niet wordt betwist, en ook moet geacht worden in de wet te zijn gegrond"; — vgl. Ktg. Maarssen, v. 17 Nov. 1843, R. B. jg. 1844, p. 219, waarbij werd beslist, dat wanneer door den kantonrechter, als gedelegeerd door de Arr.-R., een getuigenverhoor wordt gehouden, dan de bepalingen gelden aangaande het hooren der getuigen voor den rechter-commissaris voorgeschreven en niet die, welke betrekking hebben op het hooren van getuigen voor den kantonrechter; idem Oudeman, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 248 en 254, waar de bevoegdheid om te oordeelen over de wraking aan den gedelegeerden rechter wordt ontzegd. Zie voorts ten betooge, dat de kantonrechter in dit geval geen rechter, maar slechts eenvoudig ambtenaar is, die de hem door den overdragenden rechter opgegeven getuigen moet hooren, zonder eenige bevoegdheid te bezitten, om verschillen tusschen de partijen over de getuigen of over het recht tot het geven van uitstel te beslissen, enz. — In gelijken zin ten betooge, dat, indien de Rechtbank het getuigenverhoor heeft opgedragen aan eene andere Rechtbank, alsdan niet de gedelegeerde Rechtbank over de wraking der getuigen beslissen moet — in de *Vragen van Nederl. Regt*, dl. I, p. 152—154. — Vgl. ook R. B. jg. 1847, dl. IX, p. 800; zie in denzelfden zin vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Aug. 1868, W. n°. 3043, voor het geval de Rechtbank van een buitenlandschen rechter de delegatie heeft ontvangen. — Anders ten betooge, dat de kantonrechter, gedelegeerd door het Prov. Hof tot het houden van een getuigenverhoor, zonder dat daartegen art. 214, al. 1 B. R. obsteert, bevoegd is om te oordeelen over eene voorgestelde wraking der getuigen — bij vonnis van 't Ktg. Oostburg, v. . . Maart 1851, R. B. jg. 1852, p. 229 en 230; idem door S. M. in de *Opm.* en *Med.*, dl. VI, p. 39 en 40.

6. Indien een gedaagde, die bij interlocutoir vonnis der Rechtbank gemachtigd is, om ten overstaan van den kantonrechter zekere daad-

zaken door getuigen te bewijzen, aan dat getuigenverhoor geen gevolg geeft, dan moet de eischer (uit overweging dat niemand zich zelven een eigen titel kan verschaffen) als meest haast makende partij, in stede van aan den gedaagde, op eigen gezag, een termijn te stellen, binnen welken deze het getuigenverhoor zou moeten voortzetten, den kantonrechter adiëeren, ten einde van dezen, bij bevelschrift, de bepaling van dag en uur te erlangen, op welke het bevolen getuigenverhoor te zijnen overstaan zou kunnen plaats hebben.

Arr.-R. Utrecht, v. 22 Sept. 1843, R., dl. XX, § 94.

7. Gestelde daadzaken mogen bij pleidooi worden gewijzigd; immers de rechter kan ambtshalve de daadzaken wijzigen.

Arr.-R. Tiel, v. 22 Juni 1866, W. nº. 3154.

8. Uit de verwijzing dezer bepaling naar de behandeling van het getuigenverhoor voor den kantonrechter, mitsdien ook naar art. 112, volgt, dat de rechter, onmiddellijk na het getuigenverhoor, partijen kan hooren en uitspraak doen, of daartoe dag bepalen, waardoor het denkbeeld wordt uitgesloten, dat aan partijen de tijd moet worden gelaten om het proces-verbaal te lichten en in het geding te brengen.

Arr.-R. 's-Hertogenbosch, v. 13 Febr. 1867, W. nº. 2929, R. B. jg. 1868, p. 392, waarbij nog werd overwogen, dat het opmaken van proces-verbaal van getuigenverhoor alleen is voorgeschreven, om te dienen voor den rechter die niet zelf de getuigen heeft gehoord.

Falkhaus wanneer een der partijen zich daarte op verklaart Hof Leeuwarden 24 Oct. 1894 W. 6582. Anders ook Rb. den Bosch 13 Mei 1892, W. nº 6245.

9. De Nederlandsche rechter is *niet* bevoegd in een voor hem aanhangige burgerlijk rechtsgeding het hooren van getuigen aan eenen buitenlandschen rechter op te dragen.

P. H. in N.-Holland, v. 16 Dec. 1875, W. nº. 3963, R. B. jg. 1876, blz. 15, afd. *A*, vernietigende vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Febr. 1875; vgl. ook het door de redactie van het R. B. t. a. p. aangeteekende. *Anders* Arr.-R. Utrecht, v. 16 Nov. 1855, R. B. jg. 1856, dl. VII, p. 105; Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Dec. 1875, R. B. jg. 1875, *A*, p. 49, hoofdzakelijk op natemelden gronden, terwijl ook nog werd overwogen, dat de omstandigheid, dat de vreemde rechter niet verplicht kan worden aan het verzoek te voldoen, geen bezwaar maakt, omdat, zoo hij zulks weigerde, de eischer alleen de nadeelige gevolgen daarvan zou gevoelen. Tevens werd bij dat vonnis beslist, dat de eischer bij het aanbieden van bewijs niet dadelijk de rogatoire commissie behoeft aan te vragen: cf. ook de aanteekening der redactie t. a. p. — Zie verder over de vraag, of de Nederlandsche

Het verzoek om het verhoor van getuigen op te dragen aan den bevoegden rechter in Nederlandsch-Indië is te onbepaald om voor beoordeeling vatbaar te zijn. Rb. Amsterdam 1 Apr. 1892, P. v. J. 1892, n°62. W. n° 6217.

rechter in eene voor hem aanhangige zaak, getuigenverhoor aan den buitenlandschen rechter kan opdragen, nl. in dien zin: of de opdracht zelve wettig is, niet of de buitenlandsche rechter verplicht is er gehoor aan te geven, *Regtsgel. Adv.*, dl. V, blz. 159 sqq., alwaar die vraag bevestigend wordt beantwoord, hoofdzakelijk op grond, dat het nergens bij de wet is verboden; dat de wet integendeel zeer algemeen spreekt van het geval, dat de getuigen te verre verwijderd zijn, zonder beperking binnen onze grenzen, terwijl het daarenboven de wil des wetgevers is, dat de rechter zich zoo veel mogelijk de kennis der waarheid van de voor hem aangebrachte zaken verschaffe. — Zie over de wettigheid van de opdracht van een getuigenverhoor aan den Ned.-Ind. rechter, Arr.-R. Amsterdam, v. 13 Dec. 1877, R. B. jg. 1878, p. 92; — cf. ook beschikking Arr.-R. Amsterdam, v. 23 Nov. 1876, R. B. jg. 1877, afd. *A*, p. 6, waarbij werd beslist dat in geen geval de Nederlandsche rechter een getuigenverhoor aan een buitenlandschen kan opdragen in een niet voor hem maar in het buitenland aanhangig geding.

10. Bij wraking van een getuige is de rechter niet verplicht een naderen termijn te verleenen. Deze beslissing is niet in strijd met art. 217 B. R. niet alleen, omdat deze bepaling voor eene bizondere wijze van procedeeren is voorgeschreven, maar ook omdat zij niet inhoudt, dat de Rechter-Commissaris dit verzoek altijd zal moeten inwilligen.

Hof 's-Hertogenbosch, v. 19 Dec. 1876, W. n°. 4191; R. B. jg. 1878, p. 90, ook vermeld op art. 217 n°. 1 B. R.

Vgl navolgende beslissing:

Aangenomen dat in het algemeen het den rechter vrij staat, ook na oproeping van een onbekwamen getuige, een naderen termijn te verleenen, zoo zijn tot dit laatste *in casu* geene voldoende redenen voorhanden, nu de uitsluiting of onbekwaamheid van den voorgebrachten getuige bestond tijdens zijne oproeping, en de redenen van uitsluiting aan de partij bekend waren.

Hof 's-Hertogenbosch, v. 8 Febr. 1881, W. n°. 4674.

11. Al zou in het algemeen in appèl hetzij op verzoek hetzij ambtshalve kunnen worden toegestaan om nieuwe getuigen te hooren, zoo kan zulks niet worden bevolen, wanneer appellant in gebreke blijft de nieuwe daadzaken en omstandigheden optegeven.

Hof Amsterdam, v. 1 Maart 1878, W. n°. 4309.

Art. 200 A. Geen getuigenverhoor voor den R.C.; heeft plaats in het open-baar door de openbare terechtzitting; de griffier kan zich dus door een vervanger door een beëedigden klerk. Rb. Amsterdam 11 Nov. 1910, W. no 9213, op de juncta Ber. Hof Amsterdam 25 Febr. 1912, W. no 9389.

Art. 201.

Art. 3449 B.W. Uit het getuigenverhoor in de daar bedoelde zaken voor den R.C. uit: Hof Amsterdam 4 Juni 1915, W. 9675. Anders W.E.C. de Groot, in W. 9389.

1. Daar waar de rede is van eene voortdurende en zichtbare erfdienstbaarheid (*in casu* van lucht, licht en uitzicht), welker gebruik voortduurt of kan voortduren, zonder dat daartoe der menschen toedoen noodig is en waarvan door uitwendige werken blijkt, wordt niet vereischt en komt zelfs niet te pas het stellen van zoogenaamde *actus possessorii* (daadzaken die de feitelijke uitoefening van het bezit aanduiden).

Arr. v. 5 Maart 1852, R., dl. XLI, § 36 (vernietigende een vonnis van de Arr.-R. Zwolle, v. 29 Jan. 1851); anders bij vonnis van de Arr.-R. Amersfoort, v. 22 Sept. 1846, W. nº. 837; R. B. jg. 1847, dl. IX, p. 593, naar luid waarvan bij eene rechtsvordering tot handhaving in het bezit, behoort te worden aangetoond, dat de eischer te voren zoodanige daden heeft verricht, dat daaruit voor den rechter het gevolg kan worden afgeleid, dat men het stuk gronds, waaromtrent men de stoornis beweert, bezeten had even als of het den eischer toebehoorde (zijnde wijders bij voormeld arr., mede in strijd met het vonnis van de Arr.-R. Amersfoort ut supra, beslist, dat, volgens de tegenwoordige wetgeving, geen eenjarig ongestoord bezit wordt vereischt, om de actie tot handhaving in het bezit te mogen instellen). — Vergelijk hiermede art. 614 B. W., sub nº. 1.

2. Dit artikel is niet geschonden door, ten bewijze van het bezit van het recht van opstal tijdens de stoornis, toetelaten een feit, dat zich niet bepaalt tot den tijd der gepleegde stoornis, maar zich uitstrekt tot de dertig voorafgegane jaren, wanneer dit, als *in casu*, alleen is geschied tot toelichting en bevestiging van het bezit tijdens de stoornis.

Arr. v. 22 April 1870, W. nº. 3212; R., dl. XCIV, § 44.

3. Bij eene possessoire actie is zoowel het getuigen-verhoor, tot bewijs der stoornis, door den eischer aangeboden, als het door den gedaagde voorgewend bestaan der overeenkomst, welke zijnerzijds eene gepleegde stoornis zoude wettigen, admissibel, en kan het leveren van dit bewijs bij een en hetzelfde vonnis worden bevolen.

Arr.-R. Gorinchem, v. 3 Oct. 1840, W. nº. 146. — Cf. art. 1933 B. W., vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum sqq., sub nº. 12.

4. Indien in eene bezitrechtelijke actie niet alle, door den eischer als daden van stoornis opgegeven daadzaken, als zoodanig kunnen

Art. 200 A. Uit het laatste lid van dit artikel volgt, dat, als het getuigenverhoor van een Rb. is opgedragen, niet tijdens dit verhoor van de Rb. kan worden gevraagd het verhoor van een getuige aan een buitenl. autoriteit op te dragen: Rb. Rotterdam 19 dec. 1919, W. 9733.

worden beschouwd, dan moet evenwel de vordering ten deele worden toegewezen, indien het bezit naar eisch is aangetoond. Indien bij pleidooi door den eischer eenige daadzaken zijn aangevoerd, waaruit dat bezit kan worden afgeleid, kan door den rechter het bewijs daarvan door getuigen ambtshalve worden gelast.

Arr.-R. Assen, v. 3 Juni 1844, R. B. jg. 1844, dl. VI, p. 528—530.

Art. 202.

1. De wet laat niet toe om in de daadzaken, die men door getuigen bewijzen wil en die ingevolge het voorschrift der wet bij conclusie aan procureur beteekend zijn uitgedrukt, eenige verandering te brengen, anders dan bij gelijke acte, en dus geenszins bij de eindelijke conclusie ter rolle.

Arr. v. 15 April 1842, W. n°. 306; R., dl. XII, § 16, v. d. H., *B. R.*, dl. III, p. 312—332; bevestigende een arr. van 't P. H. v. Utrecht, v. 28 Juni 1841, W. ut supra; idem bij vonnis der Arr.-R. Apingadam, v. 15 Maart 1850, W. n°. 1152, zijnde in overeenstemming hiermede beslist bij arr. v. 22 Nov. 1849, W. n°. 1095; R., dl. XXXIV, § 43, v. d. H., *B. R.*, dl. XI, p. 65—75, dat behalve in summiere zaken geen bewijs door getuigen in de dingtalen kan worden gevraagd en in alle andere gevallen de te bewijzen daadzaken, bepaaldelijk volgens art. 202 B. R., bij eene acte van conclusie van procureur tot procureur beteekend, moeten worden uitgedrukt; idem OUDEMAN, 4de ed., dl. I, p. 248; — anders, *in eene zaak echter waarin de verweerder zelf door de niet-observantie van art. 143 B. R., van de voorschriften, bij zaken van gewone behandeling in acht te nemen, is afgeweken*, en op grond waarvan hij ook uit overweging, dat de naleving van het voorschrift van art. 202 B. R. niet uitdrukkelijk op straffe van nietigheid is bevolen, niet is toegelaten in de later door hem opgeworpene exceptie van niet-ontvankelijkheid, daarop gegrond, dat de daadzaken, tot bewijs waarvan men wil toegelaten worden niet bij acte van procureur tot procureur, maar bij conclusie ter audientie zijn geposeerd — bij vonnis der Arr.-R. Eindhoven, v. 4 Dec. 1843, W. n°. 475, bevestigd bij arr. van 't P. H. v. N.-Braband, v. 25 Juni 1844, W. n°. 520; R., dl. XIX, § 89. — Cf. art. 140 B. R., vonnis van de Arr.-R. Hoorn, v. 8 Dec. 1841 sqq., en art. 199 B. R., arr. v. 4 April 1851, sub n°. 7.

2. Daadzaken, waarvan in een geding het bewijs wordt aangeboden, moeten geacht worden bepaaldelijk te zijn uitgedrukt, wanneer uit hare omschrijving duidelijk volgt, welke de feiten zijn, waarvan men zich

Art. 202 (nieuw) na afloop van het getuigenverhoor is de rechtbank niet bevoegd om de fase van het geding weder te heropenen en opnieuw gelegenheid te geven getuigen te doen horen: Hg. Amsterdam 16 Apr. 1915, W. 9829.

voorstelt het bewijs te leveren. Het oordeel, of de gestelde daadzaken ingevolge de wet, bepaaldelijk zijn uitgedrukt, komt uitsluitend toe aan den *judex facti*.

Arr. v. 20 April 1855, W. n°. 1638; R., dl. L, § 12.

3. Uit dit artikel in verband met de artt. 202 en 211 B. R. volgt, dat de daadzaken, welke eene partij door getuigen wil bewijzen, moeten zijn bepaaldelijk uitgedrukte, voor ontkenning en tegenbewijs vatbare feiten.

Vermits bezit is een complex feit, bestaande uit speciale daadzaken, kan als zoodanig niet worden aangemerkt de geheel onbepaalde stelling, dat men heeft gehad het bezit eener zaak. Bepaaldelijk uitgedrukte, het bezit medebrengende, daadzaken worden gevorderd om een voortdurend bezit eener zaak gedurende zekeren tijd te bewijzen.

Arr. v. 3 Juni 1859, W. n°. 2071, handhavende arrest P. H. v. Zeeland, v. 22 Juni 1858, W. n°. 2064, vgl. ook Arr.-R. Assen, v. 13 Maart 1876, W. n°. 4007; vgl. Arr.-R. Utrecht, v. 9 Dec. 1859, W. n°. 2166, waarbij werd beslist, dat de feiten niet bepaaldelijk zijn uitgedrukt, waarbij eene actie tot ontkenning van een kind wel overspel en heimelijke bevalling worden gesteld, maar niet worden aangegeven feiten en omstandigheden, waaruit het overspel en clandestine bevalling zouden blijken; vgl. art. 199 B. R., n°. 39.

4. De beoordeeling, of genoegzame aanleiding bestaat tot het voor erkend houden van gestelde feiten, die binnen den bepaalden termijn niet zijn erkend of ontkend, — is in elk geval aan den rechter overgelaten.

Arr. v. 9 Juni 1871, W. n°. 3337; R., dl. XCVIII § 18. R. B. jg. 1872 p. 13, waarbij nog werd beslist dat de moeilijkheid zoo niet de onmogelijkheid voor de partij, om daarop *in casu* binnen den gestelden termijn te antwoorden, gevoegd bij de zeer korte overschrijding van dien termijn aanleiding kan geven, om de daadzaken niet voor erkend te houden; zie hiermede in verband Arr.-R. Assen, v. 24 Nov. 1873, R. B. jg. 1874, p. 473, waarbij *implicite* is beslist, dat waar de ontkentenis der daadzaken niet juist binnen de hier bedoelde acht dagen heeft plaats gehad, zij voor erkend moeten worden gehouden.

5. Dit artikel verbiedt den rechter niet, om een door partij aangevoerd feit als bewezen aantenemen, op grond dat het door de tegenpartij niet is weersproken.

Arr. v. 26 Jan. 1883, W. n°. 4870; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVIII, p. 121—134.

In summiere zaken mag het beginsel van art. 202 niet toegepast worden. De art. 653 strekt het dus (*Art.* 202. niet tot regel, indien hij zich over gestelde feiten niet verklaart. Rb. Roermond 21 Nov. 1899 W. nº 5916.

Vgl. navolgende beslissing:

Het in dit artikel gehuldigde rechtsbeginsel, dat de daadzaken, welke eene partij door getuigen wil bewijzen, voor erkend kunnen gehouden worden, zoo zij niet uitdrukkelijk betwist worden, kan ook in summiere zaken zijne toepassing vinden, dáár waar de verweerder bij zijne conclusie van antwoord de gestelde daadzaken niet heeft erkend of ontkend. Aan het oordeel en de onvoorzichtigheid van den rechter is het overgelaten, welk gewicht hij naar de omstandigheden aan dit stilzwijgen van de wederpartij moet hechten

P. H. v. Limburg, v. 29 Mei 1860, W. nº. 2197.

6. Hoezeer de rechter bij de wet is bekleed met het vermogen om gestelde daadzaken voor erkend te houden, ingeval die binnen acht dagen na de beteekening, bij acte van procureur tot procureur niet zijn ontkend, zijn er, daar waar het geldt eene acte tot scheiding van tafel en bed, geene gronden aanwezig om van de voorzegde bevoegdheid gebruik te maken, wanneer uit de vroeger gehouden dingtalen kenbaar is, dat de door de eischeresse gestelde daadzaken door den verweerder stellig worden ontkend.

Arr.-R. Gorinchem, v. 30 Oct. 1841, W. nº. 246. — Cf. art. 264 B. W., vonnis van de Arr.-R. Zwolle, v. 6 Dec. 1843 sqq., sub nº. 5, en DE PINTO, *Hdl. B. R.*, II, 1, p. 345 vlgd.

7. Indien de daadzaken niet zijn ter zake dienende en afdoende, is het niet noodig dat ze worden ontkend, of komt het voor erkend houden derzelve niet te pas, daar zij, in ieder geval en zelfs dan, wanneer die al bestonden, toch tot de beslissing der zaak niets zouden afdoen.

Arr.-R. Tiel, v. 1 Dec. 1844, R. B. jg. 1847, dl. IX, p. 788—790.

8. Een collectief feit, of zoodanig een, dat in zich zelf uit onderscheidene afzonderlijke daadzaken bestaat (*in casu* het beweren gedurende meer dan een jaar in het rustig bezit te zijn geweest van een plaatsje, achter zijne woning gelegen, met de daarop zich bevindende zinkput, zoo en in dier voege, als men het bij zijne woning in eigendom heeft verkregen) kan op zich zelf gesteld worden, ten ware de

wet uitdrukkelijk gelast de afzonderlijke feiten, waaruit de daadzaak is zamengesteld, bepaaldelijk en bij name op te noemen.

Arr.-R. Amersfoort, v. 17 Dec. 1845, W. n°. 837; R. B. jg. 1846, dl. VIII, p. 226 en 227.

9. Art. 202 B. R., waar het eischt, dat de daadzaken, die eene partij door getuigen wil bewijzen, *bepaaldelijk* worden uitgedrukt bij de acte van conclusie, heeft blijkbaar gewild geene rechtsgeleerde kwalificatiën van daadzaken (*in specie* ten betooge dat iemand zich zoude hebben gedragen als zuiver erfgenaam), maar eene zoodanige aanduiding en omschrijving der te bewijzen daadzaken, als welke aan de tegenpartij geen twijfel kan overlaten, wat men zich voorstelt te bewijzen, en wat hij alzoo ingevolge de laatste alinea van art. 202 heeft te erkennen of te ontkennen.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 30 Dec. 1845, W. n°. 713.

10. Art. 202, al. 1 B. R. is alleen van toepassing op gewone zaken, maar geenszins op zaken van echtscheiding, waaromtrent eene afzonderlijke wijze van procedeeren in art. 816 en volgg. B. R is voorgeschreven.

Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 28 Febr. 1851, W. n°. 1208; — anders door Mr. A. O. in de *Opm. en Med.*, dl. VII, p. 95—98, alsmede *implicite* bij vonnis van de Arr.-R. te Zwolle, v. 6 Dec. 1843, R. B. jg. 1844, dl. VI, p. 702 sqq. en van de Arr.-R. Sneek, v. 5 Juni 1844, R. B. jg. 1846, dl. VIII, p. 694 en 695, zijnde bij laatstgemeld vonnis beslist, dat aan de bedoeling des wetgevers, in art. 202, al. 1 B. R. uitgedrukt, behoorlijk is voldaan, indien een eischer, in cas van scheiding van tafel en bed, in plaats van, zooals bij voormeld wets-artikel is voorgeschreven, de te bewijzen daadzaken bepaaldelijk uit te drukken, bij de dagvaarding en de geïnsinueerde conclusie dienaangaande, uitdrukkelijk verwijst naar de daadzaken, zooals die zijn gesteld en omschreven in het vroeger aan de Rechtbank ingediend request, behoorlijk aan de partij beteekend. — Vgl. hiermede Mr. F. R. Penning, ad art., volgens wien, in zake van echtscheiding, niet al. 2, maar wel al. 1 van art. 202 B. R. van toepassing is. — Zie ook art. 5 B. R., vonnis van de Arr.-R. Middelburg, v. 21 Mei Mei 1851 sqq., sub n°. 34, en omtrent hetgeen moet worden verstaan onder opgave van daadzaken, in cas van art. 816 B. R. — art. 816 voormeld, vonnis van de Arr.-R. Middelburg, v. 5 Oct. 1842.

11. Aan het voorschrift van dit artikel is voldaan, zoodra de daadzaken, welke de eischer wil bewijzen, in eene acte, van procureur aan procureur beteekend, bepaaldelijk zijn uitgedrukt en omschreven en

besloten worden met eene even bepaalde en duidelijke conclusie. De woorden, bij den aanhef dier acte gebruikt: „zullende antwoorden op den principalen eisch" kunnen den inhoud der acte zelve niet vitieeren noch nietig maken, veel min den gedaagde benadeelen, wanneer deze eveneens behoorlijk, bij beteekende acte van procureur aan procureur, heeft geantwoord op het incidenteel geschil en daarop geconcludeerd.

P. H. v. Z.-Holland, v. 27 Juni 1855, W. nº. 1691.

12. De vordering des eischers tot bewijslevering van bepaalde daadzaken is prematuur, zoo lang niet vaststaat, of die daadzaken door den gedaagde voor erkend of ontkend worden gehouden.

Ktg. nº. 1 Amsterdam, v. 22 Febr. 1871, W. nº. 3352.

13. Waar feiten worden gesteld, niet met het doel om daarvan bewijs door getuigen te leveren, behoeven de voorschriften van dit artikel niet opgevolgd te worden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 31 Oct. 1877, W. nº. 4176.

14. Uit dit artikel volgt niet dat men, in zaken van koophandel, ingevolge art. 299 B. R. als summiere zaken wordende behandeld, tot erkenning of ontkenning van gestelde daadzaken gesommeerd, daaraan zonder op straffe, als bij art. 202 is bepaald, niet zou behoeven te voldoen.

Arr.-R. Rotterdam, v. 10 April 1880, W. nº. 4520.

Art. 203.

1. Het is geheel aan den *judex facti* overgelaten, om wanneer hij *in facto* aanneemt, dat de aangenomen daadzaken niet genoegzaam bewezen zijn, en dat daaromtrent verschil tusschen partijen bestaat, ambtshalve een getuigenverhoor (in die gevallen waarin een bewijs bij getuigen toegelaten wordt) ten aanzien van die daadzaken te gelasten.

Arr. v. 19 Nov. 1841, W. nº. 250; R., dl. XI, § 43; v. d. H., *B. R.*, dl. III, p. 36—66; idem *implicite* bij arr. v. 15 April 1842, W. nº. 306; R., dl. XII, § 16; v. d. H., ibid. p. 312—332 en v. 3 Febr. 1843, W. nº. 379; v. d. H., *B. R.*, dl. IV, p. 298—306. — Vgl. hiermede, omtrent de vraag, wanneer kan worden geacht dat het pertinente en concludente van een aangeboden getuigenbewijs is *juris* — art. 99 R. O., arr. v. 22

Zie over art. 203 (nieuw) een adres van den Raad v. Toez. en Disc. te Rotterdam dd. Dec. 1901, in W. n° 7605.

Niet-naleving van art. 203 al. 2 (nw.) heeft nietigheid niet

ten gevolge: H.R. 27 Oct. 1905, W. n° 8287.

Oct. 1847 en v. 9 Maart 1849, sub *C*, nis. 19 en 21 (dl. II, p. 36 en 37), 2de editie, sub n°. 22 en 24, zijnde wijders voormeld arr. gewezen in strijd met de conclusiën van den toenmaligen adv.-gen. VAN MAANEN, v. D. H., l. c. p. 50—62, op grond, dat nu het eene feit niet was tegengesproken en het andere stellig erkend, maar alleen over de gevolgtrekkingen, die daaruit waren af te leiden, geschil was, de Rechtbank, zonder kennelijke schending van art. 199 B. R., de enquête, die hier gelast is, niet heeft kunnen bevelen.

2. Art. 199 of 203 B. R. is niet geschonden, indien de rechter, — de mogelijkheid niet ziende, dat uit het aangeboden getuigenbewijs van langdurige tiendheffing en rechtverkrijging door praescriptie over een tiendblok, waarin zeker stuk land gelegen is, zou kunnen voortvloeien het bewijs van verkregen tiendrecht door verjaring, op het speciaal stuk in geschil (te meer daar hij hiervan als nieuw ontgonnen land geene verkrijging door praescriptie denkbaar oordeelt), — het aangeboden getuigenbewijs afwijst, overeenkomstig art. 203 B. R., als hebbende hij het niet ter zake dienende en afdoende beschouwd.

Arr. v. 31 Oct. 1844, W. n°. 559; R., dl. XIX, § 24; v. D. H., *B. R.*, dl. VI, p. 129—142. — Cf. art. 99 R. O., sub *A*, n°. 7 (dl. II, p. 26), 2de ed. eodem en art. 802 B. W., arr. van denzelfden datum, sub n°. 13 en het betrekkelijk deze zaak gewezen arr. v. 't P. H. v. Gelderland, v. 13 Sept. 1843, W. n°. 433; R. B. jg. 1843, dl. V, p. 663—665, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Zutfen, v. 14 April 1842, W. ut supra, R. B. jg. 1842, dl. IV, p. 683 sqq.

3. Art. 203 B. R., noch art. 1932 B. W. kunnen zijn geschonden, indien het Hof binnen de grenzen zijner bevoegdheid heeft uitgemaakt, dat de bizondere bepaling van schade door water, niet toepasselijk is op schade ten gevolge van aanvaring, en op dien grond een daartoe betrekkelijk aangeboden getuigenbewijs, als niet ter zake dienende en afdoende, heeft verworpen.

Arr. v. 28 Febr. 1845, W. n°. 601; R., dl. XX, § 24; v. D. H., *B. R.*, dl. VI, p. 376—413. — Vgl. het daartoe betrekkelijk arr. van 't P. H. v. Gelderland, v. 14 Febr. 1844, W. n°. 601; R. B. jg. 1844, dl. VI, p. 420 sqq.; R., dl. XX, § 24; bevestigende een vonnis der Arr.-R. Arnhem, v. 29 Mei 1843.

4. Vóór het in werking komen der Fransche wet, zoowel naar het Romeinsche als naar het Friesche recht, in Friesland, de *res sanctae* en de onvervreemdbare *res publicae*, waartoe de stadswallen te Leeuwarden behoorden, (ook met het oog op de l. 10, ff. *si servitus vin-*

dicetur) niet vatbaar zijnde voor onderwerping aan dienstbaarheid van waterleiding, uitgang of dergelijke, zoo volgt hieruit, dat niet kan worden toegelaten een bewijs door getuigen tot staving van een beweerd servituut van uitgang op meervermelde stadswallen, hetwelk zou zijn verkregen door verjaring van meer dan 30 jaren vóór de invoering der Fransche wetgeving hier te lande.

Arr. v. 11 Dec. 1846, W. nº. 788; R., dl. XXVI, § 27; v. d. H., *G. Z.*, dl. V, p. 226—242.

5. Wanneer er van een getuigenverhoor sprake is, ambtshalve (art. 199, al. 2 B. R.) en niet op verzoek van partijen bevolen, dan kan er wel niet (in cassatie) aan eenige schending van art. 203 B. R. gedacht worden.

Arr. v. 14 Jan. 1853, W. nº. 1403; R., dl. XLIII, § 79.

6. Een complex of collectief en daarenboven geheel negatief feit, (*in casu*: dat gedaagde niet heeft voldaan aan zijn contractueele verplichting), hetwelk rechtstreeks niet valt onder het bereik der zinnen, maar alleen kan blijken bij gevolgtrekking uit andere speciale, positieve en materieele feiten, kan niet door getuigen worden bewezen.

De vordering, strekkende om te worden toegelaten tot het bewijs van zoodanig feit door getuigen, ofschoon door de tegenpartij niet betwist, moet door den rechter ambtshalve worden ontzegd.

Arr. v. 17 Mei 1861, W. nº. 2280; cf. art. 199 B. R. nº. 39.

7. De bewering, dat het van algemeene bekendheid is, dat iemand zijne betalingen heeft gestaakt, is vatbaar om door getuigen te worden bewezen.

Arr. v. 29 Nov. 1867, W. nº. 2972; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXII, p. 64—74.

8. Wanneer de gestelde feiten strekken om de plaats van levering (*in casu* dezelfde als die der verzending) te bewijzen, daar waar bij eene zaak van koophandel de exceptie van onbevoegdheid van den rechter dier plaats is opgeworpen, kunnen die daadzaken niet aangemerkt worden niet ter zake dienende en afdoende te zijn.

Arr. v. 11 Febr. 1881, W. nº. 4613; R., dl. CXXVII, p. 123—130, v. d. H., *B. R.*, dl. XLVI, p. 62—68.

9. Indien door den rechter aan eene partij het bewijs bij getuigen

is toegelaten van daadzaken, die ten aanzien der andere partij niet ter zake dienende noch afdoende zijn (*in casu* alwaar door den eigenaar van het *praedium dominans*, vermeenende in de uitoefening van zijn gesustineerd recht stoornis te hebben ondervonden door een derden persoon, geen eigenaar van het *praedium serviens*, die derde persoon in rechten is opgeroepen, tevens tot het doen erkennen van het recht van erfdienstbaarheid van den eischer), dan kan laatstgemelde zich met grond door zoodanige uitspraak bezwaard achten en levert dit termen op tot vernietiging.

P. H. v. Drente, v. 9 Nov. 1839, R., dl. III, § 16; *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 308 en 309.

10. Men is niet-ontvankelijk in eene incidenteele vordering, strekkende tot admissie om het bestaan der overeenkomst door getuigen te mogen bewijzen, wanneer uit de overeenkomst niet kan worden afgeleid het recht om zonder behoorlijke in verzuimstelling resiliatie te vragen van het contract met vergoeding van kosten, schade en interessen.

Arr.-R. Gorinchem, v. 16 Mei 1840, W. n°. 160. — Cf. art. 1274 B. W., sub n°. 7 en 1554, sub n°. 4, vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum.

11. De beleedigde partij is in cas van overspel ontvankelijk, niet alleen tot het leveren van het bewijs, betrekkelijk het gepleegde adulterium zelf, maar ook van de onbetamelijke handelingen, die het hebben voorafgegaan en op zich zelve niet zijn pertinent en concludent.

Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 12 Maart 1841, W. n°. 184.

12. Indien het aangeboden getuigenbewijs de strekking heeft om aan te toonen, dat de gedaagde in eene of andere betrekking gehandeld zou hebben, is zulks niet ter zake dienende in een geding, waarin de gedaagde slechts als privaat persoon geroepen is.

Arr.-R. Hoorn, *sine die*, W. n°. 370.

13. De rechter behoort altijd acte te verleenen van het aanbod tot het leveren van bewijs van voorgestelde daadzaken, al zijn deze zelfs niet ter zake dienende en afdoende.

P. H. v. N.-Braband, v. 7 Febr. 1843, W. n°. 413; R. B. jg. 1843,

dl. V, p. 143 en 144, te dien aanzien verbeterende een vonnis van de Arr.-R. 's-Hertogenbosch, v. 14 Sept. 1842, W. n°. 332.

14. Het bewijs van gestelde daadzaken kan worden toegelaten, indien ze, hoewel niet nauwkeurig vermeld, echter (*in casu* met betrekking tot den tijd waarop betalingen op eene verschuldigde rente van inbreng zouden zijn gedaan) niet zoodanig onbepaald zijn gelaten, dat het bewijs daarvan voor doelloos moet worden gehouden.

P. H. v. Drente, v. 17 Jan. 1846, R. B. jg. 1848, dl. X, p. 393—395.

15. De rechter, afwijzende het verzoek eens eischers, om bij ontkentenis door den gedaagde van het recht van erfdienstbaarheid, het onheugelijk bezit van dat recht door getuigen te bewijzen, kan niet ambtshalve een getuigenverhoor bevelen, om te bewijzen, dat de eischer gedurende een tijd van twintig jaren vóór de invoering van het Wetboek Napoleon, het ongestoord bezit van den betwisten uitgang gehad heeft, vermits door zoodanige beperking van het te leveren bewijs des gedaagde verdediging ten principale wordt gepraejudiceerd.

P. H. v. Zeeland, v. 30 Juni 1846, R. B. jg. 1847, dl. IX, p. 646. — Cf. art. 199 B. R., arr. v. 16 Juni 1854 sqq., sub n°. 10.

16. Indien de gedaagde zeker feit ontkent, met bijvoeging, dat, zoo het al mocht zijn geschied, zulks dan met toestemming des eischers heeft plaats gehad, dan moet dit feit niet voor erkend worden gehouden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 4 Nov. 1846, W. n°. 862; R. B. jg. 1846, dl. VIII, p. 736 sqq. — Cf. art. 199 B. R., vonnis van de Arr.-R. Nijmegen, v. 24 Febr. 1846.

17. De ten bewijze gestelde feiten mogen niet dienen om aantevullen een feit, dat een der grondslagen is van de vordering en in de introductieve dagvaarding ontbreekt.

Arr.-R. Winschoten, v. 10 Oct. 1855, R. B. jg. 1856, blz. 384.

18. Het bewijs van het bestaan van een beweerd gebruik, in strijd met algemeene wetsbepalingen, waarvan geene stilzwijgende afwijking is toegelaten, is noch ter zake dienende noch afdoende, vermits aan dat gebruik geen rechtsgevolg kan worden toegekend.

P. H. v. Z.-Holland, v. 21 Juni 1858, W. n°. 1979, vernietigende vonnis Arr.-R. Rotterdam, v. 6 Jan. 1858, W. n°. 1956.

19. De eischer, die eene vordering instelde tot uitkeering eener bepaalde som als saldo eener rekening en verantwoording, welke hij beweert, dat hem door den gedaagde is gedaan, is niet-ontvankelijk in zijn incidenteel verzoek tot getuigenverhoor betreffende daadzaken, waarvan de strekking is, het bewijs te leveren van des gedaagden rekenplichtigheid.

Arr.-R. Gorinchem, v. 24 Nov. 1863, W. nº. 2546.

20. Een getuigenbewijs tot staving van het feit, dat een overledene goederen heeft nagelaten, is toelaatbaar; ook dan, wanneer door den kantonrechter een procesverbaal van niet-verzegeling is opgemaakt, waarbij alleen is geconstateerd dat de comparanten verklaarden, dat er geene goederen nagelaten waren.

Arr.-R. Utrecht, v. 17 Juni 1868, W. nº. 3148, bevestigd door 't P. H. v. Utrecht, v. 22 Febr. 1869, W. nº. 3149.

21. Met „ter zake dienende en afdoende" is in dit artikel niet anders bedoeld, dan „tot beslissing der zaak kunnende leiden" in art. 103.

Mitsdien kan het bewijs worden toegelaten van feiten, die, zonder de zaak geheel te beslissen, de beslissing kunnen voorbereiden, en door andere bewijzen gevolgd en aangevuld, eenen grondslag voor de beslissing der hoofdzaak kunnen opleveren.

Arr.-R. Amsterdam, v. 13 Dec. 1877, R. B. jg. 1878, p. 92.

22. Zie ten betooge:

a. Dat, wanneer iemand, die rekening en verantwoording wil afleggen van hetgeen hij voor rekening zijner committenten heeft verricht, concludeert bij zijne memorie van contra-debat, om tot het bewijs van eenige punten door getuigen te worden toegelaten, hij alsdan tot dit getuigenbewijs is admissibel —

art. 778 B. R., arr. v. 3 Jan. 1845 sqq.

b. Dat een aangeboden getuigenbewijs omtrent de uitoefening van zeker recht, zoo lang de oudste menschen geheugen, door den *judex facti* als inconcludent kan worden verworpen —

't Kon. Besluit v. 8 Febr. 1815, arr. v. 5 Juni 1846 (dl. I. p. 16). Zie in gelijken zin art. 478 B. R., arr. van 't P. H. v. Friesland, v. 20 Nov.

1841, sub nº. 2. — Vgl. hiermede een arr. v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 26 Sept. 1844, R. B. jg. 1845, dl. VII, p. 145—147, waarbij, in strijd met het daartoe betrekkelijk vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Nov. 1844, een getuigenbewijs is toegestaan omtrent het hebben bestaan van personen die volgens des eischers eigen rekening meer dan 100 jaren dood moesten zijn; zijnde dit arrest gegrond op de overweging, dat er geene redenen voorhanden zijn, om in deze reeds vooraf aan te nemen welke getuigen zullen worden aangevoerd, wat zij zullen verklaren, en welke redenen van wetenschap zij zullen bijbrengen. — Zie ook art. 199 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 8 Nov. 1852.

c. Dat in cas van art. 72 van het Reglement op het loodsen van zeeschepen, door het groot Noord-Hollandsch Kanaal van 19 Jan. 1836, het leveren van het bewijs, dat door den gezagvoerder of de schepelingen geene loodsen zijn *gezien*, is irrelevant en inconcludent —

't Kon. Besluit v. 25 Juli 1837, nº. 73, art. v. 18 Juni 1847, sub nº. 2. (dl. I, p. 191).

Art. 204.

De vrijheid hier aan den rechter gelaten, om het getuigenverhoor te doen plaats hebben, hetzij ter terechtzitting, hetzij voor een Rechter-Commissaris, is niet van toepassing op zaken, die, hoewel uit haren aard niet summier, echter als zoodanig door partijen zijn behandeld.

Arr. v. 19 Oct. 1866, W. nº. 2846; R., dl. LXXXIV § 46; v. d. H., *B. R.*, dl. XXX, p. 455—473, ook vermeld op art. 140 B. R., bestreden in W. nº. 2857; vgl. arr. v. 10 Nov. 1876, W. nº. 4050; R., dl. CXIV § 22; zie in anderen zin *implicite* Arr.-R. Maastricht, v. 2 Nov. 1866, W. nº. 2846.

Art 205.

Uit de bepalingen van art. 109, jis. de artt. 18, 205 en 206 B. R., vloeit voort, dat getuigenverhoor altijd, zelfs in summiere zaken, met gesloten deuren moet worden gehouden.

Hoezeer bij gemeld art. 109, in summiere zaken het houden der enquête op de terechtzitting is bevolen, en deze volgens art. 18, in den regel is openbaar, moet nochthans de bepaling van art. 205 op dit punt gehouden worden van eene algemeene toepassing te zijn bij getuigenverhoor, waaromtrent, daarbij uitdrukkelijk, onder meer anderen

wordt bevolen, dat het altijd met gesloten deuren zal worden gehouden, zoodat de verwijzing ook bij art. 206 in summiere zaken naar de terechtzitting, geene andere bedoeling heeft dan om in die zaken het verhoor voor een rechter-commissaris uit te sluiten, maar het te doen houden voor al de rechters, die over de zaak zullen oordeelen, zonder dat er eenige gegronde reden is uit te vinden, waarom overigens het gebod van art. 205 ook dan niet van toepassing zoude zijn.

Arr. v. 19 Nov. 1841, W. nº. 250, R., dl. XI, § 43; v. d. H., *B. R.*, dl. III, p. 36—66. — *Anders* Oudeman, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 251, en de Pinto, *Hdl. B. R.*, II, 1, p. 344, die aldaar de juistheid dier beslissing zeer betwijfelen. De laatste acht die leer *in jure constituendo* volkomen waar, maar meent dat zij niet is overeen te brengen met de wet, zoo als die is, omdat: 1º. dit bevel, om het getuigenverhoor te houden in eene gesloten terechtzitting, voorkomt in een artikel, dat uitsluitend handelt over zaken *van gewone behandeling*; en 2º. art. 200 al de bepalingen over het getuigen-verhoor voor den kantonrechter van toepassing verklaart in summiere zaken, met uitsluiting alleen van de artt. 119 en 121, en dus met inbegrip van art. 109. De heer de Pinto, l.l. is al verder, even als Lipman, p. 96 en Oudeman ut supra, van gevoelen, dat het voorschrift van art. 205 zeker misplaatst is, en meent, dat dit artikel had behooren te worden gevonden, hetzij onmiddellijk na art. 199, zoo men het had willen maken van algemeene toepassing, hetzij na art. 204, zoo men het had willen beperken tot de zaken van gewone behandeling. Evenzeer verklaart zich Mr. J. G. de Witt Hamer Jz., in zijn *Hdb. voor de Kantongerechten*, p. 227, voor de meening dat art. 205 geenszins op zaken van summiere behandeling en mitsdien ook niet op de kantongerechten, waarbij het getuigen-verhoor altijd in het openbaar plaats heeft, van toepassing kan zijn, welk gevoelen echter om de *paritas rationis* niet wordt gedeeld door Mr. C. M. van der Kemp, *Ontw.* ut supra, p. 150, (Mr. Greeve betoogt in den 3den druk, p. 304, dat ook voor rechtbanken en hoven het getuigenverhoor in den regel niet met gesloten deuren mag gehouden worden) en door S. M., in de *Opm. en Med.*, dl. I, p. 225. — Vgl. met dit een en ander Mr. G. B. Emants, *Themis*, dl. VIII, p. 506—516, die de bepaling van art. 205, al. 3, daar niet verkeerdelijk geplaatst beschouwt en haar overigens alleen van toepassing acht op het getuigenverhoor voor gedelegeerde rechters. Dit gevoelen echter, voor zoo verre bekend, alleen door den heer E. voorgestaan, wordt o. a. met een beroep zoo op de geschiedenis der wetgeving, als op de *ratio legis*, breedvoerig bestreden door Mr. G. D., in de *Opm. en Med.*, dl. VIII, p. 63—83, die het eerste lid van art. 205 slechts toepasselijk acht op de gevallen, bedoeld bij art. 200*b*, in zóó verre ten minste, dat wanneer werkelijk het derde lid van art. 205 tot de in dat artikel bedoelde gevallen moet worden beperkt, het dan noodwendig beperkt moet worden tot de gevallen van art. 200*b*, en overigens (ook in strijd met het gevoelen van de Pinto, en meer in overeenstemming

met voormeld arr. van den H. R.) art. 205 van toepassing acht op elk getuigenverhoor, dat aan de bepalingen der zesde afdeeling van den derden titel onderworpen is (en mitsdien niet op het getuigenverhoor voor den kantonrechter, hetwelk ook z. i. in den regel op de terechtzitting en in het openbaar moet gehouden worden), onverschillig hoe de zaak is gekwalificeerd en niet alleen op elk getuigenverhoor op de terechtzitting gehouden, maar ook op dat, hetwelk voor een rechter-commissaris plaats heeft; vgl. ook R. B. jg. 1875, afd. *B*, p. 269, waardoor de Redactie betoogd wordt, dat de bepaling, dat de enquête altijd met gesloten deuren moet plaats hebben, in handelszaken zeer nadeelig werken kan.

Art. 206.

1. Daar de wet van 22 Pluviose an VII geene bepalingen bevat omtrent de formaliteiten bij een getuigenverhoor in acht te nemen, in die gevallen, waarin het bewijs door getuigen (gelijk omtrent de verhoogingen gedaan in strijd met voormelde wet) zal kunnen worden toegelaten, moeten de algemeene voorschriften, dienaangaande bij het Wetb. van Burg. Rechtsv. vastgesteld, noodzakelijkerwijze worden nageleefd. Hieruit volgt, dat indien bij vonnis aan een geopposeerde van een dwangschrift in materie van registratie het getuigenbewijs van de door hem gearticuleerde feiten is opgelegd, en dat getuigenverhoor (op de terechzitting) heeft plaats gehad, zonder dat de opposant op *dien* dag prorogatie had gevraagd, om zijnerzijds het tegenbewijs door getuigen te mogen leveren, hij later daarin niet meer ontvankelijk is.

Arr.-R. Eindhoven, v. 10 Febr. 1845, *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 247 en 248.

2. Zie ten betooge:

a. dat, indien er een getuigenverhoor op de terechtzitting gehouden wordt, door de Rechtbank, ondanks de ontstentenis eener bepaling voor den kantonrechter of voor de Arr.-R., als bij art. 216 voor den rechter-commissaris gegeven is, vóór het sluiten van het procesverbaal aan de bij dat verhoor *verweerende* partij kan worden toegestaan, dat er eene volgende terechtzitting worde aangewezen, tot het doen hooren van getuigen voor tegenbewijs.

art. 404 B. R., arr. v. 17 Maart 1876 sqq. sub n°. 1. — In gelijken zin, behalve de autoriteiten op art. 404 B. R. vermeld, DE PINTO, *Hdl.*, II, 1, p. 350; OUDEMAN, 4de ed., dl. I, p. 138 en 144 en PENNING ad art. 216 B. R.

cf. art. 106 bekeuren, als het getuigenverhoor op de terechtzitting wordt gehouden, de namen der getuigen alleen aan de tegenpartij, niet ook aan diens procureur te worden bekendgemaakt. Rb. Amsterdam 25 Juni 1891, P. v. R. 1891, n° 82. Anders Hof 's Hage 10 Febr. 1902, W. n° 7759 ad art. 193.

b. dat het O. M. het recht heeft bij verhooren van getuigen vragen te doen —

Mr. C. F. Th. van Maanen, »het Openb. Ministerie in Nederland" blz. 63.

Art. 208.

1. De verplichting tot de beteekening van het vonnis, waarbij, als gevolg eener bevolen wraking, een nader getuigenbewijs wordt bevolen, berust op straffe van niet-ontvankelijkheid op hem, ten wiens verzoeke dit nader getuigenbewijs is toegestaan en niet op zijne wederpartij.

Arr.-R. Arnhem, v. 30 Sept. 1844, W. n°. 616.

2. De procedure tot getuigenverhoor met het tegenbewijs, dat rechtens is toegelaten, een geheel vormende, dat volgens art. 208 B. R. begint te loopen van den dag der beteekening van het vonnis, *door de meest gerede* partij, volgt hieruit, ook met het oog op art. 211 B. R. (waarbij de bevoegdheid gegeven wordt, om ten zelfden dage, de getuigen tot tegenbewijs op te roepen) dat het gewijsde, waarbij het getuigenverhoor wordt bevolen, niet andermaal moet worden beteekend door de partij, die van haar recht van tegenbewijs gebruik wil maken.

P. H. v. N.-Brabant, v. 16 Dec. 1845, R., dl. XXVI, § 89.

3. Het dispositief van een vonnis, waarbij een getuigenverhoor wordt gelast, behoeft niet te vermelden de daadzaken, welker bewijs wordt toegelaten, wanneer die daadzaken in de considerantia van het vonnis zijn opgenomen en daarnaar bij het dispositief wordt verwezen.

P. H. v. Z.-Holland, v. 27 Juni 1855, W. n°. 1691.

Art. 209.

1. Door de beslissing van het Hof dat de partij, die de getuigen niet heeft gedagvaard tegen de terechtzitting of binnen den termijn bij het vonnis of arrest bepaald, niet meer tot het bewijs door getui-

MOLENGRAAFF-INSTITUUT VOOR PRIVA

gen kan worden toegelaten, heeft het Hof de artt. 104, 105 en 106 geschonden en de artt. 209 en 210 B. R. verkeerd toegepast.

Arr. v. 18 Maart 1865, W. n°. 2679; R., dl. LXXIX, § 44; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIX, p. 313—326, vernietigende arrest P. H. v. Limburg, v. 8 Nov. 1864, W. n°. 2643, vgl. hetzelfde arr. sub art. 210 B. R.; idem Arr.-R. Amsterdam, v. 8 Maart 1876, R. B. jg. 1876, blz. 180, waarbij is beslist, dat verlenging van den termijn om gegronde redenen wel degelijk kan worden toegestaan.

Zie echter navolgende beslissing:

Naar het algemeen beginsel, gehuldigd in art. 209 B. R., wordt de partij niet meer tot het bewijs door getuigen toegelaten, zoo zij verzuimd heeft op den dag of binnen den bij art. 208 B. R. vermelden termijn de eerste acte dier onderneming te verrichten.

P. H. v. Limburg, v. 9 Jan. 1844, W. n°. 505; R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 433, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 29 Sept. 1842, R. B. jg. 1843, dl. V, p. 219; idem zelfde Hof v. 8 Nov. 1864, hierboven vermeld; idem waarbij is beslist, dat de partij na het verstrijken van den termijn tot getuigenbewijs niet meer gerechtigd is, om een naderen termijn te eischen, bij arr. v. 't P. H. v. N.-Brabant *sine die*, W. n°. 899; idem bij vonnis der Arr.-R. Maastricht, v. 3 Juni 1852, sub art. 104 B. R., n°. 2; idem bij vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 20 Nov. 1861, W. n°. 2361; en bij OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 246. — Cf. art. 199 B. R., arr. v. 4 Dec. 1845, sub n°. 4.

Vgl. eindelijk hiermede in verband navolgende beslissing:

Eene wederpartij, die noch op den dag der enquête van zijn kant getuigen tot tegenbewijs heeft opgeroepen, noch op een naderen in het proces-verbaal van enquête daartoe bepaalden dag getuigen heeft bijgebracht, is niet meer ontvankelijk in zijn verzoek, om alsnog tot tegenbewijs getuigen te doen hooren.

P. H. v. Limburg, v. 29 Nov. 1869, W. n°. 3196.

2. Het slot van dit artikel mist alle toepassing, wanneer van het vonnis, waarbij het getuigenverhoor ten deele is toegestaan en ten deele geweigerd, hooger beroep is ingesteld.

Arr. v. 14 Nov. 1884, W. n°. 5095, waarbij nog werd beslist, dat de termijnbepaling niet kan beschouwd worden als een praeparatoir vonnis in den zin van art. 336 B. R. maar onafscheidelijk samenhangt met de interlocutie zelve, en alzoo, evenals de overige deelen daarvan, hangende het beroep geen gevolg kan hebben.

3. Het verzuim der beteekening, in art. 208 B. R. gevorderd, noch het verzuim van het verschijnen op den dag tot het houden van het bevolen getuigenverhoor bepaald, kan, bij gebreke van een vooraf ingesteld hooger beroep, worden gedekt, door het nog vóór den dag tot getuigenverhoor bepaald gedaan verzoek, om kosteloos de rechterlijke uitspraak, uit krachte waarvan het getuigenverhoor zou plaats vinden, aan hooger beroep te onderwerpen.

Arr.-R. Arnhem, v. 30 Sept. 1844, W. n°. 616.

4. De nauwgezette nakoming der termijnen op straffe van verbeurte van het recht tot getuigenbewijs, geldt bij analogie ook in summiere zaken en in die voor den kantonrechter.

Arr.-R. Breda, v. 5 Jan. 1858, W. n°. 1944; cf. art. 104 n°. 2 B. R. en in anderen zin, arr. 18 Maart 1865 sqq., vermeld sub hoc art. en art. 210 B. R.

Art. 210

1. Dit artikel, hetwelk geschreven is voor het verhoor voor den Rechter-Commissaris, en niet voor dat ter terechtzitting, beveelt wel op straffe van nietigheid, binnen den aldaar voorgeschreven termijn te doen beteekenen de namen en woonplaatsen der getuigen, welke eene partij wil doen hooren en verklaart wel bij verzuim daarvan, den nalatige niet gerechtigd op den bepaalden dag getuigen te doen hooren, maar daaruit volgt niet, dat zij (zoo als bepaald is bij art. 209) bij verzuim hiervan, *niet meer tot het bewijs door getuigen zal worden toegelaten*.

Arr. v. 18 Maart 1865, W. n°. 2679; R., dl. LXXIX § 44, vernietigende, arr. P. H. in Limburg, v. 8 Nov. 1864, ook aangeh. sub art. 209 B. R. n°. 4; cf. arr. P. H. v. Gelderland, v. 11 April 1866, vermeld ad art. 216 B. R.; zie ook Oudeman, *B. R.*, 4de ed., dl. I, blz. 137; vgl. in anderen zin Ktg. Roermond, v. 26 Oct. 1855, vermeld ad art. 104 B. R. n°. 2, en Arr.-R. Breda, v. 5 Jan. 1858, aangehaald ad art. 209 sub n°. 4.

2. Het hooren van getuigen moet geacht worden alleen te geschieden in het belang van die partij, welke de getuigen heeft opgeroepen, zoodat ieder der partijen bevoegd is, om afstand te doen van haar recht, tot het hooren der door haar gedagvaarde getuigen.

Ktg. Wijchen, v. 15 Sept. 1854, W. n°. 1580. — Cf. art. 200 B. R., arr. v. 23 Dec. 1853, sub n°. 4, alsmede aant. 2 op art. 211 B. R.

3. In eene procedure tot onder curateelestelling kunnen ook andere getuigen worden gehoord, dan die ter voldoening aan art. 491 B. W. in het introductief request zijn opgegeven.

Arr.-R. Dordrecht, v. 5 Mei 1862, R. B. jg. 1863, dl. XIII, blz. 91—92.

4. Deze bepaling geldt *ook* in het geval, dat de gecommitteerde rechter *buiten* het rechtsgebied van de Rechtbank, die de admissie tot bewijs door getuigen verleende, zitting houdt.

Arr.-R. Breda, v. 7 Mei 1867, W. n°. 3020.

5. Het is niet juist aantenemen, dat de wetgever bij deze bepaling van het denkbeeld is uitgegaan, dat het voldoende is, dat de procureur van de wederpartij van het te houden getuigenverhoor verwittigd wordt, om daarbij des verkiezende, tegenwoordig te zijn; het is veeleer aantenemen, dat deze bepaling, (even als die, volgens welke vonnissen, geen condemnatie inhoudende, alleen aan procureur behoeven beteekend te worden) steunt op de bedenking, dat deze is *dominus litis* en dat, wat aan hem is medegedeeld, kan geacht worden ter kennis van de door hem vertegenwoordigde partij te zijn gebracht.

Arr.-R. Breda, v. 7 Mei 1867, W. n°. 3020.

6. Het voorschrift in de 2de alinea van dit artikel vervat, dat het bevel beteekend moet worden aan de woonplaats of aan de persoon der wederpartij, zoo er geen procureur is (dus zoo die verstek heeft laten gaan) geeft den defaillant geen recht, om nog tegenspraak te doen.

Mr. D. Binger in *Themis*, 3de verz., jg. 1874, blz. 59 vlgde. — Zie in strijd hiermede ten betooge, dat de bepalingen omtrent de beteekening van het vonnis, van het bevelschrift van den Rechter-Commissaris en van de lijst van getuigen alleen kan te pas komen, wanneer contradictorio judicio bij interlocutoir een getuigenbewijs is opgelegd, Arr.-R. Nijmegen, v. 24 Juni 1857, W. n°. 1880.

Art. 211.

1. Alleen de wijze, waarop iemand in een proces optreedt, kan beslissen, wie partij en wie wederpartij in eene aanhangige procedure is.

Arr. v. 6 Jan. 1854, W. n°. 1506. — Cf. art. 152 B. R., arr. van het P. H. v. N.-Brabant, v. 1 Maart 1842 sqq., sub n°. 7.

2. Het recht van tegenbewijs, aan eene partij toegekend, is een voorrecht, waarvan het haar vrijstaat gebruik of geen gebruik te maken en krachtens hetwelk zij, naar goedvinden, in het geheel geen getuigen kan oproepen, of wel, zoo lang met hun verhoor geen aanvang is gemaakt, van het verhoor van opgeroepen getuigen kan afzien.

De eischer kan mitsdien niet vorderen dat de getuigen, die de gedaagde na door hem te zijn opgeroepen niet hooren wil, alsnog ten koste van den gedaagde zullen worden opgeroepen en gehoord.

Arr.-R. Maastricht, v. 10 Jan. 1856, W. n°. 1773; cf. aant. 2 op art. 210 B. R.

3 Als de eischer de getuigen, die bij de enquête gehoord zijn, op nieuw wil doen hooren bij de contra-enquête, behoeven de namen enz. niet aan de wederpartij te worden beteekend.

Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 19 Maart 1858, W. n°. 1992.

Art. 213.

Zie ten betooge, dat de wraking van een getuige, gedaan na de beantwoording der prealabele vragen en vóór het getuigenis omtrent de zaak zelve, moet geacht worden *tempore utili* en overeenkomstig de bepalingen der wet te zijn gedaan —

art. 107 B. R., vonnis van de Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 13 Dec. 1839, sub n°. 2.

Art. 214.

1. In art. 207 en volgg. wordt geen voorschrift gevonden, waaruit is op te maken eene afwijking of uitzondering tevens van den regel, dat de uitspraak op de wraking van getuigen nimmer aan hooger beroep is onderworpen; — voor hoedanige afwijking trouwens het enkel verschil in den vorm, of de wijze, waarop het getuigenverhoor gehouden wordt, niet alleen geene noodzakelijkheid deed ontstaan, maar zelfs geenerlei aanleiding kon geven.

P. H. in Z.-Holland, v. 9 Nov. 1863, W. n°. 2542, waarbij nog werd overwogen, dat de zin der bepaling van art. 214 kennelijk geene andere

is, dan dat partijen de beslissing over de wraking, die anders door de Rechtbank zou moeten gegeven worden, kunnen opdragen aan den R.-C., indien zij verklaren zich daaraan te zullen onderwerpen, en alzoo van een beroep op de Rechtbank zelve afstand doen.

Vgl. ook navolgende beslissing:

Deze bepaling bevat geene uitzondering *op*, maar houdt veeleer de bevestiging in *van* den algemeenen regel, dat de uitspraken op wrakingen voor geen hooger beroep vatbaar zijn.

P. H. v. Limburg, v. 22 Mei 1866, W. n°. 2843, vernietigende Arr.-R. Maastricht, v. 7 Oct. 1865, W. n°. 2839. In denzelfden zin Mr. VAN NOOTEN in R. B. jg. 1879, *A.* p. 75 sqq., die betoogt, dat van beslissingen van den R. C. geen hooger beroep bestaat, maar alleen bij wraking van getuigen voor den Rechter-Commissaris beroep bij den rechter te pas komt, die hem heeft benoemd, welk beroep dan ook in de 3de alinea van dit artikel bedoeld wordt; zie verder ten betooge, dat de beslissing der Rechtbank over de wraking in geen geval aan *hooger beroep* is onderworpen, *Opm. en Med.*, dl. XV, blz. 289 vlgde.; vgl. het aangeteekende sub art. 200 B. R. n°. 3.

2. Dit artikel is eenig en alleen van toepassing op een getuigenverhoor voor een Rechter-Commissaris.

P. H. v. Drente, v. 3 Febr. 1872, W. n°. 3533; R. B. jg. 1873, dl. XXIII, p. 69, ook vermeld ad art. 200 n°. 3 B. R.; vgl. in anderen zin het daar aangehaald opstel van Mr. C. L. KNIPHORST.

Art. 215.

De bij dit artikel bedreigde boete moet worden uitgesproken door den rechter, voor wien de getuigen waren gedagvaard, alhoewel deze niet is de rechter naar de wet op de rechterlijke organisatie, recht doende in strafzaken.

Arr. (raadkamer), v. 24 Dec. 1868, W. n°. 3086; R., dl. XC § 38; vgl. art. 389 B. W., alsmede de wet van 15 Nov. 1876 *Stbl.*, n°. 195 en de discussie daarover.

Art. 216.

1. De wetgever heeft door de woorden: *aan hare partij*, voorkomende in art. 216 B. R., kennelijk en alleen bedoeld die partij,

welke het getuigenverhoor heeft gevraagd; blijkende uit de geheele 6de afd. van den 3den titel, 1ste boek van 't Wetb. v. B. R., dat daarin alleen gesproken wordt van twee tegenover elkander staande partijen, de partij namelijk, die het getuigenverhoor vraagt, en de wederpartij, die van hare zijde een tegenverhoor kan vragen.

Hieruit volgt, dat van de wederpartij, die alle formaliteiten heeft vervuld, die zij jegens hare partij, met opzicht tot de contra-enquête, had in acht te nemen, niet meer, ook ten aanzien van hare medegedaagden, kan worden gevorderd de beteekening der namen en woonplaatsen der getuigen, die zij bij de contra-enquête wilde doen hooren.

Arr. v. 6 Jan. 1854, W. nº. 1506; R., dl. XLVI, § 71; v. p. H., *B. R.*, dl. XVIII, p. 13—41, waarbij, met vernietiging van het daartoe betrekkelijk en in tegenovergestelden zin gewezen arr. van 't P. H. v. Limburg, v. 22 Nov. 1852, W. ut supra; R. B. jg. 1853, p. 387 sqq., tevens is bevestigd het vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 15 Jan. 1852, R. B. ut supra.

2. Wanneer de voortzetting van een getuigenverhoor op eenen naderen dag wordt bevolen, dan kunnen de getuigen, wier namen eerst na den oorspronkelijk bepaalden dag aan de wederpartij zijn beteekend, op dien naderen dag niet worden gehoord.

Men kan echter vóór het sluiten van het contra-enquêst verzoek doen om nog andere getuigen, ten fine van tegenbewijs, te doen hooren.

Arr.-R. Maastricht, v. 4 Maart 1852, W. nº. 1334; idem, wat dat laatste betreft, Arr.-R. Rotterdam, v. 7 Nov. 1857, W. nº. 1907; vgl. aant. 1 op art. 217 B. R.

3. Na den afloop der contra-enquête, is de partij niet meer bevoegd op het proces-verbaal van tegenbewijs een naderen termijn tot het verhooren van getuigen tot bewijs te verzoeken.

P. H. v. Limburg, v. 9 Dec. 1861, W. nº. 2392; R. B. jg. 1862, dl. XII, blz. 770—773.

4. De bij dit artikel bedreigde nietigheid, ingeval de wederpartij verzuimt binnen den bepaalden termijn de namen en woonplaatsen der getuigen aan partij te doen beteekenen, brengt *niet* mede eene verbeurd-verklaring van het recht om de getuigen alsnog te doen hooren.

P. H. v. Gelderland, v. 11 April 1866, W. nº. 2824; R. B. jg. 1866, p. 382; vgl. arr. v. 18 Maart 1865, vermeld ad art. 210 B. R.

Uit den verzoek van een party andere dan hemen van getuigen, die reeds vroeger te haren verzoeke zijn gehoord, is bij de wet niet bekend. Party heeft evenmin recht op confrontatie van de vroeger te haren verzoeke gehoorde 671 getuigen met de getuigen der eng. (Art. 216. enquête met de getuigen der contra-enquête. Hof Arnhem, 6 Oct. 66 P. v. 1867 n° 107

5. Het is bij de wet verboden, een getuige, nadat hij het proces-verbaal van zijn verhoor heeft onderteekend, door de bewijsvoerende partij in dezelfde enquête andermaal te doen hooren.

Arr.-R. Maastricht, v. 13 Mei 1869, W. n°. 3139; *anders* Arr.-R. Maastricht, v. 8 Febr. 1868, W. n°. 3071.

6. Zie omtrent de vraag: *a.* of in hooger beroep een getuigenbewijs kan worden gevorderd, waarvan in eersten aanleg geene sprake is geweest; *b.* of dit verhoor in die instantie andermaal mag plaats hebben over *dezelfde feiten*, welke het onderwerp van de eerste enquête hebben uitgemaakt, en *c.* of men ontvankelijk is in hooger beroep eene contra-enquête te vorderen, indien zulks in eersten aanleg niet heeft plaats gehad —

art. 348 B. R., arr. v. 2 Dec. 1853, en arr. v. 15 Oct. 1863 sqq.

Art. 217.

1. De partij, die in één der gevallen van art. 217 B. R. een naderen termijn tot voortzetting van het getuigenverhoor heeft verkregen, kan nieuwe getuigen doen hooren, en dus nog andere dan die, waarvan de namen en woonplaatsen aanvankelijk aan de wederpartij zijn beteekend geworden. Zie Hof Amsterdam 29 Mrt. 1901

Arr. v. 11 November 1864, W. n°. 2641; R., dl. LXXVIII § 25; v. D. H., *B. R.*, dl. XXIX, pag. 87—100; vernietigende, in strijd met de conclusie van adv.-gen. GREGORY, het arrest P. H. in N.-Holland, v. 3 Dec. 1863 en vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 19 Dec. 1862, W. n°. 2471; R. B. jg. 1863, dl. XIII, blz. 313 volgg. Dus ook de Arr.-R. Maastricht, v. 24 Febr. 1848, in strijd met de conclusie van het Openbaar Ministerie (R. B. jg. 1848, dl. X, blz. 604, W. n°. 950); — idem dezelfde Rechtbank, v. 14 Dec. 1843 (R. B. jg. 1844, dl. VI, blz. 57, W. n°. 464), gewezen in overeenstemming met de conclusie van het Openbaar Ministerie; idem bij arr. P. H. v. N.-Brabant, v. 22 Nov. 1874, R. B. jg. 1876, afd. *A*, p. 95; idem bij vonnis der Arr.R. Arnhem, v. 1 Maart 1844, W. n°. 616, waarbij tevens is beslist, dat het verzoek om een naderen termijn tot het alsnog doen hooren van een of meer getuigen, ook bij de Rechtbank zelve, ter gelegenheid van het incident over de wraking kan worden gevraagd; — anders bij vonnis der Arr.-R. Breda *sine die*, W. n°. 414, waarbij is beslist, dat het verleenen van den naderen termijn, in art. 217 B. W. vermeld, kennelijk alleen ten doel heeft, om de gebrekige of gewraakte getuigen, de wraking afgewezen zijnde, op nieuw te doen dagvaarden en geenszins om het ontbrekend bewijs door het hooren van W. n° 7654.

cf. Hof Arn. hand. 6 Oct. 1905. P. v. J. 1907 n° 108.

nieuwe vroeger niet opgegevene getuigen aan te vullen: dat zulks voortvloeit uit den algemeenen geest der bepalingen, rakende het getuigenverhoor in burgerlijke zaken, waarbij doorgaans ten grondslag ligt het denkbeeld, dat elk der partijen op eenmaal de getuigen, welke men wil doen hooren, moet doen kennen en niet bevoegd is later met anderen op te komen, ten zij in het enkele geval, dat de verweerder zulks, nadat de getuigen, door den eischer voorgebracht, zijn gehoord, voor zijn tegenbewijs noodig acht en dat deze uitlegging daarenboven de eenige is, door welke de bepaling van art. 217 B. R., met de voorschriften, rakende het getuigenverhoor in summiere zaken, of in het algemeen ter audientie te houden, in overeenstemming kan worden gebracht, daar het toch niet denkbaar is, dat tusschen deze beide vormen een zoo wezenlijk verschil zou zijn aangenomen; idem arr. Hof 's-Hertogenbosch, v. 19 Dec. 1876, R. B. jg. 1878, *A*, p. 90, zoo ook Mr. G. BELINFANTE, in *Themis*, 2de verz., dl. XIII, blz. 490 sqq., die van oordeel is, dat de Hooge Raad, bij zijn arrest van den 11 Nov. 1864 zich te veel liet verleiden door het groote gewicht, dat hij hechtte aan de beweerde overtolligheid van art. 217 B. R., zonder te bedenken, dat onze wetgeving niet is zulk een type van nauwkeurigheid van redactie, dat nergens een woord of eene zinsnede te veel zou gevonden worden; vooral hier, waar de materie getuigenbewijs zoo verspreid is behandeld geworden. Schr. meent dat art. 217 eenvoudig aan beide partijen, en bloot in de drie in dat artikel aangeduide gevallen, een recht van verlenging van termijn toekent, met geen ander doel, dan om het in haar getuigenverhoor buiten hare schuld ontstane vitium te herstellen, maar geenszins om het getuigenverhoor in 't algemeen *tot in het oneindige te rekken*, terwijl juist alle voorafgaande bepalingen de strekking hebben, dat het verhoor spoedig afloope. — In gelijken zin, OUDEMAN, *B. R.*, 4e druk, dl. I, blz. 257, die de bevoegdheid tot het op nieuw dagvaarden van den getuige, welke niet verschenen of weigerachtig is, of omtrent wien de wraking is afgewezen, alleen aan de wederpartij en niet aan den incidenteelen eischer, die het bewijs wil leveren, toekent; eveneens Mr. A. O. in *Opm. en Med.*, dl. XVI, blz. 24 sqq.; vgl. ook VERNÉDE op art. 217 noot 2, alsmede aant. 7 op art. 106 B. R.

2. Indien, in een van de drie gevallen, vermeld in art. 217 B. R., de belanghebbende partij aan den rechter-commissaris, bij gelegenheid van het gehouden getuigenverhoor, geen naderen termijn heeft verzocht, is zij onbevoegd om later een nieuwen termijn te vragen.

P. H. v. N.-Holland, v. 3 Nov. 1853, W. n°. 1507; idem P. H. v. Limburg, v. 9 Dec. 1861, W. n°. 2392.

Art. 218.

1. De beteekening der processen-verbaal en de voortzetting der zaak, bedoeld in art. 218 B. R., zijn facultatief en worden alleen

vereischt, voor zoover de meest gereede partij zich daarvan in haar belang wil bedienen en tegen de wederpartij in het geding gebruik maken.

Door dit artikel zóó te verstaan, dat die beteekening in elk geval, en alzoo ook wanneer de meest gereede partij de enquête niet heeft geprovoceerd en wanneer zij zich daarvan niet tot bewijs wil bedienen, zoodanig verplichtend is voor die partij, dat zij zonder die beteekening, onbevoegd zou zijn het geding ten principale voort te zetten, — wordt eene belangrijke, door den inhoud van art. 218 voormeld niet gewettigde afwijking of inbreuk aangenomen op het erkend rechtsbeginsel, dat niemand gehouden is tegen zich zelven bewijsstukken voort te brengen

Door het stilzwijgen der wet omtrent de beteekening, waar het een verhoor op vraagpunten geldt, wordt dit rechtsbeginsel bevestigd

Arr. v. 12 Nov. 1852, W. nº. 1617; R., dl. XLIII, § 28, vernietigende het daartoe betrekkelijk arr. van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 24 Juni 1851 en het vonnis van de Arr.-R. 's-Hertogenbosch, v. 5 April 1850, waarbij is beslist, dat de beteekening der processen-verbaal van getuigenverhoor in elk geval, en alzoo ook, wanneer de meest gereede partij de enquête niet heeft geprovoceerd, en wanneer zij zich daarvan niet tot bewijs wil bedienen, zoozeer verplichtend is voor die partij, dat zij zonder die beteekening onbevoegd zou zijn, het geding ten principale te vervolgen en voort te zetten; in denzelfden zin als het arr. van den H. R. bij arr. P. H. v. N.-Holland, v. 22 Febr. 1855, W. nº. 1710, ten aanzien van zaken van summiere behandeling.

2. De bepaling van art. 218 ziet niet op summiere zaken.

Arr. v. 5 Oct. 1855, W. nº. 1686, R., dl. LI § 12; v. D. H., *B. R.*, dl. XX, p. 1—10; idem Arr.-R. Haarlem, v. 22 Juni 1875, W. nº. 3902; anders DE PINTO, *Hdl.*, II, 1, p. 342; cf. aant. 6 op dit art.

3. De eischer is bevoegd na het getuigenverhoor voort te procedeeren, indien hij alleen het proces-verbaal van enquête, niet dat van contra-enquête, heeft doen beteekenen.

Arr. v. 15 Jan. 1875, W. nº. 3809; v. D. H., *B. R.*, dl. XL, p. 18—35.

4. Wanneer geen afschrift van het proces-verbaal van een gehouden getuigenverhoor in den processe is gebracht, — kan dit verhoor door den rechter niet in aanmerking worden genomen.

Arr.-R. Groningen, v. 31 Dec. 1858, R. B. jg. 1859, blz. 612—615.

5. Eene partij, die zich van de door de wederpartij gehouden contra-enquête bedient, die zich op dat tegenbewijs beroept, om zijn beweren te staven, is verplicht van de verklaringen der tot tegenbewijs gehoorde getuigen aan zijne wederpartij mededeeling te doen, alvorens deze tot voortzetting van het geding ten principale kan gehouden zijn.

P. H. in Limburg, v. 22 Dec. 1862, W. n°. 2450, vernietigende vonnis Arr.-R. Maastricht, v. 27 Maart 1862, in hetzelfde nummer van het W.

6. Zie ten betooge, dat in zaken van gewone behandeling, wanneer het getuigenverhoor op de terechtzitting plaats heeft, het proces-verbaal niet aan de wederpartij moet worden beteekend en de wettelijke verplichting, om in zaken van echtscheiding het getuigenverhoor op de terechtzitting te houden, te dien aanzien (ook dan, wanneer verstek is verleend), geen verschil te weeg brengt —

Vragen van Nederl. Regt, dl. II, n°. 24; anders bij DE PINTO, *Hdl.*, II, 1, p. 342, volgens wien de bepaling, vervat in art. 218, tot de algemeene regelen omtrent getuigenverhoor betrekking heeft.

Art. 219.

De acte van bevinding, op te maken in geval van gerechtelijke plaatsopneming, vermeld bij dit artikel, is eene authentieke acte en mitsdien een schriftelijk bewijsmiddel, begrepen in art. 1903 B. W.

Arr. v. 24 Jan. 1873, W. n°. 3554; R., dl. CIII § 12.

Zie ten betooge dat, ofschoon in eersten aanleg een gerechtelijke plaatsopneming is geschied, de rechter in appèl niettemin een nader onderzoek in loco kan instellen —

P. H. v. Overijssel, v. 9 Mei 1842, bij Mr. HERTZVELD ut supra, blz. 12.

Zie eenige opmerkingen over de vijfde, zevende en achtste afdeeling, in *Themis*, 2de verz., dl. X, p. 62—64, door Mr. M. H. GODEFROI.

Art. 222.

1. De door eene der litigeerende partijen incidenteel gevorderde expertise of opneming en bericht van deskundigen is doelloos en moet mitsdien door den rechter worden ontzegd, ingeval de tegenpartij de

Het deskundigen-bericht is een bewijsmiddel. Hof Amsterdam 30 Juni 1892, P.v.J. 1892 n°88.

tegen haar ingestelde vordering niet betwist heeft op die gronden, over welke de gevraagde expertise zou moeten loopen.

Arr. v. 7 Juni 1850, W. n°. 1148.

2. Het oordeel over het verstand van een contract van aanneming en de uitlegging daarvan is van rechtskundigen aard en behoort tot 's rechters attributen, met dat gevolg, dat de beslissing daarvan niet aan deskundigen kan worden overgelaten.

Arr. v. 7 Juni 1850, W. n°. 1148.

3. Waar blijkens den inhoud van het beklaagde vonnis, de rechter het rapport der deskundigen voor juist houdende, zich met hun gevoelen heeft vereenigd, en verder naar aanleiding alleen van dat rapport de zaak zelve heeft beslist, zoo kan er geen sprake van zijn, dat de rechter het rapport niet tot voorlichting, maar als bewijsmiddel heeft doen gelden.

Arr. v. 27 Juli 1852, W. n°. 2595; R., dl. XLII, § 46; v. D. H., *B. R.*, dl. XV, p. 130—147.

4. Een onderzoek van deskundigen kan *niet* worden bevolen over de mogelijke naleving eener aanneming, indien partijen het niet eens zijn over het recht verstand der overeenkomst.

Arr. v. 6 April 1866, W. n°. 2786.

Vgl. ook navolgende beslissing:

Een onderzoek van deskundigen komt niet te pas, zoo lang de feiten niet vaststaan.

Arr.-R. Amsterdam, v. 2 Maart 1865, W. n°. 2717.

5. De deskundigen, die in het geding tot onteigening in hun verslag de gronden voor hunne bepaling der schadeloosstelling moeten opgeven, zijn noch aan de vormen door het Wetb. van Burg. Rechtsv. gesteld, noch aan de gewone regelen van bewijs in burgerlijke zaken, gebonden; mitsdien kan de rechter, die naar zijne overtuiging het advies der deskundigen kan volgen, of daarvan kan afwijken, daarbij niet gebonden zijn aan de gewone wettelijke regelen en vormen.

Arr. v. 20 Jan. 1873, W. n°. 3560, R., dl. CIII § 13; vgl. ook Mr. W. THORBECKE, *Stelsel en toepassing der onteigeningswet*, blz. 173 vlgd.

6. De wet kent alleen eene benoeming van deskundigen als middel van instructie en tot voorlichting des rechters, aan wien steeds de eindbeslissing moet verblijven, zoodat deze niet — immers als partijen zulks niet zijn overeengekomen — aan deskundigen kan opdragen om eene zaak in geschil te beslissen en uittemaken op eene voor beide partijen verbindende wijze.

Arr. v. 3 Febr. 1882, W. n°. 4743; R., dl. CXXX, § 19; v. D. H., *B. R.*, dl. XLVII, p. 155—162; R. B. jg. 1882, *A*, p. 42, waarbij nog beslist werd, dat een dergelijk vonnis niet een interlocutoire maar eene eindbeslissing behelst; vgl. arr. Hof 's-Gravenhage van 30 Jan. 1882, W. n°. 4992; R. B. jg. 1882, *A*, p. 38, ten betooge dat dit art. niet kan worden toegepast, wanneer het onderzoek eerst zijne uitwerking zou hebben nadat het hoofdgeschil is beslist.

Zie het arr. Hof Leeuwarden, v. 23 Febr. 1881, dat door gemeld arr. H. R. werd vernietigd in R. B. jg. 1882, *A*, p. 41 en p. 128.

De deskundigen, bij dit en de volgende artikelen bedoeld, worden benoemd bij tusschengeschil tot voorlichting van den rechter. Dit artikel is alzoo niet van toepassing, wanneer bij hoofdvordering gevorderd wordt het benoemen van deskundigen tot het opmaken van een plan van scheiding.

P. H. v. Drente, v. 16 Jan. 1858, W. n°. 1986; R. B. jg. 1858, dl. VIII, blz. 529—531; idem Arr.-R. Amsterdam, v. 11 Sept. 1883, W. n°. 5001; idem Hof Arnhem, v. 18 April 1877, W. n°. 4149; R. B. jg. 1877, *A*, p. 175, waarbij beslist werd, dat een rauactie tot het verkrijgen van een bevel tot gerechtelijk onderzoek door deskundigen (buiten enkele speciale gevallen, als dat van art. 94 W. v. K.), zonder bestaand geding niet-ontvankelijk is; idem pres. Amsterdam, v. 27 Oct. 1877, R. B. jg. 1878, *A*. p. 281; vgl. echter beschikking pres. Amsterdam, v. 10 Dec. 1874, R. B. jg. 1879, *A*, p. 9, die zich onbevoegd verklaarde in kort geding van de hoofdvordering kennis te nemen, maar niettemin eene spoedvereischende expertise beval, omdat daaruit later zou blijken, wie der partijen in haar recht was; cf. het sub art. 289 B. R. vermeld vonnis pres. Amsterdam, v. 2 April 1877.

7. Men kan (*in casu* waar het geldt eene actie, ter zake van aanvaring en het voor alsnog niet blijkt, of die aanvaring aan *culpa* of aan een *casus fortuitus* is te wijten) niet bij dagvaarding, — ook dan niet, wanneer het al aan den eischer mocht vrijstaan zich bij requeste aan den president der Rechtbank te vervoegen tot benoeming van experts, om de toegebrachte schade op te nemen en te begrooten — eene actie tot benoeming van deskundigen instellen, ten einde schade

te constateeren en de hoegrootheid daarvan te bepalen, dan nadat de principale actie tot schadevergoeding is ingesteld. — In zoodanig geval moet principaliter worden geconcludeerd tot schadevergoeding en subordinaat tot eene expertise.

Arr.-R. Amsterdam, v. 21 Juni 1839, R. B. jg. 1842, dl. IV, p. 777 en 778.

8. Het onderscheid tusschen een verzoek van expertise bij requeste aan den president en eene dagvaarding *ad hoc* voor de Rechtbank zelve, valt duidelijk in het oog, omdat het eerste alleen verleend wordt *periculo petentis*, waardoor dus de partij noch betrokken, noch in zijne principale verdediging benadeeld wordt, terwijl integendeel de eisch, blootelijk tot expertise bij dagvaarding voor de Rechtbank, de gedaagden belet in het doen hunner principale verdediging, welke niet te pas komt, dan nadat de eisch tot schadevergoeding is gedaan en genomen, en zij dus zijn bekend geworden met de gronden en bewijzen, waarop de eischer deze zijne vordering doet berusten.

Arr.-R. Amsterdam, v. 21 Juni 1839, R. B. jg. 1842, dl. IV, p. 777 en 778.

9. Een gedaagde is niet meer ontvankelijk in eene vordering tot onderzoek door deskundigen, indien het geldt verrichte werkzaamheden aan een schip, waarvan hij de rekening meer dan een jaar heeft onder zich gehouden, zonder daarop eenige aanmerking te hebben gemaakt

Arr.-R. Amsterdam, v. 26 Mei 1841, R. B. jg. 1846, dl. VIII, p. 181; idem dáár waar het geldt eene vordering tot expertise van een reeds voor twee jaren afgeleverd en zonder reclame aangenomen werk, bij vonnis van dezelve Arr.-R. v. 28 Dec. 1853, R. B. jg. 1854, p. 185—188; zie ook aant. 17 van dit art. — Vgl. hiermede een vonnis v. 't Ktg. nº. 1 Amsterdam, v. 14 Oct. 1853, W. nº. 1486; R. B. jg. 1853, p. 476 en 477, waarbij is beslist, dat het bloote betwijfelen van de identiteit zonder meer, niet voldoende is om eene expertise af te snijden betreffende lood, een jaar vóór den aanvang van het geding gelegd, hetgeen te meer klemt wanneer, gelijk *in casu*, de verwisseling van het lood den gedaagde oneindig meer zou gekost hebben dan het verschil bedroeg, waarover partijen twisten. — Vgl., in verband hiermede, omtrent de vraag, of en wanneer een incidenteel verzoek tot expertise nog ontvankelijk is met betrekking tot goederen, welke worden beweerd, hetzij van mindere kwaliteit te zijn, hetzij gebreken te hebben, doch welke men heeft onder zich gehouden, terwijl men des verkoopers eisch tot betaling van den koopprijs heeft afgewacht — art. 1519 B. W., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Nov. 1839 sqq., sub nº. 1.

10. Er zijn geene termen om eene expertise te bevelen over het

quantum van een salaris, wanneer het bewijs ontbreekt, dat een salaris bedongen is.

Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Maart 1849, W. n°. 1036.

11. Wanneer op een stuk, waarop een eischer als erfgenaam eene rechtsvordering bouwt, zich bevindt beklad en onbeklad letterschrift en de handteekening van den oorspronkelijken schuldeischer, dan heeft een gedaagde belang bekend te worden met den inhoud van dat geschrevene en geconstateerd te zien den juisten stand dier handteekening.

Hiertegen kan niets afdoen, dat zoodanige eischer verklaart daarbij geen belang te hebben en daarvan geen gebruik te zullen maken.

Daarvoor bestaat geen ander middel dan eene expertise, die zelfs in den gegeven stand van zaken ambtshalve door den rechter moet worden bevolen, en heeft een translaat, hoezeer van een beëedigden translateur, geene bewijskracht.

Arr.-R. Tiel, v. 22 Maart 1850, W. n°. 1412. — Cf. art. 139 B. R. sub n°. 9, vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum. — Vgl. hiermede het artikel *Translateurs*, in 't W. n°. 1585, waaruit blijkt, dat aan den Minister v. Justitie geene wettelijke voorschriften bekend zijn, die aan de rechtelijke collegiën de verplichting zouden opleggen of bevoegdheid geven, om, degenen, die zich daartoe aanmelden, tot beëedigde translateurs, aan te stellen. Ditzelfde wordt erkend in een hoofdartikel in W. n°. 1586, alwaar op eene spoedige voorziening van dit onderwerp wordt aangedrongen.

Aan dien wensch is voldaan bij de wet, houdende bepalingen omtrent de beëedigde vertalers van 6 Mei 1878 (*Staatsbl.* n°. 30).

12. Bij verschil over den afkoopsprijs van eigendunkelijk jachtrecht behoort de gewone procesorde te worden gevolgd, ook ten aanzien der benoeming van deskundigen.

Arr.-R. Arnhem, v. 13 Dec. 1852, W. n°. 1436.

13. Een onderzoek van deskundigen „nadat aan dezen door partijen aangifte zal zijn gedaan van de verrichte werkzaamheden" kan uithoofde der onbestemdheid, wegens de daarbij mogelijke geschillen over het al of niet verrichte werk, door den rechter nimmer worden bevolen, vermits deze, volgens de wet, gehouden is om zelf het voorwerp van het onderzoek of de opneming duidelijk te omschrijven en uit te drukken.

Arr.-R. Leiden, v. 17 Maart 1857, W. n°. 1859.

14. Aan deskundigen kan niet ter beoordeeling gegeven worden of er eene onrechtmatige daad is gepleegd.

Arr.-R. Utrecht, v. 27 Nov. 1861, R. B. jg. 1863, p. 151 sqq.

15. Dáár, waar het punt in geschil meer van technischen aard is (*in casu* de kwaliteit van zekere waar), heeft eene expertise door deskundigen boven een getuigenverhoor de voorkeur, omdat dit laatste slechts eene expertise zoude wezen, waarvan de experts alleen door ééne partij benoemd worden.

Arr.-R. Roermond, v. 29 Jan. 1863, W. n°. 2502.

16. Eene expertise mag alleen strekken tot voorlichting van den rechter binnen de perken van het *objectum litis* en de *litis contestatie*, maar kan niet worden dienstbaar gemaakt om den eischer op het spoor te brengen van hetgeen deze vermoedt van den gedaagde te vorderen te hebben.

Arr.-R. Utrecht, v. 14 Dec. 1864, R. B. jg. 1865, p. 203.

17. Ofschoon het bevelen van een expertise in het algemeen aan het oordeel van den rechter is overgelaten, behoort zoodanig onderzoek altijd onmiddellijk na ontvangst der afgekeurde goederen te worden verzocht en plaats te hebben, wil het aan den wetgever beoogde doel beantwoorden.

Ktg. n°. 2 Amsterdam, v. 28 Juli 1864, R. B. jg. 1864, blz. 713. — *In casu* had de gedaagde tot betaling van maakloon der hem geleverde kleedingstukken aangesproken, die zes weken in bezit gehad, welk feit den rechter op bovenstaanden grond aanleiding gaf de expertise niet toetelaten; vgl. verder hiertoe betrekkelijk, aant. 9 van dit art.

18. Eene expertise kan bevolen worden, terwijl de te onderzoeken zaak nog in het bezit is van den verkooper, en deze is ongehouden die zaak vooraf in bewaring te stellen van een derde.

Arr.-R. Leiden, v. 7 April 1868, W. n°. 3027.

19. De rechter, die een onderzoek door deskundigen beveelt, moet het voorwerp van het onderzoek in zijn vonnis duidelijk uitdrukken. Dit is onmogelijk, zoo lang de identiteit van het te onderzoeken voorwerp niet is uitgemaakt.

Arr.-R. Groningen, v. 6 Nov. 1874, W. n°. 3792; cf. Arr.-R. Amsterdam, v. 13 Nov. 1856, W. n°. 1817, R. B. jg. 1857, dl. VII, p. 286.

20. Een bericht door deskundigen kan *niet* ten grondslag strekken van de beslissing des rechters, wanneer niet alle gegevens, waarop zij hun oordeel doen steunen, door hen met juistheid uit de stukken zijn geput.

Arr.-R. Middelburg, v. 21 Juni 1876, W. nº. 3992.

21. Bij preparatoir of interlocutoir vonnis kan *niet* vooraf worden beslist of het in eene zaak door deskundigen opgemaakte bericht al of niet moet worden beschouwd nietig en van onwaarde wegens niet inachtneming der vormen bij de wet voorgeschreven.

Arr.-R. Middelburg, v. 21 Juni 1876, W. nº. 3992; bij dit vonnis werd overwogen, dat eene incidenteele vordering wel strekt om een rechtsgeding in staat van wijzen te brengen, dus ook om de middelen te verschaffen tot het doen aannemen of verwerpen der ten processe gestelde daadzaken, maar dat de beoordeeling van de wettigheid, de waarde of de kracht dier middelen, welke bij de beslissing omtrent de feiten aan de waardeering des rechters zijn overgelaten, niet naar aanleiding eener zelfstandige conclusie het onderwerp eener tusschenvordering kan zijn.

22. In de gevallen van artt. 493 en 494 W. v. K. zijn uit den aard der zaak alle voorschriften van art. 222 B. R. en volgg. (die alleen op een contradictoir proces slaan) niet in toepassing te brengen, welke, naar de omstandigheden gewijzigd, moeten worden opgevolgd.

Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Jan. 1876, W. nº. 3973.

Vgl. navolgende beslissing:

/ Inde op eene expertise bij overeenkomst buiten proces: Rb. Amsterdam 16 Oct. 1903 W. no 8040. /

De bepaling van art. 222 al. 2 B. R., waarbij een getal van drie deskundigen wordt aangewezen, is niet van toepassing op de expertise, bedoeld bij art. 493 W. v. K. /

Arr.-R. Amsterdam, v. 26 Oct. 1854, R. B. jg. 1857, dl. VII, blz. 639—640; vgl. vonnis dierzelfde Rechtbank, v. 27 Jan. 1876, W. nº. 3980, waarbij werd beslist, dat op de eenzijdige expertise van art. 493 sqq. W. v. K. de beginselen van art. 222 sqq. B. R., als de eigenaardige vormen van een contradictoir proces, niet toepasselijk kunnen worden verklaard.

23. Van eene buitengerechtelijke expertise kan geene sprake zijn waar de deskundigen op gerechtelijk gezag zijn aangesteld, en hun rapport ter griffie van de Rechtbank hebben nedergelegd.

Arr. Hof Amsterdam, v. 3 Dec. 1880, W. nº. 4622.

24 Zie ten betooge :

a. Dat het middel van expertise geen nader getuigenverhoor uitsluit, of omgekeerd —

art. 199 B. R., arr. v. 7 Maart 1844 sqq., sub n°. 2.

b. Dat het geheel en al aan het arbitrium van den *judex facti* is overgelaten, om eene verzochte expertise te gelasten —

art. 99 R. O., arr. v. 21 Mei 1844, sub *B*, n°. 17 (dl. II. p. 30, 2de dr., p. 110); idem v. 27 Dec. 1850, v. D. H., *B. R.*, dl. XII, p. 221—239; R., dl. XXXVII, § 39; idem Ktg. Loenen, v. 21 Sept. 1864, W. n°. 2647.

c. Dat de rechter, *d'office* althans, noch getuigenbewijs, noch onderzoek van deskundigen kan bevelen, indien niet is gepraeciseerd waarover een of ander zou moeten loopen —

art. 199 B. R., arr. v. 22 Nov. 1849 sqq., sub n°. 6. — Vgl. in overeenstemming hiermede een vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 28 Nov. 1843, R. B. jg. 1844, dl. VI, p. 514—516, waarbij is beslist dat, indien de gedaagde bij zijne dingtaal, noch de boeken noch de posten daarin, waaromtrent hij een onderzoek of opneming verlangt, heeft omschreven, de rechter door dit verzuim in de onmogelijkheid is om aan het vereischte van art. 222 B. R. te voldoen.

d. Dat de exceptie *tibi adversus me non competit actio* niet obsteert, daar waar *periculum in mora* aanwezig is, — ongepraejudicieerd alle rechten van partijen, — het toestaan van eene provisioneele incidenteele vordering tot onderzoek door deskundigen naar de bevinding van een gebouw, op het oogenblik van den aanvang van het rechtsgeding —

art. 51 B. R., vonnis van de Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 20 Oct. 1843, sub n°. 2; zijnde bij arr. van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 13 Nov. 1844, W. n°. 561 beslist, dat het daartoe betrekkelijk uitgebracht rapport den rechter later de bevoegdheid niet ontneemt, ambtshalve een getuigenverhoor te gelasten.

e. Dat de vordering, in hooger beroep gedaan, tot het bevelen van een nieuw onderzoek door deskundigen, is praematuur en mitsdien niet-ontvankelijk, zoolang de hoofdzaak bij den eersten rechter nog aanhangig en onbeslist is —

art. 353 B. R., arr. van 't P. H. v. Utrecht, v. 17 Mei 1852.

f. dat de rechter, die ambtshalve een onderzoek van deskundigen heeft gelast, door die interlocutie bij de eindbeslissing niet is gebonden —

arr. v. 4 Mei 1855, vermeld sub arr. v. 7 Maart 1856, ad art. 399 B. R.

— Ingevolge art. 27 der Wet van 28 Aug 1851 (*Stbl.* n°. 125), regelende de onteigening ten algemeenen nutte, is aan den rechter de bevoegdheid gegeven om slechts één deskundige te benoemen, o. a. ter begrooting der schadeloosstelling —

(vgl. het aangeteekende ad art. 625 B. W. sub *d*).

Art. 223.

1. Hoewel de wet dit niet uitdrukkelijk bepaalt, moet de benoeming van arbiters door den rechter ook plaats hebben, wanneer eene der partijen in gebreke is gebleven, tijdig een arbiter op te geven, welke met den door de meest gereede partij opgegevene, een derde moest benoemen, in welk geval de gebrekige compromittent in de kosten van het rechtsgeding wegens die benoeming moet worden veroordeeld.

Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Aug. 1841, R. B. jg. 1846, dl. VIII, pag. 190 en 191.

2. Iedere partij kan dadelijk afstand doen van de bevoegdheid om zelve deskundigen te benoemen, ten einde zich aan de benoeming door den rechter gedaan, te gedragen, zonder dat daarvan eenige kennisneming aan, noch eenige in-mora-stelling van de wederpartij vereischt wordt.

Arr.-R. Groningen, v. 27 Nov. 1857, R. B. jg. 1859, dl. IX, blz. 578—584.

3. Volgens DE MARTINI ad art. *b* 5 begint, indien er vonnis bij verstek is gegaan, de termijn van drie dagen, vermeld in art. 223 al. 2, te loopen acht dagen (art. 80) na de beteekening; idem VERNEDE, ad art., OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 262 sq., meent echter, dat daaruit alleen kan volgen, dat eerst na acht dagen het vonnis kan worden beteekend aan de ambtshalve benoemde deskundigen en deze eerst dan kunnen worden opgeroepen; — anders door PENNING, ad art., volgens wien art. art. 80 hier buiten alle toepassing moet blijven, als alleen geschreven voor bij *verstek* gewezen eindvonnissen, waarbij *veroordeeling* is uitgesproken.

Art. 224.

1. Wanneer de deskunigen bij *eind*vonnis zijn benoemd en hunne werkzaamheden tot de uitvoering van dat vonnis behooren, moet de bepaling van den dag en het uur voor de beëediging der deskundigen door partijen of door eene der partijen bij requeste verzocht of wel

bij introductieve dagvaarding gevorderd worden, maar kan die niet geschieden door middel van oproeping bij acte van procureur tot procureur.

Arr.-R. Groningen, v. 27 Nov. 1857, R. B. jg. 1859, dl. IX, blz. 578—584, bij welk vonnis werd overwogen, dat in deze afdeeling wel de wijze van procedeeren ten opzichte van het doen beëedigen van deskundigen is voorgeschreven, wanneer deze *in den loop des gedings* zijn benoemd, maar daarin geene bepaalde voorschriften zijn opgenomen, om tot de beëediging te geraken, wanneer de deskundigen bij het eindvonnis zijn benoemd, en hun werkzaamheden tot de uitvoering van dat vonnis behooren.

2. Zie ten betooge, dat wanneer, in cas van art. 224, al. 3 B. R, partijen aan elkander overlaten, de aldaar vermelde beteekening aan de deskundigen en geene de oproeping binnen den bepaalden tijd heeft verricht, er alsdan geene redenen bestaan om het vonnis als vervallen te beschouwen en eene oproeping tegen eenen anderen dag niet toe te laten —

v. d Honert, *Formulierb.*, 3de dr., p. 134; idem Vernede, ad art., volgens wien een verlof tot oproeping tegen een naderen dag aan den rechter zal moeten worden gevraagd: idem Oudeman, *B. R.*, dl. I, 4de ed., p. 263, in de eerste noot.

Art. 225.

1. Bij art. 1 der Wet van 15 Nov. 1808 (*Bulletin des Lois*, n°. 3935; Fortuijn, *Verzam.*, III, 34), is uitdrukkelijk bepaald, dat de personen, in zake van registratie, als deskundigen te kiezen, moeten gedomicilieerd zijn binnen het ressort der Rechtbank, alwaar de goederen zijn gelegen.

Arr.-R. Maastricht, v. 23 Oct. 1846, W. n°. 852; R. B. jg. 1847, dl. IX, p. 191—195.

2. Alhoewel een vroeger uitgebracht advies van een deskundige, van ambtswege benoemd, over een en hetzelfde onderwerp niet bepaaldelijk als reden van wraking bij art. 1950 B. W. wordt opgegeven, moet echter de door partij ingebrachte reden van wraking tegen den deskundige, gegrond op het vermoeden, dat hij bij zijn vroeger uitgebracht gevoelen zal blijven volharden — onaangezien zijne eerlijk-

heid en onafhankelijkheid — als gegrond worden beschouwd en mitsdien worden aangenomen.

Arr.-R. Maastricht, v. 23 Oct. 1846, W. n°. 852; R. B. jg. 1847, dl. IX, p. 191—195. — Cf. art. 1950 B. W., vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum, sub n°. 9 (2de druk sub n°. 14).

3. Indien de aanstelling van deskundigen is geschied niet bij minnelijke overeenkomst van partijen, maar ingevolge uitdrukkelijke bepalingen der wet, behooren zij (ook met het oog op de wraking) te worden beschouwd als deskundigen, van ambtswege benoemd.

Arr.-R. Maastricht, v. 23 Oct. 1846, W. n°. 852; R. B. jg. 1847, dl. IX, p. 191—195.

4. De bewering, dat een vonnis omtrent de benoeming van deskundigen niet vatbaar voor appèl zou zijn, omdat daartegen alleen het middel van wraking toegelaten zou zijn, is onjuist.

Immers er kunnen andere gronden van bezwaar aanwezig zijn, dan de bij de wet opgenoemde redenen tot wraking.

P. H. v. N.-Holland, v. 29 Juni 1865, W. n°. 2739.

Art. 226.

1. Dit artikel houdt slechts in eenen *terminus ad quem* en belet alzoo niet, dat men de deskundigen ook vroeger en zelfs onmiddellijk na het uitspreken van de benoeming kan wraken.

Evenmin behoeft men met die wraking te wachten, tot dat eerst de gelegenheid om het in der minne te kunnen eens worden over andere deskundigen, dan de bij vonnis benoemde, voor partijen is voorbijgegaan door het verstrijken van den termijn, bij art. 223, al. 2 B. R. vermeld.

Arr.-R. Amersfoort, v. 24 Juni 1858, W. n°. 2031.

Zie over het tijdstip, waarop de termijn begint te loopen:

DE PINTO, *Hdl.* II, 1, p. 359 sq., en DE MARTINI, ad art. *g*, volgens wie de termijn van wraking van de benoeming, en mitsdien niet eerst van de beteekening van het vonnis loopt; anders echter OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, pag. 264 en bij VAN DER HONERT, *Hdb.*, § 226, noot 1, volgens wien de termijn loopt van den derden tot den zesden dag na de beteekening van het vonnis, uithoofde de benoeming des

rechters voorwaardelijk is, dat is geene kracht of geen gevolg heeft, dan zoo verre partijen binnen drie dagen na de beteekening van het vonnis over de deskundigen niet zijn overeengekomen.

Cf. het aangeteekende op art. 101 B. R.

Art. 227.

Het 2de lid van dit art. is ingetrokken bij de Wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n°. 55).

Art 228.

Daargelaten of een bericht van deskundigen nietig moet worden verklaard, wanneer daaraan substantiële vereischten ontbreken — zoo heeft het verzuim van de oproeping, bedoeld in de 3de alinea van dit artikel, geene nietigheid ten gevolge.

Arr.-R. Middelburg, v. 21 Juni 1876, W. n°. 3992.

Art. 230.

1. Wanneer de deskundigen vergaderd zijn geweest en het onderzoek hebben aangevangen ter aangegeven plaatse en in tegenwoordigheid van partijen en het daarbij (volgens het rapport dat niet wedersproken is) blijkt, dat partijen zich uit eigen beweging en geenszins naar aanleiding van eenige verklaring der deskundigen, dat zijn hun onderzoek en beraadslaging geëindigd hadden, van daar hebben verwijderd, dan is de verplaatsing der deskundigen (welke niet is verboden, veelmin de nietigheid ten gevolge hebben kan) niet eene nieuwe daad of een op nieuw aangevangen onderzoek, maar eene afgebrokene voortzetting van het eerste onderzoek, waarbij mitsdien partijen niet ten tweeden male behooren te worden geroepen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Oct. 1845, W. n°. 682.

2. Al mocht eene opneming door deskundigen niet verboden zijn in eenigen stand van het geding, zoo veronderstelt de wet toch steeds eene bezichtiging of feitelijke verrichting in tegenwoordigheid van partijen, zoodat een bloot onderzoek, door deskundigen intestellen naar

de vermoedelijke oorzaak van het (*in casu*) lek worden van een schip niet kan worden toegestaan.

Arr.-R. Rotterdam, v. 24 April 1854, R. B. jg. 1854, p. 348—350. — Vgl. hiermede een arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 1 Maart 1849. W. n°. 1103; R. B. jg. 1849, dl. XI, p. 140—143, waarbij, met vernietiging van een vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 29 Sept. 1847, W. n°. 909; R. B., l.l., is beslist, dat, indien het onderzoek van deskundigen overeenkomstig de wet heeft plaats gehad en omtrent de identiteit der goederen geen geschil tusschen partijen bestaat, alsdan de omstandigheid, dat eene der partijen buiten 's lands en op verren afstand woonachtig, bij dat onderzoek niet is tegenwoordig geweest of vertegenwoordigd, geen grond kan opleveren, om de bewijskracht van het verslag van deskundigen, omtrent den toestand der goederen (*in casu* rozijnen) tijdens de ontvangst te betwijfelen.

3. Uit deze bepaling volgt niet, dat de tegenwoordigheid van partijen bepaaldelijk bij *al* de werkzaamheden der deskundigen vereischt wordt. Voor de oproeping van de tegenpartij bestaat stellig geen grond daar, waar aan deskundigen geen *nieuw* onderzoek is opgedragen, maar hun alleen de beantwoording van een vraag naar aanleiding van het gehouden onderzoek gedaan is.

Arr.-R. Amsterdam, v. 13 April 1880, R. B. jg. 1881, p. 242, ook vermeld sub art. 231 B. R.

Art. 231.

1. Wanneer in het verslag van deskundigen naar eene bijgevoegde schetsteekening wordt verwezen, en de *judex facti* die stukken als één geheel beschouwt en verklaart, dat beiden de gronden bevatten van het gevoelen, door de deskundigen in het verslag uitgedrukt, dan is die beslissing geheel van feitelijken aard, zoodat de rechter in cassatie daaraan is gebonden.

Arr. v. 14 Dec. 1866, W. n°. 2860; v. d. H., *B. B.*, dl. XXX, p. 532—551.

2. Ten einde eene verklaring van deskundigen als gerechtelijk rapport te doen aannemen, moet blijken door wien en op welke wijze die deskundigen zijn benoemd, of waaruit zij hunne kwaliteit hebben ontleend.

Arr.-R. Amsterdam, v. 9 Juni 1842, R. B. jg. 1842, dl. IV, p. 648—650; R., dl. XIII, § 103; idem, indien niet vooraf bij vonnis is uitge-

drukt, wat het onderwerp van onderzoek moest uitmaken, of partijen niet in de mogelijkheid zijn geweest, dit geraden achtende, de deskundigen te wraken en hun zoodanige voordrachten en vorderingen te doen, als zij zullen goedvinden — bij vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 2 Febr. 1853, W. nº. 1409; R. B. jg. 1853, p. 228—231.

3. De Nederlandsche wetgever heeft, ten opzichte van een bericht van deskundigen, geene formaliteit voorgeschreven, waarvan het verzuim de nietigheid van het rapport zou veroorzaken, en zulks te recht, omdat de artt. 235 en 236 B. R., overeenkomende met art. 322 C. de Proc. Civ., volgens welke de rechter ambtshalve andere deskundigen kan benoemen, en ook bevoegd is, om een ander gevoelen dan dat der deskundigen te volgen, gereede hulpmiddelen aan de hand geven tegen alle zoodanige gebreken, welke den rechter buiten staat stellen, het bericht der deskundigen als regelmatig en gegrond aantenemen; — zijnde al verder bij voormeld arrest beslist, dat inzonderheid dan, wanneer het ingevolge eene speciale wet voor den rechter facultatief is, om al dan niet eene expertise te bevelen en het gevoelen der deskundigen te volgen, de rechter *a quo* de eenige bevoegde beoordeelaar is, in hoe verre een door deskundigen opgemaakt rapport, ingevolge art. 231, met redenen is omkleed en de verlangde inlichting bevat, om ten gevolge daarvan al dan niet ambtshalve een nader onderzoek te bevelen.

P. H. v. N.-Holland, v. 20 Juni 1842, W. nº. 306; R. B. jg. 1842, dl. IV, p. 539—544; idem CARRÉ, *Qu.*, 1199. — Vgl. hiermede de daartoe betrekkelijke conclusie van den (voormaligen) adv.-gen. DE BOSCH KEMPER, R. B. l. l., pag. 542, volgens wien, bij het onbepaald voorschrift van art. 231 B. R. het rapport van deskundigen moet geacht worden genoegzaam met redenen te zijn omkleed, wanneer de deskundigen, ten genoege van den rechter, de juistheid van hunne conclusie aantoonen. — DE PINTO, *Hdl.*, II, 1, p. 339 (2de druk, dl. I, blz. 362 sq.), merkt echter met het oog op dit arrest, op, dat het in het algemeen en voor zoo veel betreft de eenvoudige vormen juist kan zijn, doch men daarvan zal moeten uitzonderen die substantieele vereischten, bij gebreke van welke geen bericht bestaat, namelijk dat het schriftelijk zij, dat het zal moeten uitdrukken het gevoelen der meerderheid en dat het moet geteekend zijn; idem OUDEMAN, *B. R.*, 2de ed., dl. I, p. 307 en 308, 3de ed., p. 262 en 263, volgens wien in laatstgemelde gevallen dezelfde deskundigen een nieuw bericht zullen moeten opmaken. Vgl. omtrent een bericht van deskundigen, dat niet met redenen is omkleed en aanleiding heeft gegeven tot het benoemen van andere deskundigen — een vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 30 Sept. 1842, R. B. jg. 1843, dl. V, p. 184—187. — Cf.

Zie art. 111, arr. H. R. 17 Mei 1912, W. nr. 9360.

ten betooge, dat een rapport zonder dagteekening niet nietig is, Arr.-R. Amsterdam, v. 19 Maart 1879, R. B. jg. 1880, *A*, p. 3.

4. Wanneer een der deskundigen, niet wat het eigenlijk bericht betreft, (waaromtrent tusschen hen geen verschil bestaat), maar alleen omtrent bijomstandigheden zijn persoonlijk van dat der anderen afwijkend gevoelen heeft kenbaar gemaakt, is het rapport niet in strijd met dit artikel.

P. H. v. Limburg, v. 23 April 1860, W. nº. 2165, bevestigende vonnis Arr.-R. Maastricht, v. 24 April 1856, W. nº. 1785.

5. Wanneer een der deskundigen weigert medeteekenen, moet art. 638 B. R. bij analogie worden toegepast.

Arr.-R. Amsterdam, v. 8 Dec. 1869, W. nº. 3197; R. B. jg. 1870, dl. XX, p. 632.

6. Wanneer een der deskundigen het rapport niet heeft onderteekend, noch mede heeft opgemaakt, is dat rapport nietig.

Als in het rapport wordt vermeld wie de meerderheid en wie de minderheid uitmaakte, mag de rechter op het rapport acht slaan; Hof Amsterdam 18 Nov. 1903, W. nº 8075.

Arr.-R. Utrecht, v. 12 Mei 1875, W. nº. 3857.

7. Wanneer de deskundigen ieder afzonderlijk een onderteekend verslag uitbrengen, handelen zij in strijd met deze bepaling, en zijn die rapporten nietig.

Arr.-R. Amsterdam, v. 28 Juni 1877, W. nº. 4442, ook vermeld sub art. 232 B. R.

8. Deskundigen behoeven in hun rapport de gevoelens van anderen niet te wederleggen of de beschuldiging te bestrijden, door gedaagde tegen de door den rechter benoemde experts aangevoerd.

Arr.-R. Amsterdam, v. 30 April 1880, R. B. jg. 1881, *A*, p. 242.

9. De vermelding van de voordrachten en vorderingen van partijen behooren niet tot de *substantieele* vereischten van het rapport, bij gebreke waarvan aan het bericht alle kracht zou moeten worden ontzegd.

Arr.-R. Amsterdam, v. 30 April 1880, R. B. jg. 1881, *A*, p. 242, ook aangehaald sub art. 230, nº. 3.

Art. 232.

1. De vordering tot betaling van de getaxeerde declaratiën geschiedt

hier door beteekening van den staat met taxatie en executoir-verklaring en het bij die beteekening gedaan bevel tot betaling.

De deskundigen zijn niet gerechtigd betaling te vorderen, vóór dat zij den hun opgelegden last hebben vervuld; het verzet op dezen grond tegen voorgenomen executie van het bevelschrift, is mitsdien gegrond.

Intusschen kan in zoodanig geval de nietig- en van onwaardeverklaring der gedane taxatie en der executoir-verklaring of de buiten effectstelling van het bevelschrift niet gevorderd worden.

Arr.-R. Maastricht, v. 26 Juni 1879, W. n°. 4410.

2. Het te laat indienen van het rapport brengt geene nietigheid te weeg.

Arr.-R. Amsterdam, v. 28 Juni 1877, W. n°. 4142, ook vermeld sub art. 231.

3. De tweede alinea van dit artikel is niet van toepassing op de jurisdictio voluntaria.

Ktg. 's-Hertogenbosch *sine die*, W. n°. 4782; deze beschikking werd vernietigd door de Arr.-R. 's-Hertogenbosch t. z. p., die dit art. *in casu*, waar niet gevraagd was een bevelschrift van ten-uitvoer-legging, niet van toepassing achtte, maar oordeelde dat art. 61 der wet v. 28 Aug. 1843 (*Stbl.* n°. 40), dat niet bloot als eene aanvulling van dit art. mag worden beschouwd, ook voor de jurisdictio voluntaria was geschreven.

4. Zie ten betooge dat, met het oog op art. 232, al. 2 B. R., de deskundigen geene solidaire vordering hebben tegen ieder der partijen tot betaling hunner door den Voorzitter der Rechtbank begroote vacatiën —

S. M. in de *Opm. en Med.*, dl. X, p. 159—167.

Art. 234.

1. De beteekening, waarvan art. 234 B. R. gewaagt, is blijkbaar alleen van toepassing op een bericht van deskundigen, dat tot bewijsmiddel op de vordering zelve moet strekken en behoort geenszins te worden toegepast op zulk een bericht, dat slechts het gevolg is van een voorloopig verzoek zonder invloed op de zaak ten principale (in specie eene opneming van deskundigen welke onverwijld noodzakelijk was om den staat van een gebouw te constateeren bij den aanvang

van het geding, ten einde *pendente lite* noodwendige herstellingen aan het gebouw te doen tot voorkoming van verdere schade).

Indien men vermeent uit zoodanig bericht van deskundigen eenige gronden ten zijnen voordeele te kunnen aanvoeren, is men gerechtigd om daarvan eene expeditie te lichten en in het proces te brengen, behoudens het vermogen van den rechter, om daarop al dan niet *in judicando* ten principale te letten, zoo als hij zou vermeenen te behooren.

P. H. v. Z.-Holland, v. 31 Maart 1847, W. nº. 876, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 21 Oct. 1845, W. nº. 693, zijnde bij laatstgemeld vonnis tevens beslist, dat de niet-nakoming van de bij art. 234 B. R. gevorderde beteekening aan de wederpartij, geenszins de niet-ontvankelijkheid, om voort te procedeeren, ten gevolge heeft, maar alleen in dit geval het bericht, door de meest gereede partij overgelegd, bij den rechter buiten aanmerking moet blijven. In gelijken zin OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 270.

2. De kantonrechter kan na afloop van een bevolen deskundig onderzoek, niet eerder uitspraak doen, dan na partijen omtrent dat onderzoek te hebben gehoord. Waar dit is verzuimd, moeten partijen naar den kantonrechter worden teruggewezen.

Arr.-R. Leiden, v. 7 April 1868, W. nº. 3027, vernietigende vonnis Ktg. Leiden, v. 5 Oct. 1867, in hetzelfde nº.

3. Zie ten betooge dat, indien reeds vóór de bevolene expertise door beide partijen conclusiën ten principale genomen zijn, de zaak als contradictoir moet worden beschouwd en geen verstek kan worden verleend, ook dan niet, wanneer de gedaagde niet is verschenen op de nader aan hem gedane oproeping, nadat het rapport der deskundigen ter griffie was nedergelegd —

het sub art. 135 B. R., arr. v. 8 Oct. 1841, sqq., nº. 1, vermelde vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Maart 1839.

Art. 235.

1. Indien bij het aannemings-contract is bepaald, dat de aannemingssom zal moeten worden betaald, zoodra deskundigen het werk zullen hebben goedgekeurd, en de aannemer dien ten gevolge, op grond van een overgelegd goedkeurend rapport van deskundigen, de betaling eischt, dan handelt de rechter, in dat rapport niet vindende zoodanige algemeene goedkeuring der werken, als hij volgens den geest der

gemaakte overeenkomst in de bedoeling van partijen beschouwt, niet in strijd met eenige wetsbepaling, door, alvorens ten principale recht te doen, een nieuw onderzoek van deskundigen te gelasten.

Arr. v. 10 Maart 1854, W. n°. 1522; R., dl. XLVII, § 25, bevestigende een arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 23 Juni 1853, W. n°. 1467, waarbij was vernietigd het vonnis van de Arr.-R. Haarlem, v. 4 Jan. 1853, W. ut supra.

2. De gemaakte aanmerkingen op een rapport van deskundigen (in specie ten aanzien van werken van den waterstaat), van wien ook afkomstig en zelfs dan, wanneer die in eenigerlei opzicht zouden kunnen gelden tegen het bepaald en stellig gevoelen, door andere deskundige en onzijdige personen eenstemmig uitgebracht, kan, indien dit rapport niet in strijd is met 's rechters overtuiging, geen grond opleveren om een gevraagd of eenig ander nieuw onderzoek te bevelen.

Arr. v. 9 Juni 1854, W. n°. 1548.

3. De wet verbiedt geen nader onderzoek van deskundigen, beperkt tot die punten, waaromtrent de rechter nadere voorlichting behoeft.

Arr. v. 6 April 1869, W. n°. 3108; R., dl. XCI § 40; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXIII, p. 395—411, waarbij ook beslist werd dat zulks evenmin verboden is bij artt. 27 en 34 der onteigeningswet. Idem ten aanzien van eene aanvulling der gehouden expertise, Ktg. n°. I Amsterdam, v. 29 Dec. 1876, R. B. jg. 1878, p. 96. — Cf. Arr.-R. Assen, v. 24 Sept. 1883, W. n°. 5044; R. B. jg. 1883, *D*, p. 71.

4. Dit artikel verbiedt niet, dat de rechter dezelfde deskundigen tot een nieuw verhoor benoemt.

Arr. v. 9 Sept. 1872, W. n°. 3503; R., dl. CI, § 39; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXVII, p. 357—377, waarbij werd overwogen, dat aan de woorden »*andere* deskundige benoemen" niet de beteekenis moet gehecht worden, dat de Rechtbank alleen andere dan de vroeger benoemde personen moet benoemen, vermits dit artikel zonder eenige bedoeling van wijziging is overgenomen van art. 322 C. de Proc. Civ., alwaar de bevoegdheid des rechters was omschreven, als te bestaan in het »ordonner une nouvelle *enquête*". Tevens werd beslist, dat waar dezelfde deskundigen benoemd worden, niet om een nieuw onderzoek te doen, maar om verklaring van enkele punten te geven, van zelve alle formaliteiten vervallen, voorgeschreven voor de expertise in de onteigeningswet.

5. Een nieuw onderzoek van deskundigen kan niet alleen ambtshalve overeenkomstig art. 235 door den rechter worden bevolen, maar ook door eene der partijen worden verzocht.

Tacite beslist bij vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 30 Sept. 1842,

R. B. jg. 1843, dl. V, p. 184—187; idem *implicite* bij arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 5 Sept. 1850; Amsterd. Regtspr., dl. I, p. 106—108; idem DE PINTO, *B. R.*, II, 1, p. 342, (2de editie, dl. I, blz. 366), op grond dat het verzoek door partijen gedaan, den rechter niet kan versteken van een recht, dat de wet hem in het algemeen toekent; idem, Mr. W. SASSEN Jz., in 't R. B. jg. 1843, dl. V, p. 186; anders echter, met een beroep o. a. op PIGEAU, dl. I, p. 315, OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, pag. 270, volgens wien het alleen aan de partijen vrijstaat den rechter op het onvolledige van het bericht opmerkzaam te maken; idem P. H. v. N.-Holland, v. 19 Juni 1862, W. n°. 2457. Zie ook nog 't arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 5 Sept. 1850 ut supra, naar luid waarvan eene der partijen niet eene andere benoeming van deskundigen kan vorderen, wanneer zij de begrooting der deskundigen, (*in casu* om werktuigen in dien goeden en bruikbaren staat te brengen, als volgens de primitieve overeenkomst door partijen was bedoeld) niet betwist.

6. Een verslag, als uit den aard der zaak strekkende, om den oogenblikkelijken toestand der goederen te constateeren, kan geen bewijs opleveren van de schuld of achteloosheid des afzenders, als oorzaak der bizondere gebreken.

P. H. v. N.-Holland, v. 1 Maart 1849, W. n°. 1103; R. B. jg. 1849, dl. XI, p. 140—143.

Art. 236.

1. De rechter is bevoegd het verslag van deskundigen te volgen, zoo hij er door overtuigd is en het alzoo te doen strekken tot grondslag zijner beslissing.

Arr. v. 11 Febr. 1859, W. n°. 2034; R., dl. LXI, § 32; v. D. H., *B. R.*, dl. XXIII, p. 88—96. — Cf. arr. v. 6 Oct. 1865, W. n°. 2736; LÉON, B. W. (ed. ASSER), ad art. 1903 B. W. n°. 5 en art. 1902, ib. n°. 11.

2. Met het oog op art. 16 der wet van 27 December 1817 (*Stbl.* n°. 37), kunnen de bepalingen van het W. v. B. R. niet op waardeeringen in cas van successie worden toegepast, vermits de deskundigen, naar aanleiding van art. 16 van die wet benoemd, geenszins een rapport uitbrengen, om daardoor den rechter slechts voor te lichten, maar om, door hunne uitspraak, de waarde van het gewaardeerde *onherroepelijk* te bepalen.

Arr.-R. Zwolle, v. 28 Nov. 1838, R., dl. I, § 18; — anders bij decisie van den Min. v. Financiën, v. 5 Jan. 1839, n°. 103; R. ut supra en in

een arr. van 't Hoog Gerechtshof 's-Gravenhage, v. 23 Nov. 1831, te vinden in dl. III, § 15, der Algemeene Verzameling van decisiën, arresten enz.

De wet van 27 Dec. 1817 (*Stbl.* nº. 37) is afgeschaft bij de Wet van 13 Mei 1859 (*Stbl.* nº. 36). — Vgl. art. 38 van laatstgenoemde wet.

3. Het maken van gevolgtrekkingen uit vaststaande feiten, behoort tot de taak der Rechtbank, maar niet tot die van deskundigen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Juni 1871, W. nº. 3350, in strijd met de conclusie van Mr. H. J. Kist in W. nº. 3353.

Art. 237.

1. Vraagpunten, gesteld om iemands bezit te bewijzen van effecten, welke een ander beweert zijn eigendom te zijn, kunnen niet beschouwd worden als ter zake dienende, of als op de beslissing van het geding van eenigen invloed te kunnen zijn, zoo lang ten processe niet is gebleken, dat de eischer inderdaad eigenaar dier effecten is.

Arr. v. 12 Mei 1843, W. nº. 411 . R., dl. XIV, § 24; v. d. H., *B. R.*, dl. IV, p. 463—475. In gelijken zin bij het daartoe betrekkelijk arr. van 't P. H. v. Friesland, v. 13 April 1842, W. nº. 297; R. B. jg. 1842, dl. IV, p. 581—585; *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 260—262, vernietigende een vonnis der Arr.-R. Leeuwarden, v. 26 Oct. 1841, R. B. ut supra. Vgl. ook art. 237 B. R., arr. van 't P. H. v. Gelderland, v. 15 Dec. 1841 sqq.

2. Wanneer ten behoeve of ten laste van den Staat is gecontracteerd door een agendaris (*in casu* een Gouverneur eener provincie, thans Comm. des Konings), is het (gelijk uit den aard der zaak altijd het geval is, vermits de Staat als zoodanig is incorporeel) niet mogelijk, dat incorporeele wezen te doen hooren, maar kan en moet alsdan dat verhoor uit den aard der zaak worden toegepast op dengene, door wien beweerd wordt, dat de verbindtenis is aangegaan en de Staat zou zijn verbonden. Indien voornoemd artikel in zoodanig bizonder geval, niet in dien zin wordt opgevat en toegepast, zou het alle toepassing moeten missen ten aanzien van alle mondeling aangegane of mondeling gewijzigde verbindtenissen, door en ten laste van den Staat gecontracteerd, en hetgeen zonder onderscheid tusschen alle partijen, bij de wet is toegelaten, in het bizonder en bij uitzondering alleen

tegen den Staat komen te vervallen, hetgeen in het belang eener goede en eenparige rechtsbedeeling onaannemelijk is.

Het beweren toch kan niet opgaan, dan in dusdanig gegeven geval van toepassing zou kunnen en moeten zijn het bepaalde bij art. 242, n°. 2, B. R., aangezien dat artikel alleen spreekt van, en klaarblijkelijk meer bizonder doelt op zoodanige bepaalde besturen van openbare instellingen, stichtingen en zedelijke lichamen, die uit bepaalde personen zijn samengesteld en door dezen worden vertegenwoordigd, doch waaronder de Staat met geene mogelijkheid kan worden begrepen; gelijk dan ook het middel in dat cas aangewezen, om een van de leden dier lichamen te benoemen, met geene mogelijkheid op den Staat, die door geen administratief lichaam als zoodanig wordt vertegenwoordigd of beheerd, noch in deze gehandeld heeft, kan worden toegepast, maar dan veeleer uit de analogie van het bepaalde bij de 2de alinea, hetgeen den gehandeld hebbenden persoon verplicht, om wegens zijne personeele handelingen te antwoorden, tot de toepassing daarvan moet worden besloten.

Tegen dit alles kan niets afdoen de doode letter der wet, vervat in meerbedoeld art. 237, en de tegenwerping dat de Gouverneur geene partij *in lite* is, vermits in toepassing op gevallen als het onderhavige, en in het bizonder in toepassing tot den Staat, in wiens naam en ten wiens behoeve en laste wordt beweerd door den Gouverneur te zijn gehandeld, deze als handelende partij alleen kan en behoort te worden beschouwd als in zoo verre de partij in den zin der wet, daar hij alleen in staat is om van zijn personeel feit rekenschap te geven en de beweerde handeling te erkennen, te ontkennen of toe te lichten, zonder dat vooralsnog te beslissen zij, welken invloed die antwoorden omtrent zijne personeele verrichtingen qq. op de verplichtingen van den Staat al of niet zullen behooren te hebben, daar hierop volgens de wet alleen zoodanig acht zal worden geslagen, als de rechter na het verhoor zal oordeelen te behooren, zoodat ook daarna alle weren en defensiën ten behoeve van den Staat, omtrent het al of niet verbindbare der beweerde handeling van zijn agendaris, vrij blijven en daarop geenszins wordt gepraejugeerd.

Arr. v. 8 Dec. 1843, W. n°. 464; R., dl. XVI, § 16; v. D. H., *B. R.*, dl. V, p. 99—109; zijnde dit arrest, overeenkomstig de conclusiën van

den proc.-gen., (R., dl. XVIII, p. 223—230) in revisie vernietigd bij arr. v. 21 Sept. 1844, W. n°. 535; R., dl. XVIII, § 50, v. D. H., *B. R.*, dl. VI, p. 1—20, hoofdzakelijk op grond:

Dat onder het woord *partijen* niet moet worden verstaan ieder, welke, zelfs als gemachtigde, partij is geweest in de overeenkomst, waaruit een rechtsgeding is ontstaan, maar alleen en uitsluitend zij, die in het *rechtsgeding*, waarin men dat middel wil bezigen, als *partijen*, dat is als eischers en verweerders, tegen elkander overstaan;

Dat zulks niet alleen volgt uit het Wetb., waarin dat onderwerp voorkomt, zijnde dat van Burg. Rechtsv., waarin het woord *partijen* moet geacht worden een meer bepaalden zin te hebben, dien namelijk van partijen *in lite*, en uit meerdere artikelen in den titel, waarin over dit rechtsmiddel wordt gehandeld, als b.v. art. 166 en volgg., art. 176 en volgg., art. 199 en vele andere, maar vooral uit art. 237 van het meergemelde Wetb., hetwelk als de zetel der materie in deze moet worden beschouwd;

Dat toch aan de zeer duidelijke woorden, waarin dat artikel is vervat, waarvan het den rechter niet geoorloofd is aftewijken, en waarin gezegd wordt dat de *partijen*, in alle zaken en in elken stand van het geding, verzoek mogen doen, om elkander op ter zake dienende vraagpunten te doen hooren, niet wel eene andere beteekenis kan worden gegeven, dan dat hier alleen en uitsluitend de partijen in het aanhangig rechtsgeding zijn bedoeld;

Dat bovendien de wet, om verklaringen van personen buiten het rechtsgeding te verkrijgen, het middel van getuigenverhoor hebbende voorgeschreven, maar tevens vermeend hebbende de gevallen, waarin dit laatste middel kan worden gebezigd, binnen meer enge grenzen te moeten beperken, terwijl dat van het doen hooren op vraagpunten meer algemeen kan worden gebezigd, — eene niet behoedzame onderscheiding ten deze tusschen de personen, welke al of niet op vraagpunten kunnen gehoord worden, lichtelijk zou kunnen leiden, om aan iemand de gevolgen van het getuigenbewijs te verschaffen, in de gevallen, waar de wetgever dit bewijsmiddel heeft willen uitsluiten;

Dat mitsdien, wanneer eene overeenkomst tusschen bizondere personen, van den eenen kant door een gemachtigde, is gesloten, en er daarover tusschen die personen een rechtsgeding ontstaat, die gemachtigde, geene *partij* in dat geding zijnde, daarin niet op vraagpunten mag gehoord worden, maar dat slechts het middel overblijft om hem als getuige te doen ondervragen, doch alleen dan, wanneer de wet zulks mocht toelaten;

Dat, even als bizondere personen, ook de Staat overeenkomsten kan sluiten, en zulks niet alleen onmiddellijk, dat is — daar de Staat, die een incorporeel wezen is, zelf niet kan handelen, — door de algemeene landsregeering, zijn eenigen wettigen vertegenwoordiger, maar ook middellijk door mindere ambtenaren, of zelfs door bizondere personen, krachtens eene lastgeving, aan die ambtenaren of bizondere personen door de algemeene landsregeering verstrekt;

Dat, wanneer uit eene zoodanige overeenkomst, door een minderen

ambtenaar gesloten, tegen den Staat een rechtsgeding wordt gevoerd, en door de wederpartij het middel van het hooren op vraagpunten wordt gebezigd, niet de mindere ambtenaar, door wien de overeenkomst, als gemachtigde, mocht zijn aangegaan, en die geene partij in het geding is, kan geroepen worden om op die vraagpunten te antwoorden, en dat zij, die tegen den Staat in dat geding als partij overstaan, hierdoor niet van nadeeliger conditie zijn, dan wanneer zij tegen bizondere personen een geding voerden, waar zij volmaakt in een gelijken toestand verkeeren, als zijnde ook dáár (gelijk hierboven is gezegd) het verhoor van den gemachtigde, door wien is gehandeld, maar welke geene *partij* in het rechtsgeding is, uitgesloten; idem arr. v. 30 April 1869, R. B. jg. 1870, p. 321; vgl. arr. P. H. v. Zeeland, v. 23 Juni 1868, R. B. jg. 1869, p. 557, waarbij werd beslist, dat in een procedure van verzet tegen een dwangbevel, uitgevaardigd namens den Commissaris des Konings door den ontvanger van een polder, welke laatste als geopposeerde optrad, eerstgenoemde niet als partij is aantemerken, en dus niet kan worden gehoord. Zie het vonnis van de Arr.-R. Middelburg, v. 4 Dec. 1867, dat bevestigd werd bij gemeld arrest t. z. p., p. 72. — Cf. het aangeteekende op art. 242 B. R. sub nº. 2.

3. Het bepaalde in art. 237 B. R., waarbij het verhoor op vraagpunten in elken stand des gedings is toegelaten, moet, in verband met de verdere vereischten der wet, in dien zin worden opgevat, dat het geding althans zóóverre zij gevorderd, dat de rechter kan oordeelen over de geschilpunten, waarover de vragen alleen mogen loopen, met dat gevolg, dat een verweerder niet-ontvankelijk is in zijne vordering om den eischer op vraagpunten te doen hooren, indien hij nog geen enkel beweren of middel heeft in het geding gebracht tegen de door den eischer gedane dagvaarding en dienovereenkomstig genomen conclusie.

Arr. v. 5 Juni 1846, W. nº. 724; R., dl. XXIV, § 49; v. d. H., *B. R.*, dl. VIII, p. 18—27; bevestigende het daartoe betrekkelijk arr. van 't P. H. v. Groningen, v. 21 Oct. 1845, R. B. dl. VIII, p. 227—231; idem Arr.-R. Sneek, v. 6 Oct. 1841, W. nº. 677; R. B. jg. 1845, dl. VII, p. 670 (naar luid waarvan eerst dan in den geest der wet kan worden gezegd een geding te bestaan, wanneer partijen wederkeerig hare schriften en conclusiën hebben gewisseld, of door den eischer, in cas van verstek, conclusie is genomen; welke definitie wordt bestreden door de Redactie van 't W. in nº. 677 en verdedigd door v. d. B. in 't W. nº. 686); idem bij vonnis Arr.-R. Utrecht, v. 25 Juni 1879, W. nº. 4447; R. B. jg. 1881, *A*, p. 1 en bij vonnis Arr.-R. Appingadam, v. 22 Dec. 1870, W. nº. 3425; R. B. jg. 1872, p. 606, waarbij is beslist, dat waar des gedaagden antwoord zoo onbepaald is, dat er niet uit valt optemaken, wat partijen eigenlijk verdeeld houdt, het verzoek van den gedaagde moet verklaard worden te zijn niet-ontvankelijk. Dit vonnis is vernietigd bij arrest P. H. v. Groningen, v. 7 Nov. 1871, W. t. a. p. en in R. B. jg. 1874, p. 398, waarbij werd beslist dat de rechter altijd gehouden is, de vraagpunten te onder-

De gedaagde is voor alsnog niet ontvankelijk in zijn verzoek tot verhoor op vraagpunten, zoolang hij geen conclusie van antwoord heeft genomen (over gronden van zijn beroeping niet heeft opgegeven).

Rb. Zutfen, 14 April 1897. W. 5411. Rb. Rotterdam 13 Apr. 1891, W. nº 6026.

Hij is niet-ontvankelijk: Rb. Rotterdam 20 Febr. 1899, W. nº 7344 Het verzoek afgewezen. Rb. Amsterdam 15 Febr. 1907, W. nº 8562.

In hooger beroep mag de appell. partij niet, alvorens haare conclusie van eisch te nemen, het verzoek doen der andere partij op feiten en vraagpunten te doen hooren; concl. afgewezen: Rb. Maastricht 9 Febr. 1911, W. no 9202.

De beslissing op het incidenteel verzoek aangehouden:

Niet-ontv. verkl. van geint. in een incid. verzoek tot beh. op vraagp. gedaan vóór het nemen der concl. van antw. en zelfs vóór verbeterde incid. le appelkam. Hof Amsterdam 25 Oct. 1911 W. no 9297.

zoeken, en dat hij, oordeelende, dat ze, uithoofde van de onbepaaldheid der defensie of anderszins, niet ter zake dienende of afdoende zijn, het verzoek moet wijzen van de hand, zoodat eene niet-ontvankelijk-verklaring niet te pas komt. Zoo ook bij arr. van 't P. H. v. Friesland, v. 30 Juni 1852, W. nº. 1369 en bij vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 26 Febr. 1852, W. nº. 1331, waarbij is beslist, dat, hoewel een verzoek, om de wederpartij op feiten en vraagpunten te hooren, *a limine litis* kan gedaan worden, vóór dat er nog conclusiën genomen zijn, en een geding moet geacht worden aanwezig te zijn, zoodra de zaak door de dagvaarding aanhangig is gemaakt — de rechter evenwel kan verklaren, dat er voor alsnog geene termen zijn om dat verzoek intewilligen, wanneer er nog geene dingtalen zijn gewisseld, waaruit hij kan beoordeelen, of de gestelde vraagpunten ter zake dienende en tot niets anders betrekkelijk zijn; — *anders* echter bij vonnis van de Arr.-R. Groningen, v. 8 Juli 1842, W. nº. 307; R. B. jg. 1842, dl. IV, p. 671 en 686 en v. 1 Nov. 1844, R. B. jg. 1846, dl. VIII, p. 227 en 228; idem in de conclusie van den proc.-gen. bij 't P. H. v. Groningen, R. B. jg. 1846, dl. VIII, p. 228 en 229; bij arr. van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 20 Sept. 1843, W. nº. 516; idem Arr.-R. Maastricht, v. 26 April 1849, W. nº. 1035; R. B. jg. 1849, dl. XI, p. 439—441, bij arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 2 Maart 1854, W. nº. 1528, en bij arr. P. H. v. Zeeland, v. 27 Oct. 1863, R. B. jg. 1865, p. 47, en Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Febr. 1883, W. nº. 4936, bij alle welke gewijsden hoofdzakelijk is beslist, dat er een geding en geschil aanwezig is, zoodra de zaak voor den rechter is gebracht, zoodat vóór en na het antwoord van partij het verzoek tot verhoor op vraagpunten ontvankelijk is; vgl. ook Hof Amsterdam, v. 23 Maart 1877, W. nº. 4216; zie ook arr. P. H. v. N.-Holland, v. 24 Dec. 1874, W. nº. 3808, waarbij het verzoek in appèl gedaan vóór de memorie van grieven ontvankelijk werd geacht; — cf. arr. Hof Amsterdam, v. 2 Maart 1883, W. nº. 4979, waarbij werd beslist dat de toelaatbaarheid van een verhoor op vraagpunten, waartoe het verzoek vóór het antwoord is gedaan, moet beoordeeld worden naar de feiten bij dagvaarding gesteld, welk gevoelen mede wordt gedeeld door OUDEMAN, *B. B.*, 4de ed., dl. I, p. 276 sq.

Rb. den Haag 22 Oct. 1892, W. nº 6199, het hoorn verzoek tot horen vóór het antwoord is ontvankelijk.

evenzoo Hof Amsterdam den 26 aug 9 Nov. 1891, P. v. 1892, nº 14. W. nº 6154.

Vgl. voorts over de beteekenis der uitdrukking »in elken stand van het geding" OUDEMAN, t. a. p., die even als de schr. in 't R. B. jg. 1843, dl. V, p. 364 sqq., meent de woorden: »*in elken stand van het geding*" of »*tout état de cause*", te moeten opvatten in den zin van den geheelen loop van het rechtsgeding, dat is *totdat het Openb. Min. zijne conclusiën heeft genomen*. Met dit gevoelen komen overeen een arr. van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 20 Sept. 1843. W. nº. 516, waarbij is beslist, dat de wet, in elken stand van het geding aan partijen het vermogen toekennende om elkander op vraagpunten te doen hooren, het geval, dat de dingtalen in de principale zaak afgeloopen zijn en de dag van pleidooi daarin is bepaald, van de zoo algemeene bepaling der wet niet is uitgesloten; vgl. arr. P. H. v. Gelderland, v. 8 Maart 1871, W. nº. 3349; R. B. jg. 1872, p. 260; arr. P. H. v. N.-Holland, v. 29 Juni 1871, W. nº. 3468, waarbij in een rekening-proces het verzoek is toegestaan, dat eerst gedaan was nadat de rechter-commissaris ex art. 778 B. R., den dag voor het uitbrengen

Rb. Amsterdam 3 Jan. 1890, P. v. 1890 nº 28.

Hof Amsterdam 30 Jan. 1911, W. nº 9229.

Als het verhoor is toegestaan na bepaling van den pleitdag kunnen na het verhoor nog wel ~~van~~ conclusiën worden genomen, waar mogen de incidenten alleen strekken tot bespreking van de uitkomsten van het verhoor en tot het doen van weer het verhoor verbaal houdende vorderingen, niet tot het Art 237.) stellen van nadere 698 feiten en het opperen van nieuwe incidenten: Hof Amsterdam 6 Nov. 1900 bl. n° 0811.

Geen verhoor op vraagpunten als de dag voor pleidooi reeds is bepaald en de gezamenlijke zijde verzet. Hof Amsterdam 6 Nov. 1894, P.v.J. 1895 n°17.

Geen verhoor op vraagpunten als de zaak is in staat van wijzen en de dag van uitspraak bepaald Hof Amsterdam 29 Juli 1891, P.v.J. 1891, n°76. W. n° 6090. Idem H. R. 20 Juni 1895 W. n° 6689, geen verhoor als de stukken zijn handen van den rechter-commissaris Rb. Utrecht 1 Febr. 1899 geen verhoor als een beslissende is opgedragen en aangenomen.

van zijn rapport aan de Rechtbank bepaald had; arr. P. H. v. Groningen, v. 27 Oct. 1874, W. n°. 3787, waarbij eene uitzondering wordt gemaakt voor het geval dat de conclusie van het Openb. Min. reeds is genomen; zie ook in denzelfden zin Mr. WEVE in *Themis*, 3de verz., jg. 1878, blz. 232, — anders bij vonnis der Arr.-R. Gorinchem, v. 21 Mei 1842, W. n°. 306 (vernietigd bij arr. van 't P. H. v. Z.-Holland ut supra); bij vonnis van de Arr.-R. Leeuwarden, v. 19 Juni 1843, W. n°. 417; van de Arr.-R. Breda, v. 20 Dec. 1859, W. n°. 2201 en van de Arr.-R. Arnhem, v. 4 Maart 1839, W. n°. 54, naar luid waarvan de woorden: *in elken stand van het geding*, voorkomende in art. 237 B. R., hoe ruim ook gesteld, zonder omverstooting der gewone en in het algemeen aangenomen regels van proces-orde (gelijk ook blijkt uit de bepaling van art. 1988 B. W., waarin dezelfde woorden voorkomen), niet wel anders kunnen worden opgevat, dan in dien zin, dat het *in elken stand der instructie* van het geding partijen geoorloofd is, den rechter te verzoeken, elkander op feiten en artikelen te doen hooren, en hieruit volgt, dat het verzoek des eischers, om, na afloop der pleidooien en na bepaling van den dag der uitspraak, alsnog op vraagpunten te worden gehoord, niet is ontvankelijk; welk gevoelen wordt gedeeld door DE PINTO, *Hdl.*, II, 1, p. 350, (2de druk, blz. 373), volgens wien de woorden: *in elken stand van het geding* hier zoo als elders beteekenen: tot op het oogenblik dat de zaak voldongen en het judicieel contract tusschen partijen gesloten is, dat is, totdat er door partijen van weerszijden op de terechtzitting conclusiën zijn genomen (en mitsdien hetzij pleidooi is aangevraagd of de stukken zijn overgelegd), idem bij vonnis der Arr.-R. Arnhem, v. 17 Nov. 1870 W. n°. 3397, terwijl bij arr. van 't P. H. v. Groningen, v. 27 April 1847, R., dl. XXXV, § 99, is beslist, dat in ieder geval een verhoor op vraagpunten niet meer in aanmerking kan komen, wanneer de zaak reeds gedeeltelijk is bepleit en de voortzetting der pleidooien tot een naderen dag is verschoven. — Zie ook art. 144 B. R., arr. v. 24 Mei 1850 sqq., sub n°. 1 en art. 139 B. R., arr. v. 22 Juni 1860 sqq. — Vgl. hiermede een vonnis van de Arr.-R. Sneek, v. 21 Jan. 1846, W. n°. 677, naar luid waarvan een geding zou zijn in staat van wijzen, nadat door ieder der partijen (eenmaal) conclusie ter terechtzitting is genomen en waarbij op dien grond is beslist, dat men daarna niet meer ontvankelijk is tot het nemen van eene incidenteele conclusie tot het verhoor van partij op vraagpunten, welk gevoelen, ingevolge de noot van den inzender in 't R. B. jg. 1846, dl. VIII, p. 230 en 231, in 1839 ook te Groningen is omhelsd. — De Redactie van 't W. brengt in n°. 677, even als de inzender en OUDEMAN ut supra, het beginsel bij dit vonnis aangenomen, in verband met dat van dezelfde Rechtbank, v. 6 Oct. 1841 hierboven en opperen de vraag, wat, indien het verzoek, vóór de conclusie gedaan, *te vroeg* en na de conclusie *te laat* is gedaan, er dan van het verhoor op vraagpunten overblijft? — Vgl. ook nog, als in verband staande met deze kwestie, een vonnis van de Arr.-R. Gorinchem, v. 20 April 1844, R. B. jg. 1844, dl. VI, p. 641 sqq., waarbij is beslist, dat, zoo al de woorden: *in elken stand van het geding*, voorkomende in art. 237 B. R., in dien beperkten zin moeten worden uitgelegd, dat vóór het antwoord van den gedaagde in het algemeen geen

eigenlijk rechtsgeding aanwezig is, dit beginsel echter niet geldt, wanneer de procedure betreft verzet tegen een bij verstek gewezen vonnis, met dat gevolg, dat alsdan de geopposeerde, zoodra hem de gronden van verzet van den opposant zijn kenbaar geworden, ontvankelijk is in zijne incidenteele vordering tot het hooren op vraagpunten. — Zie ook nog PIGEAU, *Proc. Civ.*, tom. I, § 1, nº. 2, sub nº. 1; BERRIAT DE ST.-PRIX, dl. I, tit. 6, p. 311, (Bruss. ed.), en de conclusiën van den adv.-gen. GREGORY, v. D. H., l. c., p. 22—25; alsmede ten betooge dat de gedaagde niet, alvorens ten principale te concludeeren, bij incidenteele conclusie feiten kan stellen, ten einde door de partij te kunnen worden ontkend of erkend — art. 139 B. R., arr. van 't P. H. v. Friesland, v. 30 Juni 1852.

Vgl. hiermede navolgende beslissing:

Een verhoor op vraagpunten kan worden toegestaan, ook na afloop van een getuigenverhoor.

P. H. v. N.-Holland, v. 6 Maart 1862, R. B. jg. jg. 1863, dl. XIII, blz. 492—495; cf. Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Juni 1862, R. B. jg. 1862, pag. 724.

4. Een dijkscollegie, tegen wiens dwangbevel de verzoeker was gekomen in verzet, moet, in den geest der artt. 237 en 242 B. R., jis. de artt. 1, 2 en 3 der Wet v. 9 Oct. 1841 (*Stbl.* nº. 42), als *partij* worden beschouwd, vermits bij art. 3 der voornoemde wet uitdrukkelijk is bepaald, dat de collegiën en besturen, bij de artt. 1 en 2 vermeld, bij dwangbevel en parate executie de omslagen en lasten van de schuldplichtigen zullen doen invorderen, en bij art. 10, dat de betaling gevorderd wordt uit naam van het collegie of bestuur, waaruit alzoo volgt, dat, om het even door wien die invordering namens het bestuur wordt gedaan in cas van verzet, dat verzet is gericht tegen het bestuur, hetwelk de richtigheid van den omslag moet verantwoorden in den persoon, door wiens intermediair de invordering geschiedt.

Arr. v. 17 Nov. 1848, W. nº. 996; R., dl. XXXII, § 13; v. D. H., *G. Z.*, dl. VIII, p. 176—192. — Cf. de wet v. 9 Oct. 1841 (*Stbl.* nº. 42), arr. van denzelfden datum, sub nº. 4 (dl. I, p. 178).

5. Het verhoor op vraagpunten is niet toelaatbaar, om daaruit te putten bewijs wegens gedane leverantiën, wanneer bij het contract van aanneming (*in casu* tusschen den Staat en den aannemer tot bevordering eener behoorlijke comptabiliteit en contrôle) is bepaald, dat de leverantiën, door den aannemer te doen, niet anders kunnen worden

Een verhoor op vr. vormt niet één geheel met de conclusies en kan dus bewijsmateriaal opleveren buiten de conclusies om: Rb. Zutfen 24 April 1913, W. no 9596.

bewezen, dan door deugdelijke bons, behoorlijk en binnen den bepaalden tijd ingeleverd enz.

Arr. v. 25 Oct. 1850, W. nº. 1175; R., dl. XXXVI, § 1; v. D. H., *B. R.*, dl. XII, p. 94—115; te dien aanzien *in revisie* bevestigd bij arr. v. 23 Nov. 1854, W. nº. 1595, waarbij tevens is beslist, dat bepalingen als die, welke voorkomen in deze zoo geheel bizondere soort van contracten, niet als onzedelijk en onaannemelijk zijn aan te merken, maar bij eene overeenkomst als *in casu* tusschen den Staat en een aannemer, op den aard der zaak zijn gegrond; zijnde echter bij arr. v. 23 Nov. 1854 ut supra, met vernietiging van dat v. 25 Oct. 1850, in eersten aanleg gewezen, beslist, dat in dien stand van zaken vraagpunten, welke melding maken van reeds geliquideerde declaratiën en dus betrekking moeten hebben tot declaratiën, waaromtrent werkelijk bons zijn ingediend, niet zijn in strijd met het contract en de Staat daarop kan of moet worden gehoord.

Het proces-verbaal van kan

6. De antwoorden bij een verhoor op vraagpunten gegeven, kunnen een begin van bewijs bij geschrift uitmaken.

Kzt. Outen 4 Mart. 1893 W. nº 6334. Rb. Zierikzee 21 Febr. 1893, W. nº 6341.

Arr. v. 16 April 1852, W. nº. 1329; R., dl. XLI, § 61; idem arr. v. 11 Mei 1877, W. nº. 4123, ook vermeld sub art. 334 B. R., idem bij het tot eerstgemeld arrest betrekkelijk vonnis van de Arr.-R. Groningen, v. 28 Juni 1850; R. B. jg. 1854, p. 362—365, hetwelk was vernietigd bij arr. van 't P. H. aldaar, v. 18 Maart 1851, R., dl. XLI, p. 287—290; een en ander te vinden in de *Opm. en Med.*, dl. IX, p. 29—31; idem Arr.-R. Rotterdam, v. 22 Oct. 1877, R. B. jg. 1878, *A*, p. 293, waarbij werd beslist dat de bij het proces-verbaal geconstateerde antwoorden geacht moeten worden te bevatten de juridieke bestanddeelen om vlg. art. 1939 B. W. als een begin van bewijs te kunnen dienen; idem Hof Amsterdam, v. 28 Mei 1880, W. nº. 4557; idem P. H. v. Z.-Holland, v. 4 Mei 1863, W. nº. 2507, bevestigende vonnis Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 18 Nov. 1862, W. nº. 2448, waarbij nog werd beslist, dat de inhoud van het proces-verbaal in zijn ganschen omvang moet beoordeeld worden, en niet ieder antwoord afzonderlijk. — In gelijken zin als bij gemeld arr. (v. d. H. R.) door Mr. A. O. in de *Opm. en Med.* ut supra, p. 27—34, alsmede bij TOULLIER, *le Droit Civil Français*, IX, p. 116; PIGEAU, *la Procédure Civ.*, I, p. 238; CARRÉ, *Les lois de la Proc. Civ.*, op art. 335, qu. 1262, en PENNING ad art. Zie ook DE MARTINI, ad art. 246 *h* 2, die, zonder te onderzoeken of een verhoor op vraagpunten een begin van bewijs bij geschrifte kan daarstellen, meent, dat in ieder geval dat verhoor voor den rechter genoegzame termen kan opleveren, om aan eene der partijen ambtshalve den eed op te leggen, naar het voorschrift van art. 1977 B. W. (vgl. hiermede in gelijken zin art. 1978 B. W., arr. van 3 April 1846, sub nº. 5); anders door BERRIAT ST. PRIX, *Cours de Proc. Civ.*, I, p. 318, note 37, en de *Regtsg. Adv.*, dl. IV, p. 143—145. — Vgl. ook ten betooge, dat in de beslissing dat het gehouden interrogatoire op feiten en artikelen niet kan worden aangenomen als een begin van bewijs bij geschrifte, niet in het algemeen die der rechtsvraag gelegen is, of een verhoor op vraagpunten

In eene procedure van verzet tegen een dwangbevel tot betaling van zaken. gierecht (c. l. alg. in de procedure der wet van 22 Frim. an VII) is verhoor op vraagpunten mogelijk, Rb. den Bosch 30 Juni 1893 W. n° 6403.

al dan niet een begin van bewijs bij geschrifte kan uitmaken, maar daarin alleen gelegen is de beslissing *quoad factum*, dat het onderwerpelijk verhoor niet als zoodanig kan worden aangenomen — art. 1939 B. W., arr. v. 17 Juni 1841, sub n°. 1.

7. Vermits bij de artt. 237 en 238 B R, niet is voorgeschreven, binnen welke grenzen het onderzoek des rechters blijven moet, omtrent het al of niet ter zake dienende, en het al of niet tot het geschil betrekkelijke der vraagpunten, — kan de rechter, na onderzoek der overgelegde processtukken, beslissende, dat de gestelde vraagpunten aan die vereischten niet voldoen, en op dien grond het gevraagde verhoor van de hand wijzende, geene schending van de genoemde wetsartikelen begaan hebben, en zou de H. R, wanneer hij zich in deze al niet mocht kunnen vereenigen met de beweeggronden der uitspraak, die uitspraak nochtans moeten eerbiedigen.

Arr. v. 25 Juni 1852, R., dl. XLII. § 31; idem ten betooge, dat op de beslissing omtrent het ter zake dienende der vraagpunten in cassatie niet kan worden teruggekomen bij arr. v. 28 Juni 1861, W. n°. 2288; R., dl. LXVIII § 44 en v. 4 Jan. 1861, R., dl. LXVII, § 3; idem arr. v. 3 Mei 1872, W. n°. 3462, waarbij werd beslist, dat de wet de beslissing omtrent het verzoek tot verhoor op vraagpunten geheel aan het arbitrium judicis heeft overgelaten; — cf. ook arr. v. 24 Nov. 1876, W. n°. 4064; vermeld sub n°. 8.

Vgl. navolgende uitspraak:

Het is geheel aan 's rechters oordeel overgelaten, om het verhoor te weigeren, waar het zonder eenig nut, slechts strekken zou, om het geding te vertragen en de kosten daarvan te vermeerderen.

Arr. v. 20 Juni 1884, W. n°. 5053. H.R. 10 Juni 1892 W. n° 7139.

8. Hoewel art. 237 B. R. niet voorschrijft, dat de bij dit artikel vermelde vraagpunten moeten zijn afdoende, vordert het toch uitdrukkelijk, dat zij moeten zijn ter zake dienende, of, zoo als het door art. 238 wordt verduidelijkt, tot het geschil betrekkelijk. Zij moeten dus niet alleen *betrekking* hebben tot de zaak, maar hare beantwoording moet van *eenigen invloed* kunnen zijn op de beslissing van het geschil.

Behalve uit de woorden der wet volgt zulks ook hieruit, dat de wetgever geene reeds aanvankelijk blijkbaar geheel doellooze handelingen van procedure kan hebben gewild, welke slechts zouden kunnen strekken om het geding nutteloos te vertragen. Idem Hof de Haag 17 Dec. 1894, W. n° 6597.

Arr. v. 23 Nov. 1854, *in revisie* gewezen, W. n°. 1595; idem arr. v.

20 Dec. 1872, W. nº. 3539; R., dl. CII, § 36, conf. concl. O. M. vernietigende vonnis Hof v. Justitie v. Curaçao, v. 22 Nov. 1871, W. nº. 3498; idem Arr.-R. Amsterdam, 6 Juni 1862, R. B. jg. 1862, dl. XII, blz. 724—726; idem Arr.-R. Tiel, v. 25 Jan. 1856, W. nº. 1741; idem Arr.-R. Groningen, v. 28 Nov. 1862, R. B. jg. 1865, p. 307, waarbij nog werd beslist, dat de rechter dat alles ook ambtshalve heeft te onderzoeken; idem Arr.-R. Amsterdam, v. 23 Dec. 1881, R. B. jg. 1883, *A*, p. 186.

Vgl. ook navolgende beslissing:

Wanneer het blijkt, dat het verzoek is afgewezen, op grond dat de vraagpunten niet kunnen leiden tot het verkrijgen van erkentenissen, kunnende strekken tot het leveren van het bedoeld bewijs en niet op grond, dat dit bewijs niet rechtstreeks door het verzocht verhoor zou kunnen worden geleverd, is er geheel conform de artt. 237 en 238 B. R. gehandeld.

Arr. v. 24 Nov. 1876, W. nº. 4064; R., dl. CXIV, § 33, ook aangehaald sub nº. 7; idem, wanneer de rechter bevindt, dat de vraagpunten vreemd zijn aan de partij, tegen wie dat verhoor gevraagd wordt en de beantwoording van geene dienst of nut kan zijn bij de beslissing van het geschil, bij arr. v. 12 Jan. 1855, W. nº. 1617; vgl. hiermede: 1º. een vonnis van de Arr.-R. Groningen, v. 1 Nov. 1844; R. B. jg. 1846, dl. VIII, p. 227 en 228, waarbij het in art. 237 vermeld verzoek is geweigerd, op grond dat de gestelde vraagpunten den eisch of het geschil niet dadelijk specteerden, maar misschien in het vervolg betrekkelijk konden zijn tot punten van verschil die tusschen partijen zelve, bij het doen der rekening en verantwoording, soms mochten ontstaan, en zoodoende voor alsnog niet zijn pertinent; 2º. een vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 4 Juli 1848, R. B. jg. 1851, p. 53—55, waarbij is beslist dat uit de woorden in art. 238 B. R., »*tot het geschil betrekkelijk*" en die in art. 237 »*op ter zake dienende en niet tot iets anders betrekkelijke vraagpunten*," volgt, dat de wetgever niet kan gewild hebben, dat de rechter reeds bij voorraad zou moeten beslissen of de antwoorden, welke men op de voorgestelde vragen veronderstelt te zullen kunnen ontvangen al dan niet zullen kunnen leiden tot de beslissing van het geschil of daarop van invloed kunnen zijn, vermits toch *a.* die antwoorden weder aanleiding kunnen geven tot ambtshalve te doene vragen, welker beantwoording van beslissend gewicht zoude kunnen zijn, en *b.* het den rechter voorshands niet kan blijken, of de antwoorden op die vragen de eenige bewijsmiddelen zijn, welke een eischer heeft, dan of die slechts moeten dienen, om een ander middel van bewijs te versterken of uit te lokken; 3º. een vonnis der Arr.-R. Appingadam, v. 4 Maart 1852, W. nº. 1323, waarbij is beslist, dat de eisch tot het hooren op vraagpunten rechtens *niet* kan worden tegengesproken op dezen grond, dat, al wierden ook alle de vragen bevestigend beantwoord, dit niettemin (uithoofde het *fundamentum petendi* aan eene absolute nietigheid zou laboreeren) van geen invloed zoude kunnen zijn

op de principale vordering en het dus zou zijn *frustra probatur quod probatum non relevat*; 4°. een vonnis van 't Ktg. Breda, v. 5 Mei 1852, W. n°. 1338, naar luid waarvan de woorden der wet: »ter zake dienende," geene andere strekking kunnen hebben, dan dat de daadzaken of vraagpunten in een nauw verband moeten staan, maar het nimmer (gelijk zulks te duidelijker blijkt ten aanzien van getuigenverhoor en het verhoor op vraagpunten) in de bedoeling des wetgevers kan gelegen hebben, dat die zóo ter zake dienende en afdoende moeten zijn, dat de eindbeslissing daarvan uitsluitend afhankelijk zoude zijn, of dat die daadzaken of vraagpunten noodwendig zouden behooren te loopen over het eigenlijk onderwerp van het geschil zelf, met dat gevolg, dat het voldoende is dat de gestelde vraagpunten kunnen leiden tot eene ware beoordeeling der hoofdzaak; in denzelfden zin, het sub hoc art. vermeld arrest P. H. v. Z.-Holland, v. 30 Juni 1856; en 5°. een arr. van 't P. H. v. Gelderland, v. 15 Dec. 1841, R. B. jg. 1842, dl. IV, p. 295, waarbij op gelijke gronden als bij voormeld vonnis van 't Ktg. Breda, is beslist, dat er in cas van art. 237 B. R. alleen kwestie kan zijn of de vraagpunten tot het geschil betrekkelijk zijn (en mitsdien wanneer die lijnrecht in strijd mochten zijn met daadzaken, door de wederpartij gesteld en bewezen, dit wel van invloed kan zijn op de eindelijke beslissing des rechters over het hoofdgeschil, doch geen grond oplevert, om *a priori* het verhoor der wederpartij op die vraagpunten te weigeren); idem bij vonnis van de Arr.-R. Gorinchem, v. 20 April 1844, R. B. jg. 1844, dl. VI, p. 641 sqq. en *implicite* bij vonnis van de Arr.-R. Groningen, v. 8 Juli 1842, R. B. jg. 1842, dl. IV, p. 671, alsmede door den proc.-gen. bij 't P. H. v. Groningen, R. B. jg. 1846, dl. VIII, p. 229 en DE PINTO, *Hdl.*, II, 1, p. 348, (2de druk, p. 372) en OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 273. — Cf. art. 237 B. R., vonnis van de Arr.-R. Assen, v. 1 Maart 1852.

9. Het verzoek tot verhoor op vraagpunten voor den kantonrechter mag mondeling en zonder beteekening aan de wederpartij geschieden.

Arr. v. 9 Mei 1862, W. n°. 2378; R., dl. LXXI, § 3; Ktg. Gouda, v. 24 Oct. 1872, W. n°. 3520; idem vonnis van hetzelfde Ktg. v. 22 Juni 1871, W. n°. 3368; idem vonnis Ktg. Groningen, v. 15 Jan. 1883, W. n°. 4885; idem Ktg. pl. 's-Gravenhage, Mr. A. J. W. v. ROIJEN, bij vonnis v. 12 Nov. 1883, W. n°. 4962. Anders Mr. WEVE in *Themis*, 3de verz., jg. 1878, blz. 233, die van oordeel is, dat ook bij de kantongerechten het verzoek tot verhoor op vraagpunten schriftelijk en niet mondeling moet worden gedaan, op grond dat art. 125 B. R. de bepalingen omtrent het hooren van partijen op zaken voor het Kantongerecht toepasselijk verklaart; schr. ziet tevens niet in, waarom de partijen, ter terechtzitting tegenwoordig zijnde, zonder dat er sprake is van een voorafgegaan verzoek tot verhoor op vraagpunten, verplicht zouden zijn te antwoorden op vragen, hun door den kantonrechter ambtshalve of ten verzoeke der wederpartij gedaan.

Vgl. Mr. GREEVE c.s. Mr. v. D. KEMP in v. D. KEMP's *Ontw.* ut supra, 3de druk, p. 324.

Vergelijk navolgende beslissing:

Met gezamenlijk goedvinden der partijen kan de beteekening achterwege blijven.

Implicite beslist bij Ktg. Wijchen, v. 29 Jan. 1862, W. nº. 2361.

10. Alhoewel volgens deze bepaling partijen in elken stand van het geding mogen verzoeken elkander op vraagpunten te doen hooren, — kan in revisie van een arrest, waarbij eene incidenteele vordering tot getuigenbewijs is afgewezen, het verhoor niet worden gevraagd van de partij op vraagpunten, die de strekking hebben om de principale vordering te bewijzen.

Arr. v. 10 Maart 1865, W. nº. 2674; R., dl. LXXIX § 40; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIX, p. 300—308, welk beroep in revisie was gericht tegen het arr. v. 3 April 1862; cf. Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Oct. 1866, W. nº. 2855, waarbij is beslist dat, zoolang alleen geschil over de competentie het onderwerp der litis contestatie uitmaakt, alleen die vraagpunten toelaatbaar zijn, die op dat geschil betrekking hebben.

11. De bewering, dat met een verhoor op vraagpunten niet mag worden voortgegaan, zoolang op een wettig ingesteld hooger beroep niet is beslist en het vonnis *a quo* niet bij voorraad uitvoerbaar is, is ongegrond, wanneer de appellant niet heeft bewezen, dat het bedoeld verhoor heeft plaats gehad na de beteekening van het hooger beroep.

Arr. v. 18 Oct. 1872, W. nº. 3518 (koloniaal appèl).

12. Het hof was alleszins bevoegd te beslissen op het incidenteel verzoek van de geïntimeerde om ten haren huize gehoord te worden, zonder den appellant uitstel te hebben verleend, om zich omtrent dat verzoek te verklaren.

Arr. v. 18 Oct. 1872, W. nº. 3518 (koloniaal appèl).

13. Wanneer in rechten verhaal wordt gezocht, hetzij vóór de ontbinding eener vennootschap hetzij daarna, wegens verbintenissen daaraan anterieur, en de verbonden firma te dier zake, zij het dan ook met de bijvoeging in liquidatie, wordt gedagvaard, staan die firma en hare individueele leden *in lite*, en zijn zij dus *partij* in het geding.

Arr. v. 21 Maart 1879, W. nº. 4356, vermeld sub nº. 13.

Wat verzoek om van der firmanten van de tegenpartij, ene venn. onder firma, op vraagpunten te hooren, is geen verhoor der tegenpartij en daarom ontoelaatbaar, Rb. Amsterdam 19 Mei 1892, W. nº 6239.

14. De gewezen vennoot, die niet tot likwidateur is benoemd, kan in een proces tegen de vennootschap in likwidatie, betreffende verbintenissen daaraan anterieur op feiten en vraagpunten worden gehoord.

Arr. v. 21 Maart 1879, W. nº. 4356; R., dl. CXXI, § 28; v. d. H. *B. R.*, dl. XLIV, p. 97—108; R. B. jg. 1880, *B*, p. 141, — anders het daartoe betrekkelijk vonnis der Arr.-R. Amsterdam, tweede kamer, 4 Mei 1877, W. nº. 4139; R. B. jg. 1877, *A*, p. 135; idem arr. Hof Amsterdam, v. 14 Juni 1878, W. nº. 4266; R. B. jg. 1880, *B*, p. 136, waarbij gemeld vonnis werd bevestigd. Zie de noot der redactie van het R. B. t. a. p., p. 143 sqq.; idem Arr.-R. Amsterdam, v. 14 April 1881, R. B. jg. 1881, *A*, p. 244. De uitspraak berustte op het beginsel dat hij, die onbevoegd is het proces te leiden, zooals *in casu* de gewezen vennoot, niet in den zin der wet als partij kan worden beschouwd. Anders ten opzichte van dat beginsel dezelfde rechtbank, eerste kamer, v. 9 Mei 1877 t. a. p., p. 137, waarbij het verzoek werd toegestaan om ook de vrouw te hooren, die met haar man, welke ten processe alleen voor de gemeenschap was opgetreden, gedagvaard was.

Vgl. ook art. 237 sub nº. 2.

× Evenzo Hof Amsterdam 25 Juni 1915, W. 10334, t.v.t.

15. De vraagpunten mogen niet zijn onbestemde vragen, uit welker beantwoording men eenig licht hoopt te putten, [maar moeten bestaan in vragen omtrent bepaalde feiten, welker beantwoording hetzij in ontkennenden, hetzij in erkennenden zin, van invloed kan zijn op het bewijs der tusschen partijen betwiste feiten. 2/

Arr. v. 24 Febr. 1882, W. nº. 4760; v. d. H., *B. R.* dl. XLVII, p. 221—228; R. B. jg. 1882, *A*, p. 44.

16. De wet verbiedt niet, meermalen een verzoek tot verhoor op vraagpunten in dezelfde instantie te doen.

De toelaatbaarheid van een tweede verhoor, moet in ieder geval, naar de omstandigheden, door den rechter worden beoordeeld.

Arr. v. 29 Maart 1883, W. nº. 4898; R. dl. CXXXIII, § 47; vgl. arr. v. Zwolle v. 1 Febr. 1882, W. nº. 4780, waarbij is beslist, dat het niet verboden is, om, na intrekking van een verzoek tot verhoor op vraagpunten, op nieuw een zoodanig verzoek te doen, behelzende dezelfde feiten als het vorige.

Een tweede verhoor van dezelfde partij op vraagpunten in hetzelfde geding is niet altijd en onvoorwaardelijk ongeoorloofd. Zoodanig tweede verhoor mag echter alleen worden worden toegestaan in enkele gevallen en om gewichtige oorzaken, die ten tijde van het eerste verzoek tot verhoor niet bestaan hebben, of althans aan de vragende partij onbekend waren.

* de vragen van dien aard moeten zijn, dat [illegible] zal de te geven antwoorden van invloed kunnen zijn op het lot der zaak der feiten, welke hij aan partijen bekent stelt, cass. verw. H.R. 24 Mrt. 1916, W. 9969.

Idem Rb. Amsterdam 9 Oct. 1907, W. 8784. Vatbaarheid der vragen voor bevestigende of ontkennende beantwoording wordt door de wet niet vereischt: Hof A'dam 9 Nov. 1901 W. nº 7697. [illegible] Evenzo Rb. Amsterdam 9 Febr. 1892 P. v. R. 1892 nº 64. Zie ook Rb. Rotterdam 23 Nov. 1892 W. nº 7246 [illegible] 2e moeten niet zijn een vraag m. feiten medetedeelen, die men niet heeft gesteld.

Verg. Hof Amsterdam 29 Mrt. 1895 W. n° 6687.

Arr. v. 10 Nov. 1858, W. n°. 2011; R., dl. LX, § 29; vgl. arr. P. H. v. N.-Holland, v. 26 Nov. 1857; R. B. jg. 1858, VIII, blz. 168, waarbij is beslist dat het partij geoorloofd is, in dezelfde instantie ten tweeden male te verzoeken, zijne wederpartij op nieuwe vraagpunten te doen hooren, zelfs dan nog, wanneer haar vooraf gedaan gelijk verzoek is afgewezen, met bevel, om ten principale voortteprocedeeren.

Zie ook navolgende beslissingen:

Verg. Hof Amsterdam 2 Mrt. 1900, W. n° 7465, op art. 340 n° 12.

Het verhoor op vraagpunten kan in hooger beroep geschieden, ook nadat reeds in eersten aanleg dezelfde partij van dat middel heeft gebruik gemaakt, vooral indien de vraagpunten niet geheel gelijk zijn aan die, welke ter eerste instantie zijn gesteld, en de partij zich tegen het verzoek niet verzet.

P. H. v. N.-Holland, v. 28 Maart 1867, W. n°. 2970, R. B. jg. 1867, p. 343. De rechter overwoog nog bovendien, dat bij de artt. 237 sqq. de ambtshalve tusschenkomst des rechters niet is voorgeschreven.

Na een eenmaal gehouden verhoor op vraagpunten kunnen later nog eenige vragen worden voorgesteld, die uit de gegeven antwoorden, waarbij de tegenpartij niet tegenwoordig is, voortvloeien.

Arr.-R. Amsterdam, v. 13 April (Maart) 1870, W. n°. 3240, R. B. jg. 1871, blz. 230. De Red. van 't Bijbl. merkt hierbij aan, dat deze juiste beslissing weder aantoont, hoe afkeurenswaard het beginsel is, dat het verhoor buiten tegenwoordigheid der tegenpartij plaats vindt.

Een tweede verhoor op vraagpunten kan niet worden toegelaten, wanneer het òf vragen ten onderwerp zoude hebben, die reeds van de hand gewezen zijn, òf dezelfde vragen als het eerste verhoor bevatte, zonder dat daartegen iets afdoet de bewering, dat de wederpartij bij het verhoor deze vragen verkeerd zou hebben opgevat of onvoldoende beantwoord.

Arr.-R. Almelo, v. 15 Dec. 1858, R. B. jg. 1859, dl. IX, blz. 276—279. Vergelijk voorts aant. 20 en 48.

Anders: Rb. Groningen 22 Oct. 1906 W. n° 8539. Verhoor op vraagpunten niet toegelaten om te komen tot het bewijs van eene mondelinge nog niet tot uitvoering gekomen overeenkomst. art. 1604 B.W.

17. Art. 237 B. R. staat aan partijen toe, om elkander in *alle* zaken, zonder eenig onderscheid, op ter zake dienende en tot niets anders betrekkelijke vraagpunten te hooren, ook dan, wanneer de wet alleen een bizonder bewijsmiddel (*in casu* alleen het opdragen van den decisoiren eed aan hem die de bewaargeving ontkent, bij gebreke van schriftelijk bewijs, met het oog op de artt. 1923 en 1924 C. N.), ter beslissing der zaak toelaat.

Art. 1604 B.W. sluit niet uit een verhoor op vraagpunten om de wederpartij tot erkentenis te brengen: Hof den Bosch 31 Dec. 1901, W. n° 7740. cas. verw. 26. R. 13 Juni 1902, W. n° 7787.

De antwoorden, bij een verhoor op vraagpunten gegeven, mogen niet een gedeelte van hetgeen dié ze gaf, worden gesplitst. H. R. 15 Maart 1901 W. n° 7579.

Arr.-R. Sneek, v. 15 April 1839, W. n°. 101; — idem *implicite*, althans ter zake van de algemeenheid van den regel, in art. 237 B. R. vervat, bij vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 11 Maart 1847, W. n°. 831; R. B. jg. 1847, dl. IX, p. 482 sqq. en door OUDEMAN, *Opm. en Med.*, dl. I, p. 186—192 en *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 274, die, aldaar bestrijdende het in een tegenovergestelden zin gewezen arr. van 't P. H. v. Friesland, v. 25 Juli 1844 en het vonnis van de Arr.-R. Leeuwarden, v. 21 Mei bevorens (vermeld op art. 1604 B. W., sub n°. 4) opmerkt, dat de opvatting in dat arrest omtrent art. 1604, al. 2, B. W., alleen haren grond heeft in de verkeerde plaatsing van het woord: »*alleenlijk*" aan het begin dier zinsnede, terwijl het bij vergelijking van art. 1715 C. N. en den Franschen tekst van het ontwerp blijkt, dat het in het midden behoort te staan enz.; zijnde de heer OUDEMAN wijders van gevoelen, dat het verbod om partij op vraagpunten te doen hooren alleen niet kan opgaan in die zaken, waar de toestemming der partij niet als bewijs kan gelden, welk gevoelen wordt gedeeld door DE MARTINI, ad art. *y* 3; idem bij vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 14 Nov. 1865, W. n°. 2787. — PENNING, ad art. gaat verder en meent — op grond van de algemeenheid van art. 237, hetwelk gewaagt »van alle zaken" in verband met de omstandigheid, dat de te verkrijgen bekentenis later door ander bewijs kan worden versterkt, — dat ook het verhoor is toegelaten in die zaken, waarin enkele bekentenis niet als een bewijs mag worden aangenomen; cf. arrest Hof Amsterdam, v. 21 Mei 1880, R. B. jg. 1881, *A*, p. 6, waarbij is beslist, dat bij processen van echtscheiding en scheiding van tafel en bed, het verhoor op vraagpunten is toegelaten, zoowel op grond van de uitdrukking in dit art. *alle* zaken, als omdat de bekentenis in bedoelde processen als bewijsmiddel niet bepaald is uitgesloten; — in gelijken zin DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, II, 1, blz. 369; anders in cas van art. 1604 B. W., Arr.-R. Arnhem, v. 4 Juni 1855, W. n°. 1685, R. B. jg. 1856, dl. VI, p. 610, en in cas van art. 1646 B. W., P. H. v. Overijssel, v. 16 Juni 1873, W. n°. 3617. — Vgl. wijders: 1°. DE MARTINI ut supra, die (onder bijvoeging echter, dat dit gevoelen niet in zijne algemeenheid wordt gedeeld door VAZEILLES, *Traité de la Prescription*, n°. 742), vermeent, dat het hooren van partijen op vraagpunten ook niet kan worden toegelaten in geval van verjaring, indien deze tegengeworpen wordt; 2°. omtrent de vraag, of het verhoor op vraagpunten ontvankelijk is, daar waar de rechtsvordering tot bekoming van den staat van kindschap is ingesteld en er geen begin van bewijs bij geschrifte aanwezig is, — de in onderscheiden zin gewezen vonnissen van de Arr.-R. Groningen, v. 29 Juni 1849, sub art. 319 B. W., n°. 2 en van Maastricht, v. 11 Maart 1847, ad art. 343, ibid. mede sub n°. 2 (zijnde bij laatstgemeld vonnis, waarbij het gold het onderzoek naar het moederschap door onechte kinderen, beslist, dat een verhoor op feiten en artikelen is geoorloofd, hoewel de strekking hebbende, iemand zijne eigene *turpitudo* aan den dag te doen brengen); verg. met betrekking tot dit laatste, aant. 36; en 3°. ten betooge, dat het verzoek tot het verhoor op vraagpunten ontvankelijk is, ook tegen den inhoud eener authentieke acte — art. 1907 B. W., vonnis van de Arr.-R. Groningen, v. 4 Juli 1848, sub

Verg. de aantekening op de vorige bl.

nº. 11, idem DE PINTO, *Hdl., B. R.*, II, 1, p. 372, (die echter aldaar tevens doet uitkomen, dat men door het verhoor wel mag aantoonen de onwaarheid van hetgeen in de authentieke acte vermeld wordt, maar geenszins *de valschheid der acte zelve*, welke op de wijze bij de wet voorgeschreven (art. 176 en volgg. B. R.), moet worden bewezen); idem wat dat laatste aangaat arr. P. H. N.-Braband, v. 9 Maart 1869, W. nº. 4215; anders onder vigueur van den Code Nap., bij arr. v. 't P. H. v. Z.-Holland, v. 29 Mei 1844, W. nº. 510; vgl. eindelijk Ktg. Gorinchem, v. 14 Dec. 1855, W. nº. 1747; waarbij is beslist dat, waar het verhoor niet de strekking heeft om iets te bewijzen, tegen of boven den inhoud eener notarieele akte, maar integendeel, om juist datgene te staven, wat daarin staat vermeld, — het verzoek moet worden toegestaan.

18. De woorden „aan den rechter een verzoekschrift inleveren, hetwelk aan de wederpartij moet worden beteekend," welke in art. 237 voorkomen, in verband met de bepalingen der beide volgende artikelen, kunnen geene andere beteekenis hebben, dan dat de vordering in den vorm van een verzoekschrift aan den rechter moet zijn ingericht, en na insinuatie aan de wederpartij, daaromtrent op de gewone wijze worden voortgeprocedeerd en contradictoir behandeld, even als dergelijk voorschrift ook bij andere artikelen en in het bizonder bij artt. 274 en 286 gevonden wordt, doch kan daaruit geenszins worden afgeleid, dat het verzoekschrift vooraf aan den rechter moet worden ingediend, om daarop eenige beschikking te ontvangen.

P. H. v. Holland v. 1 April 1840 R., dl. IX, § 61; *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 374—376; idem bij vonnis der Arr.-R. te Leeuwarden v. 28 Jan. 1840, R. Bijbl., jg. 1842 dl. IV, p. 614; idem OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 278; DE PINTO, *Hdl.*, II, 1, p. 368; Mr. N. OLIVIER, Themis, 2de jg., p. 142 sqq.; Mr. S. W. TROMP, R. Bijbl., jg. 1842 dl. IV, p. 611 en volgg.; v. D. HONERT, *Formulierb.*, 3de dr. p. 140 volgg.; — anders bij vonnissen van de Arr.-R. te Leeuwarden v. 14 Jan., 7 April en 8 Juli 1841, R. Bijbl. ut supra, p. 609 sqq. en bij vonnis der Arr.-R. te Dordrecht v. 3 Juli 1839, *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 379, vernietigd bij arr. van 't P. G. van Z.-Holland als boven — naar luid van welke vonnissen het verzoekschrift ter griffie zou moeten worden overgebracht en vervolgens bij dispositie van de Rechtbank worden gelast, dat het aan de wederpartij zal worden beteekend, die eerst daarna zou moeten worden opgeroepen, om zich over hare gehoudenheid te verklaren. — Dit laatste gevoelen schijnt mede te worden gedeeld door PENNING ad art., die, hoewel erkennende, dat het hooren van de wederpartij op vraagpunten een incident is, evenwel meent dat het niet kan worden gedaan op de wijzen, bij de artt. 141 en 247 voor incidenten in het algemeen bepaald, als zijnde hier z. i. eene bizondere wijze van procedeeren voorgeschreven.

19. Wanneer een beklaagde bij arrest van de Raadkamer van een Prov. Hof, naar aanleiding van art. 133 Strafv., buiten vervolging is gesteld, dan is hij desniettemin gehouden, om in een later aangevangen burgerlijk rechtsgeding te antwoorden op vraagpunten, waaruit in hun verband van een gepleegd burgerlijk bedrog zou kunnen blijken.

P. H. v. Holland, v. 31 Maart 1841, W. n°. 180; *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 41—43.

20. Indien de eischer in eersten aanleg een verzoek heeft gedaan, om den gedaagde op feiten en vraagpunten te doen hooren, en de Rechtbank, dit verzoek met stilzwijgen voorbijgaande, den ingestelden eisch, tot staving waarvan het gevraagde verhoor dienen moest, gaaf heeft toegewezen (uit welk stilzwijgend passeeren van het verzoek, gedaan voor het geval, dat de rechter het voldoen daaraan voor zijne overtuiging noodig hield, geen ander gevolg kan getrokken worden, dan dat die rechter, reeds *aliunde* overtuigd van de gegrondheid der principale vordering, het leveren van verdere bewijzen, tot staving daarvan, in die instantie voor overbodig heeft gehouden, zonder dat aan die beschouwing kracht van gewijsde toegekend kan worden), dan kan, op het door den gedaagde van zoodanig vonnis geïnterjecteerd appèl, de geïntimeerde, oorspronkelijk eischer, zijn verzoek, om den appellant op de gezegde vraagpunten te doen hooren, bij rekwest aan het Hof herhalen, en heeft hij alsdan niet noodig incidenteel te appelleeren van eene decisie, geheel in zijn voordeel uitgevallen, om in appel te blijven behouden de algemeene bevoegdheid, die de wet in alle zaken en in elken stand van het geding aan partijen toekent.

P. H. v. Holland, v. 31 Maart 1841, W. n°. 180; *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 41—43; idem Oudeman, 4de ed., dl. I, p. 276 en (met een beroep op Pigeau, dl. I, blz. 177; Carré, *Qu.*, blz. 1229, en Berriat St.-Prix, blz. 218) de Pinto, *Hdl.*, II, 1, blz. 374, die evenzeer van gevoelen zijn, dat het verzoek tot het hooren op vraagpunten, kan gedaan worden in elken stand van het geding en dus zelfs in hooger beroep, ofschoon het in eersten aanleg niet was gevraagd. Zie voorts aant. 16.

21. Een gedaagde is ontvankelijk in zijne incidenteele conclusie van dupliek tot het hooren op vraagpunten en artikelen, hoewel hij vóór de conclusie van repliek van den eischer aan dezen den beslissenden eed had opgedragen, vermits dit laatste moet beschouwd worden

te zijn gedaan, niet om te afstand te doen van het gedaan verzoek tot verhoor op vraagpunten, maar veeleer om geheel *en règle* te zijn, bijaldien zijne incidenteele conclusie tot verhoor op feiten en artikelen hem niet werd toegestaan.

Arr.-R. Amsterdam, v. 14 Sept. 1842; R. B. jg. 1843, dl. V, p. 669.

22. Een verhoor op vraagpunten kan niet worden toegelaten, indien uit de gestelde vraagpunten wel eenige lichte vermoedens, maar geen rechtstreeksch bewijs tegen den ondervraagde volgen zou, hetgeen te meer klemt, indien het, gelijk *in casu*, een geval betreft, waarin het bewijs door getuigen bij de wet is uitgesloten.

P. H. v. Z.-Holland, v. 29 Mei 1844, W. nº. 510, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Gorinchem, v. 24 Dec. 1842. — Dit arr. wordt breedvoerig bestreden door DE PINTO, *Hdl.*, II, 1, blz. 369, die echter aldaar zeer onjuist als daadzaak stelt, dat *in casu* het verzocht verhoor op vraagpunten zou zijn afgewezen, o. a. op grond, dat in de onderwerpelijke zaak het getuigenbewijs door de wet zou zijn uitgesloten (LÉON). — Cf. Mr. N. OLIVIER, *Themis*, 2de jg., p. 152, die doet opmerken, dat, indien men zoodanige vragen naar meeningen en gedachten toelaat, dit rechtsmiddel, hetwelk de wetgever zelf *bedenkelijk* en *odieus* noemde, in eene inquisitie ontaardt, die, met alle hare hatelijkheden, ten slotte doelloos is, daar niemand uit *meeningen* en *gedachten* van anderen *rechten* ontleenen kan.

23. In geval van verhoor op feiten en vraagpunten, wordt de beantwoording eener vraag, voorgesteld over een punt, dat de rechter voor erkend houdt, noodeloos.

Arr.-R. Assen, v. Sept. 1844; R. B. jg. 1846, dl. VIII, p. 705—707, cf. Arr.-R. Arnhem v. 12 Febr. 1872, W. nº. 3511.

Vgl. navolgende beslissing:

Het verhoor op vraagpunten kan door een gedaagde niet worden ontgaan, door, na ontkentenis der feiten, waarop de vordering des eischers steunt, sommige vragen bij conclusie te erkennen en andere te ontkennen. Konde op die wijze op het verhoor worden geanticipeerd, dan zoude dit middel van instructie wel nimmer kunnen worden aangewend.

Arr.-R. Leiden, v. 22 Dec. 1854, W. nº. 1679.

24. Een antwoord op feiten en artikelen kan niet tot bewijs van hetgeen zij bevatten, door de partij, die het gegeven heeft, worden

ingeroepen, maar is eene acte van proces, aan beide partijen gemeen, waaruit door dengene, die geantwoord heeft, niettegenstaande de door hem gegeven antwoorden buiten aanmerking blijven, middelen van verdediging kunnen geput worden.

P. H. v. Limburg, v. 25 Nov. 1844, R. B. jg. 1845, dl. VII, p. 546—548.

25. Na het in bevestigenden zin beantwoorden der voorgestelde daadzaken, doch met zoodanige wijziging, dat daardoor eene liberatie der gedane vordering zou worden teweeggebracht, kan alsnog het getuigenbewijs op die daadzaken worden toegelaten.

P. H. v. Limburg, v. 25 Nov. 1844, R. B. jg. 1845, dl. VII, p. 546—548.

26. In cas van verhoor op vraagpunten voor den kantonrechter behoort, indien is onderzocht en beslist, dat de vraagpunten tot het geschil betrekkelijk zijn, de partij te worden gelast in persoon voor den kantonrechter in Raadkamer, zonder door een praktizijn te zijn bijgestaan en buiten tegenwoordigheid van den verzoeker of diens praktizijn, te verschijnen, ten einde, zonder eenig opstel te mogen voorlezen, te antwoorden op de vragen, welke door den kantonrechter op de beteekende feiten en vraagpunten, of zelfs ambtshalve, naar aanleiding van deze, zullen worden gedaan.

Ktg. nº. 4 Amsterdam, v. 16 Sept. 1851, R. B. jg. 1851, p. 692 en 693.

27. De vordering van den incidenteelen eischer, dat de feiten zullen worden verklaard niet alleen ter zake dienende, maar tevens *afdoende*, ligt buiten de wet.

Arr.-R. Assen, v. 1 Maart 1852, W. nº. 1461; R. B. jg. 1853, p. 510 en 511. — Cf. art. 237 B. R., sub nº. 8.

28. Eene partij, die hare wederpartij op vraagpunten wil doen hooren, moet die vraagpunten tekstueel opgeven, opdat de rechter kunne onderzoeken, of die vraagpunten ter zake dienen, en gaat het niet aan, te concludeeren tot een verhoor op vraagpunten, welke men zich voorstelt later te doen kennen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 29 Maart 1853, R. B. jg. 1853, p. 249—254.

29. Ter beoordeeling van de toelaatbaarheid van het verzoek behoeft niet te worden onderzocht of van de beantwoording der vraag-

door geïnimeerde
In hooger beroep kan in de conclusie van antwoord niet een verhoor op vraagpunten worden verlangd omtrent feiten, die reeds zijn en niet in de conclusie van antwoord in beroep in grondslag zijn vermeld: Hof dez

Haag 7 Mrt. 1904 W. no 8117

punten, de beslissing der zaak geheel en al afhankelijk kan zijn, maar alleen of die vraagpunten werkelijk in zooverre ter zake dienende zijn, dat zij tot staving der weren en middelen kunnen strekken, die de partij in het aanhangig geding in zijn voordeel meent te moeten aanvoeren.

Arr. P. H. v. N.-Brabant, v. 24 April 1855, W. no. 1652, vernietigende vonnis Arr.-R. 's-Hertogenbosch, v. 30 Juni 1854, W. no. 1651.

In summiere zaken moet het verzoek op peremptoire of incidentie te conclusie.

30. Het verzoek tot verhoor op vraagpunten kan niet eenvoudig bij incidenteele conclusie ter terechtzitting worden gedaan.

Het verzuim van het indienen van een verzoekschrift kan niet worden gedekt, door eenige dagen na het nemen der conclusie, waarin het verzoek tot verhoor is vervat, alsnog het rekwest aan de Rechtbank intedienen, en te doen beteekenen aan partij.

Arr.-R. Arnhem, v. 4 Juni 1855, R. B. jg. 1856, dl. VI, blz. 610—615; idem Arr.-R. Goes, v. 30 Jan. 1860, R. B. jg. 1861, dl. XI, blz. 499—505.

Hr. Heerenveen 9 Sept. 1892, W. no 6259.

31. De rechter, die de al- of niet-toelaatbaarheid van, krachtens art. 237 en volg. B. R. gestelde vraagpunten beoordeelt, mag niet vooraf op de hoofdzaak zijne beslissing geven.

P. H. v. Z.-Holland, v. 30 Juni 1856, W. no. 1788.

32. De vrijwillige uitlandigheid van de eene partij kan de wederpartij niet berooven van haar rechtsmiddel om partij op vraagpunten te hooren, en kan voor den rechter geen grond zijn, om het gedane verzoek tot dat einde, aftewijzen.

P. H. in Z.-Holland, v. 7 Dec. 1857, W. no. 1918; R., dl. LXIII. § 70.

33. Niet de failliet, maar de curator moet op vraagpunten worden gehoord, ook dan wanneer het verzoek om den failliet te hooren, reeds vóór het faillissement is gedaan.

P. H. in Gelderland, v. 27 Oct. 1858, W. no. 2018; R. B. jg. 1858, dl. VIII, p. 489 sqq.; R., dl. LXIII § 70, bevestigende vonnis Arr.-R. Arnhem, v. 7 Jan. 1858, W. no. 1962. R., dl. LXV, § 64; R. B. jg. 1858, dl. VIII, blz. 280—283; idem Arr.-R. Tiel, v. 6 Aug. 1862, W. no. 2541; idem Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 15 Oct. 1852, W. no. 1410 en *Regtsgel. Adviezen*, 5de verz., p. 215—221.

34. Een verhoor van den éénen gedaagde ten verzoeke van zijn mede-gedaagde is bij de wet niet bekend en doelloos.

Arr.-R. Almelo, v. 29 Juni 1859, W. n°. 2334.

35. Een verzoek tot het hooren op vraagpunten is ontvankelijk, ook na eene incidenteele conclusie tot getuigenbewijs, waaromtrent nog niet is beslist.

Arr.-R. Amsterdam, v. 1 Mei 1860, W. n°. 2240; anders arr. Hof Amsterdam, v. 26 Sept. 1879, R. B. jg. 1881, *A*, p. 4.

36. De rechtsregels: „dat niemand zijn eigen turpitudo tot grond eener vordering in rechten kan bezigen, en dat, wanneer beide partijen eene bij de wet verboden daad pleegden, in jure causa melior est causa possidentis," kunnen niet *a priori* het verzoek tot verhoor der wederpartij op vraagpunten niet-ontvankelijk doen zijn.

Arr.-R. Amsterdam, v. 27 Dec. 1860, W. n°. 2250; Cf. vonnis Maastricht v. 11 Maart 1847, sub no. 17.

37. De vraagpunten moeten betreffen eigenlijk gezegde handelingen, gebeurtenissen en omstandigheden, onder het bereik der zinnen van den mensch vallende, vatbaar om door de partij met zekerheid en ontwijfelbaar te worden erkend of geloochend, waardoor dus worden uitgesloten meeningen, oordeelvellingen en beschouwingen, vooral die, welke alleen met behulp van rechts- of andere wetenschappelijke kennis, kunnen worden gewaardeerd en waarover ieders oordeel kan verschillen.

Deze opvatting van het woord vraagpunten, strookt zoowel met de geschiedenis van dit leerstuk, als met het erkend doel van dit rechtsmiddel.

Arr.-R. Gorinchem, v. 16 April 1861, W. n°. 2513; idem vonnissen Arr.-R. Amsterdam, v. 27 Dec. 1860, W. n°. 2250 en v. 19 Mei 1874, W. n°. 3727, waarbij werd beslist, dat als partijen overeenstemmen omtrent de feiten, maar verschillen omtrent de rechtsgevolgen daarvan, een verhoor op vraagpunten overbodig is; idem vonnis Arr.-R. Amersfoort, v. 24 Juni 1874, W. n°. 3746, en Hof 's-Gravenhage, v. 30 Juni 1877, R. B. jg. 1878, *A*, p. 83, cf. arr. Hof Amsterdam, v. 28 Juni 1878, R. B. jg. 1879, *A*, p. 159. Anders P. H. v. Groningen, v. 15 Dec. 1874, W. n°. 3803, waarbij werd beslist, dat de vraagpunten ook rechtsbeschouwingen ten onderwerp mogen hebben.

38. De partij, die de eerste rechter gelast heeft op vraagpunten te doen hooren, kan, van dat vonnis appelleerende, niet van den

Indien de man als hoofd der huwelijksgemeenschap de gevraagde betaling van een schuld vóór het huwelijk gegaan verzoekt, is de vrouw geen partij in het geding en kan zij daarin dus niet opvraagpunten worden gehoord. Rb. Middelburg 19 Nov. 1890, W. n° 5729.

hoogeren rechter vragen, dat zijne wederpartij vooraf op vraagpunten worde gehoord.

P. H. v. Zeeland, v. 19 Mei 1863, R. B. jg. 1865, p. 40.

Idem Hof Amsterdam 29 Oct. 1895 W. n° 6687.

39. In een geding, waarin eene getrouwde vrouw is gedagvaard en tot haren bijstand en machtiging haar echtgenoot, kan deze laatste niet op vraagpunten worden gehoord.

P. H. in Z.-Holland, v. 22 Febr. 1864, W. nº. 2567, ook vermeld sub art. 800 B. R.

40. Waar de exceptie van onbevoegdheid door meerdere gedaagden is opgeworpen, zijn ook de daartoe betrekkelijke vragen, slechts tot één hunner gericht, niet toelaatbaar, als kunnende diens antwoorden van geen invloed zijn op de beslissing ten aanzien zijner medeexcipienten.

Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Oct. 1866, W. nº. 2855.

41. Het verzoek tot verhoor op vraagpunten behoort door den rechter te worden toegestaan, indien de wederpartij niet tot afwijzing of niet ontvankelijk-verklaring concludeert.

P. H. v. N.-Holland, v. 28 Maart 1867, W. nº. 2970.

Hof Amsterdam 10 Mei 1888 P. v. J. '89, n° 86 W. n° 5587 verw. R. Amsterdam 28 Febr. 1888. P. v. J. 1888, n° 99 (99).

42. De beteekening van het verzoekschrift, om de wederpartij op vraagpunten te mogen doen hooren, voorgeschreven bij dit artikel kan wettig geschieden, bij acte van procureur tot procureur, en behoeft niet aan de wederpartij in persoon gedaan te worden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 9 Juni 1869, W. nº. 3145, anders: zelfde Arr.-R. van 3 Jan. 1879, R. B. jg. 1879, *A*, p. 227.

43. Wanneer eene partij zich bereid verklaart om, ofschoon onverplicht, aan het verzoek der tegenpartij tot verhoor op vraagpunten te voldoen, maar tevens acte vraagt van hare bewering, dat de vraagpunten naar hare meening niet zijn ter zake dienende, dan moet dit als tegenspraak beschouwd en die partij in de kosten van het incident veroordeeld worden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 17 Sept. 1869, W. nº. 3152; vergelijk de aanteekeningen art. 56 E, B. R.

44 Wanneer in appèl alleen de vraag hangende is, of een zeker stuk uitmaakt een begin van bewijs bij geschrifte, met dit gevolg dat

getuigenbewijs toelaatbaar is, kan in die instantie geen verhoor op vraagpunten, loopende over de te bewijzen overeenkomst zelve, worden toegestaan.

P. H. v. Zeeland, v. 25 Mei 1869, R. B. jg. 1871, dl. XXI, p. 563; verg. aant. 10.

45. Wanneer in zaken *à bref délai* beide conclusiën door partijen zijn genomen, een dag van pleiten door partijen is bepaald, kan de zaak dadelijk ten principale worden beslist, wanneer het gevraagde, maar geweigerde verhoor slechts strekken moest om bewijs te verkrijgen voor de positieven, waarop de gedaagde zijne verweringen grondde.

Arr.-R. Amsterdam, v. 19 April 1871, R. B. jg. 1872, dl. XXII, p. 330.

46. De vragen door den gedaagde gesteld, zijn niet afdoende, wanneer, ook bij de bevestigende beantwoording, geene verandering in de vordering van den eischer wordt gebracht.

Arr.-R. Amsterdam, v. 19 April 1871, ut supra.

47. Op het verzoek van den oorspronkelijken gedaagde, dat de gedaagde in vrijwaring op vraagpunten zal worden gehoord, kan niet worden beschikt, wanneer de oorspronkelijk gedaagde, tegelijkertijd het debat over de hoofdzaak met den oorspronkelijk eischer wil voortzetten.

Arr.-R. Breda, v. 14 Dec. 1875, W. n°. 3990.

48. Wanneer door gemis van bepaling van een uur, een verkregen verhoor op vraagpunten niet heeft kunnen doorgaan, kan niet een tweede verzoek tot dat verhoor worden gedaan, maar moet de weg van appèl of rekwest civiel worden gevolgd.

Arr.-R. Amsterdam, v. 14 Jan. 1878, R. B. jg. 1878, A, p. 85; verg. aant. 16.

49. Het verhoor van een overledene op vraagpunten kan niet worden bevolen.

Hof 's-Hertogenbosch, v. 8 Juli 1882, W. n°. 4828.

50. Uit de woorden „in elken stand van het geding", die verstaan moeten worden in den zin van „gedurende den geheelen loop van het proces", volgt volstrekt niet, dat, als eenmaal een partij recht heeft verkregen om een getuigenverhoor te doen plaats hebben, de

tegenpartij de uitvoering van het interlocutoir zou mogen schorsen, door weder een ander middel van instructie, namelijk een verhoor op vraagpunten, inteschuiven.

Hof 's-Hertogenbosch, v. 14 Nov. 1882, W. nis. 4838 en 4864; cf. de aanteekening in R. B. jg. 1881, A, p. 6, waar mededeeling gedaan wordt van de beslissing der Amsterdamsche Rechtbank, die het verzoek van den eischer toewees, door hem gedaan op den dag voor pleidooien bepaald, nadat er eene enquête had plaats gehad en de gedaagde van de contra-enquête had afgezien.

51. Zie ten betooge, dat een intervenient vooralsnog niet-ontvankelijk is in zijne conclusie tot het hooren op feiten en vraagpunten, zoo lang hij nog niet als zoodanig in het geding is toegelaten —

art. 285 B. R., vonnis van de Arr.-R. Assen, v. 19 Jan. 1846.

52. Zie omtrent de vraag:

a. Wanneer het incidenteel verzoek tot het verhoor op vraagpunten al dan niet te gelijk met de hoofdzaak kan worden beslist —

art. 249 B. R., arr. v. 15 Febr. 1855 en arr. van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 20 Sept. 1843.

b. Of het *in jure constituendo* is goed te keuren, dat de vraagpunten, op welke eene partij hare wederpartij wil doen hooren, vooraf aan deze moeten beteekend worden —

Mr. A. O. in de *Opm. en Med.*, dl. V, p. 239—249, en Mr. WEVE t. a. p., die de inrichting van het verhoor van partijen doelmatiger acht, wanneer de beteekening der feiten en vraagpunten aan de partij vervalt, maar deze door middel der griffie aan den rechter ingeleverd worden, terwijl het verzoek tot verhoor eenvoudig gedaan wordt bij conclusie, bevattende de opgave, omtrent welk geschilpunt men de tegenpartij verlangt te doen hooren; vgl. Mr. H. VERLOREN, die in W. no. 1721 het verlangen uitdrukt, dat het verzoek tot het hooren op vraagpunten bij conclusie geschiede. — In het ontwerp B. R. 1865, is in art. 103, de tweede alinea van art. 237 weggelaten.

Zie omtrent de wenschelijkheid van de afschaffing van het verhoor op vraagpunten, zonder dat het door eenig nieuw middel wordt vervangen — Mr. F. A. T. WEVE in *Themis*, 3de verz., jg. 1878, blz. 229—231; zie verder over het verhoor op vraagpunten de praeadviezen van Mrs. D. J. MOMVISCH en J. PINNER in de Ned. Jur. Vereeniging, Handelingen, jg. 1878, dl. I, p. 103 sqq., en de discussie daarover ib. II, p. 7 sqq.

Zie mede omtrent het nut van dit bewijsmiddel in den tegenwoordigen toestand der rechtsbedeeling — LIPMAN, *B. R.*, p. 109 en 110.

Art. 238.

1. Het is den rechter, bij het onderzoek, of zekere vraagpunten tot het geschil betrekkelijk zijn, niet verboden na te gaan, welke voorwaarden bij een aannemingscontract zijn voorgeschreven, en welke bewijsmiddelen zijn gevorderd bij het contract, dat den grondslag der vordering uitmaakt, ook dan, wanneer hij hierdoor zijne meening over de zaak ten principale eenigermate zou kenbaar maken.

Arr. v. 23 Nov. 1854, in *revisie* gewezen, W. nº. 1595; R., dl. XLVIII, p. 264.

2. Ook dan, wanneer de vraagpunten tot het geschil betrekkelijk zijn, en de rechter dit in de motieven van zijn gewijsde erkent, is hij niettemin alleszins bevoegd, zoo hij zoodanig verhoor onnoodig acht, het af te wijzen.

Arr. v. 31 Maart 1871, W. nº. 3321; v. d. H. *B. R.*, dl. XXXV, p. 595 sqq.; bevestigende arr. Prov. Ger. N.-Holland v. 13 Oct. 1870, W. nº. 3331; cf. aant. 7 op art. 237 B. R.

3. Indien het tweede vraagpunt de daadzaak, in het eerste vraagpunt in kwestie gesteld en niet beleden, als waarheid veronderstelt, is het eene strikvraag, waarop men niet gehouden is te antwoorden (*in specie* waar het 1°. de vraag gold, of de eischende societeit niet is eene vennootschap van koophandel, welke hare benaming ontleent aan het voorwerp harer handels-onderneming, en 2°. of die handelsvereeniging niet tot onderwerp heeft het ontginnen van kolenmijnen, welke niet aan de gezamenlijke vennooten toebehooren, en het leveren en uitverkoopen van steenkolen aan handeldrijvende en andere personen).

Arr.-R. Maastricht, v. 13 Jan. 1853, W. nº. 1432. — Vgl. DE PINTO, *B. R.*, II, 1, p. 354, (2de druk, p. 376 sqq.); art. 99, Wetb. v. Strafv. en DE BOSCH KEMPER, *Strafv.*, dl. II, 129.

4. De daadzaken, waarover een verhoor op vraagpunten wordt gevorderd, moeten *persoonlijk* zijn verricht door hem, dien men wil doen hooren. Te dien opzichte bestaat geen verschil tusschen dat rechtsmiddel en de eedsaflegging.

Arr.-R. Tiel, v. 8 Juni 1855, W. nº. 1740.

5. Waar de wederpartij bij eene door hem afgegeven verklaring

hare verplichting tot antwoorden uitdrukkelijk heeft erkend, is verder verhoor overbodig.

Ktg. Wijchen, v. 29 Jan. 1862, W. nº. 2361.

6. Het verhoor op vraagpunten is toegelaten als een buitengewoon middel om de waarheid van feiten, die eene partij persoonlijk of hare handelingen omtrent de zaak in geschil betreffen, te ontdekken, als een middel, dat, welke nuttigheid daarin ook soms mocht gelegen zijn, nimmer behoort gebezigd te worden, om elkander te vergauwen of het gebrek van bewijs aan de zijde van de eene partij door de wederpartij door een getuigenis tegen haar zelve te doen aanvullen, waardoor dat middel zou worden van inquisitorialen aard.

Arr.-R. v. Assen, v. 4 Febr. 1867, W. nº. 2967.

7. De referte van de wederpartij omtrent het verzoek tot verhoor op vraagpunten ontheft den rechter niet de vraagpunten nauwkeurig te onderzoeken. idem Hof Amsterdam 8 Nov. 1901, W. nº 7697.

Hof Amsterdam, v. 26 Sept. 1879, R. B. jg. 1881, *A.* p. 4.

Art. 239.

1. Dit artikel, ook bij een verhoor op vraagpunten voor den kantonrechter van toepassing, bedoelt niets anders, dan dat het verhoor niet in het openbaar zal gehouden worden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Nov. 1861, W. nº. 2345; zie hetzelfde vonnis vermeld op art. 125 B. R.; zie ook art. 237, nº. 9.

2. Ook bij eene kantongerechtsprocedure behoort het vonnis inhoudende het bevel tot verhoor op vraagpunten aan de wederpartij beteekend te worden.

Ktg. Groningen, v. 6 Nov. 1882, W. nº. 4861; cf. aant. 9 van art. 237.

3. Volgens Mr. Weve verdient aanbeveling dat het verhoor der partij altijd plaats hebbe ter terechtzitting met gesloten deuren buiten tegenwoordigheid der wederpartij en praktizijns —

Themis, 3de verz. jg. 1878, blz. 236.

Zie thans art. 8 Verdrag 17 Juli 1905. S. 14 Mei 1909 nº 120.

Als het verhoor is bevolen van een getrouwde vrouw, bijgestaan door haren echtgenoot, is het voldoende dat de vrouw een schriftelijke machtiging van den echtg. overlegt. Rb. Amsterdam 7 Jan. 1896 W. nº 6798.

De Rb. is niet bevoegd aanstaande het verhoor aan eenige rechterl. autoriteit in Nederl. Indië op te dragen: Rb. Amsterdam 10 Febr. 1911, W. nº 9181, verm.

Art. 240.

1. Aan het verzoek om het verhoor aan eene buitenlandsche rechtbank op te dragen, kan worden voldaan, zoo daartoe termen bestaan Arr.-R. Amsterdam, (*implicite*) W. nº. 5002; cf. Ktg. Groningen, v. 5 Nov. 1883 en 17 Sept. 1869, W. nº. 3152; anders arr. Hof 's Hage v. 12 April 1881, R. B. jg. 1881, *A*, p. 157; W. nº. 4669. Zie de noot der redactie t. a. p. blz. 158; cf. Mr. T. M. C. Asser «Schets van het internationaal privaatrecht», 2de stuk, p. 117 sqq. die van oordeel is, dat bij stilzwijgen der wet de opdracht ongeoorloofd is, wanneer eene der partijen zich daartegen verzet; verg. verder met betrekking tot getuigenverhoor art. 200 B. R. aant. 9.

id. Rb. Amsterdam 6 Dec. 1912, W. nº 9510.

anders: het verhoor kan niet aan een buitenl. rechter worden opgedragen: Rb. Amsterdam 4 Mart. 1911, W. nº 9229.

Rb. Amsterdam 21 April 1905 W. nº 8358: opdracht aan den Ned. Indischen rechter is niet geoorloofd.

2. Nergens is voorgeschreven dat het proces-verbaal van non-comparitie ter kennisse van de niet verschenen partij moet worden gebracht of aan haar beteekend.

cf. Asser-H.R. 4 Juni 1915, W. 9971.

Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Nov. 1861, R. R. jg. 1862, p. 201 sqq.; aangehaald sub art. 125 B. Rv.

Art. 242 is toepasselijk op naamloze vennootschappen: Rb. Amsterdam 8 Jan. 1904, W. nº 8106.

1 Bestuurders van Corporatiën zijn niet alleen gehouden te antwoorden op feiten die hen persoonlijk aangaan, maar ook omtrent feiten de Corporatie betreffende, die aan hen qq. bekend zijn of kunnen zijn uit het archief.

Arr.-R. Amsterdam, v. 13 Febr. 1877, R. B. jg. 1877, *A*, p. 97.

2. Zie ten betooge, dat een Dijks-collegie, tegen welks dwangbevel de verzoeker was gekomen in verzet, moet worden beschouwd als partij in den zin van art. 237 B. R —

art. 237 voormeld, arr. v. 17 Nov. 1848, sub nº. 4.

Een gewezen directeur van een nmlooze vennootschap kan in een geding tegen de vennootschap niet op vraagpunten worden gehoord: Hof Amsterdam 14 Dec. 1906 W. nº 8706. Anders Rb. te Zwolle 25 Febr. 1914, W. 9691, verm. H.R. 24 Dec. 1914, W. 9801.

De toepasselijkheid van art. 242 B. R. niet alleen op zoodanige bepaalde besturen van instellingen, stichtingen en zedelijke lichamen, die uit bepaalde personen zijn samengesteld en door dezen worden vertegenwoordigd, maar ook op den Staat, volgt uit de algemeenheid van dit wetsartikel, gelijk zulks dan ook *tacite* is beslist bij arrn. van 8 Dec. 1843 en 21 Sept. 1844, sub art. 237 B. R.. nº. 2. Uitdrukkelijk echter is dit wets-artikel ten aanzien van den Staat voor het eerst toegepast bij arr. v. 23 Nov. 1854, W. nº. 1595, in *revisie* gewezen. — Bij dat

Het Bestuur van een zedelijk lichaam is niet gehouden te antwoorden op aanstaande gestelde vragen; de tegenpartij kan daartoe geen verzoek doen. Rb. den Bosch 9 Sept. 1892, W. nº 6280.

Bij toepassing van art. 242 (verhoor op vraagpunten van een bestuur door één zijner leden) moeten aanstaande te stellen vraagpunten vooraf opgegeven en moet de overige in het vonnis (beveelende het verhoor) worden opgenomen. Hof Leeuwarden 6 Mrt. 1919 W. nº 5787.

Art. 244.
Het is eene wettige reden van verhindering, indien vreemdelingen niet verschijnen, indien tegen hen in Nederland een bevel van aanhouding is verleend: Hof den Bosch 25 Juni 1903, W. nº 7960.

arrest is de Staat der Nederlanden gelast, naar aanleiding van art. 242 B. R., in het lokaal der terechtzitting van den H. R. te verschijnen, ten einde aldaar voor een raadsheer-commissaris op de bij dat arrest gearticuleerde vraagpunten te worden gehoord.

— Bij vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 9 Jan. 1840, *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 272, is de Administratie der Rijks-middelen en belastingen, in- en uitgaande rechten en accijnsen beschouwd als een zedelijk lichaam, bestaande uit verschillende hoogere en lagere ambtenaren.

Zie over art. 242 al. 2 Rb. v. Tractat II blad. 1914, W. nº 9602.

De aanmelding kan nog geschieden op den dag voor de uitspraak bepaald, bij wonde van den procureur. De kosten behoeven niet vooruitbetaald te worden: Rb. Maastricht 14 Oct. 1915, W. 9073.

Art. 244.

In het beweren, dat de zaak den geïntimeerde niet aanging, kan niet worden gezocht eene zoodanige weigering om te antwoorden, waaraan zou moeten worden verbonden het gevolg, bij art. 244 B. R. voorgeschreven.

P. H. v. N.-Holland, v. 19 Juni 1851, W. nº. 1264.

Art. 246.
Hof den Bosch 25 Juni 1901 W. nº 7640.

Art. 245.

Ingeval van verhindering van zoodanigen aard, dat het eind daarvan niet te voorzien is, behoeft de rechter geen nader tijdstip te bepalen en kunnen desniettemin de feiten niet voor erkend gehouden worden

Arr.-R. Middelburg, v. 13 Maart 1878, W. nº. 4223, R. B. jg. 1878, *A*, p. 294.

Art. 247.

1. De bepaling van art. 778 B. R. derogeert geenszins aan de regelen, voor alle incidentele vorderingen, bij de artt. 247—249, noch aan die omtrent het getuigen-bewijs, bij artt. 199 en volgg. B. R. voorgeschreven.

Arr. v. 3 Jan. 1845, W. nº. 591; R., dl. XIX, § 65; v. d. H., *B. R.*, dl. VI, p. 223—234; Cf. art. 778 B. R., arr. v. denz. datum sqq.

2. Bij de artt. 247—249 B. R. zijn alleen voorschriften gegeven omtrent de wijze waarop, en den vorm waarin incidenteele vorderingen moeten worden aangebracht en vervolgd, doch zijn geenszins bepaald de aard of de grenzen dier vorderingen.

Arr. v. 3 April 1846, W. nº. 707; R., dl. XXIV, § 12; v. d. Honert, *B. R.*, dl. VII, p. 361—388. — Vgl. hiermede het daartoe betrekkelijk vonnis,

van de Arr.-R. te Leeuwarden, v. 27 Feb. 1844, W. nº. 484; ut supra, bevestigd bij arr. van 't P. H. v. Friesland, v. 7 Mei 1845. — Cf. in gelijken zin v. D. HONERT. *Hdb.*, p. 332 en OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 283.

3. Art. 247 B. R. kent aan den verweerder in een tusschen-geschil wel de bevoegdheid toe, om op de incidenteele vordering te antwoorden, doch legt aan dezen geene uitdrukkelijke verplichting daartoe op; zoodat de rechter ten volle bevoegd is, om ook zonder dat antwoord het tusschengeschil te beslissen.

Arr. v. 29 Oct. 1852, W. nº. 1383; R., dl. XLIII, § 22; v. D. HONERT, *B. R.*, dl. XV, p. 211 sqq.

4. Eene incidenteele vordering kan niet worden toegewezen, wanneer daardoor het principaal appèl zou worden gepraejudicieerd, en de appellant, indirect, ten deele, hetzelfde zou verkrijgen, als waartoe zijne principale conclusie in appèl strekt (in specie waar door den eersten rechter is beslist dat eene verzegeling wel en te recht is gedaan en hangende het hooger beroep bij incidenteele conclusie is gevorderd 1º. sequestratie van den boedel, 2º. benoeming van een sequester en 3º. de voorloopige ontzegeling en inventarisatie).

P. H. v. Holland, v. 1 Mei 1839, R., dl. IV, § 20. — Cf. art. 247 B. R., vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 14 Maart 1842, sub nº. 7.

5. De rechter die bevoegd is in het hoogste ressort kennis te nemen van eene personeele en mobilaire rechtsvordering (*in casu* tot bekoming van eene bepaalde som gelds, tot vergoeding van het gemis der waarde van boomen en voor schade en interessen, aan den eigenaar veroorzaakt door uitrooiing daarvan), is eveneens bevoegd in het hoogste ressort kennis te nemen van de incidenteele contestatie, welke ook haar aard of waarde zij, ingeval die kwestie, slechts als rechtsmiddel aangevoerd zijnde, niet is het onmiddellijk onderwerp der rechtsvordering.

P. H. v. N.-Brabant, v. 4 Juni 1839, *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 190—192. — Cf. PIGEAU, II, p. 23, ed. TARLIER, en een arr. van 't Hoog Gerechtshof te 's Hage, v. 23 Juli 1824, bij v. HAMELSVELD, II, 1823—1825, p. 131.

6. De gedaagde kan, ook als de conclusiën ter audientie reeds genomen zijn en de dag tot pleiten bepaald is, nog eene incidenteele vordering tot stateering instellen, op grond, dat de eischer, na het

nemen dier conclusiën eene voorziening in cassatie heeft doen beteekenen tegen de rechterlijke uitspraak, van welke hij, gedaagde, zijne geheele verdediging afhankelijk had gemaakt.

P. H. v. Holland, v. 13 Jan. 1841, W. nº. 158. — Cf. art. 141 B. R., arr. v. 24 Mei 1850 sqq. sub nº. 1 en art. 254 B. R., arr. van 't P. H. van N.-Holland, v. 21 Maart 1850 sqq Zie omtrent de toelaatbaarheid van incidenteele vorderingen in het algemeen in voorschreven stadium van het geding, art. 139 B. R. arr. v. 22 Juni 1860 sqq.

7. Aan hem, tegen wien eene vordering is ingesteld, om zich van alle verder beheer over zekere goederen te onthouden, en om rekening en verantwoording van zijn beheer af te leggen, en die aan den eischer de hoedanigheid betwist, waarin deze optreedt, over welke exceptie reeds is geconcludeerd, hoewel ze nog niet als voldongen beschouwd wordt, kan geene incidenteele vordering worden toegewezen, strekkende daartoe, om (zonder praejudicie van het hoofdgeschil) gemachtigd te worden tot de openbare verpachting van landerijen, waarover het beheer zou loopen.

Arr.-R. Arnhem, v. 14 Maart 1842, R. B. jg. 1842, dl. IV, p. 602—604. Cf. art. 247 B. R., arr. v. 't H. v. Holland, v. 1 Mei 1839, sub nº. 4.

8. Daar de vordering tot onderhoud, door de vrouw, uit krachte van art. 268 of art. 301 B. W. ingesteld, facultatief en niet imperatief is en berusten moet op het feit van behoefte van haar, die het vordert en van het vermogen van dengene die verplicht is het te verstrekken, volgt hieruit, dat de daartoe strekkende incidenteele vordering en de akte, waarbij die vordering ter rolle is gebracht, op straffe van niet-ontvankelijkheid, de voorschreven middelen moet inhouden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 21 Nov. 1854. W. nº. 1598. — Cf. het op art. 48 B. R., sub nº. 4, vermelde vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum.

9. Het is nergens bij de wet verboden, in zaken op korten termijn, nog ten dage voor de pleidooien bepaald, maar vóór het houden daarvan, eene conclusie van antwoord te nemen, vooral op eene incidenteele vordering.

Arr.-R. Arnhem, v. 3 Sept. 1857, R. B. jg. 1858, dl. VIII, bl. 194—197. Verg. betreffende dit punt in het algemeen, art. 139 B. R., nº. 1.

Het verzoek
~~Een conclusie~~ tot het doen horen van een in Nederl. Indië verblijvenden, getuige voor den Nederl. Ind. rechter is een incidenteele vordering, waarop art. 247 lid 1 Rv. van toepassing is: Hof Amsterdam 4 Okt. 1912, W. 20 9432.

10. Ook in zaken, die op korten termijn zijn aangebracht, kan getuigenbewijs bij incidenteele conclusie gevraagd worden, zonder op de zaak zelve te concludeeren.

Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 13 April 1860, W. no. 2182.

11. Eene incidenteele vordering kan *niet* bij rau-actie worden ingesteld.

Arr.-R. Hoorn, v. 23 Mei 1866, W. no. 2837.

12. Zie over de vraag of na de pleidooibepaling nog incidenteele vorderingen kunnen worden gedaan —

arr. v. 22 Juni 1860 sqq. sub art. 139 B. R. no. 1.

Art. 248.

1. Eene beweerde schending van art. 248, jo. art. 56 B. R. vervalt, indien de noodzakelijkheid eener incidenteele vordering eerst is opgekomen, na een arrest van den H. R.

Arr. v. 3 April 1846, W. no. 707; R., dl. XXIV, § 12; v. d. Honert, *B. R.*, dl. VII, p, 361—388.

2. De bewijzen, welke men verlangt aan te voeren, behooren alle tegelijk te worden aangeboden, en het is niet geoorloofd die deels bij te brengen en bij ongenoegzaambevinding andermaal nieuwe bewijsmiddelen aan te voeren.

Arr.-R. Deventer, v. 17 Oct. 1860, R. B. jg. 1861, dl. XI, bl. 643—648. Verg. vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Nov. 1859, R. B. jg. 1860, p. 53—59; idem Arr.-R. Amsterdam, 18 Juni 1856, R. B. jg. 1856, dl. VI, blz. 350—354, aangeh. bij art. 249.

Art. 249.

1. Er kan door het niet-verwijzen der zaak naar de Arr.-R, waartoe partij subordinaat voor het Hof had geconcludeerd, geene kwestie zijn van schending van art. 249, noch van art. 160 B. R, wanneer *in facto* is uitgemaakt, dat noch exceptie noch tusschengeschil was gemoveerd, maar de gedane afstand ingevolge de bepalingen van art. 321 W. v. K. is gelegd tot fundament van verdediging tegen den principalen eisch zelven, tot welks ontzegging onder beneficie van dien afstand was geconcludeerd.

Arr. v. 23 April 1847, W. nº. 839; R., dl. XXVII, § 36; v. d. Honert, *B. R.*, dl. VIII, p. 453—471. — Vgl. hiermede het daartoe betrekkelijk arr. van 't P. H. van Gelderland, v. 15 April 1846, W. nº. 860; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 489—491, bevestigende het vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 15 Dec. 1845, W. ut supra.

2. Wanneer de rechter, na de beslissing der hoofdzaak, opgenomen in het dispositief van het vonnis, verklaart dat het, ten gevolge dier beslissing, overbodig is op eene incidenteele conclusie van eene der partijen (*in casu* tot getuigenbewijs) te beslissen, dan is dit, indien overigens het vonnis, ten opzichte van het incident, al de bij art. 59 B. R. gevorderde bestanddeelen in zich vereenigt, eene wezenlijke beslissing omtrent de overbodigheid van uitspraak op dit incident, en heeft alzoo de rechter, door daarop niet afzonderlijk te beslissen, art. 249 B. R. niet geschonden.

Arr. v. 22 Dec. 1854, W. nº. 1607, R. dl. XLIX, § 14, vernietigende het in een tegenovergestelden zin gewezen arr. van 't P. H. v. Friesland, v. 15 Maart 1854, W. nº. 1564.

3. De rechter kan bij de verwerping van het verzoek tot verhoor op vraagpunten, hetwelk een incident vormt, tevens de hoofdzaak beslissen, indien hij oordeelt, dat die in staat van wijzen is, ook dan, als de verzoeker, ofschoon daartoe in de gelegenheid geweest zijnde, niet ten principale heeft geconcludeerd.

Verg. Rb. Am. Verdam 26 Juli 1892, P.v.J. 1892 nº 102, Cassijing van provisionele vordering bij uitspraak over incident.

Arr. v. 15 Feb. 1855, W. nº. 1621; R., dl. XLIX, § 43; v. d. Honert, *B. R.* dl. XIX, p. 63 sqq.; bevestigende een arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 2 Maart 1854, W. nº. 1528; idem bij arr. van hetzelfde Hof v. 4 Sept. 1845, W. nº. 637.

Vergelijk ook navolgende beslissingen:

Wanneer er geen redelijk belang bestaat, om de hoofdzaak nog niet te beslissen, behoort deze tegelijk met de incidenteele vorderingen te worden uitgewezen.

Arr.-R. Almelo, v. 18 Juni 1862, R. B., jg. 1863, dl. XIII, bl. 634—639.

Bij Hof Amsterdam 4 Jan. 1895, W. nº 6658.

Wanneer de eischer zich bij conclusie van repliek niet uitsluitend bepaalt bij zijne incidenteele vordering, maar daarbij tevens in wederlegging is getreden van de beweringen des gedaagden omtrent de hoofdzaak, kan de rechter oordeelen, dat er voldoende termen aanwezig zijn, om, na afwijzing der incidenteele vordering, op de hoofdzaak zelve recht te doen, en zulks te meer, wanneer de eischer zich omtrent de

Een incidenteele vordering van ged. tegen sommigen der eischers, (cautie-stelling) belet de overige eischers niet het geding tegen den ged. voort te zetten, hangende dit incident waarin zij niet zijn betrokken: Rb. Amsterdam 15 Sept. 1898 W. n° 7285.

hoofdzaak geen ander bewijs heeft voorbehouden of aangeboden, en het bewijs door getuigen bij de wet is uitgesloten.

Arr.-R. Leiden, v. 17 Maart 1857, W. n°. 1859.

De rechter kan, met voorbijgaan der incidenteele conclusie, de hoofdzaak beslissen, al ware het, dat de partij met opzet heeft verzuimd zich omtrent de hoofdzaak uit te laten.

P. H. v. N.-Holland, v. 19 Juni 1862, W. n°. 2458, bevestigende Arr.-R. Amsterdam, v. 22 Oct. 1861, W. n°. 2457.

Het door een gedaagde gevoerd systeem van defensie, dat de eisch onbewezen is, brengt uit zijn aard mede, dat de zaak in dien toestand is om eene beslissing ten principale te verkrijgen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 15 April 1863, W. n°. 2504.

4. Het is alleen aan den rechter overgelaten om, naar gelang van omstandigheden, de incidenteele vorderingen vooraf en afzonderlijk, dan wel tegelijk met de zaak ten principale te beslissen.

Arr. v. 24 Maart 1871, W. n°. 3320; v. D. HONERT, dl. XXXV, p. 573 sqq.; idem arr. v. 26 Jan. 1872, W. n°. 3433; v. D. HONERT, *B. R.*, dl. XXXVI, p. 371 sqq.; idem arr. P. H. Limburg, v. 23 April 1860, W. n°. 2181; idem Ktg. Gorinchem, v. 16 Maart 1855, W. n°. 1745, waarbij tevens werd beslist dat zelfs eene uitdrukkelijke uitspraak omtrent het incident in ieder geval niet gebiedend wordt voorschreven, en van 14 Dec. 1855, W. n°. 1747, waarbij werd beslist dat de zaak afzonderlijke behandeling van het incidenteel verzoek medebrengt, wanneer de hoofdzaak nog niet in staat van wijzen is. Zie ook Ktg. Gorinchem, v. 29 April 1856, W. n°. 1757, vonnis Arr.-R. Amsterdam, 15 April 1863, W. n°. 2504 en van Arr.-R. Gorinchem, v. 16 Dec. 1856, W. n°. 1824; arr. P. H. v. Z.-Holland, v. 27 Juni 1859, W. n°. 2092, waarbij beslist werd dat het incident gelijktijdig met de hoofdzaak moet worden behandeld, wanneer eerst uit het onderzoek van de geheele zaak te beoordeelen is, of al dan niet de subsidiaire conclusie zal te pas komen. Vergelijk met dit laatste ook arr. P. H. v. N.-Holland, v. 7 Juni 1858, W. n°. 2048.

idem Arr. van 9 Jan. 1899, Pr. 7. 1899. n° 11; W. n° 5663.

5. Hoewel een verzoek om de partij op vraagpunten te hooren, het principaal geding geenszins schorst, is het toch eene incidenteele vordering, welke, naar luid van art. 249 B. R., eerst en vooraf moet worden uitgewezen, indien de zaak het medebrengt. Dit laatste is het geval, wanneer daardoor kan worden voorkomen, dat er een incident tot de zaak behoorende, ter beslissing overbleef, nadat de principale zaak reeds door een eindvonnis was afgedaan, als zijnde de rechter niet bevoegd

te beslissen op een incident in een geding, dat reeds door een eindvonnis op de hoofdzaak van denzelfden rechter was beslist, (*in casu* veroorzaakt doordien op den dag van pleidooi de gedaagde een incidenteele conclusie heeft genomen tot het verhoor van den eischer op vraagpunten, met verzoek tevens dat het pleidooi, hetwelk over de hoofdzaak op denzelfden dag bepaald was, mocht worden uitgesteld voor een onbepaalden tijd en de zaak aangehouden, totdat omtrent het gerezen incident uitspraak zou zijn gedaan, waarmede zich ook de advocaat des eischers vereenigde, doch welk verzoek evenwel door de Arr.-R. te Gorinchem, W. ut supra, is van de hand gewezen, met dat gevolg, dat eerst na de beslissing der hoofdzaak over het incident is uitspraak gedaan, wanneer het gevraagde verhoor is afgewezen, op grond dat de dingtalen reeds waren geëindigd).

P. H. v. Z.-Holland, v. 20 Sept. 1843, W. nº. 516.

6 Daar waar de voorgedragen exceptie of het incident in een onmiddellijk verband staat met de al dan niet-ontvankelijkheid of de al dan niet toewijzing der hoofdvordering, en mitsdien die beweerde exceptie of dit incident, hoezeer dan ook onder dien vorm voorgedragen, het wezen en het karakter heeft van eene verdediging ten principale, kan de gedaagde niet de uitspraak ten principale verhinderen, door daarbij te persisteeren en zich zijne verwering ten principale te blijven voorbehouden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 31 Oct. 1845, W. nº. 664. — Cf. art. 135 W. v. K., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. denzelfden datum, sub nº. 2 en art. 160 B. R., arr. v. 21 Jan. 1842 sqq., sub nº. 2.

7. Een geschil over de echtheid of onechtheid eener handteekening moet als een incident beschouwd worden, hetwelk eerst en vooraf moet worden uitgewezen.

Arr.-R. Maastricht, v. 25 Feb. 1847, W. nº. 901; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 480 en 481.

8. In art. 249 B. R. ligt niet opgesloten, dat de zaak ten principale kan worden beslist, *zonder* conclusiën daaromtrent van partijen.

Indien een eischer, gesommeerd om op eene enquête voort te procedeeren, zich bepaalt bij eene incidenteele conclusie tot mededeeling van stukken, kan hij, in zijn systema die stukken behoevende,

alvorens ten principale te kunnen concludeeren, daaromtrent ook geene conclusie nemen, alvorens het incident was beslist en zijn er in dien stand van zaken geene termen om met het incident tevens de hoofdzaak te beslissen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 3 Oct. 1848, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 563—566

9. Wanneer in eene conclusie alleen is verzocht, dat de rechter op grond der gestelde en *in cas* van tegenspraak door getuigen of andere wettige bewijsmiddelen te staven daadzaken, den eischers hun eisch zou ontzeggen, stelt deze vermelding *in transitu* van daadzaken, te staven door getuigen of andere bewijsmiddelen, geene bepaalde incidentele conclusie tot getuigen-bewijs daar, op welke door den rechter afzonderlijk zou moeten worden recht gedaan.

Arr.-R. Nijmegen, v. 12 Aug. 1850, W. nº. 1160; R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 673 sqq.

10. Een eischer is niet-ontvankelijk in zijne conclusie tot voeging der incidentele vordering bij de hoofdzaak, nadat hij op dat incident reeds had geconcludeerd.

Arr.-R. Groningen, v. 8 Nov. 1850, R. B, jg. 1854, p. 365 en 366.

11. Welke uitzonderingen bizondere gevallen op de bepaling van art. 249, al. 1 B. R. mogen maken, behoort de beslissing van eene dilatoire exceptie, die toch vóór het antwoord ten principale moet worden voorgesteld, in den regel eerst plaats te vinden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Feb. 1851, W. nº. 1232; R. B. jg. 1851, p. 201—205; Amsterd. Regtspr., dl. I, p. 293—297.

12. De eischer, die een incident opwerpt (*in casu* de vordering tot openlegging van de brievenboeken van gedaagde), moet, wanneer hij nog tot andere bewijsmiddelen wil toegelaten worden, conjunctim of subsidiair met dat incident daartoe concludeeren.

Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Juni 1856, R. B. jg. 1856, dl. VI, blz. 350—354.

13. Op eene incidenteele vordering tot teruggave of uitlevering van stukken en documenten, niet vallende onder de in art. 1923 B. W. omschrevene, noch tot de in a t. 148 B. R. bedoelde, behoeft niet afzonderlijk te worden recht gedaan. De uitspraak omtrent de inciden-

teele vordering kan aangehouden worden tot de uitspraak op de hoofdzaak.

Arr.-R. Assen, v. 30 Juni 1856, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 217—218.

14. Het gaat niet aan om, bij verwerping van een tusschengeschil, tevens op de hoofdzaak recht te doen, zonder partij in hare verwering te hebben gehoord, en zonder dat de zaak dus voldongen is.

P. H. v. N.-Holland, v. 10 Sept. 1857, W. nº. 1966, waarbij nog werd beslist dat de conclusie tot opheffing van het bref délai en subsidiair tot het verleenen van uitstel voor het nemen van conclusiën en voor de pleidooien is eene incidenteele vordering; cf. arr. zelfde Hof v. 24 Dec. 1874, W. nº. 3808, waarbij werd beslist, dat waar appellanten van hun recht hebben gebruik gemaakt om vóór het dienen van eene memorie van grieven incidenteel te concludeeren tot het verhoor van partij op vraagpunten, en dit verzoek wordt afgewezen, zij hun recht om alsnog van grieven te dienen niet hebben verbeurd. — Vgl. ook art. 249 B. R. sub nº. 3.

15. Eene reserve in eene incidenteele conclusie van alle verdere weren van rechten verhindert den rechter niet, de incidentele conclusie passerende, de zaak ten principale af te doen, wanneer de partij ruimschoots de gelegenheid heeft gehad alle weren van rechten te doen gelden.

P. H. v. Gelderland, v. 10 Febr. 1875, W. nº. 3865; cf. nº. 3, van dit artikel.

Art. 250.

1. Het ligt in den aard der zaak, dat er bij het nemen van een reconventionelen eisch, een eisch in conventie bestaan moet, en dat, bij gemis van den laatsten, de bevoegdheid tot het eerste ontbreekt.

Dientengevolge handelt geheel onbevoegdelijk een eischer, die, wanneer er bij rechtelijke uitspraak interveniënten in de zaak zijn aangenomen, en, dit gewijsde *in rem judicatam* overgegaan zijnde, het incident van interventie als zoodanig niet meer bestaat, tegen deze aangenomen interveniënten een zoogenaamden reconventioneelen eisch instelt, voordat er van hunne zijde nog eenigerlei conclusie hoegenaamd, op en ten gevolge der toegestane interventie is genomen, zijnde het al verder even onbestaanbaar en onaannemelijk, wanneer in zoodanige toedracht

MOLENGRAAFF-INSTITUUT VOOR PRIVAATRECHT

van zaken door dezen zoogenaamden reconventioneelen eischer, bij wijziging in zooverre van zijne primitief ingestelde vordering tegen den gedaagde, tot eene veroordeeling van hem wordt geconcludeerd, mede ten behoeve en profijte van de aangenomen interveniënten, buiten hen en zonder hunne toestemming.

Arr. v. 13 Febr. 1852, W. nº. 1305 (onder dagteekening v. 31 Jan. 1852) R., dl. XLI, § 22; — idem ten betooge, dat, vermits een eisch in reconventie eerst gedaan kan worden bij het antwoord in conventie, een gedaagde bij conclusie geen reconventioneelen eisch kan instellen, wanneer de eischer ten dage dienende, vóór het nemen eener conclusie van eisch, afstand van de instantie doet, bij vonnis der Arr.-R. Hoorn, v. 19 Jan. 1848, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 123—125. — Vgl. met betrekking tot het arr. v. 13 Febr. 1852, PENNING, ad art. die meent, dat in dit arrest (*argumentum e contrario*) ligt opgesloten, dat de eischer in dit geval wel den eisch in reconventie had kunnen doen bij zijn antwoord tegen den intervenient, en dat dus door «gedaagde» in art. 250 B. R. ook moet worden verstaan de eischer tegenover een intervenient.

2. Indien het toegebrachte nadeel bestaat in een onrechtmatig gelegd conservatoir beslag, kan de daaruit voortgevloeide actie bij reconventie worden ingesteld, als niet vallende in de uitzonderingen, vervat in art. 250 B. R.

Hoezeer tusschen de wederkeerige actiën (tot van waarde verklaring en opheffing) een onbetwistbaar verband bestaat en die aan elkander zijn gecoördonneerd, kan daaruit echter geenszins worden afgeleid, dat die des gedaagde als het accessorium van die des eischers zou moeten worden aangemerkt, daar toch het denkbeeld van een accessorium een zoodanig verband met het principale in zich sluit, dat de regeling van het laatste, als een noodwendig gevolg, de regeling van het eerste te weeg brengt, terwijl de actie tot opheffing eene juist tegenovergestelde strekking heeft en alleen bestaanbaar is, wanneer die des eischers ongegrond zou worden bevonden en dan ook in de jurisprudentie van alle tijden is begrepen, dat de principale vordering der partijen accessoire onderdeelen kan bevatten, maar nimmer de vordering des gedaagde, hetzij als exceptie, hetzij als reconventie voorgesteld, als een accessoir van de tegenpartij is beschouwd.

P. H. v. N.-Brabant, v. 11 Febr. 1840, W. nº. 114; R., dl. VII, § 29; idem DE PINTO, *B. B.*, dl. II, 1. p. 438 sq.; — anders bij arr. v. het P. H. v. Utrecht, v. 1 Sept. 1841, R., dl. X § 29 (bereids vermeld op art. 152 B. R., sub nº. 15), naar luid waarvan de contrarie-conclusie tot

opheffing van een beslag met alle gevolgen en aankleve van dien, geen eisch in reconventie vormt; idem bij vonnis Arr.-R. Brielle, 9 Aug. 1861, W. nº. 2297; idem OUDEMAN, *B. R.*, I, 4 ed. p. 338; idem in de conclusie van Openb. Min. bij H. R., welke betrekking heeft tot het arr. v. 27 Nov. 1845, W. nº. 671; v. D. H., *B. R.*, dl. VII, p. 179—198; R., dl. XXIII, § 6 (te vinden op art. 54 R. Org. sub nº. 2), volgens welke ook de eisch tot kost- en schadelooze opheffing van het arrest, de eenvoudige en gewone tegenvordering van den gearresteerde is, tegen den eisch tot van waarde-verklaring, en zij altijd behoort te worden gedaan, omdat eene eenvoudige afwijzing van den eisch tot van waarde-verklaring niet genoegzaam is, om aan het gelegd beslag zijne kracht te ontnemen, en hiertegen niet obsteert het argument, dat de gearresteerde dadelijk en zonder den eisch tot van waarde-verklaring af te wachten, afzonderlijk eene actie tot opheffing van het arrest en schadebetering kan instellen, daar die vordering is en altijd blijft niet anders dan eene verdediging tegen het gelegd arrest en mitsdien, wanneer en hoe zij ook gedaan worde, eene contra-conclusie van den gearresteerde, gelijk dan ook, volgens het Openb. Ministerie, zeer terecht opmerkt CARRÉ, *C. de Proc. Civ.*, ad art. 567, II, p. 365, ed. 4º. — Vgl. verder die conclusie, sub art. 250, nº. 4 en art. 253 B. R., arr. van 't P. H. v. N.-Brab. v. 11 Febr. 1840 sqq., alsmede een vonnis v. Arr.-R. Maastricht, v. 24 Juni 1847, W. nº. 914; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 736—739, waarbij (mede in zake waar het gold de opheffing van een onrechtmatig gelegd arrest) is beslist, dat de eisch in reconventie niet is een onafscheidbaar accessorium van den eisch in conventie, hetwelk met den eisch in conventie blijft staan of moet vallen, gelijk blijkt uit de bepalingen van art. 252 B. R.

3. Indien blijkt, dat partijen over en weder aan elkander gedurende onderscheidene jaren goederen hebben geleverd, voor elkander werkzaamheden verricht en betalingen gedaan hebben, benevens te zamen gemeenschappelijke handelingen gehad, uit welk een en ander tusschen partijen openstaande zaken zijn ontstaan, welke moeten worden verevend en de eene partij niet in acht neemt de proces-orde, voorgeschreven in den 5den titel van het 3de boek B. R., maar eene actie instelt tot betaling van hetgeen zij beweert haar van hare wederpartij toe te komen, onder afslag van hetgeen zal blijken daarop in mindering, compensatie of vergelijk te moeten strekken, dan is ook de wederpartij ontvankelijk in hare reconventioneele vordering, met betrekking tot datgeen wat zij vermeent te dier zake tegen den oorspronkelijken eischer in debet te kunnen doen gelden, en vervalt ook mitsdien te dier zake ten haren aanzien het volgen der procedure uit krachte van art. 782 B. R.

Arr.-R. Gorinchem, v. 23 Mei 1840, W. nº. 140.

4. Wat ook bij Romeinsche, Oud-Hollandsche of vroegere Fransche wetten of costumen voorgeschreven of gebruikelijk ware, met betrekking tot de connexiteit, door eenige dier wetten in geval van reconventie niet, door andere wel gevorderd, heeft de wetgever in het thans figeerend Wetb. v. B. R., speciaal in art. 250 B. R., gelijk ook blijkt uit de geschiedenis van dit wets-artikel, uitdrukkelijk vastgesteld, dat de gedaagde in alle zaken bevoegd is eisch in reconventie te doen, zonder dat in de uitzonderingen op dezen regel, in hetzelfde artikel voorkomende, en welke dien regel bevestigen, de connexiteit der vorderingen in conventie en reconventie is opgenomen.

P. H. v. Overijsel v. 19 April 1841, *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 20 en 21; idem (mede ten betooge, dat er volgens de tegenwoordige wetgeving geene connexiteit behoeft te bestaan tusschen de vordering in reconventie en die in conventie), bij vonnis van de Arr.-R. Amsterdam v. 4 Nov. 1846, W. n°. 862; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 736 sqq. en het Ktg. 's-Gravenhage v. 21 Juni 1843, W. n°. 449; — idem arr. v. Middelburg, v. 17 Maart 1875, R. B., jg. 1875, *A.* p. 193. — Vgl. hiermede de conclusie van het Openb. Min. bij den H. R., welke betrekking heeft tot het arr. v. 27 Nov. 1845, (bereids aangehaald op art. 250, sub n°. 2), waaruit blijkt, dat, hoewel 't Openb. Min. van meening was dat de leer der Fransche rechts-doctoren omtrent de reconventie, in ons hedendaagsch recht niet kan worden ingeroepen, omdat deze de reconventie veel nauwer beperken, dan zulks in ons Oud-Vaderlandsch recht geschiedde en aan hetzelve bestaanbaar toeschijnt met de ruime bepaling, ten aanzien van de reconventie, in art. 250 B. R. aanwezig, niettemin geloofde, dat tot het wezen eener reconventioneele vordering behoort, dat zij haren oorsprong hebbe in een beweerd recht van den gedaagde, anterieur aan de tegen hem ingestelde actie, of althans niet daaruit voorvloeiende; dat het een recht zij dat de gedaagde had kunnen vindiceren, ook al ware de eisch in conventie niet tegen hem gedaan; dat dan ook met de definitie van HUBER (1) niet wel overeenkomt eene vordering, alleen strekkende tot vergoeding der schade, die men zou geleden hebben door het proces zelf, dat men tegen den eischer voerde — (zie wijders die conclusie sub art. 250, n°. 2). — Vgl. hiermede een vonnis van de Arr.-R. Amsterdam v. 22 Jan. 1845, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 292 en 293, waarbij is beslist dat, indien de grond tot contestatie van den eisch in conventie is gezocht in eene bijkomende omstandigheid, welke door den gedaagde in conventie is aangevoerd en hij daarop niet alleen zijne conclusie tot niet-ontvankelijkheid in conventie doet berusten, maar ook zijn reconventioneelen eisch heeft gebaseerd, hij (gedaagde in conventie) alsdan verplicht is de nood-

(1) „*Reconventio*" zegt HUBER, Prael. I, Cis. ad tit. *ff., de quibus rebus ad eundum judicem editur*, Lib. XI. Tit. 2, „est reciproca actio, per quam reus actorem apud suum (rei) judicem de alia causa convenire potest, contrahendae litis gratia".

zakelijkheid van den invloed van den reconventioneelen eisch op den eisch in conventie aan te toonen, anders: bij vonnis Arr.-R. Breda, v. 11 Jan. 1859, W. n°. 2051, waarbij werd beslist dat aan eisch in reconventie nog dit denkbeeld wordt gehecht, dat er tusschen de beide vorderingen in reconventie en conventie een zeker verband zal bestaan, zoodat de eerste eene verwering tegen de laatste in zich sluit, of met die verwering althans samenhangt. In reconventie kan volgens deze beslissing dus niet scheiding van tafel en bed worden gevorderd, berustende op verschillende daadzaken als oorzaak van die waarop de in conventie ingestelde actie tot scheiding van tafel en bed berust. — Verg. echter Arr.-R. Assen, v. 19 Febr. 1872, W. n°. 3548, R. B., jg. 1873, p. 23, aangeh. op dit artikel. — Cf. omtrent den aard en het wezen van een eisch in reconventie en ten betooge dat er volgens het Nederl. recht geen verband behoeft aanwezig te zijn tusschen den eisch in conventie en dien in reconventie — v. D. HONERT, *Hdb.*, p. 333; OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 287 en DE PINTO, *B. R.*, dl. II, 1, p. 385 vlgde. — Vgl. ook LIPMAN, Aanm. op 't Ontw. v. W. v. *B. Rpl.*, p. 96 en den Hoogl. NIENHUIS, in zijne voorlezing ten betooge: *dat het wenschelijk is, bij de tegenwoordige herziening onzer wetgeving, dezelve aan te vullen door een volledig zamenstel van stellige regtsbepalingen omtrent de middelen tot handhaving van regt* (Gron., 1833), p. 54.

5. De kantonrechter, aan wiens beslissing te gelijk eene conventioneele en eene reconventioneele vordering zijn onderworpen kan indien hij oordeelt dat laatstgemelde vordering zijne bevoegdheid te buiten gaat, zich niet onbevoegd verklaren om van de geheele zaak kennis te nemen, maar behoort hij, met beoordeeling van den conventioneelen eisch, den reconventioneelen eischer met zijne vordering te verwijzen dáár, waar zulks behoort.

Arr.-R. Amsterdam, v. 19 April 1841, W. n°. 258; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 174 en 175; idem bij vonnis der Arr.-R. Leeuwarden v. 26 April 1842, W. n°. 407, implicite bij vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Dec. 1860, W. n°. 2249 en OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 288; anders bij vonnis van 't Ktg. 's-Gravenhage, v. 21 Juni 1843, W. n°. 449, waarbij is beslist, dat in dit geval de gegrondheid hetzij der reconventioneele vordering, hetzij van den eisch in conventie, *alleen als bewijsmiddel voor het bestaan der compensatie*, door den kantonrechter, behoort te kunnen worden beoordeeld, daar laatstgenoemde niet behoeft te beslissen over het geheele bedrag dier schuldvorderingen, maar zijn onderzoek zich behoort te bepalen tot de vraag, of er eene liquide schuld bestaat, welke de in reconventie gevorderde som te boven gaat, bij gebreke waarvan eene vordering, gegrond op eene vernietigde schuld, door eene rechtelijke uitspraak zou kunnen worden bekrachtigd, hetgeen is ongerijmd en alzoo in rechten onbestaanbaar. — Verg. ook in geval van nauw verband tusschen de beide vorderingen bij vonnis Ktg. 's-Gravenhage, v. 2 Aug. 1858, W. n°. 2045, waarbij werd beslist dat wanneer de kanton-

rechter onbevoegd is om te oordeelen over den eisch in reconventie (eene vordering tot vernietiging eener verbintenis), die z. i. niet van de vordering in conventie kan worden afgescheiden, hij eo ipso ook onbevoegd is om uitspraak te doen over de vordering in conventie (tot betaling krachtens verbintenis), hoezeer hij ten opzichte van de laatste, op zichzelve beschouwd, bevoegd moge zijn, welk vonnis is bestreden door S. M. in W. nº. 2057; — Vgl. een vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 13 Febr. 1846, vermeld in het arr. v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 18 Maart 1847, W. nº. 828, sub art. 46 B. R., nº. 24, waarbij die Rechtbank, zich onbevoegd verklarende om over de reconventionele vordering te oordeelen, het geding in conventie, overeenkomstig de conclusiën van den reconventioneelen eischer, voor eenen bepaalden tijd heeft gestateerd, ten einde na gewezen vonnis van den bevoegden rechter, de zaak ten verzoeke van de meest gereede partij te hervatten.

6. Indien iemand wegens verschuldigde huurpenningen is gedagvaard, dan kan hij den eisch niet tegenspreken op grond ven recht op schadevergoeding en korting op de huurpenningen bijwege van compensatie, ter zake van schade, hem toegebracht door stoornis in het rustig bezit van het gehuurde, naar aanleiding van art. 1586 B. W. nader te bewijzen, maar behoort vooraf die schade te blijken, bij staat opgemaakt en alsdan reconventioneel aangebracht.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 14 Jan. 1845, *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 282 en 283. — Cf. art. 1303 B. W., vonnis van de Arr.-R. Utrecht, v. 29 Mei 1840, sqq., sub nº. 5, in 2de editie ert. 1302 sub nº. 8.

7. De voogd, aangesproken wordende wegens eene schuld der pupillen, als erfgenamen hunner moeder, kan ten behoeve dier pupillen eene reconventioneele vordering doen tot uitkeering van datgeen, hetwelk, met het oog op de artt. 1401 en 1419 C. N., niet viel in de gemeenschap, maar de eigendom bleef der vrouw of van hare erfgenamen.

Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 2 Jan. 1846, W. nº. 674.

8. Een gedaagde kan tegen den anderen gedaagde een eisch in reconventie instellen, indien die eisch voornamelijk ook tegen den oorspronkelijken eischer is gericht.

Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 19 Maart 1847, W. nº. 855. — Cf. art. 68 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Sept. 1846, sub nº. 12; — art. 137 ibid., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 10 Nov. 1843, sub nº. 1; de artt. 286 en 339 B. R., arr. v. 21 Mei 1847 sqq.; art. 344 B. R., arr. v. 't P. H. in Holland v. 4 Nov. 1840 en art. 250 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 9 Nov. 1853, sub nº. 14. Zie ook de aant. 20 en 43 op dit art.

Bij één vonnis kan de dagv. in conventie nietig verklaard en over den eisch in reconventie ten gronde te beslissen worden:
Verf. den Bosch 24 Jan. 1899 W. n° 7276.

9. De reconventioneele vordering blijft bestaan, wanneer *na* het antwoord afstand van den eisch in conventie heeft plaats gehad en deze afstand niet anders is aangenomen dan onder voorwaarde, dat op den eisch in reconventie zou worden voortgeprocedeerd.

Arr.-R. Maastricht, v. 24 Juni 1847, W. n°. 914; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 736—739.

10. In den zin der wet kan niet worden geacht eene reconventioneele vordering te zijn ingesteld, wanneer de eisch in conventie afgewezen wordende, daardoor de reconventioneele vordering *per se* geheel en al vervalt.

Arr.-R. Assen, v. . . Nov. 1847, W. n°. 1269; R. B., jg. 1852, p. 111—114. Zie een voorbeeld dat de niet-ontvankelijkheid der vordering in conventie van zelve die der reconventie ten gevolge moet hebben, Arr.-R. Assen v. 17 April 1869, W. n°. 3150, en Arr.-R. Breda, v. 24 Maart 1857, W. n°. 1870.

11. Wanneer de gezamenlijke erfgenamen zijn gedagvaard ingevolge art. 4, no. 4 B. R, dan zijn zij bevoegd als zoodanig een eisch in reconventie in te stellen, zonder dat daaraan de onbekwaamheid van een dier erfgenamen praejudicieert.

Arr.-R. Amsterdam, v. 22 Febr. 1849, W. n°. 1010; R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 104 sqq.; *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 388—391. — Cf. art. 4 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R., v. denzelfden datum, sub n°. 16.

12. De onbevoegdheid *ratione personae* valt niet onder de exceptiën van art. 250, al. 2 B. R.

Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Oct. 1850, Amsterd. Regtspr., dl. I, p. 150—155. — Cf. art. 155 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. denzelfden datum, sub n°. 15.

13. De echtgenoot, tegen wien een eisch tot *echtscheiding* wegens kwaadwillige verlating is ingesteld, kan bij *reconventie* vorderen *scheiding van tafel en bed* wegens buitensporigheden, mishandelingen en grove beleedigingen, zonder de voorschriften van art. 816 B. R. te hebben nageleefd.

Arr.-R. Maastricht, v. 26 Juni 1851, W. n°. 1274; idem, daar waar eene actie tot scheiding van tafel en bed is ingesteld en door den gedaagde beantwoord met eene reconventioneele vordering tot echtscheiding — bij vonnis van de Arr.-R. Utrecht, v. 8 Mei 1850, W. n°. 1165 en van Arnhem, v. 27 Juli 1847, W. n°. 883, bereids breedvoerig vermeld op

art. 264 B. W., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Oct. 1849, sub nº. 6; idem bij vonnis Arr.-R. Groningen, v. 26 Oct. 1860, R. B. jg. 1862, dl. XII, blz. 117—125; Arr.-R. Amsterdam, v. 21 Nov. 1855, R. B., jg. 1858, dl. VIII, blz. 178, ten aanzien van eene actie tot scheiding van tafel en bed, beantwoord met eene reconventioneele actie tot scheiding van tafel en bed; idem ten aanzien van eene actie tot echtscheiding beantwoord in reconventie met eene dergelijke vordering, Arr.-R. Tiel, v. 29 April 1864, W. nº. 2717; anders: Arr.-R. Amsterdam, v. 2 Febr. 1876, W. nº. 4035; implicite zelfde Rechtbank v. 28 Febr. 1870, W. nº. 3232; ook aangeh. op dit artikel, en van 25 Aug. 1857, R. B., jg. 1858, dl. VIII, p. 252; idem bij vonnis Arr.-R. Breda, v. 14 Jan. 1859, W. nº. 2051, vermeld op nº. 4, van dit artikel; idem P. H. v. Gelderland, v. 28 April 1875, W. nº. 3895; Arr.-R. Zierikzee, 6 Sept. 1881, W. nº. 4742; Arr.-R. Rotterdam, v. 12 Mei 1879, R. B., dl. 1880, A. p. 8.7— Vgl. hiermede een vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 24 Dec. 1853, W. nº. 1530, waarbij is beslist, dat er geen termen bestaan om te onderzoeken, in hoeverre de eisch in reconventie tot scheiding van tafel en bed gegrond is, als de eisch in conventie, tot hetzelfde einde strekkende, ontvankelijk en gegrond wordt verklaard; — anders echter (en volgens LÉON te recht, op grond van de bepalingen vervat in de artt. 277, 280 en 284 B. W.) in de *Regtsg. Ade.*, dl. IV, p. 161 sqq.

14. Indien de eischer *qq.*, alle zoo bekende als onbekende of afwezige gerechtigden tot zekere nalatenschap dagvaardt, ten einde te hooren doen rekening en verantwoording van den boedel en met hem voort te procederen, ten einde tot bepaling van het saldo te geraken, dan is ontvankelijk de reconventioneele vordering van enkele gedaagden tegen den eischer ingesteld, om hetgeen hij onder zich heeft aan hen ter verdeeling uit te keeren, vermits hij alleen in het bezit is der nalatenschap en bovendien een gedaagde tegen zijn medegedaagde niet kan concludeeren, daar er tusschen hen geene litiscontestatie bestaat. Wanneer al de andere daarbij betrokken medegedaagden vermeenen, dat zij ten gevolge van dien reconventioneelen eisch, welke aan hen is beteekend geworden, in hunne rechten verkort worden, kunnen zij (zoo zij al hunnerzijds ook niet tegen den oorspronkelijken eischer daarvan zullen gebruik maken) daartegen die rechtsmiddelen van interventie als anderzins te baat nemen, die de wet hun aan de hand doet.

Arr.-R. Amsterdam, v. 9 Nov. 1853, R. B., jg. 1854, p. 149—157. — Cf. art. 250 B. R., vonnis van de Arr.-R. te 's-Gravenhage, v. 19 Maart 1847, sub nº. 8 en de overige beslissingen aldaar aangehaald.

15. De regel, dat het doen van eisch in reconventie in alle rechtsgedingen is toegelaten, niet behoorende tot de gevallen, bij art. 250

Art. 250 n°2 Rv. betreft zoowel het geval van art. 156, als dat van art. 157 Rv.; als grad. de exceptie van onbevoegdheid opgeworpt mag de Rb. van de reconv. vordering niet kennis nemen: Hof den Haag 15 Dec. 1905, W. 9900.

B. R. uitgezonderd, lijdt uitzondering, daar waar voor sommige gevallen, uit faillissement ontstaan, bij het W. v. K. eene bizondere proces-orde is voorgeschreven. Tot die geschillen, in den hiervoren aangeduiden zin, behooren de zoodanige, die over de deugdelijkheid van den voorrang van schuldvorderingen in een faillissement geboren worden.

P. H. v. N.-Holland, v. 4 Maart 1854, R. B., jg. 1854, p. 130 en 131, vernietigende het daartoe betrekkelijk en in eenen tegenovergestelden zin gewezen vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 25 Mei 1853, R. B., jg. 1853, p. 459—467. Idem Arr.-R. Appingadam, v. 18 Oct. 1866, R. B. jg. 1869, p. 701, ten aanzien van de vordering, om als crediteur in een faillissement te worden toegelaten, welk vonnis ten aanzien van dit punt werd vernietigd bij arr. P. H. Groningen, v. 28 April 1868 R. B., jg. 1869, p. 710. Vgl. art. 825 W. v. K. vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 19 April 1839 sqq. sub n°. 1, en aant. 37 van art. 250 B. R.

16. De uitzondering van art. 250 n°. 1 is niet aanwezig, waar de verweerders, door wie eene reconventioneele vordering wordt ingesteld, in conventie opgeroepen zijn als erfgenamen van hunnen overleden vader, ten einde eene rekening te doen, waartoe deze gehouden was in zijne vroegere *hoedanigheid* van gemeente-ontvanger en waar de geldsommen, wier terugvordering den grondslag der reconventioneele vordering uitmaakt, voorspruiten uit uitgaven en betalingen, die hun vader ten bate der gemeente in gemelde hoedanigheid zou hebben gedaan.

Arr.-R. Roermond, v. 19 Oct. 1854, W. n°. 1629.

17. Wanneer de eischer volgens art. 782 B. R. eenvoudig procedeert ter fine van adjustement van het saldo van rekening, moet de vordering der gedaagden, om reeds nu tot het nog te bepalen saldo gerechtigd te worden verklaard, als prematuur en liggende buiten het onderwerp der tegenwoordige procedure worden aangemerkt.

Arr.-R. Amsterdam, v. 13 Juni 1855, R. B., jg. 1857, dl. VII, blz. 257.

18. Verweerders in reconventie, die bij hunne primaire conclusie van antwoord geene exceptie tegen den vorm der reconventie hebben ingesteld, maar daarop onmiddellijk ten principale hebben geantwoord, zijn niet meer ontvankelijk om in hunne nadere conclusie van antwoord, genomen na de uitwijzing van des rechters bevoegdheid, op den vorm der reconventie terug te komen.

P. H. Friesland, v. 30 April 1856, W. n°. 1751, ook aangehaald sub art. 251 Rv.

19. In het geval, dat de gedaagde een eisch in reconventie put uit dezelfde overeenkomst en dezelfde daadzaken, waaruit de eischer zijnen eisch in conventie geput heeft, en dat bij gevolg 's rechters beoordeeling dier overeenkomst en daadzaken noodwendig leiden moet tot gelijktijdige beslissing van beide vorderingen is de kantonrechter *ratione materiae* onbevoegd, indien het gezamenlijk bedrag van beide eischen *f* 200 te boven gaat.

Ktg. Dordrecht, v. 15 Dec. 1857, W. nº. 1978.

20. Een eisch in reconventie kan niet door één der gedaagden afzonderlijk worden ingesteld en deze niet-ontvankelijkheid moet door den rechter worden uitgesproken, zelfs indien zij door den eischer in conventie niet is aangevoerd.

Ktg. Meppel, v. 18 Nov. 1858, R. B., jg. 1859, dl. XI, bl. 65—67; vgl. aldaar bl. 96, W. nº. 2200. De kantonrechter van Meppel grondde zijn beslissing daarop dat in de 96ste novelle niet gewaagd wordt van een recht van een der gedaagden om eisch in reconventie te doen, terwijl hij de juistheid zijner meening aan VOET § 78, *ad tit. D. de judiciis*, HELLFELDT «*jurisprudentia forensis*», blz. 74, MERULA, «manier van procedeeren enz. belangende Civiele zaken», blz. 428 meent te moeten ontleenen. Anders Mr. H. J. VAN LIER, in W. nº. 2205, die de onjuistheid der uitspraak van den kantonrechter tracht aantetoonen door te betoogen, dat het Romeinsche recht hier niets kan afdoen, daar de 96ste novelle het stilzwijgen omtrent het hier behandelde geval bewaart; en dat juist het beroep op VOET wordt gelogenstraft door hetgeen deze gezaghebbende schrijver *ad titul. V, de judiciis* nº. 78 leert: »*non etiam impeditur onus ex pluribus reis .... reconvenire actorem ex negotio, quod ipsi soli cum actore intercessit, nec ei cum caeteris ejusdem litis consortibus commune est.*» Daarenboven kan er, volgens Mr. VAN LIER, geen reden voor pleiten, dat de toevallige concursus, als gedaagden, zal ten gevolge hebben, dat een van beiden van een recht, hem bij de wet toegekend, in het belang van de vereenvoudiging der procedure, verstoken worde, en levert de bepaling van art. 252 B. R. genoegzamen waarborg op tegen verwikkeling en verwarring. Vgl. ook aant. 8, 14 en 43 op art. 250 B. Rv. — Vgl. met betrek king tot het eerste punt vonnis Arr.-R. Alkmaar, v. 12 Juli 1859, W. nº. 2124, waarbij werd beslist dat op den collectief tegen alle gedaagden ingestelden eisch tot het doen van rekening en verantwoording, slechts collectief in reconventie kan geageerd worden door alle gedaagden.

21. Wanneer de gedaagde formeel geen eisch in reconventie heeft ingesteld maar alleen bij antwoord beweerd heeft een zekere vordering tegen den eischer te hebben, kan voor zoover die tegenvordering is

betwist, daaromtrent geen onderzoek noch uitspraak plaats hebben. Alleen kan de rechter het bedrag der vordering in conventie verminderen met het *erkend* verschuldigd bedrag der tegen-vordering.

Arr.-R. Appingadam v. 5 April 1860, W. nº. 2201.

22. De eischer, die de ontvankelijkheid eener door den gedaagde ingestelde tegenvordering, ter zake van hare niet-inkleeding in den reconventionelen vorm niet heeft betwist, en daaromtrent geen rechtsmiddel heeft gebezigd bij zijne ter rolle genomen conclusiën en gevoerde dingtalen, kan dat naar de bestaande proces-orde niet op geldige wijze doen bij de mondelinge pleidooien, welke dienen om de wederzijds genomen conclusiën en aangewende rechtsmiddelen te ontwikkelen en toe te lichten

Arr.-R. Gorinchem, v. 7 Febr. 1860, W. nº. 2195, waarbij nog werd beslist dat de vorm waarin de reconventioneele vordering wordt gedaan, niet betreft de openbare orde. — Cf. art. 139 B. R., P. H. v. N.-Holland, v. 2 Nov. 1848 sqq.

23. Wanneer eene vordering niet bij gewone of rau-actie kan worden ingesteld (zooals dit ten aanzien van de invordering van kadegelden, volgens art. 258 der Gemeentewet het geval is), moet zij ook, wanneer zij in reconventie wordt gedaan, niet-ontvankelijk worden verklaard.

P. H. v. Gelderland, v. 5 Dec. 1860, W. nº. 2270, bevestigende vonnis der Arr.-R. Arnhem, v. 19 April 1860, W. nº. 2270.

24. Nergens is bij de wet verboden, dat de vordering in conventie en die in reconventie dezelfde zaak tot onderwerp zouden mogen hebben.

Wanneer in conventie wordt gevraagd ontbinding eener overeenkomst van koop met schadevergoeding en in reconventie naleving van datzelfde contract met schadevergoeding, dan hebben deze respectieve vorderingen voorzeker niet dezelfde strekking en vervalt daardoor de beweerde niet-ontvankelijkheid der reconventioneele vordering.

P. H. van Drente v. 23 Mei 1863, W. nº. 2540, R. B., jg. 1864, p. 615.

25. Wanneer de eisch in reconventie niet bevat een afzonderlijke vordering, maar hij een onmiddellijk gevolg is van het gestelde bij conventie en als eene verdediging tegen en een accessorium van deze is te beschouwen, volgt hij ook, wat de bevoegdheid des rechters betreft,

de hoofdzaak; en heeft de eischer in conventie geen belang bij de exceptie van onbevoegdheid op de reconventie, zoodat er geen termen zijn, om die exceptie toe te wijzen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Maart 1864, R. B., jg. 1864, p. 427.

26. Eene reconventioneele vordering kan subordinaat worden toegevoegd aan eene exceptie van onbevoegdheid *ratione personae*.

Arr.-R. Amsterdam, v. 5 Aug. 1867, W. nº. 2964; zie ook dezelfde Rechtbank v. 10 Nov. 1868, W. nº. 3092; verg. Ktg. nº. 4, Amsterdam, v. 25 Febr. 1859, R. B. jg. 1859, dl. IX, blz. 49, waarbij in 't algemeen is beslist dat het rechtens niet verboden is eene reconventioneele vordering subsidiair in te stellen.

27. De curator in een faillissement kan in een geding tot verificatie eene reconventionele vordering instellen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 23 Jan. 1867, W. nº. 2907, R. B., jg. 1867, p. 551.

28. Eene reconventioneele vordering is ontvankelijk, al kan het daarbij gevraagde ook bij compensatie worden bekomen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 5 Maart 1868, W. nº. 3017. Vlg. aant. 41.

29. Er is geene reden, waarom de voorloopig beslagene in Nederland niet gedomicilieerde persoon, en de voorloopig gegijzelde vreemdeling, de dadelijke opheffing van den tegen hem genomen voorloopigen maatregel niet even goed reconventioneel als afzonderlijk zou kunnen vorderen.

Arr.-R. Alkmaar, v. 3 Dec. 1868, W. nº. 3120, ook aangehaald sub art. 764 B. Rv.

30. Bij eene procedure tot echtscheiding kan de dagvaarding, in art. 821 al. 1 vermeld, door eene reconventionele conclusie vervangen worden, indien partijen reeds *in lite* zijn.

Arr.-R. Amsterdam, van 28 Febr. 1870, W. nº. 3232; idem ten aanzien van de vordering tot scheiding van tafel en bed, arr. P. H. v. N.-Holland, v. 28 April 1859, W. nº. 2164.

31. De bepaling van art. 250 1º B. R. dat geene reconventioneele vordering mag worden ingesteld, indien de eischer in eene kwaliteit is opgetreden, en de reconventie hem persoonlijk zou betreffen, of omge-

keerd, is niet van openbare orde, en mag dus op grond daarvan niet ambtshalve eene niet-ontvankelijk-verklaring worden uitgesproken.

Voor kwaliteiten, hier bedoeld zijn niet te houden die van erfgenaam, legataris, vruchtgebruiker, kooper, huurder enz., waarop burgerlijke rechten zijn gegrond of waaruit deze voorspruiten, maar alleen die, welke bevoegdheid geven tot het namens en ten behoeve van een ander uitoefenen of doen gelden van op die kwaliteiten zelve niet gegronde of daaruit niet voortspruitende rechten, zooals de hoedanigheid van voogd, curator enz

Arr.-R. Maastricht, v. 2 Juni 1870, W. nº. 3257.

Zie nog met betrekking tot nº. 1 van dit artikel:

Vonnis der Arr.-R. Utrecht, v. 22 Jan. 1858, W. nº. 1964, waarbij werd beslist dat eischers in conventie de scheiding en deeling van de nalatenschap huns vaders vorderende, uitoefenen een persoonlijk recht, dat aan elken erfgenaam *ex lege* toekomt.

Zie verder navolgende beslissing:

Nº. 1 van dit artikel is van toepassing wanneer de oorspronkelijk gedaagde in conventie persoonlijk en in reconventie als gemachtigde optreedt.

Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Juni 1869, R. B., jg. 1870, dl. XX, p. 321.

32. De intervenient in een proces kan geen reconventioneelen eisch instellen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 30 Sept. 1870, W. nº. 3266.

33. Wanneer de eischer vordert schadevergoeding en de verweerder daarop antwoordt, dat de eischer die schade aan zichzelf te wijten heeft, doordien hij de orders niet heeft opgevolgd, welke de verweerder hem heeft gegeven, en welke bij volgens contract had moeten opvolgen, dan is dit eene verdediging ten principale, die alleen dan tot een op zich zelf staande eisch, bij reconventie aan te brengen, had kunnen aanleiding geven, indien de verweerder gesteld had, dat wegens het niet opvolgen der orders de schade van den verweerder grooter was dan die door den eischer was geleden wegens het niet leveren.

Arb. uitspr. v. Mrs. M. J. DE LANGE, AUG. PHILIPS, en J. C. DE KONING, W. nº. 3362.

34. Het instellen van eene vordering bij wege van reconventie, in plaats van bij afzonderlijke actie, is facultatief.

Arr.-R. 's-Hertogenbosch, v. 26 Mei 1871, W. nº. 3512; idem Ktg. nº. 2, Amsterdam, v. 20 April 1871 R. B., jg. 1871, p. 683, waarbij is beslist dat dit artikel den gedaagde niet belet om *afzonderlijk* zijne vordering tegen den eischer intestellen.

35. Waar de reconventioneele vordering ten eenenmale blijft binnen de perken van het geschil over de kracht en ten uitvoerlegging van den in conventie ingeroepen titel, wordt zij zeker niet door dit artikel uitgesloten.

Arr.-R. 's-Hertogenbosch, v. 15 Maart 1871, R. B., jg. 1872, p. 495; waarbij verder werd beslist, dat ook om die reden, bij het vervallen van die ten uitvoerlegging, de reconventie is niet-ontvankelijk.

36. De curator in een faillissement die reconventioneel wil ageeren, heeft ook daartoe machtiging van den Rechter-Commissaris noodig.

P. H. v. Overijsel, v. 23 October 1871, W. nº. 3507.

37. Reconventioneel kan niet tegen de failliete massa een persoonlijke vordering worden ingesteld, omdat deze geldend gemaakt moet worden door het verificatie-proces.

Arr.-R. Maastricht, 23 Maart 1871, W. nº. 3397; cf. het sub nº. 15 van dit artikel aangeteekende.

38. In reconventie kan alleen eene vordering worden ingesteld over eene *andere* oorzaak, dan die van den eisch in conventie.

Arr.-R. Assen, v. 19 Febr. 1872, W. nº. 3548, R. B., jg. 1873, p. 23. Zie verder hiertoe betrekkelijk aant. 4.

39. Eene reconventioneele vordering kan voorwaardelijk worden ingesteld, voor het geval namelijk de eisch in conventie mocht worden verklaard te zijn ontvankelijk.

P. H. van Drente, v. 1 Febr. 1873, W. nº. 3671 (implicite beslist).

40. Het is in strijd met alle regelen van procedure en recht, in reconventie veroordeeling te vragen van twee personen op grond van feiten, slechts een hunner ten laste gelegd.

Arr.-R. Dordrecht, v. 11 Oct. 1875, W. nº. 3986.

41. De wet schrijft geen vorm voor, voor het doen van eene reconventioneele vordering.

Mitsdien kan de bewering niet opgaan, dat de gedaagde in plaats van zich op compensatie te beroepen eene reconventioneele vordering had moeten instellen, ook al mocht de beweerde inschuld van den gedaagde betwist en niet bewezen zijn.

Arr.-R. Assen, v. 17 Jan. 1876, W. nº. 4454. — Zie echter Ktg. Groningen, v. 10 Jan. 1876, W. nº. 4456, waarbij, in tegenstelling met de voorgaande beslissing, de compensatie wordt uitgesloten, zoodra de tegenvordering wordt betwist en ontkend. Zie ook in denzelfden zin het sub nº. 5 van dit artikel vermeld vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Dec. 1860; verg. verder betrekkelijk dit onderwerp art. 1463 B. W. (Léon—Asser) nº. 1. — Zie ook ten betooge, dat nergens de vordering in reconventie aan eenige sacramenteele woorden is gebonden, Arr.-R. Arnhem, v. 28 Nov. 1881, W. nº. 4765; vgl. aant. 28.

12. De gedaagde kan geen reconventioneelen eisch doen, wanneer de eischer niet ter terechtzitting verschenen is, en de gedaagde verstek tegen hem heeft gevraagd, met zijne vervallen-verklaring van de instantie.

Ktg. Groningen, v. 23 Juni 1879, W. nº. 4430, aangeh. bij art. 75 B. Rv.

13. De gedaagde kan tegen één der eischers een vordering in reconventie instellen.

Ktg. nº. 3, Amsterdam, v. Oct. 1881, B. R., jg. 1881, A. p. 224; zie ook aant. 8, 14 en 20 op dit art.

14. Zie ten betooge:

a. Dat tegen den eisch van een aannemer, strekkende tot betaling van de ter zake eener aanneming verschuldigde gelden, de aanbesteder — zonder gehouden te zijn, zijne tegen-vordering in reconventie te doen gelden — ontvankelijk is in vergelijking te brengen de in de overeenkomst gestipuleerde som, ter zake van de *casu quo* niet tijdige oplevering van het werk —

art. 1463 B. W., vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 10 Juni 1845, sub nº. 4.

b. Dat de redactie van art. 250 met betrekking tot de woorden: „of wanneer de rechter daartoe onbevoegd is met betrekking tot den *persoon* tegen wien de reconventie zoude worden gedaan", ingevolge art. 65, nº. 1 en art. 67 der Organ. Wet, niet boven gegronde bedenking verheven is, daar die onbevoegdheden uit den aard der zaak behooren tot het onderwerp des geschils —

Mr. G. A. FOCKER in de *Opm. en Med.*, dl. I, p. 273—277; idem OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 288.

15. Zie omtrent hetgeen rechtens is met betrekking tot de veroordeeling in de kosten, wanneer zoowel de eisch in conventie als die in reconventie wordt ontzegd —

art. 56 B. R., arr. v. 29 Mei 1840, sub *B.*, nº. 2 en omtrent de vraag of een vreemdeling, eischer in reconventie zijnde, ook zekerheid voor de kosten moet stellen — art. 152 B. R., vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 15 Febr. 1849, sub nº. 15.

Art. 251.

1. De eisch in conventie moet niet bij afzonderlijke akte worden gedaan, maar kan opgenomen worden in dezelfde akte, die de conclusie van antwoord bevat.

Arr.-R. Rotterdam, v. 8 Maart 1839, R. B., jg. 1839, dl. I, p. 273—275; idem door den inzender, R. B., jg. 1839, ut supra; DE PINTO, *B. R.*, dl. II, 1, blz. 386 sqq., en OUDEMAN, *B. R.*, 2de ed., dl. I, p. 335 en 336, 3de ed. p. 283 sq., welke allen bestrijden het tegenovergesteld gevoelen, voorgestaan door v. D. HONERT, *Hdb.*, p. 336, noot 2.

2. Hoewel art. 251, 2de al. B. R. voorschrijft, dat de eisch in reconventie in summiere zaken moet gedaan worden *ter terechtzitting*, geheel onbepaald, — staat deze alinea in het nauwste verband met de eerste en heeft zij geene andere strekking, dan om buiten twijfel te stellen dat, vermits in summiere zaken de verwering wordt voorgedragen bij conclusiën, ter terechtzitting genomen, de reconventioneele vordering ook bij die conclusiën ter terechtzitting moet worden ingesteld. Zulks stelt geene afwijking daar van het door den wetgever aangenomen beginsel, dat de eisch in reconventie moet worden gedaan bij de eerste akte van verwering, onverschillig of die geschiedt bij antwoord, zoo als in zaken van gewone, of bij conclusiën, zooals in zaken van summiere behandeling, — met dat gevolg, dat in summiere zaken de eisch in reconventie, nadat de gedaagde reeds conclusiën had genomen, niet op de terechtzitting, voor de pleidooien bepaald, kan worden gedaan.

Arr.-R. 's Bosch, v. 4 Juli 1842, W. nº. 320, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 695—697; idem OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 290.

Eene reconventioneele vordering kan niet subsidiair worden ingesteld: Rb. Breda 11 Jan. 1898 W. no 7159. Eene reconventioneele vordering mag niet eventueel, voor het geval de rechter de ontvankelijkheid van de vordering in conventie aanneemt, worden ingesteld:

3. Waar de verweerder geantwoord heeft niet bij beteekende memorie conform art. 143 B. R., maar bij conclusie ter audientie naar art. 147 B. R. is de eisch in reconventie bij laatstbedoelde conclusie gedaan, behoorlijk ingesteld.

Rb. dem Haag 12 Dec. 1899, W. no 7392.

P. H. van Friesland, v. 30 April 1856, W. no. 1751, ook vermeld sub art. 250 B. Rv.; idem OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 290; anders DE PINTO, *B. R.*, dl. II, p. 387.

4. Eene reconventioneele vordering moet ook bij een rekening-proces dadelijk bij het antwoord worden ingesteld, en niet eerst bij de memorie van debat.

Arr.-R. Amsterdam, v. 11 Aug. 1868, W. no. 3048.

5. Bij een exploit van verzet tegen een vonnis bij verstek kan geen eisch in reconventie worden gedaan.

Ktg. no. 1, Amsterdam, v. 8 Juli 1875, R. B., jg. 1876, afd. *A.*, p. 77.

6. Deze bepaling is niet van toepassing op de procedure bij den kantonrechter, om de eenvoudige reden dat een termijn van antwoord, re- en dupliek bij de wijze van procedeeren voor den kantonrechter niet is voorgeschreven.

Ktg. Amsterdam, v. 19 Mei 1879, W. no. 4402, R. B., 1880, *A.*, p. 9, waarbij is beslist, dat de gedaagde nog bevoegd is een eisch in reconventie te doen, nadat hij reeds eenmaal het woord heeft gehad; anders Ktg. pl. 's-Gravenhage, v. 16 Oct. 1868, W. no. 3055, waarbij is beslist dat de eisch in reconventie voor den kantonrechter behoort te worden gedaan op den eersten rechtsdag en dadelijk bij de verdediging (ook exceptieve, *in casu* die van onbevoegdheid des kantonrechters), welke de gedaagde alsdan, naar art. 99 en 106 B. Rv., op den eisch heeft voor te dragen.

Art. 252.

1. Eene vordering in conventie kan niet geacht worden vatbaar te zijn afzonderlijk te worden afgedaan, indien 1°. die vordering niet is zuiver, stellig en bepaald in zich zelve, maar integendeel door den eischer in conventie uitdrukkelijk is in betrekking gebracht tot, en afhankelijk gemaakt van al hetgeen zal blijken daarop van de zijde des gedaagde in conventie, naar rechten, in compensatie of vergelijk te moeten verstrekken; 2°. de gedaagde in conventie des eischers vordering in

Een voor het geval van bewijzing der convent. vordering subsidiair in. gestelde eisch in reconventie, moet niet-ontvank. worden verklaard, als de tegenpartij zich tegen de behandeling verzet: Rb. Breda 1 Mei 1894 W. nº 6537.

dat cas wel in het algemeen erkent, maar niettemin beweert, dat er ten aanzien van het juiste bedrag eenig verschil bestaat tusschen het overgelegd extract uit het schuldboek van den eischer in conventie, en de met betrekking tot de kosten vroeger door hem gegevene rekeningen, welk verschil tusschen partijen nog niet is ontgonnen, veelmin toegelicht en tot een staat van beslissing gebracht en 3°. de gedaagde in conventie (in verband tot het slot van des eischers vordering in dat cas), uitdrukkelijk beweert op de, in conventie van hem, gedaagde, in dat geval gevorderde som, onderscheidene betalingen te hebben gedaan, welke daarop in mindering zouden moeten strekken, waartoe vooraf zeker punt, waaromtrent tusschen partijen verschil bestaat, tot klaarheid zou moeten worden gebracht.

Arr.-R. Gorinchem, v. 23 Mei 1840, W. nº. 140. — Cf. art. 250 B. R., vonnis v. dezelfde Arr.-R. v. denzelfden datum, sub no. 3.

2. Wanneer de vorderingen in conventie en reconventie in staat van wijzen zijn gebracht, dan mag niet alleen op de zaak in conventie worden beslist, met vrijlating aan den gedaagde om, ten opzichte zijner contra-pretentie, de eischers nader in rechten op te roepen.

Arr.-R. 's Bosch, v. 31 Mei 1843, W. nº. 1266, vernietigende het in een tegenovergestelden zin gewezen vonnis van 't Ktg. Oss. v. 8 April 1842, W. ut supra.

3. De rechter kan niet de splitsing van een conventioneelen en van een reconventioneelen eisch bevelen, indien beide ten onderwerp hebben eene vordering van summieren aard en als zoodanig zijn voldongen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 27 Dec. 1843, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 583—585 en v. 8 Sept. 1852, W. nº. 1382. — Vgl. hiermede Oudeman, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 293, volgens wien, wanneer beide zaken voor eene summiere behandeling vatbaar zijn, de splitsing niet als volstrekt noodzakelijk bij de wet bevolen is.

4. De splitsing, daartoe termen zijnde, moet uitdrukkelijk worden bevolen en is de bedoeling van den rechter, afgeleid uit de aanhaling van het daarop betrekkelijk wets-artikel (art. 252, al. 2 B. R.), daartoe niet voldoende.

Arr.-R. 's Bosch, v. 31 Mei 1843, W. nº. 1266.

5. Wanneer de oorspronkelijk eischer, bij incidenteele conclusie, vordert

(art. 252 Rv.)
Splitsing is bij de wet alleen afhankelijk gesteld van de vraag of de eene vordering vroeger dan de andere kan worden afgedaan. Rb. den Haag 13 Oct. 1891, W. n°6093.

de splitsing der vordering in conventie van die in reconventie, dan kan de gedaagde, die eenige personen in vrijwaring had opgeroepen, op den dag tot het nemen zijner conclusiën bepaald, volstaan met het antwoord op dit incident en behoort hij niet tegelijk op de vrijwaring te concludeeren. Tot dit laatste kan hij eerst dan verplicht worden, als de rechter op de gevraagde splitsing zal hebben uitspraak gedaan.

Arr.-R. 's Bosch, v. 26 Juni 1844, W. n°. 641. — Vgl. wijders over de disjunctie der vorderingen in conventie en in reconventie — een vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 5 Oct. 1849, W. n°. 1159.

6. Wanneer een eisch in conventie, tot voldoening van zekere geldsom, ten eenenmale afhankelijk is van de uitspraak der procedure in reconventie over de rekening en verantwoording, behoort de rechter, splitsende de gedingen in conventie en in reconventie, het eerste te schorsen tot na den afloop der rekeningsprocedure.

P. H. v. N.-Holland, v. 14 Febr. 1850, W. n°. 1156; R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 93—97, vernietigende het in een tegenovergestelden zin gewezen vonnis van de Arr.-R. Amsterdam v. 16 Febr. 1849, W. ut supra.

Vergelijk ook navolgende beslissing:

Waar bij eindvonnis blijken zal, of de vordering, bij conventie ingesteld, als gecompenseerd door gedaagde bestreden, werkelijk gedelgd is door de tegenvordering (voor welke, zoo de vergelijking niet dadelijk kon aangenomen worden, reconventioneel eisch is gedaan), behoort op de conventie vooralsnog geene veroordeeling te volgen, maar de uitslag van het nader onderzoek omtrent de reconventie afgewacht.

Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Oct. 1865, W. n°. 3905.

7. Er bestaan geene termen tot splitsing van eene vordering in conventie van die in reconventie, wanneer (gelijk in specie) de eischer vreemdeling is, en de gedaagde, indien hij, na toewijzing van den eisch in conventie en na voldoening van de daarbij gevorderde som, op zijn eisch in reconventie in het gelijk werd gesteld, zijne vordering moeielijk tegen den eischer zoude kunnen verhalen en ook de eisch in conventie, voor zoover de gevorderde retourkosten betreft, afhankelijk is van de al of niet gegrondheid van den eisch in reconventie.

Ktg. n°. 1, Amsterdam, v. 14 Nov. 1851. *Amsterd. Regtspr.*, dl. II, p. 237 en 238.

Splitsing van conv. en recons. is opheffing van den processueelen samenhang van beide vorderingen, zoodat daarna eene conv. vordering tot rekening kan worden toegewezen, hoewel in recons. nog niet in staat van wijzen, niettegenstaande 717 der overeenkomst (Art. 252 wordt gevorderd. Th. R.

8 De processen over de hoofdzaak, de vrijwaring en den eisch in reconventie, alle te gelijk voldongen en in staat van wijzen zijnde, moeten ook gezamenlijk bij één vonnis worden beslist, zonder dat eenige voeging noodig zij, volgens de regels, gesteld bij artt. 73 en 252 B. R., op welke geene uitzondering is gemaakt voor het geval, dat een der mede-gedaagden tegelijk gedaagde in vrijwaring en reconventioneel eischer is. 12 Mei 1859 W. n° 2277.

Arr.-R. Amsterdam, v. 29 Maart 1853, R. B., jg. 1853, p. 249—254.

9. Wanneer, gelijk *in casu*, de rechter van oordeel is, dat de vordering in conventie in staat van wijzen was gebracht, doch dat ter beslissing der reconventioneele vordering een nader onderzoek door deskundigen wordt vereischt, dan is hij volkomen bevoegd de vorderingen te splitsen en afzonderlijk omtrent de eerstbedoelde uitspraak te doen.

P. H. v. Overijsel, v. 17 Dec. 1855, W. n°. 1725.

10. Er kan *geen* grond zijn voor de imperatieve splitsing van conventie en reconventie, op grond van den summieren aard van eerstgemelde, wanneer die vordering als van *gewonen* aard is aangebracht en behandeld.

Dit belet evenwel niet, dat de rechter splitsing kan gelasten voor het geval dat de ééne vroeger dan de andere kan worden afgedaan, wanneer, gelijk *in casu*, de eisch in conventie van eenvoudigen aard, door de erkentenis van gedaagde voor dadelijke afdoening vatbaar is, terwijl de vordering in reconventie eene omslachtige rekenings-procedure tot voorwerp heeft.

Arr.-R. 's Hage, v. 16 Oct. 1860, W. n°. 2216; verg. de aanteekeningen sub art. 140 B. R.

11. Wanneer de conventioneele vordering erkend wordt doch de gedaagde tegelijk eisch doet in reconventie, en er tusschen de eerstgenoemde en de daadzaken, die de laatstgenoemde vormen geen rechtstreeksch verband bestaat, kan de erkenning als middel van bewijs in conventie worden aangenomen, en de beide vorderingen worden afgescheiden, zonder dat de bekentenis kan gezegd worden gesplitst te zijn.

Arr.-R. Roermond, v. 21 Mei 1863, W. n°. 2513.

12. Wanneer de rekenplichtige in het rekenings-proces, dat den eisch in conventie uitmaakt, zijne uitgaven niet doet gelden, maar die

reconventioneel opvordert, terwijl de rechter dezen eisch heeft ontvankelijk verklaard met aanhouding der beslissing daarop tot aan het eindvonnis op de conventioneele vordering, zoo is hiervan alleen het gevolg, dat de uitspraak betreffende de reconventioneele vordering gelijk zal plaats hebben met die op de conventioneele, maar niet dat het den rechter zou vrij staan de reconventioneele vordering in dier voege aan aan de conventioneele te verbinden, dat daarop bij ééne en dezelfde beschikking werd recht gedaan.

P. H. v. N.-Holland, v. 4 Oct. 1866, W. nº. 2886.

13. Wanneer de in reconventie opgelegde decisoire eed niet slechts invloed heeft op de al of niet toewijzing van de reconventioneele vordering, maar ook de eisch in conventie van het afleggen van dien eed afhankelijk is, dan behoort de eisch in conventie niet afzonderlijk in de eerste plaats te worden beslist.

P. H. v. Utrecht, v. 5 Sept. 1870, R. B., jg. 1872, dl. XXII, p. 141.

14. Splitsing der vorderingen in conventie en reconventie moet uitzondering blijven en niet worden gelast, tenzij daartoe voor den rechter gewichtige redenen bestaan.

Arr.-R. Amsterdam, 29 Mei 1872, W. nº. 3529; waarbij werd beslist dat splitsing vooral dan hoogst onbillijk is te achten, wanneer èn de *vordering* van den eischer èn die van den gedaagde op dezelfde tusschen partijen gesloten overeenkomst berusten en wanneer alzoo de gedaagde genoodzaakt werd de voor hem daaruit voortvloeiende verplichtingen ten volle te vervullen, maar het aan den anderen kant onzeker bleef, of de eischer al dan niet aan de verbintenissen, welke hetzelfde contract aan hem heeft opgelegd, had voldaan.

Zie over de vraag, wanneer het nauwe verband tusschen de acties in conventie en reconventie geacht kan worden te bestaan, zoodat splitsing niet volgen kan, P. H. v. Z.-Holland, v. 31 Oct. 1859, W. nº. 2112, vernietigende vonnis Arr.-R. Rotterdam, v. 14 Febr. 1859, t. z. p. tegen welk arrest het beroep in cassatie werd verworpen bij arr. v. 22 Juni 1860, W. nº. 2180, R. dl. LXV, § 16.

15. Alhoewel de conventie reeds in staat van wijzen is, terwijl de reconventie nog niet zooverre is gevorderd, behoort niettemin de splitsing niet te worden uitgesproken, wanneer eensdeels de acties nauw door haar oorsprong met elkander samenhangen, en andersdeels een eventueel vonnis door de oorspronkelijk gedaagden tegen de eischers

Appel van een eisch in conventie, terwijl op den eisch in reconventie nog niet is beslist, is niet-ontvankelijk, omdat daarbij de eisch in conv. en dié in reconv. zouden worden gesplitst door de daad van app. in strijd met art. 252 Rv.: Hof Leeuwarden 7 Apr. 1905, W. 9794.

verkregen, niet zou kunnen worden ten uitvoer gelegd, als wonende deze in het buitenland.

Arr.-R. Amsterdam, v. 14 Dec. 1876, W. nº. 4132. Op de tegenwerping dat er voldoende waarde hier te lande aanwezig was, om daarop het schadecijfer te verhalen, antwoordde de Rechtbank, dat zoolang dat cijfer niet vaststond deze bedenking van geen invloed kon zijn.

16. De rechter is volkomen bevoegd naar zijn bevinding en zonder daarvoor eenigen grond optegeven, de zaak in conventie aftedoen en de beslissing op den eisch in reconventie aantehouden.

Arr.-R. Utrecht, v. 27 Dec. 1882, W. nº. 4887.

17. Zie ten betooge:

a. Dat het althans in cas van art. 252, laatste al. B. R., uit den aard der actie en alzoo uit de wettelijke bepaling zelve moet blijken, of eene rechtsvordering van gewone dan van summiere behandeling is —

art. 140 B. R., vonnis van de Arr.-R. Hoorn, v. 8 Dec. 1841 sqq., sub nº. 4, en het sub hoc artikel vermeld vonnis Arr.-R. 's Hage, v. 16 Oct. 1860.

b. Dat indien ééne der twee zaken vatbaar is voor summiere behandeling, dan altijd de splitsing *moet* worden uitgesproken, hetzij die door partijen gevraagd wordt of niet, ja zelfs als beide partijen er zich uitdrukkelijk tegen verzetten —

DE PINTO, *Hdl. B. R.*, II, 1, p. 364 en 365, 2de ed. blz. 389; idem OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 292. — Verg. ook vonnis Ktg. 's Hage, v. 28 Aug. 1865 W. nº. 2759, in denzelfden zin. — Cf. v. D. HONERT, *Hdb.*, § 252.

Art. 253.

1. Eene tegenvordering, om reconventioneel te zijn en dus ter bepaling van het rechtsgebied met de conventie te kunnen worden gecumuleerd, moet berusten op eene daadzaak, welke niet na de litiscontestatie is ontstaan, hetgeen niet kan worden geacht het geval te zijn, indien bij eene procedure tot van-waarde-verklaring, de tegenvordering strekt tot opheffing van het arrest met vergoeding van schade, vermits in dit geval het nadeel, indien het mocht blijken te bestaan, gelijktijdig met, en dus niet posterieur aan dat beslag geboren is.

zijnde bij dit arr. tevens (op de gronden vermeld sub art. 250 B. R., nº. 2) beslist, dat de vordering tot opheffing en schadevergoeding niet is een gevolg der principale actie en mitsdien bij de bepaling der jurisdictie wel degelijk in aanmerking moet komen; idem bij arr. van 't P. H. van Gelderland, v. 18 Nov. 1846, W. nº. 811; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 449—454, waarbij mede de vordering tot opheffing van het beslag wordt gekwalificeerd «reconventioneel» en overigens, ook met het oog op art. 253, 1ste al. B. R., meer expliciet de leer is aangenomen, dat, met betrekking tot *iedere* onbepaalde vordering van dien aard, het hooger beroep ontwijfelbaar moet worden toegelaten. — Vgl. hiermede het arr. v. 27 Nov. 1845, W. nº. 671; R., dl. XXIII, § 6, v. D. H., *B. B.*, dl. VII, p. 179—198; (bereids vermeld op art. 54 R. Org., sub nº. 2, dl. II, p. 15 en 16, 2de editie, blz. 65) waarbij is beslist, dat, onverschillig of de vordering tot opheffing van een beslag met schadevergoeding (als een gevolg der gevraagde van-waarde-verklaring), al of niet als een reconventioneele eisch kan worden aangemerkt, in alle geval de rechter *a quo* was geroepen om daarop recht te doen, en *casu quo* de gevraagde schadevergoeding toe te wijzen, zoodat zijne kennisneming wel degelijk daarover heeft geloopen, en alzoo over een onbepaald bedrag, hetwelk eerst later na ingeleverden staat zou worden gewaardeerd, en, naarmate van den aard van het gearresteerde, den korteren of langeren duur van het beslag en andere omstandigheden, de waarde, bij art. 54, nº. 2 R. Org. uitgedrukt, verre kan overtreffen. — Vgl. hiermede: 1º. een arr. van 't P. H. van Zeeland, v. 7 Mei 1839, R. B., dl. VIII, p. 612, naar luid waarvan een verweerder op de van-waarde-verklaring van een revindicatoir arrest, bij reconventie opheffing van het arrest en vergoeding van kosten, schade en interessen vorderende, in geen hooger beroep kan komen van het vonnis, waarbij deze reconventioneele vordering (waarvan het bedrag *in casu, naar het schijnt*, kon worden geacht te blijven tot beneden dat, vermeld in art. 54, nº. 2 R. Org., doch hetwelk, volgens LÉON, niet belet, dat het bij dit arr. aangenomen beginsel is erroneus) slechts gedeeltelijk is toegewezen; en 2º. een arr. van 't P. H. van Friesland, v. 4 Maart 1840, W. nº. 137; R., dl. IX, § 63, waarbij, in strijd met voormeld arr. van den H. R., is beslist, dat eene, op zich zelve, wegens het geldelijk bedrag niet voor appèl vatbare, introductieve vordering, met het oog op art. 253 B. R., niet aan hooger beroep onderhevig wordt, door bijvoeging der tegenvordering, indien deze laatste niet behelst eene bepaalde of uitgedrukte geldsom, maar het bedrag daarvan nader door schatting van deskundigen zal moeten worden uitgevonden, of door den rechter zelven *ex aequo et bono* zal moeten worden geëvalueerd en vastgesteld; DE PINTO. *Hdl. B. R.*, dl. II, 1, p. 366, (2de ed. p. 390 sq.), zegt, m. i. te recht, dat laatstgemelde beslissing met de letter van het artikel, hetwelk spreekt van *het beloop van den eisch*, wel is overeen te brengen, maar dat zij kennelijk strijdt tegen de bedoeling der wet, welke blijkbaar geene andere was, dan dat het vonnis appellabel zou zijn, zoolang de twee zaken, te zamen gevoegd, niet in het eerste ressort zouden kunnen beslist worden. — (LÉON) Cf. art. 250 B. R., arr. van 't P. H. van N.-Brabant v. 11 Febr. 1840, sub nº. 2.

Art. 253 al. 2 : H. R. 13 Dec. 1907, W. n° 8635.

Vergelijk nog navolgende uitspraak :

Art. 253 B. Rv. staat hooger beroep toe, wanneer het beloop van den eisch in conventie gevoegd bij dien in reconventie te boven gaat de rechtsmacht van den rechter om in het hoogste ressort recht te spreken : — met dien verstande dat daarmede niet alleen bedoeld wordt de samenvoeging van twee bepaalde bedragen, maar ook die van een bepaald op zich zelf niet appellabel bedrag met eene onbepaalde en dus *per se* appellabele vordering.

Gerechtshof Amsterdam, v. 1 Juni 1876, W. n°. 4034.

2. Wanneer de schadevergoeding door den geïntimeerde, in eersten aanleg, ten gevolge der tusschen partijen incidentelijk gevoerde procedure (*in casu* tot echtverklaring van getalmerken), en mitsdien uit eene oorzaak, posterieur aan de litiscontestatie ten principale, gevorderd is, kan die vordering niet worden beschouwd als een reconventioneele eisch, waarvan het bedrag naar aanleiding van art. 253 B. R. zou moeten worden gevoegd bij het bedrag van den eisch in conventie, om de rechtsmacht te bepalen.

P. H. van N.-Brabant, v. 17 Nov. 1840, R., dl. VI, § 22.

3. Het hooger beroep van het vonnis *a quo* is (*in casu* waar het gold eene exceptieve defensie, op grond dat er geene connexiteit zou bestaan tusschen de reconventioneele vordering en den eisch in conventie) in zijn geheel ontvankelijk, indien tegen een eisch, die voor hooger beroep vatbaar is (petitoire actie) eene reconventioneele vordering (ten possessoire) wordt ingesteld, waarvan in den regel niet kan worden geappelleerd.

P. L. van Overijsel, v. 19 April 1841, *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 20 en 21. — Cf. art. 130 B. R., arr. v. 15 Oct. 1847 sqq., sub n°. 3.

4. Indien bij een en hetzelfde vonnis op conventie en reconventie is uitspraak gedaan, doch alleen ten aanzien der reconventie definitief, en op de conventie slechts bij interlocutie, dan is inderdaad de conventie alsnog niet vatbaar voor eene definitieve beslissing en van de reconventie afgescheiden en zijn mitsdien in den zin van art. 253, n°. 2, B. R., beide gedingen met de daad gesplitst.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 26 April 1842, W. n°. 407. Vgl. hiermede een

vonnis van 't Ktg. Meppel, v. 30 Dec. 1852, W. n°. 1456, waarbij is beslist, dat ook dan, wanneer (gelijk *in casu*) de vordering in conventie ten gevolge van erkentenis is liquide en die in reconventie illiquide, als moetende nog door een getuigen-verhoor tot klaarheid worden gebracht, de wet niet verbiedt op het verlangen van beide partijen bij een en hetzelfde eindvonnis te beslissen.

5. Wanneer een eisch in reconventie wel is toegewezen, doch door de daarbij uitdrukkelijk gevoegde verwijzing naar de in de motieven van het vonnis aangenomene beginselen, werkelijk eene afwijzing van dien eisch in reconventie bevat, dan zijn de reconventioneele eischers, als zijnde bij deze uitspraak bezwaard, ontvankelijk in het appèl daartegen ingesteld.

P. H. van N.-Holland, v. 14 Febr. 1850, W. n°. 1156; R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 93—97.

6. Eene vordering bij den Kantonrechter behoorende, doch reconventioneel bij de Rechtbank aanhangig gemaakt, kan ook door partijen met de conventie, in appèl bij het Hof worden gebracht.

P. H. v. N.-Holland, v. 12 Dec. 1867, W. n°. 3028.

7. Aanbod en consignatie gevolgd door vordering tot van-waarde-verklaring zijn verweringen tegen de hoofdvordering tot betaling en geene eigenlijke reconventioneele vordering. In zoodanig geval kan dus dit artikel niet worden toegepast.

P. H. in Limburg, v. 13 Febr. 1873, W. n°. 3612.

8. Voor de vraag of de zaak is appellabel ingevolge alinea 1 van dit artikel, doet het er niet toe of de eisch in reconventie al dan niet tempore utili is ingesteld of gegrond was: daar een en ander eerst bij de beslissing der hoofdzaak in appèl moet uitgemaakt worden.

Arr.-R. Utrecht, 19 Nov. 1879, W. n°. 4513.

Art. 254.

1. De daadzaak van eigenaar te zijn van een te onteigenen perceel, stelt niet daar eene *betrekking* in den zin van art. 254, n°. 3 B. R.

Mitsdien kan de overdracht, na den aanvang van het rechtsgeding, van dien eigendom aan een ander, geen grond opleveren om dat geding te schorsen.

Lasthebber is eene betrekking in den zin van art. 254 3° Rv. Hof Arnhem 2 Jan. 1897 n° 7012.

In het algemeen kan eene handeling, tusschen een gedaagde en een derde aangegaan, na den aanvang der rechtsvordering tegen den eerstgemelde ingesteld, het standpunt van partijen niet veranderen.

Arr. v. 15 Oct. 1846, W. n°. 752; R., dl. XXV, § 47, v. d. Honert, *B. R.*, dl. VIII, p. 122—137; — Verg. ook arr. 15 Dec. 1865, W. n°. 2754, R., dl. LXXXI, § 36, v. d. Honert, *B. R.*, dl. XXX, p. 136 sqq., waarbij is beslist dat het zijn van schuldeischer geenszins eene betrekking is, zooals in art. 254 n°. 3 is bedoeld, namelijk de betrekking, voortvloeiende uit de opdracht van bepaalde, van den persoon in privé afgescheiden, functiën. — In gelijken zin bij het tot eerstgemeld arrest betrekkelijk arr. van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 22 Juli 1846, W. n°. 749. — Cf Voet, ad tit. *ff. de edendo* n°. 4; Berriat de St.-Prix, *Cours de Proc. Civ.*, tom. I, p. 347, n°. 28, benevens de conclusie van den adv.-gen. Gregory (v. d. H., *l. c.*, p. 133 en 134; R., dl. XXV, p. 204 en 205), volgens wien men, bij de beoordeeling, of iemand een geding gevoerd heeft in betrekking, dan wel voor zich in privé, er op moet letten, of hij het *alieno nomine* dan wel *suo nomine* heeft gevoerd. — Vgl. wijders art. 99 R. Org., sub *B*, n°. 31 (d. II, p. 31 en 32) en art. 625 B. W., arr. v. denzelfden datum (15 Oct. 1846), sub n°. 2, (2de druk sub n°. 32).

Cf. nog navolgende beslissing:

Verg. Hof Arnhem 2 Dec. Een verzoek tot schorsing op grond van art. 254, 3°, kan alleen gedaan worden door de belanghebbende partij, d. i. die partij, voor welke aanvankelijk iemand uithoofde van zekere rechtsbetrekking als *vertegenwoordiger* optrad, welke daarna het recht daartoe verloor. Dit door dengene, die vertegenwoordiger was en deze qualiteit verloor, Rb. Utr. 13 Oct. 1892, W. n°. 6250.

Hof Amsterdam, v. 17 Juni 1881, W. n°. 4684, R. B., jg. 1881, A, p. 245.

2. Het valt niet in de termen der wet toe te staan een verzoek, door den Staat gedaan tot schorsing van een rechtsgeding, op grond dat de schuldvordering, welke aanleiding tot de procedure gaf, nog niet is verevend bij de Algemeene Rekenkamer en over het onderwerp eene wets-voordracht bij de 2de Kamer der Staten-Generaal in beraadslaging is.

Arr. v. 15 Juni 1849, W. n°. 1026.

3. Eene vrouw, die in haren ongehuwden staat op eigen naam een rechtsgeding heeft aangevangen, kan, met het oog op art. 165 B. W. (zonder dat hiertegen obsteert, dat de verandering van haren persoonlijken staat haar door de wederpartij niet is beteekend), niet op eigen naam en zonder bijstand van haren man, de vordering tot vervallen-

art. 254 is niet limitatief. De rechter kan ook in an-
dere gevallen schorsen, wanneer zulks mekker zou en wordt
wordt gevonnisd tot eene geregelde en gelijkmatige afdoening

der aan eijn vonnis onderwerpen geschillen. Rb. den Bosch
verklaring der instantie instellen, nadat zij *pendente lite* is komen te Mrt. wpg.
huwen. De bepalingen van art. 254 en volgg. B. R., houden op dit W. n° 6570
punt geenszins eene uitzondering op den algemeenen regel in

Arr. v. 1 Febr. 1850, W. n°. 1141, R., dl. XXXIV, § 83, v. d. H., *B. R.*, dl. XI, p. 173—189; — Cf. artt. 256 en 279 B. R., arr. v. denz. datum.

4. De artt. 254—259 handelen alleen over schorsing van het rechtsgeding in de vier daarbij opgenoemde gevallen, derhalve betreffen de hier ten aanzien van hervatting gestelde voorschriften alleen de hervatting van het in de daarbij genoemde gevallen geschorste geding.

Arr. v. 24 Oct. 1856, W. n°. 1860, R., dl. LIV, § 18, v. d. Honert, *B. R.*, dl. XXI, p. 22 sqq., en Arr.-R. 's Bosch, v. 8 Mei 1872, R. B., jg. 1874, p. 425, waarbij ook werd beslist, dat in de benoeming van den provisioneelen bewindvoerder ligt provisioneele verandering van staat — Zie verder omtrent deze vraag het aangeteekende sub art. 495 B. W. (Léon, Asser en Rombach). — Zie echter ten betooge dat dit artikel *niet limitatief* moet worden opgevat, maar speciaal n°. 4 analogice ook van toepassing is, als de procureur zijn client bedankt, zich aan de zaak onttrekt en daarvan aan partijen kennis geeft: vonnissen der Arr.-R., Rotterdam, v. 30 Juli 1856, W. n°. 1782, ook vermeld sub art. 136 B. R.; der Arr.-R. Appingadam, v. 21 Jan. 1858, W. n°. 1967 en 23 Dec. 1858, W. n°. 2083. Verg. ook Arr.-R. Sneek, v. 13 Nov. 1873, W. n°. 3699. — Anders Arr.-R. Appingadam, v. 29 Dec. 1864, R. B., jg. 1867, blz. 75, waarbij is beslist dat de woorden «verlies van de betrekking van den gestelden procureur» alleen zien op het geval dat de procureur uit zijne bediening is getreden.

Anders Rb. den Bosch 21 Mrt. 1890, W. n°6070.

Zie verder navolgende uitspraak:

Gemis van bijstand of machtiging des mans kan aan de tegenpartij wel aanleiding geven om schorsing van het geding tot revindicatie van eigendom, door de vrouw ingesteld te vragen, zoolang die bijstand of machtiging ontbreekt, maar geeft geen grond tot het aanvoeren eener exceptie van niet-ontvankelijkheid.

P. H. v. Z.-Holland, v. 25 Maart 1867, W. n°. 2903.

5. De bepalingen van art. 254 en volgg. B. R., omtrent het schorsen en het hervatten van een rechtsgeding zijn alleen gedurende den loop eener instantie noodzakelijk, en alzoo niet, wanneer na den afloop der eerste instantie en hangende den termijn voor het hooger beroep, eene der partijen komt te overlijden.

Arr. v. 23 Nov. 1860, W. n°. 2226, R., dl. LXVI, § 28; v. d. Honert, *B. R.*, dl. XXIV, p. 399 sqq.

Vergelijk ook navolgende beslissing:

De exceptie tot schorsing, bedoeld in art. 254, no. 2 B. R., is *niet* aannemelijk en gegrond, ingeval eene der partijen van staat veranderd is (meerderjarig geworden) hangende de vereffening van kosten.

P. H. v. Overijsel, v. 28 Febr. 1859, W. n°. 2091, overeenkomstig de conclusie van Mr. P. M. VAN GOENS, in voormeld nummer voorkomende.

Anders Ho. R. 30 Juni 1893, bl. n° 6370, zie art. 612, R. 1140.

6. Er bestaat geen de minste grond tot schorsing van een rechtsgeding, uit krachte van art. 254 B. R., wanneer erfgenamen zijn gedagvaard overeenkomstig art. 4, n°. 6 B. R., waarop door hen procureur is gesteld, met kennisgeving, dat zij als bloedverwanten van den overledene, in de graden bij de procureur-stelling omschreven, bevoegd waren, om zich als diens éénige en algeheele erfgenamen te gedragen, en diezelfde gedn. vóór die procureur-stelling, de nalatenschap van genoemden overledene blijken verworpen te hebben. In dit geval behooren zij buiten het rechtsgeding te worden gesteld, met veroordeeling in de kosten, door hunne verkeerde procureur-stelling veroorzaakt.

Arr.-R. Nijmegen, v. 17 Nov. 1841, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 373 en 374.

7. In cas van art. 254, n°. 2 B. R., en mitsdien wanneer de loop van een rechtsgeding geschorst wordt door de verandering van den persoonlijken staat van eene der partijen, heeft de wetgever blijkbaar het geval voor oogen, dat er reeds eene procureur-stelling, en alzoo *litiscontestatie*, heeft plaats gehad, gelijk dit uit de volgende artikelen kan afgeleid worden, in welke van eene *nieuwe* procureur-stelling gewag wordt gemaakt. — Hieruit volgt dat, mdien de verandering van den persoonlijken staat is voorgevallen, eer nog procureur is gesteld, niets diegenen, welke den gedaagde vertegenwoordigen, belet, dat zij zich op de dagvaarding procureur stellen.

Arr.-R. Nijmegen, v. 20 Sept. 1842, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 332—334, idem 's Bosch, v. 5 Aug. 1842, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 697—700. — Cf. art. 135 B. R., sub n°. 6 en art. 256 B. R.; vonnissen van dezelfde Arr.Rbn. — Zie ook een vonnis van laatstgemelde Rechtb. v. 25 April 1843, W. n°. 443.

8. Daaruit alleen, dat in 't W. v. B. R. geene stellige bepaling te vinden is, krachtens welke de behandeling eener zaak zou kunnen

worden geschorst tot na de uitwijzing van eene andere zaak, welke met gene in zóó nauw verband staat, dat de beslissing in de eene van die in de andere volstrekt afhankelijk is, kan niet met grond worden besloten, dat zoodanige schorsing door den rechter, indien zulks door hem tot eene geregelde afdoening noodig mocht worden geacht, niet zou mogen worden uitgesproken.

Dit verband echter bestaat niet, wanneer de gedaagde, door een nieuwen kooper gedagvaard tot ontruiming van een gebouw, voorgeeft, dat de van tafel en bed van haar gescheiden echtgenoot dit onroerend goed voor hare gelden had aangekocht en zij op dien grond eene rechtsvordering tegen hem heeft ingesteld, o. a. dat het ten haren name overgeboekt zou worden, — vermits hij die beweert eigenaar te zijn van een goed, hetwelk hij zegt *a non domino* gekocht te zijn, geenszins tot staving van dit zijn beweren jegens den kooper, noodig heeft eerst den verkooper te conveniëren om de kwestie van al of niet eigendom van dezen op het verkochte goed te doen uitwijzen, maar zich rechtstreeks tegen den kooper van alle zoodanige middelen kan bedienen, welke strekken om aan te toonen, dat deze eens anders goed heeft gekocht.

Arr.-R. Nijmegen, v. 3 Nov. 1846, W. n°. 769; anders bij vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Dec. 1880, W. n°. 4683, waarbij is beslist dat op grond van connexiteit geene schorsing kan worden gevraagd; zie ook art. 151 B. Rv., Arr.-R. Amsterdam, v. 29 Mei 1856. — Cf. art. 254 B. R., arr. van 't P. H. van N.-Holland, v. 21 Maart 1850, en art. 738 B. R., vonnis van de Arr.-R. Groningen v. 14 Juli 1848 sqq.

9. De afzonderlijke vordering tot schorsing van eene incidenteele vordering tot sequestratie is onnoodig en moeten de daarop gevallen kosten blijven ten laste van den verzoeker, als er verzet is gedaan tegen het vonnis, ten gevolge waarvan die sequestratie is gevorderd, vermits dat verzet reeds van zelf de executie van dat vonnis en de voortzetting van het debat stuitte.

Arr.-R. 's Hage, v. 27 April 1849, W. n°. 1051.

10. De dood van den eischer, waarvan zijn procureur onkundig is, doet niet de ingestelde rechtsvordering van onwaarde zijn, indien dit overlijden later aan de tegenpartij wordt beteekend, en daarbij tevens de arrementen van het geding door de erfgenamen worden opgenomen.

Het overlijden van een cliënt maakt den eenmaal gehelde procureur niet terstond onbevoegd voor hem te ageeren. Rb. 's Hertogenbosch 31 Maart 1890, W. n° 6062.

Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Febr. 1850, W. n°. 1113; R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 333—342. — Zie in denzelfden zin vonnis Arr.-R. Maastricht, v. 28 Juni 1861, W. n°. 2334, waar het geld een na den dood van den crediteur te diens verzoeke gelegd conservatoir beslag. — Cf. art. 256 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum, sub n°. 5, alsmede ten betooge, dat, indien iemand, die last tot het instellen van hooger beroep had verstrekt op zijn procureur, komt te overlijden vóórdat de akte van appèl ten zijnen verzoeke is geëxploiteerd, en de procureur het exploit heeft doen verrichten, zonder dat bewezen zij, dat hij, tijdens dit exploit, van het overlijden van zijn lastgever heeft kennis gedragen, alsdan dit appèl behoort gevolg te hebben — art. 343 B. R., arr. v. 17 Febr. 1848.

11. Indien de vordering, door een appellant tegen twee geïntimeerden in eersten aanleg gedaan en in appèl herhaald, is één en ondeelbaar en het uit de wijze, waarop die is ingesteld, duidelijk volgt, dat de appellant het er voor hield, dat een vonnis tegen den *eersten* geïntimeerde geen volkomen effect kon hebben, tenzij de *mede*-geïntimeerde tevens veroordeeld werd, dan bestaat er geen wettige grond, om — wanneer die *mede*-geïntimeerde in cassatie is gekomen van een incidenteel arrest, waarbij zijne vordering, om buiten het geding te worden gelaten, was afgewezen — hangende die cassatie het geding tegen den *eersten* geïntimeerde alleen voort te zetten.

P. H. van N.-Holland, v. 21 Maart 1850, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 278 en 279. — Vgl. hiermede in gelijken zin een arr. van hetzelfde P. H. v. 4 Sept. 1845, W. n°. 637 en v. 21 Maart 1850, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 278 en 279, waarbij is beslist, dat de behandeling van eene zaak in hooger beroep of cassatie moet worden geschorst wegens het instellen van hooger beroep of cassatie tegen een vonnis of arrest, waarbij eene incidenteele conclusie is afgewezen. Zie ook art. 247 B. R., arr. van 't Hof van Holland, v. 13 Jan. 1841, sub n°. 6 en art. 254 B. R., vonnis van de Arr.-R. Nijmegen, v. 3 Nov. 1846.

12. Bij het uitvaardigen van dwangbevelen en het proces daaruit geboren, handelt de ontvanger in zijne hoedanigheid en heeft de persoons-verwisseling geenerlei invloed op het schorsen en het hervatten van het geding.

Arr.-R. Groningen, v. 3 Juni 1853, R. B., jg. 1854, p. 425—428.

13. Een gedaagde is, ook met het oog op art. 151 B. R., niet bevoegd, de schorsing van het geding te vorderen, wanneer hij eene afzonderlijke actie heeft ingesteld tegen den procureur, die voor den eischer is opgetreden, en tegen den deurwaarder, die namens den

eischer heeft geëxploiteerd, en wanneer hij, bewerende, dat de procureur en de deurwaarder niet behoorlijk zijn gemachtigd, vordert, dat hunne akten en handelingen zullen worden gesteld buiten gevolg.

Arr.-R. 's Hage, v. 6 Juni 1854, W. n°. 1550. — Cf. art. 96 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 23 Juni 1854, sub n°. 5.

14. Indien een medegedaagde, gedagvaard als gewezen lid eener ontbonden firma, beweert, dat niet *hij*, maar de *likwidateur* in het geding had behooren te zijn geroepen, dan levert dit geene termen op, om, hangende de definitieve beslissing op deze exceptie, de behandeling der hoofdzaak ten opzichte van den eersten gedaagde te schorsen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 30 Juni 1854, R. B., jg. 1854, p. 530—533. — Cf. art. 151 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum.

15. Door de surséance van betaling houdt niet op de betrekking, waarin hij, die haar verkregen heeft, het geding voerde; van schorsing van geding kan alzoo geene sprake zijn.

P. H. v. N.-Holland, v. 4 Febr. 1858 R. B., jg. 1858, dl. VIII. bl. 436—437.

Zie ook nog met betrekking tot den invloed van de surséance op dit ontwerp, navolgende beslissing:

Wanneer de verkrijger van surséance zich in een geding, dat reeds aanhangig was, vóór dat de surséance werd verleend, door de bewindvoerders doet bijstaan, kan dit, bij genoegzaam gebleken belang aan de wederpartij wel grond opleveren tot vordering der buiten geding stelling van de adsisteerende bewindvoerders, maar nimmer tot schorsing van het geding of niet-ontvankelijkheid dier vordering.

P. H. in Gelderland, v. 4 Febr. 1858, R., dl. LXIV, § 73.

16. Wanneer eene vordering, waarvan de hoofdstrekking niet medebrengt, dat zij voor gedeeltelijke uitvoering vatbaar is, tusschen alle belanghebbenden gelijktijdig is aanhangig gemaakt, maar ten opzichte van twee der eischers is geschorst, kan zij ten opzichte van de overige niet worden voortgezet.

P. H. in N.-Brabant, v. 8 Juni 1858, W. n°. 2193, vernietigende de vonnissen der Rechtb. Breda van 23 Juni en 7 Juli 1857, resp. W. n°. 1879 en W. n°. 2193; bij welk arrest nog werd beslist dat het gegeven bevel tot voortzetting niet is een dictum ter regeling der proces-orde, maar een vonnis op een tusschengeschil gewezen.

17. De algemeene commissie van likwidatie, ingesteld bij de wet van 5 Maart 1852, (*Stbl.* n°. 45), houdende regeling der zaken van de voormalige wees- en momboirkamers, een rechtsgeding hervattende, vroeger gevoerd tegen de commissie, belast met het beheer en de likwidatie der boedels, gestaan hebbende onder het beheer der voormalige weeskamer te Schiedam, is daarin *niet* opgetreden voor en heeft *niet* voortgeprocedeerd als vertegenwoordigende deze ontbonden plaatselijke commissie, maar zij moet geacht worden haar te zijn *opgevolgd*, en haar te hebben *vervangen*, zoodat het geding moet beschouwd worden, alsof het van den aanvang af tegen de algemeene commissie ware gevoerd.

P. H. in Z.-Holland, v. 27 Juni 1859, W. n°. 2097, waarbij vooraf beslist werd, dat bij het in werking treden van bedoelde wet ten aanzien der destijds aanhangige rechtsgedingen, het geval bestond voorzien en geregeld bij art. 254 sqq. B. Rv.

18. Art. 254 al. 3 B. R. heeft alleen betrekking op *partijen*, niet op dengenen die wel in eersten aanleg mede-gedaagde, en dus partij *is geweest*, maar die zich tegen het vonnis van den eersten rechter, waarbij des eischers vordering werd toegewezen, niet in hooger beroep heeft voorzien en alzoo geacht moet worden in dat vonnis te hebben berust.

P. H. v. Limburg, v. 5 Maart 1860, W. n°. 2172, waarbij nog werd beslist, dat wanneer meerdere personen, ieder voor zijn bizonder belang zich tegen eene vordering hebben verweerd, en die vordering is toegewezen, de een door den ander niet genoodzaakt kan worden hem in appèl te volgen.

19. Door de benoeming van een provisioneelen bewindvoerder over den gedaagde, met speciale machtiging om als zoodanig in het geding optetreden, ten einde de belangen van den gedaagde te verdedigen, wordt diens persoonlijke staat met het oog op dat geding zeer zeker veranderd.

Arr.-R. Amsterdam, v. 14 Jan. 1863, R. B., jg. 1865, p. 360; waarbij nog werd overwogen, dat door het in rechten optreden van dien bewindvoerder niet wordt geschonden de rechtsregel: nul ne plaide par procureur si non le roi; idem Arr.-R. 's-Hertogenbosch, v. 28 Mei 1871, W. n°. 3514.

20. Faillissement brengt verandering van den persoonlijken staat der gedingvoerende partij te weeg, zoodat volgens dit artikel, de

loop van het rechtsgeding moet worden geschorst, tengevolge eener zoodanige verandering van persoonlijken staat.

Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Juli 1866, W. n°. 2831; cf. vonnis van dezelfde Rechtb. in R. B., jg. 1882, *B*, p. 127; anders vonnis dierzelfde Rechtb. v. 23 Maart 1882, W. n°. 4798, R. B., jg. 1882, *A*, p. 46. — Zie ook R. B., 1878, *B*, p. 199, sqq., en Mr. J. C. DE MAREZ OYENS: «de beginselen van het hedendaagsche faillietenrecht», blz. 71.

21. Het rechtsgeding tot ontkenning van de wettigheid van een kind wordt geschorst, wanneer dat kind is overleden, omdat de betrekking van den bizonderen voogd alsdan ophoudt.

Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Febr. 1880, W. 4513, bevestigd bij arr. Hof Amsterdam, v. 30 Maart 1883, W. n°. 4980, beide opgen. in R. B., jg. 1884, *A*, p. 7—10 (1).

22. Zie ten betooge:

a. Dat de wetsbepalingen betrekkelijk het schorsen en het hervatten van een rechtsgeding, voorkomende in het 1ste boek, 3de titel, 12de afd. B. R., alle toepassing missen in cassatie, met dat gevolg, dat eene voorziening in cassatie niet kan worden ingesteld op naam van iemand, die, hangende de zaak in appèl, is overleden, alsmede de tegenovergestelde leer —

art. 398 B. Rv., arr. v. 30 Sept. 1853 sqq.

b. Dat de zich beradende erfgenaam door een schuldeischer der nalatenschap in rechten geroepen, niet behoort te concludeeren tot niet-ontvankelijk verklaring van den eischer wegens den termijn van beraad, maar schorsing van het geding tot na den afloop van dien termijn behoort te vragen —

art. 1072 B. W., sub n°. 1, vonnis van de Arr.-R. Amsterdam v. 8 Febr. 1843 en art. 159 B. R., vonnis van de Arr.-R. Utrecht, v. 23 April 1845, sub n°. 6.

23. Zie omtrent de vraag:

Of de eisch tot schorsing eene dilatoire exceptie is —

art. 159 B. R., vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 14 Maart 1850, sub n°. 9.

(1) Na 1 Jan. 1885 heeft de H. Raad deze kwestie in bovengemelden zin beslist bij arr. v. 30 Maart 1885, W. n°. 5151, en is de tegenovergestelde leer verdedigd in R. Adv. X, p. 133 sqq.

Art. 255.

1. Deze bepaling bevat niet een algemeenen regel, maar een geheel bizonderen voor de schorsing van het geding.

Het is met deze bepaling *niet* in strijd, dat na het wederzijds nemen der conclusiën ter audientie en de bepaling van dag van pleidooi alsnog door eene der partijen eene incidenteele vordering worde ingesteld.

Arr. v. 22 Juni 1860, W. n°. 2181; R., dl. LXV, § 17; v. d. Honert, *B. R.*, dl. XXIV, p. 239 sqq.; ook vermeld op art. 139 B. Rv.

2. Eene zaak is niet in staat van wijzen in den zin van art. 255 B. R., j°. art. 16 der wet v. 5 Maart 1852 (*Stbl.* n°. 45), zoolang men in zaken van gewone behandeling recht heeft om te dienen van schriftuur van repliek.

Arr.-R. Amsterdam, v. 20 Juni 1854, W. n°. 1561 (1).

Zie ten betooge dat in *summiere* zaken de zaak in staat van wijzen is, zoodra de conclusie van antwoord is genomen, navolgende uitspraak:

Het ophouden der betrekking, waarin eene partij procedeert na de in eene summiere zaak genomen conclusie van antwoord, brengt geene schorsing van het geding te weeg.

Arr.-R. Amsterdam, v. 27 Jan. 1870, W. n°. 3268; cf. het sub n°. 3, van art. 139 B. Rv. aangeteekende.

3. Eene procedure kan niet gezegd worden in staat van wijzen te zijn, zoolang partijen gerechtigd zijn te concludeeren, of zoolang de gelegenheid voor haar openstaat den stand van het geding te veranderen.

Arr.-R. Brielle, v. 13 Sept. 1861, W. n°. 2320.

Alzoo wordt een rechtsgeding tot ontbinding van het huwelijk ex art. 255 B. W., van rechtswege geschorst, wanneer de procureur van eene der partijen *na* het vonnis, waarbij de verschijning der echtgenooten

(1) Bij Kon. besluit van 14 Sept. 1852 (*Stbl.* n°. 145), strekkende totuitvoering van de wet v. 5 Maart 1852 (*Stbl.* n°. 45), zijn de voormalige plaatselijke commissiën tot likwidatie van de zaken der weeskamers opgeheven en hebben zij den 1 Oct. 1852 opgehouden te bestaan. Ingevolge art. 116 der genoemde wet, in verband met art. 255 B. R., zijn alle aanhangige rechtsgedingen tegen eene der voormalige plaatselijke commissiën van likwidatie van weeskamers, op het tijdstip der in-werking brenging van de wet geschorst en moeten zij worden voortgezet tegen de algemeene commissie, met uitzondering van het geval, dat zij reeds in staat van wijzen waren. Vergelijk hiermede in verband, arr. P. H. v. Z.-Holland, v. 27 Juni 1859 sub art. 254 B. R.

Art. 255.) 762

voor den bij dat vonnis benoemden rechter-commissaris overeenkomstig art. 257 B. W. was bevolen, en *voor* de eerste verschijning van partijen voor den benoemden rechter-commissaris, opgehouden heeft bij dat college als procureur te occupeeren.

4. Het voorschrift van het 2de lid van dit artikel is noodwendig alleen dàn van toepassing, wanneer de tusschenkomst van partijen niet meer noodig is, en niet zooals *in casu* waar wel conclusiën genomen en pleidooien gehouden zijn, maar het Hof bij arrest heeft gelast openlegging der koopmansboeken van een der partijen.

P. H. v. Drente, v. 4 Maart 1871, W. n°. 3364, R. B., jg. 1871, p. 769, ook vermeld ad art. 256 B. Rv. n°. 1. Verg. vonnis Arr.-R. Middelburg, v. 29 Jan. 1879, W. n°. 4365, waarbij werd beslist dat een geding niet in staat van wijzen is, wanneer aan eene der partijen alsnog is toegestaan tegenbewijs der ten processe gestelde feiten te leveren. Deze beslissing wordt bestreden door den inzender t. z. p.

5. De loop van een rechtsgeding houdt door den dood van den gestelden procureur niet op, maar wordt daardoor slechts geschorst: eene nieuwe instantie behoeft derhalve niet te worden begonnen, maar moet hetzelfde rechtsgeding na nieuwe procureursstelling worden hervat.

P. H. v. Overijsel, v. 26 Febr. 1872, W. n°. 3533, contra conclusie O. M. t. z. p.

6. Na eene expertise kan eene zaak geacht worden in staat van wijzen te zijn, al hebben de gedaagden op de conclusie na de expertise niet geantwoord.

Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Nov. 1873, W. n°. 3664, waarbij werd overwogen, dat, kon door het gemis van die conclusie de zaak belet worden in staat van wijzen te geraken, de afdoening der hoofdzaak geheel afhankelijk werd gesteld van den wil des gedaagde, hetgeen ongerijmd zoude zijn.

7. Bij het geschil over de likwidatie der proceskosten kan geen schorsing meer gevraagd worden, als zijnde een zoodanig geschil niet een op zich zelf staand geding.

Arr.-R. Rotterdam, v. 17 Dec. 1877, R. B., jg. 1878, A, p. 136, W. n°. 4202. — Anders zelfde Rechtb. v. 18 April 1877, t. a. p.; verg. arr. v. 8 Oct. 1841 sqq. sub art. 612 B. R.

8. Zie ten betooge:

a. dat uit de bepaling van art. 255, al. 2 B. R. — volgens hetwelk in de aldaar bedoelde gevallen een rechtsgeding gehouden wordt in

staat van wijzen te zijn, zoodra de conclusiën op de terechtzitting zijn genomen — niet volgt, dat de rechter dadelijk, en dus zonder dat de pleidooien gevoerd worden, op deze conclusiën kan recht spreken —

DE PINTO, *Hdl.*, II, 1, p. 380 (2de editie, blz. 405 sq.), alsmede, met een beroep op PIGEAU, I, p. 418, BONNIN, ad art. 343 *C. d. Pr. C.*, en CARRÉ, II, p. 51, bij OUDEMAN, 4de ed., dl. I, p. 295 sq.; anders bij BELLOT, *Exposé des motifs de la loi de Genève*, p. 467.

b. dat deze artikelen niet van toepassing zijn in het geval, dat een appellant tijdens de akte van appèl reeds overleden was —

P. H. v. Gelderland, v. 30 Sept. 1840, bij Mr. HERTZVELD, ut supra, blz. 18.

c. dat een door den ontvanger van 's Rijksbelastingen namens de administratie gevoerd geding door de verplaatsing van dien ontvanger niet wordt geschorst —

P. H. v. Overijsel, v. 22 Mei 1848 bij Mr. HERTZVELD, ut supra, blz. 33.

Art. 256.

1. Bij art. 256 B. R. is kennelijk niet sprake van eene beteekening aan de partij, bij wie de oorzaak van schorsing is ontstaan en die dus daarmede van zelve bekend is, maar aan de wederpartij, die daarvan van zelf geene kennis draagt.

Arr. v. 4 Febr. 1850, W. n°. 1411; R., dl. XXXIV, § 82 en 83, v. d. H., *B. R.*, dl. XI, p. 173—189. — Cf. artt. 254, sub n°. 3 en 279 B. R., arr. v. denz. datum, en art. 256 B. R., arr. van het P. H. v. N.-Holland, v. 25 Sept. 1851 sqq., sub n°. 6.

2. De beteekening, waarvan in art 256 B. R. gesproken wordt, is doelloos en behoeft niet te geschieden, wanneer uit andere omstandigheden (*in casu*, doordien de tegenpartij zelve de oorzaak had beteekend aan de partij, bij welke ze was ontstaan) het legaal bewijs wordt geleverd, dat de tegenpartij van de reden der schorsing niet onkundig is geweest.

Arr. v. 2 Jan. 1852, R., dl. XL, § 70; Amsterd. Regtspr., dl. II, p. 245—247; idem Arr.-R. Middelburg, v. 29 Jan. 1879, W. n°. 4365, R. B., jg. 1880, A, p. 3. Deze beslissing wordt door den inzender t. z. p. bestreden; zie ook Ktg. Ter Borg, v. 3 Oct. 1876, W. n°. 4105, waarbij

werd beslist dat niet-beteekening het uitspreken der schorsing niet in den weg staat. Anders Hof 's-Gravenhage, v. 18 Juni 1877, W. nº. 4120, waarbij beslist werd dat de beteekening noodzakelijk is voor de schorsing, zooals blijkt uit de slotbepaling van art. 256 B. Rv.

3. Het in de artt. 256 B. R. en volgg. voorgeschrevene (waaronder ook de beteekening) is niet van toepassing in de gevallen, in welke de gedaagde, vóór den dag, bepaald om ter rolle te verschijnen, en gedurende den loop van den hem gegeven termijn, om zich over den ingestelden eisch te beraadslagen, zijn vroegeren staat heeft verloren (*in casu* door onder-curateele-stelling) waardoor hem de wet zelve de bevoegdheid en het recht ontneemt om zich te verdedigen, of om als *belanghebbende* de door hem ondergane verandering van staat aan zijne partij kenbaar te maken; behoorende hierbij tevens niet uit het oog te worden verloren, dat de wet zelve in dit geval de wijze heeft bepaald, waarop de verandering van staat aan het algemeen moet bekend gemaakt worden, (door plaatsing in de dagbladen, ingevolge art. 498 B. W.) en partij dus kan en moet geacht worden door die bekendmaking, op eene wettige wijze van die verandering van staat kennis ontvangen te hebben.

Arr.-R. Nijmegen, v. 20 Sept. 1842, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 332—334; idem bij vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 5 Aug. 1842, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 697—700. — Cf. art. 254 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. denzelfden datum, vermeld sub nº. 7.

4. De vermelding in een vonnis, dat de procureur op zekere terechtzitting niet is verschenen voor den gedaagde, waarvan toen akte is verleend aan den eischer, kan niet in de plaats treden voor de beteekening, in art. 256 B. R. vermeld, daar nimmer een procureur, door stilzwijgende niet-verschijning, kan gerekend worden aan partij kennis te geven, dat hij heeft opgehouden als procureur in eene zaak te fungeeren.

Ktg. Maarssen, v. 17 Nov. 1843, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 249.

5. Bij de wet is nergens het tijdstip bepaald, binnen hetwelk de aanneming van de arrementen van het geding behoort te geschieden, maar is alleen in art 256 B. R. voorgeschreven, dat alle procedures, na de beteekening van den dood van partij, nietig en zonder eenig gevolg zijn.

Arr.R. Amsterdam, v. 12 Febr. 1850, W. nº. 1413; R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 333—342. — Cf. art. 254 B. Rv., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. denzelfden datum, sub nº. 10.

6. Onder de belanghebbenden in art. 256 B. R. is, gelijk dit nog duidelijker blijkt uit de artt. 257 en 259, niet de wederpartij, maar zijn alleen de rechtverkrijgenden des overledenen te verstaan.

P. H. v. N.-Holland, v. 25 Sept. 1851, W. nº. 1268; Amsterd. Regtspr., dl. II, p. 185—187; idem bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Juni 1851. Amsterd. Regtspr., dl. II, p. 116—118, beide ook aangehaald in R. B., jg. 1875, *A*, p. 41 sqq.; — idem bij arrest Hof Overijsel, van 26 Juni 1848, W. nº. 2089, ook aangeh. in R. B., jg. 1875, *A*, p. 43; cf. Arr.-R. Alkmaar, v. 28 Jan. 1866, R. B., jg. 1869, p. 308, waarbij is beslist dat onder belanghebbenden niet is te verstaan de defungeerende partij, maar hare opvolger, welke laatste dan ook alleen de oorzaak der schorsing kan beteekenen; cf. Arr.-R. Leeuwarden, v. 15 Nov. 1877, R. B., jg. 1880, *A*, p. 6; verg. vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 21 Juli 1879, W. nº. 4431, R. B., jg. 1880, *A*, p. 4, waarbij werd overwogen dat onder belanghebbende verstaan wordt, de partij die — zooals *in casu* bij failliet-verklaring, — de verandering van staat heeft ondergaan, maar niettemin de beteekening door de benoemde curators werd geldig geoordeeld. — Vgl. met dit alles arr. P. H. v. Gelderland, v. 4 Febr. 1874, W. nº. 3703 en R. B. jg. 1875, *A*, p. 43, waarbij wel eveneens werd overwogen dat onder «belanghebbende» alleen bedoeld wordt de belanghebbende van de zijde der partij, bij welke de oorzaak der schorsing is ontstaan, maar niettemin werd beslist, dat ook aan de wederpartij het recht is overgelaten, om, bij gebreke van beteekening der oorzaak van de schorsing door de belanghebbende partij, de schorsing van het geding te vorderen. — Cf. art. 256 B. Rv., arr. v. 1 Febr. 1850, sub nº. 1.

7. Het woord *belanghebbenden*, in art. 256 B. R. voorkomende, wordt in algemeenen zin gebezigd en begrijpt niet alleen hen, die in de rechten en verplichtingen der afgetreden partij zijn getreden, maar ook hen, die, hunne vroegere bevoegdheid om te handelen verloren hebbende, daardoor belang hebben gekregen, om niet langer met een proces, in die vroegere bevoegdheid ondernomen of gevoerd, en met de verantwoordelijkheid, die het aankleeft, belast te blijven, ten effecte, dat niet slechts de opvolgers van de afgetredene partij, maar ook die partij zelve, en mede nog de procureur, die, door den dood of veranderden toestand van zijn meester, zijn mandaat verloren heeft, bevoegd zijn, door eene beteekening van de oorzaak der schorsing, den loop van het geding te doen staken.

Bij deze uitlegging van het gemeld art. 256, moeten de daarop

volgende artt. 257 en 258, waarin van de hervatting van het rechtsgeding gehandeld wordt, worden verstaan in dien zin, dat, bij de beteekening van de oorzaak der schorsing, alleen dan de hervatting van het rechtsgeding zal plaats hebben, wanneer gedaan wordt de beteekening door hem, die te gelijkertijd de bevoegdheid bezit om de argumenten van het proces op te nemen, en welke gelijktijdige opneming in dat geval nog niet is verplichtend, maar facultatief, daar bij gebreke van dien aan de tegenpartij alleen het recht is toegekend om tot hervatting van het rechtsgeding te ageeren.

P. H. v. N.-Brabant, v. 18 April 1854, W. nº. 1555, R., dl. L, § 80, te dien aanzien vernietigende een vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 17 Juni 1853.

8. Die, als voogd in hooger beroep gedagvaard, als zoodanig procureur heeft gesteld, is onbevoegd om de *exceptio disqualificatoria* voor te stellen op grond, dat zijne voogdij tijdens de akte van appèl was geëindigd; maar moet, als hij in die kwaliteit niet wil voortprocedeeren, de schorsing beteekenen volgens dit artikel.

P. H. v. Overijsel, v. 26 Juni 1865, W. nº. 2822.

9. Ofschoon bij niet-beteekening van de oorzaak der schorsing van het rechtsgeding aan de wederpartij, dit geding kan worden voortgezet, is die voortzetting echter in geval van faillissement minder wenschelijk, zoodat het uit dien hoofde noodig is, dat gevolg worde gegeven aan de imperatieve bepaling van art. 254 B. R. en de rechter het geding schorse.

Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Juli 1866, W. nº. 2831.

10. Wanneer eenige der partijen zijn overleden, doch de dood niet als oorzaak van schorsing is beteekend, moet het rechtsgeding op de gewone wijze worden voortgezet.

P. H. v. Overijsel, v. 22 Jan. 1872, W. nº. 3533, cf. Arr.-R. Assen, v. 23 Maart 1863, W. nº. 2504.

11. Voor schorsing vordert de wet alleen het bestaan en de beteekening van het feit, waaraan zij schorsing als gevolg hecht, zonder dat er sprake kan zijn, dat de schorsing zou zijn een dilatoire exceptie, bij conclusie op te werpen. De beteekening van het feit der schorsing

is niet bij uitsluiting van anderen toegelaten aan *partijen*, maar aan de belanghebbenden bij het geding, als hoedanig ook is aan te merken de provisioneele bewindvoerder over den persoon en de goederen van eene der partijen.

Arr.-R. 's-Hertogenbosch, v. 8 Mei 1872, R. B., jg. 1874, dl. XXIV, p. 425, ook vermeld sub art. 254 B. Rv. Verg. over de beteekenis van «belanghebbenden» arr. Hof N.-Brabant, v. 18 April 1854, sub art. 256 Rv.

12. Wanneer de gewezen curators in een faillissement en de gewezen failliet aan de tegenpartij de oorzaak der schorsing hebben laten beteekenen (nam. de hangende het geding plaats gehad hebbende homologatie van het accoord) zijn eerstgenoemden niet-ontvankelijk om alsnog in die hoedanigheid ter rolle van de rechtbank op te treden, en een verzoek tot schorsing te doen

Arr.-R. Rotterdam, v. 22 Aug. 1877, R. B., jg. 1878, *A*, p. 134.

13. Na een verhoor op vraagpunten is het geding zeker nog niet in staat van wijzen, wanneer te voren uitdrukkelijk is verklaard dat een conclusie ten principale wordt gereserveerd, en daarin is berust.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 15 Nov. 1877, W. n°. 4218.

14. Schorsing werkt niet van rechtswege, maar heeft alleen op initiatief van partijen plaats.

Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Jan. 1882, R. B. jg. 1882, *A*, p. 168.

Art. 257.

1. De dagvaarding tot hervatting van het geschorste rechtsgeding doet niet ontstaan eene nieuwe rechtszaak, maar is slechts een incident in het reeds aanhangig doch geschorst rechtsgeding, welk incident alleen onder het nummer van het geschorste geding ter rolle behoort te worden vermeld.

P. H. v. Gelderland, v. 28 Maart 1866, W. n°. 2827, R. B., jg. 1866, p. 686, waarbij beslist werd, dat de kosten door het ter rolle stellen op een verkeerd nummer veroorzaakt, komen ten laste van de incidenteelen verweerder, aan wiens zijde *in casu* die verkeerde handeling was gepleegd. Vergelijk in verband met het hierboven aangenomen beginsel, P. H. v. Overijsel, v. 27 Juni 1864, bij Mr. Hertzveld, ut supra, blz. 73.

Na betekening van de akte vermeld in art. 256 aan de partij, bij wie de oorzaak der schorsing is ontstaan, te allen tijde het procureurs akte zijne wederpartij tot voortprocedeeren oproepen. Dagvaarding komt niet te pas. Rb. Rotterdam 27 Juni 1872, W. nº 6306.

2. Het voorschrift in dit artikel vervat heeft uitsluitend op het oog de beteekening door de partij, bij wie de oorzaak der schorsing ontstaan is.

Het volgend artikel regelt slechts de wijze, waarop die partij door hare wederpartij tot hervatting kan worden genoodzaakt. Art. 259 eindelijk wijst den weg aan, dien de partij, bij wie de oorzaak der schorsing is ontstaan, in ieder geval zal hebben te volgen, als zij zonder eene oproeping van de wederpartij, of gedagvaard zonder eene rechtelijke beslissing af te wachten, tot hervatting wil overgaan.

Hof 's Bosch, v. 6 Dec. 1881, W. nº. 4771.

Art. 258.

1. Erfgenamen moeten tot hervatting van een rechtsgeding op de gewone wijze, ieder afzonderlijk en niet collectief worden gedagvaard. Art. 4 nº. 6 bedoelt alleen dagvaardingen of exploiten, welke, ware de overledene nog in leven, tegen hem zelf zouden zijn gericht geworden.

P. H. v. Zeeland, v. 26 Juni 1855, W. nº. 1674, R. B., jg. 1856, dl. VI, blz. 444. — Het Hof overwoog dat het onderwerp der dagvaarding tot hervatting van het geding eene vordering behelst, waarvoor de overledene bij zijn leven nimmer in rechten had kunnen worden geroepen, als zijnde de aanleiding daartoe eerst ontstaan door zijn overlijden en verzuim der erfgenamen; cf. aant. 4 op art. 4 B. R.

2. Volgens dit artikel is elke partij gerechtigd en moet zij dit noodwendig zijn, om een geschorst geding met de wederpartij, of wie deze vervangt, te hervatten, behoudens de verplichting dier partij, om bij en in die hervatting te observeeren de wijziging van rechten en verplichtingen, sedert de schorsing ontstaan, en om desnoods, zijne conclusiën, ingevolge art. 134 B. R. te wijzigen. Indien die verplichting van de opvolgende partij tot hervatting niet werd aangenomen, zou men tot het ongerijmde gevolg komen, dat een geding zonder vonnis en zonder toestemming van partijen kon worden geeindigd, of wel de instantie als vervallen beschouwd, niettegenstaande de wet zelve geen vervallen van de instantie zonder vonnis toelaat.

Arr.-R. Amsterdam, v. 21 Febr. 1856, W. nº. 1742, R. B., jg. 1856, dl. VI, blz. 288—293.

Art. 259.

Indien in cas van art. 259 B. R. het aanhangige rechtsgeding wordt vervolgd niet ter rolle, maar bij dagvaarding, alsdan is men niet-ontvankelijk in den bij die dagvaarding ingestelden eisch en de daarop genomene conclusie.

Arr.-R. Groningen, v. 28 Nov. 1851, R. B., jg. 1854, p. 380—382.

Als de gd. verstek laat gaan, moet een principale recht worden gedaan; reds gedane incidentele vorderingen moeten ontzegd worden. Rb Leeuwarden, 21 Oct. 1897 W. n° 7081.

Art. 261.

1. Om op te houden partij in eenig geding te zijn, is het niet voldoende, dat men gerechtelijk verklare tot de voortzetting daarvan door hooger beroep aan den procureur geen last te hebben gegeven, noch wordt die verklaring voldoende door de opgevolgde verklaring van den procureur, dat hij zijn ministerie aan de partij onttrekt.

P. H. van N.-Brabant, v. 23 Febr. 1847, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 513—517. — Cf. art. 263 B. Rv., arr. van hetzelfde P. H. van denzelfden datum.

2. Nergens is verboden, om *nadat* bij verstek het rechtsgeding is hervat verklaard en *zoolang* het eindvonnis niet is gewezen nog bij procureur te verschijnen, terwijl het doel van den wetgever in geen enkel opzicht wordt miskend, door na het verstek alsnog den procureur in het geding toe te laten.

Arr.-R. 's-Hertogenbosch, v. 4 Mei 1881, W. n°. 4707, R. B., jg. 1881, *A*, p. 247. — Cf. het sub n°. 4*a* van dit artikel aangeteekende.

3. Wanneer op de dagvaarding tot hervatting, van meerdere gedaagden één niet verschijnt, behoort de regel van art. 79 B. R. gevolgd te worden.

Hof 's Bosch, v. 25 Oct. 1881, W. n°. 4768, R. B., jg. 1882, *A*, p. 58; anders Hof Amsterdam, v. 10 Maart 1882, R. B., jg. 1882, *A*, p. 57.

4. Zie ten betooge:

a. Van de niet-toepasselijkheid van art. 75 B. R., indien door den eischer aan de oproeping van een gedaagde, om na het overlijden van den gestelden procureur een nieuwen te stellen, tot wederopvatting der instantie, niet wordt voldaan en dat in een zoodanig geval de hoofdzaak bij verstek behoort te worden beslist —

art. 75 B. Rv., arr. v. 2 Dec. 1842, sub nº. 1. — In gelijken zin bij DE PINTO, *Hdl.*, II, 1, p. 383, (2de ed. pag. 408); OUDEMAN, 4de ed., dl. I, p. 299 en PENNING ad artikel, welke laatste tevens van meening is, dat ook andere artikelen van de afdeeling, handelende over verstek en verzet, niet toepasselijk zijn op het geval, in art. 261 voorzien. Cf. het sub *hoc* artikel vermeld vonnis Arr.-R. 's Bosch, v. 4 Mei 1881.

b. Dat in een geding, waarin wegens de niet-verschijning van een der geïntimeerden gehandeld is overeenkomstig art. 79 B. R., niet op nieuw dienovereenkomstig moet worden gehandeld, wanneer op eene dagvaarding tot hervatting van het rechtsgeding wegens het inmiddels plaats gehad hebbende overlijden van der appellanten procureur, de reeds vroeger niet verschenen geïntimeerde wederom niet compareert —

art. 79 B. Rv., arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 4 Nov. 1847.

Art. 263.

1. Artt. 263 en volgg. B. R. hebben alleen betrekking op de daarbij vermelde verrichtingen van procureurs en niet op die van deurwaarders, al geldt het ook een exploit, waarin eene procureur-stelling is vervat.

Arr. v. 14 Febr. 1851, W. nº. 1240; idem Arr.-R. Goes, v. 27 Jan. 1865, R. B., jg. 1867, p. 467; idem DE PINTO, *Hdl. B. R.*, II, 1, p. 368 2de ed. blz. 392 sq. en OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 301.

2. De beteekening van een bevelschrift, waarbij de dag van pleidooi in het in cassatie aanhangig geding is bepaald, is niet anders dan eene akte tot de procedure behoorende, met betrekking tot welke de dienende procureur als lasthebber handelt, en waaromtrent mitsdien eene ontkentenis en daartoe betrekkelijke vordering, op den voet van art. 263 B. R. niet zijn ontvankelijk.

Arr. v. 22 April 1853, W. nº. 1467; R., dl. XLIV, § 63, v. D. HONERT, *B. R.*, dl. XVI, p. 345 sqq.

3. Wanneer *in facto* niet vaststaat, dat de procureur niet voorzien is geweest van bij dit art. vermelde bizondere en bepaalde schriftelijke machtiging, kan de beweerde schending van art. 263 B. R. niet in cassatie worden onderzocht.

Arr. v. 18 Aug. 1873, W. nº. 3627, R. dl. CIV, § 33, v. D. HONERT, *B. R.* dl. XXXVIII, p. 420 sqq.

Het is niet in strijd met de wet de actie tot désaveu aanhangig bij een verzoekschrift, met oproeping tegen een bepaalden rechtdag, ter kennisgeving aan de wederpartij. Hof den Haag 30 Oct. 1899 verw. Ph. Middelburg 6 Sept. 1899, W. n° 7375.

4. Daar de bepaling van art. 263 B. R., als van poenalen aard, moet worden geacht *limitatief* en niet *enuntiatief* te zijn, volgt hieruit dat art. 263 B. R. bij uitsluiting van toepassing is op de *nominatim* en speciaal daarin opgenoemde verrichtingen, en mitsdien alleen is toegelaten tegen zoodanige verrichtingen van *procureurs*, waarvan in het zoo even genoemde art. 263 B. R. de opsomming geschiedt. Daaronder is niet begrepen het doen van oproepingen. Cf. R. 14 Juni 1901, W. n° 7620.

idem Hof den Haag 16 Juni 1913, W. 9591: geen désaveu van toedoen procureur gedane oproepingen; conf. verw. Cf. R. 22 Mei 1914, W. 9702.

Arr. v. 11 Juni 1880, W. n°. 4527, R., dl. CXXV, § 17; v. d. Honert, *B. R.*, dl. XLV, p. 257 sqq., R. B., jg. 1881, *A*, p. 248, waarbij werd verworpen de cassatie gericht tegen het arrest van het Hof te 's-Gravenhage, dd. 29 Dec. 1879, W. n°. 4532, R. B., jg. 1881, *A*, p. 20; bij welk arrest vernietigd werd het vonnis der Arr.-R. Middelburg, van den 12 Maart 1879, W. n°. 4532.

Arr.-R. Sneek, v. 16 Oct. 1839, W. n°. 68; R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 8—10; *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 309—312 en Maastricht, v. 6 Maart 1846, W. n°. 776; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 514—519; in gelijken zin bij de Pinto, *Hdl. B. R.*, p. 369; Oudeman, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 300 en in de *Opm. en Med.*, dl. VI, p. 47—54; — alsmede bij Carré, *Lois de la Proc Civ.*, t. II, n°. 1304; Rogron ad art. 353 *C. d. P. C.*; Tomine Desmazures, *Comment. sur le C. de P. C.* ad art. 352; Favard, *Rep. de la Nouv. Legisl.*, voce *Désaveu*, § 1, n°. 5. — In strijd met een en ander meent Penning ad art., dat art. 263 ook zou voorzien in het geval dat iemand beweert, volstrekt geene volmacht te hebben gegeven aan den procureur, die voor hem heeft geoccupeerd.

5. De eischer in cas van désaveu is verplicht zich in dezelfde hoedanigheid tegen de handelingen der voor hem occupeerenden te verzetten, als waarin hij ten processe bekend was. Ook dan wanneer hij (gelijk *in casu*) ten onrechte ontkent de hoedanigheid, waarin men hem heeft doen ageeren, moet daarvan eene niet-ontvankelijk-verklaring het gevolg zijn.

Arr.-R. Sneek, v. 16 Oct. 1839, W. n°. 68, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 8—10; *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 309—312.

6. Art. 263 B. R. is, met het oog op de artt. 263 en 125 B. R., in verband met het vervangen art. 106 der wet v. 29 Maart 1828 (*Stbl.* n°. 19) en van art. 32 der wet v. 29 Maart 1828 (*Stbl.* n°. 18), alleen toepasselijk op die gerechtelijke verrichtingen, welke bepaaldelijk door een procureur *als zoodanig*, en niet in het algemeen door een lasthebber zijn gedaan.

Mitsdien kan de actie tot ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen niet worden ingesteld tegen den *gelastigde* van eene der partijen in

eene procedure voor het kantongerecht en mitsdien ook niet tegen een procureur, die in kwaliteit als lasthebber een rechtsgeding heeft gevoerd voor een kantongerecht.

Arr.-R. Sneek, v. 16 Oct. 1839, W. n°. 68; R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 8—10; *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 309—312; idem DE PINTO, *B. R.*, II, 1, p. 368 en 369, 2de ed., p. 392 en OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 301; — anders door PENNING ad art.

7. De gerechtelijke verrichtingen van den procureur kunnen niet door de tegenpartij worden aangetast, maar verdienen (behoudens de gevallen waarin de wet bepaaldelijk bewijs van volmacht vordert) in rechten geloof, zoolang die op de wijze, bij het Wetb. v. B. R. voorgeschreven, niet door de partij, welke de procureur vertegenwoordigt, *zijn ontkend geworden.*

P. H. v. N.-Brabant, *sine die*, W. n°. 331, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 12 Maart 1841, W. ut supra.

8. De ontkentenis, vermeld in art. 263 B. R., kan niet plaats hebben door eene verklaring, opgenomen in eene deurwaarders-akte, „dat men van de procedure niets weet en daarvan afziet".

P. H. v. N.-Brabant, *sine die*, W. n°. 331, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 12 Maart 1841, W. ut supra. — Cf. art. 278 B. R., vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 8 Juni 1842.

9. Eene actie, strekkende tot ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen, is niet ontvankelijk, indien niet voorgegeven noch gebleken is, dat de gedesavoueerde eenige aanleiding, toestemming, gerechtelijke erkentenis gedaan of aangenomen heeft, of wel, dat op zoodanige van zijne zijde gedane handelingen, een ten nadeele van den desavouant gewezen vonnis is uitgesproken, en de zaak, zonder zoodanige handelingen, eene andere beslissing zoude hebben ontvangen.

Arr.-R. Maastricht, v. 6 Maart 1846, W. n°. 776; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 514—519.

10. Buitengerechtelijke handelingen, bij exploiten wederzijds beteekend (*in casu* van den cliënt aan den procureur, dat hij geen last gegeven heeft, om mede uit zijn naam appèl in te stellen en van den procureur aan den cliënt, dat hij ophield zijn ministerie aan hem te verleenen), kunnen niet het gevolg te weeg brengen, òf van ontkentenis der

gerechtelijke verrichtingen, òf van eenige andere judiciëele verrichting, waardoor men buiten het proces zou zijn gesteld.

P. H. v. N.-Brabant, v. 23 Febr. 1847, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 513—517. — Cf. art. 261 B. Rv., arr. van hetzelfde P. H. v. denzelfden datum, sub nº. 1.

11. Eene gerechtelijke bekentenis kan niet anders worden herroepen dan op grond en op de wijze, als bij art. 1963 B. W. en dit artikel is voorgeschreven.

P. H. v. Drente, v. 3 Sept. 1870, R. B., jg. 1871, p. 756.

Art. 265.

Uit deze bepaling vloeit voort, dat, wanneer het geding, tot het instellen waarvan de lastgeving aan den procureur wordt betwist, hangende was in hooger beroep, toen de ontkentenis werd ingesteld, — deze laatste *niet* voor den rechter in hooger beroep, maar voor den eersten rechter moet worden aangebracht.

Op deze bepaling wordt geene uitzondering in de artt. 268, 269 en 270 aangetroffen.

P. H. v. N.-Brabant, v. 5 April 1864, vernietigende vonnis Arr.-R. 's Bosch, v. 23 Sept. 1863, beide opgenomen in W. nos. 2804 en 2902. Het Hof besliste dat in zijn systeem de eene rechter *niet* geroepen wordt over de gewijsden van den ander uitspraak te doen, of de mindere rechter om de uitspraken van den hoogeren te vernietigen, maar integendeel ieders bevoegdheid in allen deele wordt gehandhaafd.

Art. 266.

Eene partij in de hoofdzaak, in het geding van ontkentenis opgeroepen, is niet bevoegd om ten dage dienende, reeds ten principale te concludeeren.

Arr.-R. Sneek, v. 16 Oct. 1839, W. nº. 68; R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 8—10; *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 309—312.

Art. 269.

Volgens Mr. A. DE PINTO, (*Handl. tot het Wetb. v. Burg. Regtsv.*, II, blz. 371, 2de druk blz. 396), schijnt de zin van dit artikel deze te zijn, dat de partij, die eene der handelingen in art. 263 genoemd wil ontkennen, en het daarop gewezen vonnis wil doen vernietigen, de keuze heeft om de actie tot désaveu

Art. 272 (nieuw). Voorbeeld van een onbekende als hier bedoeld: Rb. Roermond 25 Febr. 1904, W. nº 8000.

intestellen of van dat vonnis in hooger beroep te komen. Zie echter *Opm. en Med.*, dl. XI, blz. 156, waar het gevoelen van Mr. DE PINTO bestreden wordt en de Schr. betoogt, dat het verband van art. 269 met het voorafgaande, de zienswijze van Mr. DE PINTO reeds wederlegt, en dat volgens die beide wetsbepalingen, de vordering tot nietig-verklaring in appèl gedaan, steeds *op de toegewezen onbekendenis moet steunen.*

De vordering tot vrijwaring, op grond van art. 271 Rv. tegen den procureur ingesteld, moet worden aangewezen bij dagvaarding ingevolge art. 68 Rv.: Rb. Amsterdam 17 Mei 1912, W. nº 9400.

Art. 271

De procureur die, wegens eene tegen hem ingestelde doch ongegronde actie *en desaveu*, schadevergoeding vordert, moet het bewijs leveren dat hij materiëele schade geleden heeft.

Arr.-R. Maastricht, v. 6 Maart 1846, W. nº. 776; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 514—519.

Art. 273

Zie ten betooge, dat de bepaling, vervat in art. 89 B. R., niet toepasselijk is in het geval, voorzien bij art. 273 van dat Wetb., wanneer de eischer in den vorm, bij art. 274 B. R. voorgeschreven, den aldaar bedoelden eisch tot verwijzing naar een ander Hof heeft ingesteld, zonder dat de verweerder, niettegenstaande het rekwest van eisch behoorlijk is beteekend, daartegen is opgekomen, noch zijn antwoord ter griffie heeft nedergelegd of procureur gesteld en dat in dit geval de kosten moeten worden voorbehouden tot de beslissing ten principale —

art. 89 B. R., arr. v. 14 Mei 1840, sub nº. 4; idem DE PINTO. *Hdl. B. R.*, II. 4, p. 373 en 374 (2de ed. pag. 398).

Art. 274

1. De beteekening der vordering tot verwijzing, in art. 274 B. R. vermeld, kan (behoudens het bepaalde bij art. 94 B. R.), op straffe van nietigheid, niet geschieden aan de woonhuizen der procureurs, die in eene andere afgeloopene procedure hebben geoccupeerd, en moet, wat buitenlands woonachtige gerekwireerden betreft, geschieden op de wijze, bij art. 4, nº. 8 B. R. voorgeschreven.

Arr. v. 17 Nov. 1848, R., dl. XXXII, § 12; v. D. H., *B. R.*, dl. X, p. 130—134.

2. Het voorschrift, dat de eisch tot verwijzing zal worden ingesteld bij een verzoekschrift der ééne partij en dat dit zal worden beteekend aan de wederpartij, met aanmaning daarop te dienen van antwoord met middelen, is van openbare orde, waarvan mitsdien bij minnelijke overeenkomst van partijen niet mag worden afgeweken.

Arr. v. 13 Sept. 1859, R., dl. LXIII, § 2.

3. Bij het verzoek tot verwijzing naar een ander gerecht, ten gevolge van toegelaten wraking of reden van verschooning, wordt in art. 274, laatste lid bepaald, dat de loop van het rechtsgeding *zal worden geschorst* van den dag der *beteekening* in het tweede lid van dat artikel vermeld. — LIPMAN, *B. R.*, p. 125, merkt op, dat hieruit blijkt, dat met het woord «*Hetzelve*», te midden van het eerste lid, een nieuwe regel behoort te beginnen, daar de zinsnede, welke met dat woord aanvangt, blijkbaar die is, waarop de wetgever doelt. — Vgl., in verband hiermede, ten betooge, dat art. 274 B. R., uit de redactie van art. 229, off. uitgave van 1830, moet worden verklaard — 't R. B., jg. 1841, dl. III, p. 194 en 195 waar men tevens meent, dat de schorsing, vermeld bij art. 274, laatste al. B. R., niet door den rechter moet worden uitgesproken, maar *van rechtswege* plaats heeft.

Art. 275.

Bij arr. v. 14 Mei 1840, v. D. HONERT, *B. R.*, dl. I, p. 147—149, vermeld op art. 89 B. R., sub n°. 4 en art. 273 ibid., is tegen een verweerder, die niet heeft geantwoord, verstek verleend. DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, II, 1 p. 373, 2de ed. p. 398, leidt hieruit af, dat, naar het oordeel van den H. R., men tegen een arrest van verwijzing kan komen in verzet. Hij meent echter te moeten betwijfelen, of dit wel de bedoeling der wet is.

Art. 276.

1. Het Hof kan geen uitspraak doen als rechter van een jurisdictiegeschil, wanneer het *niet langs den weg, bij de wet aangewezen* daarvan is gesaisisseerd.

Conclusie van Mr. P. M. VAN GOENS opgenomen in W. n°. 2156, behoorende bij het arrest Hof Overijsel, v. 6 Febr. 1860, W. n°. 2159.

2. Zie over de definitie van jurisdictie-geschillen in het Ontwerp van een Wetb. voor Burg. Regtsv., Mr. v. BONEVAL FAURE in *N. Bijdr.*, jg. 1866, dl. XVI, p. 224.

Intrekking van eene vordering bij conclusie heeft geen rechtsgevolgen en behoort te worden gepasseerd: Rb. Alkmaar 31 Mei 1894 W. n° 6552.

Art. 277.

1. Afstand van het incidenteel hooger beroep is geen afstand van de instantie.

Arr. v. 20 April 1855, W. n°. 1638, R., dl. L, § 12.

Vergelijk navolgende uitspraken:

Een excipiënt heeft het recht zijne voorgestelde exceptiën, nadat de geëxcipieerde die bij conclusie heeft beantwoord, eenvoudig in te trekken, zonder aanbod van kosten. Het opwerpen van exceptieve middelen stelt toch geene nieuwe instantie daar, zoodat de bepalingen van deze afdeeling daarop niet van toepassing zijn.

Eene incidenteele vordering (i.c. tot overlegging van stukken) kan vóór het vonnis dat daarover alleen wordt ingetrokken, hetzij door regsmiddel niet toestemming der wederpartij, hetzij ingevolge a. 277 Rv. door afstand van instantie. Intrekking van een incidenteele vordering kan niet bato. rb. Rotterdam, 26 Oct. 1897 W. n° 5446.

Arr.-R. Zwolle, v. 13 Juli 1860, W. n°. 2311.

Onder het doen van afstand der instantie heeft de wetgever slechts het oog op vorderingen *bij dagvaarding* aangebracht, geenszins op incidenteele vorderingen, zooals het verzoek tot verhoor op vraagpunten, dat dus altijd kan worden ingetrokken zonder toestemming der wederpartij, mits slechts ten haren laste niet komen de nutteloos aangewende kosten.

Arr.-R. Zwolle, v. 1 Febr. 1882, W. n°. 4780. Anders Rb. Roermond 19 Jan. 1898 W. 5737.

2. De geldigheid van den afstand, gedaan na het antwoord, is volgens art. 277 B. R., (waarbij zijn afgesneden de controversiën, welke ten gevolge van de facultatieve redactie van art. 402 C. de Proc. Civ. onder de Fransche wetgeving ontstaan waren) afhankelijk van de toestemming der wederpartij, zoodat bij weigering van die toestemming, die afstand door den rechter niet ambtshalve kan worden uitgesproken.

P. H. v. N.-Brabant, v. 23 April 1839, R., dl. I, § 58; *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 148—151; idem OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 342. Vgl. ook v. D. HONERT, *Hdb.*, § 277 en 278.

3. Door het antwoord van den gedaagde is daargesteld eene litiscontestatie en hierdoor geboren een judicieel contract, waardoor partijen in een gelijken stand van zaken zijn gebracht, om door een eindvonnis eene beslissing van het geschil te verkrijgen.

P. H. v. N.-Brabant, v. 23 April 1839, R., dl. I, § 58; *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 148—151.

Afstand van de instantie mag niet worden gedaan vóórdat tegen de niet-verschenen gedaagden is verleend verstek.
Arb. Kgl. Middelburg 20 Apr. 1891, W. n° 6057.

4. Een gemeentebestuur kan afstand doen van eene instantie, zonder speciale autorisatie van Gedep. Staten, op wier machtiging die is ondernomen.

P. H. v. N.-Brabant, v. 23 April 1839, R., dl. I, § 58; *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 148—151.

5. Een opposant tot een en hetzelfde verzet procedeerende, uit tweeledigen hoofde in zijn persoon onafscheidelijk vereenigd, kan, door een van beide te laten varen, en desniettemin denzelfden eisch te blijven doen, rechtens niet geacht worden eenigen afstand van zijne actie te doen.

Arr.-R. 's Bosch, v. 25 Febr. 1846, W. no. 728.

6. Art. 277 B. R. is ook op eene exceptieve conclusie (alleen tot niet-ontvankelijk-verklaring) van toepassing, zoodat ook in dit geval zonder de toestemming van den gedaagde, ten principale *moet* worden recht gedaan.

P. H. v. N.-Holland, v. 23 Dec. 1847, W. no. 933, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 22 April 1846, W. n°. 737 (waarbij echter die rechtsvraag meer in het midden is gelaten).

Vergelijk echter navolgende uitspraak:

De woorden: „vóór het antwoord" in dit artikel beduiden het antwoord ten principale en geven te kennen, dat de afstand steeds geschieden kan, zoo lang niet werkelijk *ten principale* d. i. op de zaak zelve is geantwoord, zonder dat in aanmerking komt, of er al of niet had *moeten* zijn geantwoord.

Ktg. n°. II, Amsterdam v. 12 Oct. 1868, W. no. 3045.

7. Eene vordering tot scheiding van tafel en bed kan niet door eene bij de rechtbank onbekende verzoening gerekend worden van zelf te zijn vervallen. Hieruit volgt dat, indien die vordering niet uitdrukkelijk is ingetrokken, de daartoe betrekkelijke hernieuwde actie, binnen den termijn van drie jaren ingesteld, niet-ontvankelijk is.

Arr.-R. Alkmaar, v. 29 Juni 1848, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 392 en 393. — Cf. art. 816 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 5 Juli 1848.

8. Het is niet als eene litiscontestatie te beschouwen, welke de intrekking van het exploit van dagvaarding, buiten toestemming der

Als is ingesteld een vordering tot nakoming en een tot betaling van kosten, is het laten varen van de eerste vordering niet een vermindering van den eisch maar een afstand van de instantie ten

aanzien dier vordering: Hof Arnhem 22 Jan. 1908 W. nº 8763.

tegenpartij onmogelijk maakt, wanneer die tegenpartij niet, zooals de eischer van haar verlangt, procureur stelt, maar uit hoofde van den aard van het geschil (*in casu* betaling van successie-recht, eene memorie van antwoord beteekent.

Arr.-R. Amsterdam, v. 27 Juni 1850, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 610—613.

9. Hetgeen in cas van afstand van instantie geldt van den eischer in het algemeen, moet evenzeer geacht worden te gelden van een der eischers, die gezamenlijk met anderen als zoodanig is opgetreden.

Hieruit volgt dat, wanneer twee eischers te zamen iemand hebben gedagvaard, niet een hunner zich ten gevolge eener tusschen hen gemaakte overeenkomst, aan het geding kan onttrekken, en volstaan met aan den gedaagde te kennen te geven, dat het geding in het vervolg alleen door den anderen eischer zal worden gevoerd. Ook in dit geval kan en moet men (vermits de wet algemeen spreekt en geene aanleiding geeft tot eenige onderscheiding voor zoodanig geval, waarvoor ook dezelfde *ratio legis* geacht moet worden te bestaan) gebruik maken van het middel van afstand van de instantie.

Arr.-R. Winschoten, v. 10 Sept. 1851, R. B., jg. 1852, p. 391 en 392.

10. De wederpartij is niet verplicht voor de weigering eenige reden aan te voeren, zoodat de rechter de aangevoerde reden niet behoeft te beoordeelen.

Ktg. 's-Gravenhage, v. 3 Dec. 1855, W. nº. 1734. Verg. P. H. v. Gelderland, v. 7 Juli 1841, bij Mr. HERTZVELD, ut supra blz. 27, waarbij is beslist dat de rechter niet kan treden in de beoordeeling van de gronden der weigering.

11. Nergens is voorgeschreven dat als er meerdere gedaagden zijn, de afstand hen *alleen* zou moeten betreffen, zoodat de eischer het recht heeft om van de ingestelde actie afstand te doen tegen een der gedaagden en die tegen den andere voorttezetten.

Arr.-R. Arnhem, v. 3 Sept. 1857, W. nº. 1921, R. B., jg. 1858, dl. VIII, p. 194.

12. De interveniënt, die, na een tusschengeschil over het stellen van cautie, van zijne verschijning heeft afgezien, mits iedere partij hare eigen kosten drage, handelt in strijd met de bepalingen van dit artikel.

Arr.-R. Amsterdam, v. 21 Jan. 1857, W. nº. 1855.

De opposant in een verstekprocedure is eischer in den zin van art. 277 Rv.; de opgeposeerde kan dus geen afstand doen van de instantie. Rb. Breda, 1 Oct. 1901 W. no 7655.

13. Dit artikel is ook van toepassing in het geval van vrijwaring. De gedaagde in vrijwaring is mitsdien bevoegd eene definitieve beslissing op de tegen hem ingestelde actie te vorderen, wanneer de oorspronkelijk gedaagde, eischer in vrijwaring, den tijd, bij dit artikel gesteld, heeft laten voorbijgaan.

Arr.-R. Breda, v. 17 Maart 1857, W. no. 1867.

14. Wanneer eene vordering verkeerd is ingesteld en de eischer eene andere terzelfder oorzake wil aanvangen, is desistement facultatief gesteld als een middel om kosten te mijden, maar niet gebiedend voorgeschreven.

Arr.-R. Amsterdam, v. 1 Maart 1859, R. B., jg. 1859, dl. IX, blz. 397—402.

15. Het zich aan de zaak onttrekken van een procureur staat niet gelijk met afstand van de instantie.

Arr.-R. Amsterdam, v. 4 Sept. 1861, W. no. 2332.

16. Het bestuur der registratie is in de procedure van verzet tegen een uitgevaardigd dwangschrift als eischer te beschouwen.

Het is alleszins bevoegd tot aan de contra-memorie van den opposant afstand van de instantie te doen, ook al neemt men aan dat het Wetb. v. B. Rv. ten deze van toepassing is.

Arr.-R. Appingadam, v. 20 Oct. 1864, R. B., jg. 1867, p. 70; waarbij nog werd beslist dat er overigens geene denkbare reden is, waarom het Bestuur, dat hier bijwege van strafvordering boete eischt wegens een verzuimde formaliteit, niet vrij zou zijn aftezien van die vordering onder aanbod der bij art. 65 der wet van 22 Frimaire an VII bedoelde kosten. Zie verder over de vraag, wie in een geding als eischer is te beschouwen, art. 152 B. R. aant. 15, 24 en 30.

17. De eischer, die vóór het antwoord afstand doet, moet daarbij tegelijkertijd de kosten aan de wederpartij betalen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 17 Juli 1866, W. no. 2829; waarbij nog werd overwogen, dat dit geen vereischte is na het antwoord, omdat de gedaagde de onontbeerlijke toestemming niet zal geven, voor en aleer hij voor zijn kosten zekerheid heeft.

18. Van een hooger beroep kan niet gedeeltelijk afstand worden gedaan zonder uitdrukkelijke opgave van dat gedeelte van het vonnis, waarin men niet verlangt te berusten.

22. Eene incidentele vordering van afd. om van de instantie
ontslagen te worden, op grond dat eischer gedurende een jaar
niet van conclusie van eisch heeft gediend, niet voor toe-
wijzing vatbaar, ook al heeft eischer zich aan het vonnis

van den rechter gerefereerd. Amsterdam 25 Mei 1876, W. n° 5439.

P. H. v. Gelderland, v. 6 Febr. 1867, W. nº. 2876, waarbij tevens beslist werd, dat de geintimeerde aan wien het exploit van berusting in het vonnis *a quo* door appellant is beteekend en die de in appèl gemaakte kosten heeft aangenomen, onbevoegd is om, *in casu* ter rechtvaardiging van een later door hem ingesteld hooger beroep, nog bezwaren tegen de geldigheid van dat exploit te berde te brengen.

19. De gedaagde kan bij conclusie van dupliek, daags voor de pleidooien ingediend, van zijne reconventioneele vordering geen afstand meer doen, zelfs onder betaling der kosten, zonder toestemming der wederpartij.

Arr.-R. Amsterdam, v. 14 Juli 1868, W. nº. 3041; cf. vonnis dierzelfde rechtbank v. 26 Jan. 1870, sub art. 134 B. R.

20. Het staat den gedaagde niet vrij van de summiere procedure, waarin hij door zijne handelingen aanvankelijk had toegestemd, eigendunkelijk af te wijken en zich op eene memorie van antwoord beteekend vóór dat de zaak weder ter rolle moet dienen, te beroepen, ten einde den afstand van instantie buiten zijne medewerking te verijdelen.

Arr.-R. Rotterdam, v. 30 Dec. 1872, W. nº. 3547; verg. in verband hiermede aant. 2 op art. 140 B. R.

21. Waar bij één dagvaarding gevorderd wordt de onteigening van meerdere grondstukken, aan verschillende onbekende eigenaren toebehoorende, is intrekking van den eisch ten opzichte van één of meerdere dier grondstukken, geen *vermindering van den eisch*, maar *afstand van de instantie*.

Arr.-R. Arnhem, v. 1 Febr. 1875, W. nº. 3922.

Art. 278

1. Wanneer al bij art. 278 B. R. de wijze wordt aangegeven, waarop afstand *kan* worden gedaan, is die bepaling meer bizonder van toepassing voor het geval dat de zaak reeds ter rolle is aangebracht en door de wederpartij reeds procureur is gesteld; zijnde bij geene wettelijke bepaling verboden, om den afstand ook op eene andere wijze aan de partij kenbaar te maken, vooral wanneer de zaak nog niet ter rolle is aangebracht en ook nog geene constitutie van procureur aan de zijde van de wederpartij heeft plaats gehad. Hieruit volgt dat eene

dagvaarding, waarvan de termijn nog niet is verschenen, en waarop door den gedaagde nog geen procureur is gesteld, — of wanneer (gelijk *in casu*) die procureur-stelling, buiten weten van den eischer, in eene andere gemeente is geschied op denzelfden dag, waarop de eerste dagvaarding was ingetrokken en tevens bij hetzelfde exploit eene nieuwe rechtsvordering was ingesteld, — vóór de inschrijving van de zaak ter rolle, bij een gelijk exploit van dagvaarding over hetzelfde onderwerp kan worden ingetrokken, en dit als een wettige afstand van de eerst ingestelde actie met de gevolgen van dien kan worden aangemerkt.

P. H. v. Gelderland, v. 15 (20) Jan. 1841, W. n°. 166, bij Mr. HERTZVELD ut supra blz. 23, zijnde bij dit arr. tevens beslist, dat het desistement na procureur-stelling van den gedaagde door het doen eener tweede dagvaarding wegens hetzelfde onderwerp zonder betaling van kosten, vóórdat, wegens niet-verschijning ten beteekenden dage, op de eerste dagvaarding tegen hem verstek is kunnen worden verleend, den gedaagde de bevoegdheid geeft om door alle middelen rechtens de kosten van constitutie van procureur, even als die van het verstek (indien, gelijk *in casu*, de procureur van den eischer, aan wien de constitutie van des gedaagden procureur op de eerste dagvaarding was beteekend, nalatig is gebleven laatstgemelden procureur tot voorkoming van noodelooze kosten te informeeren van de intrekking of ten dienende dage dien afstand zijne uitwerking te verzekeren) op den eischer te verhalen, doch dat de niet-voldoening daarvan geen grond oplevert tot niet-ontvankelijkheid van den eischer in diens nieuwen aanleg; idem bij vonnis van de Arr.-R Groningen, v. 25 April 1845, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 680—682 (in eene zaak waarin de eischer, die had gedagvaard, ontwarende dat dit exploit door een *ratione loci* onbevoegden deurwaarder was gedaan, op den volgenden dag aan den gedaagde bij deurwaarders-exploit had doen beteekenen, dat hij de vroeger gedane dagvaarding introk, onder aanbod van voldoening van alle wettige kosten te dier zake gemaakt, en wijders bij ditzelfde exploit den inhoud der dagvaarding van den vorigen dag had herhaald, terwijl de gedaagde onmiddellijk na het ontvangen der eerste dagvaarding en vóór de intrekking daarvan, zijn procureur verzocht had zich daarop procureur te stellen, en deze, van die intrekking niet onderricht, zulks eerst drie dagen daarna had gedaan) zijnde; bij dit vonnis beslist dat het boven alle bedenking verheven is, dat men eene dagvaarding weder kan intrekken, zoo en in dier voege als dit *in casu* heeft plaats gehad, en dat, zoo op die dagvaarding reeds procureur is gesteld, zelfs vóór de intrekking, en dus *a fortiori na* die intrekking, die procureur-stelling van zelve komt te vervallen, behoudens nochtans de verplichting om de veroorzaakte kosten te vergoeden, vergelijk Arr.-R. Groningen, v. 28 Mei 1858; R. B., jg. 1859, dl. IX, blz. 592—594, waarbij is beslist, dat het desistement

ook geschieden kan op andere dan de bij dit artikel uitgedrukte wijzen: zooals bij notarieele akte, waarvan de inhoud door gedaagde is goedgekeurd blijkens de beteekening daarvan ten zijnen verzoeke aan den procureur des eischers gedaan; — anders echter bij vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 17 April 1840, W. nº. 140 (vernietigd bij arr. van 't P. H. v. Gelderland, v. 15 Jan. 1841 ut supra) bij welk vonnis is beslist, dat al zoude men ook moeten aannemen, dat afstand van eene instantie kan plaats vinden op elke wijze, waarop van den wil van dengenen, die afstand doet, genoegzaam blijkt, zonder volstrekte gehoudenheid aan de voorschriften van art. 278 B. R., men nochtans, om zich met grond op den gedanen afstand te kunnen beroepen, naar de algemeene beginselen van de manier van procedeeren, en de gevolgen, daarbij aan procureur-stelling toegekend, naar aanleiding van welke een wettig gestelde procureur moet worden beschouwd als *dominus litis*, ongetwijfeld gehouden is om den procureur zijner partij den afstand op eene in rechten verbindende wijze kenbaar te maken, en dat mitsdien op geene instantie tusschen partijen kan worden recht gedaan, dan die geopend is na de voldoening der verschuldigde kosten; idem bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 23 Maart 1841, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 168—170, waarbij op gelijke rechtsgronden is beslist, dat het desistement na procureur-stelling van den gedaagde, door het doen eener tweede dagvaarding wegens hetzelfde onderwerp, zonder betaling van kosten, de niet-ontvankelijkheid van den eischer ten gevolge moet hebben; verg. ook Ktg. nº. II, Amsterdam, v. 28 Sept. 1868, W. nº. 3045, waarbij werd beslist dat tot afstand der instantie wordt vereischt òf een daad van den eischer conform art. 277 al. 1, òf eene handeling van den verweerder ex art. 75 Rv., òf eene handeling van beide partijen conform al. 2 van art. 277 Rv., zoodat waar van dat alles niet blijkt, een briefje van gedaagde waarin van toestemming in afstand van de instantie geen sprake is, maar alleen wordt meegedeeld dat de zaak geen doorgang kan hebben, en de eischer wordt uitgenoodigd de zaak uit te stellen niet tengevolge kan hebben, dat de eenmaal voor den rechter aangebrachte zaak niet meer aanhangig is: cf. met een en ander een betoog van Mr. R. Cohen in W. nº. 4894 «Mengelwerk», — alsmede navolgende beslissing:

De partij zelve kan — buiten haar procureur om — afstand doen van de instantie of die aannemen.

De partijen kunnen van hun wilsverklaring ook op andere wijze doen blijken, dan hier is voorgeschreven.

Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Mei 1883, W. nº. 4950.

Idem 10 Mei 1909, W. nº 5714.

2. De verklaring des eischers, bij deurwaarders-akte aan den gedaagde beteekend en *in limine litis* (vóór het antwoord des gedaagde) herhaald, „dat hij van de ingestelde actie afziet en deze herroept", is onvoldoende, om, bij niet aanneming daarvan door den gedaagde, een einde aan de

instantie te maken en heeft de gedaagde in dat geval het recht de niet-ontvankelijk-verklaring des eischers *cum expensis* te vorderen.

Arr.-R. 's Bosch, v. 8 Juni 1842, W. nº. 367; — anders bij arr. van 't voormalig Hoog Gerechtshof van 's Hage, Eerste Civiele Kamer, v. 7 Jan. 1829, te vinden in de *Bijdragen* van Mrs. DEN TEX en v. HALL, dl. V, p. 116—121. DE MARTINI, ad art., noot 73, herinnert bij de aanhaling van dit arr., dat de Nederl. wetgever de bepalingen omtrent den afstand hoofdzakelijk uit den C. de Pr. Civ. heeft overgenomen, met dat onderscheid, dat thans de afstand vóór het antwoord onderscheiden wordt van dien, daarna gedaan. Hij meent, dat voormeld arr. van 't Hoog Gerechtshof ook thans van toepassing is op den afstand vóór het antwoord, doch acht zulks minder zeker omtrent den afstand na het antwoord gedaan. Ook DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 1, p. 385, 2de ed. p. 440 schijnt het toe, dat de beslissing van voormeld Hoog Gerechtshof ook thans nog kan worden gehouden voor juist, mits het exploit tevens inhoude aanbod van betaling der kosten, *en de deurwaarder voorzien zij van eene behoorlijke volmacht.* — OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 312 en VERNEDE, ad art., meenen, dat ook thans *na* het antwoord de afstand bij deurwaarders exploit zal kunnen worden gedaan, doch in dit geval van de toestemming uit het exploit of door het bij die gelegenheid gegeven antwoord, of uit eene nadere akte of exploit zal moeten blijken. Verg. Arr.-R. 's Bosch, v. 25 Oct. 1865, W. nº. 2748, waarbij werd beslist dat aankondiging van afstand, bij deurwaarders-akte gedaan, niet voldoende is, wanneer men daarmede niet voor den rechter verschijnt, voor wien het geding hangende is: zoodat de buiten gerechtelijke wilsverklaring door hem die afstand wil doen, ter terechtzitting moet worden gebracht, en *in judicio* bij monde van een procureur voorgedragen.

3. De toestemming van den procureur van den gedaagde in den afstand van instantie, gedaan door den procureur van den eischer, kan de persoonlijke tegenwoordigheid van partijen op de terechtzitting of hare volmacht niet overbodig doen achten. In dit geval moet de afstand als geheel vergeefsch beschouwd en de zaak op de rol behouden worden.

P. H. v. N.-Brabant, v. 6 Febr. 1844, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 198 en 199; R., dl. XVIII, § 54.

4. Indien de eischer aanvankelijk heeft gevorderd, èn de van-waarverklaring van een gelegd conservatoir arrest, èn betaling van eene geldsom en bij eene latere ter rolle genomene conclusie, zijne vordering tot laatstgenoemd onderwerp heeft beperkt, dan kan er geene kwaestie zijn van het doen van afstand van de instantie, noch van eene door hem aan te bieden of te effectueeren betaling der kosten van de principale vordering.

Arr.-R. Groningen, v. 21 Nov. 1845, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 379 en 380. — Cf. art. 134 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. denzelfden datum.

5. Het verzoek om roieering en het roiement zelf, op de toestemming der partijen bevolen en bewerkstelligd, kan voor niets anders gehouden worden, *dan berustende op eene declaratie van afstand*, welke van rechtswege het gevolg heeft, dat alles over en weder in denzelfden staat is teruggebracht, als waarin de zaak was vóór de dagvaarding.

Arr.-R. Amsterdam, v. 8 Jan. 1846, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 390—392; anders door den hoogl. v. HALL, R. B., ut supra, volgens wien niet doorhaling op de rol, maar, òf uitdrukkelijke afstand, òf vervallen-verklaring van de instantie het geding doet een einde nemen en de noodzakelijkheid eener nieuwe dagvaarding te weeg brengt; idem Arr.-R. Breda, v. 22 Dec. 1868, W. n°. 3173, waarbij is beslist dat het roiement van de rol, volstrekt niet belet om dezelfde zaak opnieuw op de rol te doen brengen. — Cf. art. 1 B. R., vonnis der Arr.-R. Amsterdam van denzelfden datum.

6. De procureur is als *dominus litis* volkomen vrij, om zonder machtiging van zijn cliënt en zonder toestemming der wederpartij een verdedigingsmiddel in te trekken.

Arr.-R. Winschoten, 2 April 1874, W. n°. 3716, ook vermeld sub art. 334 B. Rv.; cf. arr. 20 April 1855 sqq. sub art. 277 Rv.

7. Zie ten betooge :

1°. Dat de vrijwillige afstand van de instantie door een eischer, die toelating bekomen heeft om kosteloos te procedeeren, deze toelating niet doet vervallen —

art. 864 B. R., arr. van 't P. H. v. Zeeland, v. 10 Sept. 1839.

2°. Dat in cas van de artt. 277 en 278 B. R. de processtukken, eeden enz., der vorige instantie niet in de nieuwe kunnen gebruikt worden, even als in art. 283 B. R. omtrent de peremptie is bepaald, —

OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 313 sq. en DE PINTO, *Hdl., B. R.*, II, 1, p. 386 en 387, (2de ed. p. 411 sqq.). — Vgl. ook VERNEDE, ad art. 278, noot B, 4, volgens wien bij de nieuwe instantie ongetwijfeld gebruik zal mogen gemaakt worden van vroeger bestaan hebbende titels en bescheiden tot staving, die niet, ten gevolge van verrichtingen in de vorige instantie hun aanwezen hebben bekomen.

Art. 279.

1. Wanneer eene vrouw *pendente lite* is gehuwd, dan is zij onbevoegd, om zonder machtiging van haren man eene vervallen-verklaring der instantie op grond van art. 279 B. R. te vorderen.

Arr. v. 4 Febr. 1850, W. n°. 1111; R., dl. XXXIV, § 82 en 83; v. d. H., *B. R.*, dl. XI, p. 173—189. — Cf. artt. 254, sub n°. 3 en 256 B. R., arr. van denzelfde datum, sub n°. 1.

2. De bepaling van art. 279 B. R., houdende, dat alle instantie vervalt, indien de zaak binnen de drie jaren tijds niet is voortgezet, veronderstelt klaarblijkelijk, dat er een rechtsgeding is aangevangen, dat het nog werkelijk aanhangig is en dat de rechter, ten gevolge van eene door hem gegeven definitieve beslissing, daarvan niet is gedesaisisseerd, zoodat, indien er geene instantie meer bestaat, het verzoek tot vervallen-verklaring der instantie niet kan te pas komen.

Hiertegen doet niets af, dat het vonnis, hetwelk een einde maakt aan het aangevangen rechtsgeding, nog vatbaar zou zijn voor hooger beroep, vermits in cas van hooger beroep eene nieuwe instantie zou geboren worden, en, ingeval van vernietiging van het vonnis, die reeds getermineerde instantie alleen zou herleven, zonder dat men evenwel hieruit zou kunnen besluiten, dat tijdens het verzoek tot peremptie de op bovengemelde wijze geëindigde instantie nog aanhangig was.

Arr. v. 15 Febr. 1850, W. n°. 1114; R., dl. XXXV, § 4; v. d. H., *B. R.*, dl. XI, p. 242—253; anders bij het daartoe betrekkelijk arr. van 't P. H. v. Zeeland, v. 3 April 1849, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 480—482, op grond, dat het vonnis, hetwelk een einde maakte aan het aangevangen rechtsgeding, nog vatbaar was voor hooger beroep.

3. In de procedure van verzet tegen een dwangbevel, moet het dwangbevel bij vervallen-verklaring der instantie, daaronder worden begrepen.

Arr. v. 23 April 1858, W. n°. 1967, R. dl. LIX, § 11; v. d. H., *B. R.*, XXIIe deel, p. 192—204; bij welk arr. implicite schijnt te worden aangenomen, dat bij verzet tegen een dwangbevel, uitgegaan van het Domeinbestuur strekkende tot betaling van renten, dit Bestuur als eischer is te beschouwen. Zie verder hieromtrent aant. 6.

4. Het antwoord op eene sommatie, door den oorspronkelijken eischer, *na* het verzoek tot vervallen-verklaring van de instantie, aan

den verweerder en verzoeker gericht, om op een in het principaal geding gerezen incident voort te procedeeren, bij welk antwoord tot nietigheid dier sommatie, *op grond van aanhangig verzoek tot vervallenverklaring der instantie*, is geconcludeerd, is niet te beschouwen als eene voortzetting van het principaal geding, noch met het verzoek tot peremptie in tegenspraak te zijn.

P. H. v. Zeeland, v. 27 Maart 1849. R. B., jg. 1850, dl. XII. p. 480, waarbij tevens is beslist, dat ook in appèl op dezen grond van verdediging tegen het verzoek tot vervallen-verklaring geen acht kan worden geslagen, indien ten processe blijkt, dat over de voormelde, van wege den oorspronkelijk eischer, in eersten aanleg gedane sommatie om voort te procedeeren in het principaal geding, tusschen partijen een *afzonderlijk geschil* was gerezen, hetwelk op zich zelf was behandeld, geïnstrueerd en door de rechtbank bij een afzonderlijk vonnis was beslist geworden, zonder dat er eenige vereeniging of voeging van dat geschil met dat over de gedane vordering tot vervallen-verklaring der principale instantie was verlangd of gevraagd geworden.

5. Het niet voortzetten eener procedure kan niet anders gerekend worden dan van de laatste proces-akte. Als eene wettige verhindering om de zaak binnen drie jaren voort te zetten, kan niet worden beschouwd het niet antwoorden binnen 14 dagen door partij op de memorie van grieven, aan haar beteekend, met dat gevolg, dat de termijn der peremptie tegen eene partij aanvangt, ook gedurende den tijd, waarin zij niet kan voortprocedeeren.

P. H. v. N.-Brabant, v. 8 Maart 1853. W. nº. 1446.

6. De opposant in het dwangbevel is als eischer te beschouwen, zoodat tegen hem peremptie kan gevraagd worden.

Arr.-R. Groningen, v. 3 Juni 1853. R. B., jg. 1854, p. 425—428. — Cf. art. 81 B. R., vonnis van de Arr.-R. Dordrecht, v. 26 Jan. 1852, sub nº. 9. — Zie verder over de vraag, wie als eischer is te beschouwen, art. 152 B. Rv. Arr.-R. Amsterdam, v. 9 Maart 1859 sqq.

7. Uit de schorsing van het rechtsgeding door het overlijden van een der occupeerende procureurs, vloeit ten opzichte der peremptie, volgens de wet, geen ander rechtsgevolg voort, dan alleen dit, dat de termijn, voor het vervallen der instantie in het algemeen gevorderd, met zes maanden wordt verlengd. Hieruit volgt dat, vermits de eischer in dit geval het vervallen verklaren der instantie had kunnen voorkomen,

door zijnerzijds in tijds te dagvaarden tot hervatting van het rechtsgeding, overeenkomstig art. 258 B. R., het verzuim van den gedaagde om binnen den termijn van verjaring der instantie, ter vervanging van zijn overleden procureur een nieuwen procureur te stellen, geenszins tegen de vervallen-verklaring der instantie obsteert.

Arr.-R. Dordrecht, v. 24 Oct. 1853, W. nº. 4552.

8. Alleen de gedaagde, niet de eischer, heeft het recht de vervallenverklaring der instantie te vorderen, dewijl de eischer uit den aard der zaak geen belang kan hebben om tot die vervallen-verklaring te ageeren vermits het effect daarvan het door hem aangevangen rechtsgeding zou vernietigen, terwijl de gedaagde daarentegen er groot belang bij heeft, dat hij uit een proces geraakt, waarin hij zijns ondanks gewikkeld is.

Even als de wet den duur der actiën zelve heeft bepaald, heeft zij ook een termijn voor de uitoefening dier actiën vastgesteld, na verloop van welken, indien die begonnen uitoefening niet is vervolgd, de partij, tegen wie zij is gericht, vragen kan, dat zij worde verklaard vervallen zoodat het verloop van den termijn, vereischt tot de vervallen-verklaring eener instantie, beschouwd moet worden als eene soort van praescriptie, zijnde een exceptioneel middel, door den gedaagde tegen den eischer verkregen.

Arr.-R. Groningen, v. 16 Dec. 1853, R. B., jg. 1854, p. 433 en 434. — Cf. art. 282 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum, sub nº. 2.

Zie ook navolgende beslissing:

Hoezeer de wet uitgaat van de onderstelling, dat de eisch tot vervallen-verklaring der instantie altijd zal worden gedaan door den gedaagde, is, indien zulks door den eischer geschiedt, en de gedaagde daartegen geene bedenking opwerpt, de rechter zeker niet verplicht, ambtshalve die vordering te ontzeggen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Mei 1867, W. nº. 2030.

9. Zie ten betooge, dat de termijn, vermeld in art. 279 B. R., niet is van toepassing op appellanten, welke in cas van art. 79 B. R., niettegenstaande de sommatie van den verschenen mede-geintimeerde, in

gebreke zijn gebleven met de beteekening enz. in laatstgemeld artikel bevolen. —

het sub art. 79 B. R., nº. 2, vermeld arr. v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 27 Jan. 1848.

10 Zie het vonnis vermeld sub art. 277, nº 22.

Art. 280.

Daargelaten in hoeverre de onbepaalde remise, met wederzijdsche toestemming van partijen, door den rechter verleend, de peremptie zou kunnen beletten, kan zulks nimmer het geval zijn daar, waar, gelijk in specie, die onbepaalde remise op verzoek van slechts één partij, en alzoo buiten weten van de andere partij, is verleend geworden, wier recht aan deze door dergelijk uitstel niet kan worden verkort.

P. H. v. Zeeland, v. 25 Sept. 1849, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 483.

Art. 281.

1. Een eisch tot vervallen-verklaring der instantie moet als ondeelbaar in zijne strekking en gevolgen aan al de oorspronkelijke litisconsorten worden toegewezen of ontzegd, met dat gevolg, dat voor de geldigheid van den eisch tot vervallen-verklaring de mede-werking van al de litis-consorten wordt gevorderd.

Arr. v. 1 Febr. 1850, W. nº. 4111; R. dl. XXXIV, § 82 en 83, v. d. HONERT, *B. R.*, dl. XI, p. 173—189; vernietigende het daartoe betrekkelijk en in een tegenovergestelden zin gewezen arr. van 't P. H. v. Zeeland, v. 30 Jan. 1849, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 475 sqq. — Cf. MERLIN, *Questions de Droit, voce peremption d'Instance*, § 6, nº. 2, ed. Brux., XI, p. 288 sqq., de conclusie van den proc.-gen. bij den H. R., v. d. H., ut supra, p. 179—186 en R., ut supra, p. 349—356.

2. De letter en de geest der voorschriften zoo van de Fransche als van de Nederlandsche wetgeving, laten geen twijfel over, of de bevoegdheid van een gedaagde, om te vorderen dat de instantie vervallen verklaard zal worden ten gevolge van het niet door den eischer, binnen den bij de wet bepaalden tijd voortzetten der zaak, gaat verloren indien die eischer, eer de vordering tot vervallen-verklaring is gedaan, eene geldige proces-acte heeft verricht, waaruit tot zijn wil ter voortzetting van de begonnen instantie moet worden besloten.

Arr.-R. Arnhem, v. 28 Juni 1839, R., dl. III, § 43.

3. Exploiten, strekkende tot overbrenging van eene zaak, uit krachte van art. 53 der wet op den overgang gedaan, moeten beschouwd worden als in den zin der wet te zijn behoorlijke proces-acten, geschikt om de bevoegdheid der gedaagden tot den eisch van peremptie of vervallenverklaring, welken zij tot op dat oogenblik toe niet hadden ingesteld, te doen ophouden.

Arr.-R. Arnhem, v. 28 Juni 1839, R., dl. III, § 43.

4. De vordering tot vervallen-verklaring der instantie wordt geacht reeds van zelve te bevatten de overbrenging van het geding, hetwelk reeds voor eenig door de invoering der nieuwe wetgeving opgeheven rechtelijk college was aanhangig geweest.

Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Aug. 1843, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 142; — anders bij arr. van 't P. H. v. Drente, v. 25 Nov. 1843, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 188 en 189, waarbij, met het oog op artt. 256 en volgg. en bepaaldelijk art. 264 B. R., is beslist, dat de overbrenging van eene zaak, welke reeds vóór de invoering der nieuwe wetgeving is aanhangig geweest en de vervallen-verklaring der instantie niet bij één en hetzelfde vonnis bij verstek kan worden uitgesproken.

5. De rechter kan niet de vervallen-verklaring der instantie uitspreken, wanneer daartoe niet expresselijk wordt geconcludeerd, maar de partij, die haar wil doen gelden, zich ten opzichte daarvan aan het oordeel der Rechtbank refereert, tevens omtrent de zaak zelve ten principale concludeerende.

Arr.-R. Amsterdam, v. 30 Jan. 1844, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 714.

6. De vordering tot vervallen-verklaring vervalt niet ten gevolge van de beteekening van stukken, namens de tegenpartij of haren opvolger, welke heeft plaats gehad, nadat de eisch tot overbrenging der zaak en vervallenverklaring der instantie was ingesteld.

P. H. v. Drente, v. 29 Juni 1844, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 190—193.

7. Het provisioneel staken der hoofdvordering door den eischer, ten gevolge van een door de gedaagden aan den Koning extrajudiciëel gedaan verzoek, tot erkenning van hun eigendomsrecht op de door het domein bij de dagvaarding gereclameerde gronden, kan geen grond van niet-ontvankelijkheid opleveren tegen het verzoek tot peremptie.

P. H. v. Zeeland, v. 26 Maart en 3 April 1849, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 478—480, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Goes, v. 18 Sept. 1848, *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 364 en 365.

8. Alleen processueele handelingen en geene onderhandelingen tusschen de partijen, om de zaak in der minne bij te leggen, kunnen den eisch tot vervallen-verklaring der instantie schorsen.

Arr.- Groningen, v. 3 Juni 1853, R. B., jg. 1854, p. 425—428.

9. Ook het geven van uitstel tot het nemen van conclusie moet als eene voortzetting worden beschouwd, die de vervallen-verklaring uitsluit.

Arr.-R. Amsterdam, 29 Dec. 1876, aangehaald in R. B., jg. 1877, afd. A, p. 9.

Art. 282.

1. Eene eenvoudig acte (zoo als die benaming in het W. v. B. R. meermalen voorkomt) is eene proces-akte, welke in den loop der instantie, vanwege den procureur van één der partijen aan dien zijner wederpartij wordt beteekend en waarvan de beteekening ingevolge art. 133 B. R. moet geschieden aan de gekozene woonplaats bij den gestelden procureur, ten ware de aanlegger eene andere keuze had uitgedrukt.

Het beteekenen van eene zoogenaamde eenvoudige akte aan de werkelijke woonplaats van de partij zou zijn in strijd met den aard en het wezen der akte zelve, en kan dan ook uit dien hoofde de wetgever, bij het aangehaalde art. 282, geene andere beteekening, dan die aan de gekozene woonplaats, hebben bedoeld.

Idem, Hof Amst. Amsterdam, 24 Juni 1886, W. 5350.

Arr. v. 1 Febr. 1850, W. nº. 1114; R., dl. XXXIV, § 82; v. d. H., *B. R.*, dl. XI, p. 173—189; idem bij arr. v. 't P. H. v. Zeeland, v. 30 Jan., en 6 en 27 Maart 1849, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 475—480; idem P. H. v. Overijsel, v. 23 Dec. 1867, bij Mr. Hertzveld, ut supra, blz. 80; idem ten betooge dat onder de benaming «*eenvoudige akte*» naar stijl van wet ook niet kan worden verstaan een deurwaarders-exploit, bij vonnis van de Arr.-R. Dordrecht, v. 24 Oct. 1853, W. nº. 1552; idem ten betooge dat door eenvoudige akte wordt verstaan eene procureurs-akte, die beteekend wordt aan de woonplaats door partij gekozen, P. H. v. Groningen, v. 14 April 1863, W. nº. 2518; idem *Opm. en Med.* dl. XV, blz. 118 sqq.; verg. voorts Oudeman, *B. R.*, dl. I, 4de ed., p. 316, welke schr. op pag. 317 opmerkt, dat wanneer de procureur ontbreekt, de akte kan beteekend worden aan de partij zelve of aan hare woonplaats, en, waar de partij

een procureur heeft, ook aan dezen. Verg. v. d. Honert, *Form. boek*, 3de druk p. 166 sqq. die twee formulieren opgeeft: het eene, nl. procureurs-akte, voor het geval de wederzijdsche procureurs nog als zoodanig occupeeren, als wanneer de beteekening geschiedt èn op de gewone wijze van akten van procureur tot procureur èn bovendien aan de partij in persoon of ter harer woonplaatse, het andere, voor het geval beide of een van beide procureurs niet meer occupeeren, in den vorm — van en beteekend op de wijze van een gewone dagvaarding.

Anders P. H. v. N.-Brabant, v. 18 Nov. 1862, W. n°. 2469, waarbij werd beslist, dat de akte altijd moet beteekend worden aan *partij zelve* of aan hare *werkelijke* woonplaats.

2. De bepaling van art. 282, al. 2, B. R., met betrekking tot de compensatie van kosten, vervangende die van den Code de Proc. Civ., volgens welke de principale eischer in alle kosten van de vervallen procedure veroordeeld wordt, is geenszins in strijd met het beginsel dat alleen de gedaagde en niet de eischer het recht heeft, de vervallenverklaring der instantie te vorderen, terwijl die bepaling, blijkens de beraadslagingen hierover, enkel en alleen is gemaakt, omdat die compensatie billijker scheen dan de veroordeeling van den principalen eischer in de kosten, vermits toch de voortzetting der zaak onder het bereik van den verweerder is en hij derhalve ook in zekeren zin medegewerkt heeft om de instantie te laten perimeren, zoodat men uit die bepaling omtrent de compensatie van kosten, geenszins de gevolgtrekking kan maken, dat de principale eischer daarom ook het recht heeft de peremtie van het door hem zelf aangevangen rechtsgeding te vragen en ons hedendaagsch recht alzoo daarin zou verschillen van het Fransche recht, volgens hetwelk de eischer de bevoegdheid daartoe niet had.

Arr.-R. Groningen, v. 16 Dec. 1853, R. B., jg. 1854, p. 433 en 434. — Cf. art. 279 B. R., vonnis v. dezelfde Arr.-R. v. denzelfden datum, sub n°. 8.

3. Zie ten betooge, dat in cas van art. 282, al 2, B. R., de kosten van de procedure tot vervallen-verklaring, ingevolge art. 56 B. R., komen ten laste der in het ongelijk gestelde partij, indien deze den daartoe strekkenden eisch heeft bestreden —

art. 56 B. R., arr. van 't P. H. v. Drente, v. 29 Juni 1844, sub *B.* n°. 21.

4. De procureur is als *dominus litis* bevoegd de vordering tot

peremptie, (die als een accessoir van het geding moet beschouwd worden), zonder bizondere lastgeving van zijn client aantevangen: het instellen van die vordering is van waarde, ook dan, wanneer de cliente op dien tijd overleden was, maar de procureur daarvan onkundig is.

P. H. v. Groningen, v. 14 April 1863, W. nº. 2518, reeds aangehaald sub nº. 1.

Art. 283.

Onder *verklaringen* in dit artikel kunnen niet anders worden verstaan dan zoodanige verklaringen, die onbetwist van de partij zelve, tegen wie men er zich op beroept afkomstig zijn, zoo en in dier voege als zij van de partij zelve zijn uitgegaan. Daaronder kunnen de overwegingen van een vonnis *quoad facta*, en allerminst van een vonnis van den kantonrechter niet worden begrepen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Dec. 1880, W. nº. 4615.

Art. 285.

1. Interventie heeft naar de wet ten doel om in een rechtsgeding, hangende tusschen andere partijen, tusschentekomen. Derhalve kan de requirant van interventie niet worden toegelaten tot het geheel overnemen van een geding, met buiten-proces-stelling desverlangende van den oorspronkelijk gedaagde.

Arr. v. 15 Juni 1849, W. nº. 1035; R., dl. XXXIII, § 8; v. d. Honert, *G. Z.*, dl. IX, p. 126—153; idem de Pinto, *Hdl.*, *B. R.*, II, 1, p. 375 (2de ed. p. 400) en Oudeman, *B. R.*, 4de ed. dl. I, p. 318 sq. Eerstgemelde, gewag makende van het verschil tusschen voeging en tusschenkomst ingevolge de definitie daarvan door de Regeering gegeven in hare memorie van toelichting (namelijk dat de eigenlijke voeging te pas komt, wanneer een derde belang heeft zich met eene der partijen te voegen, en dan de partij en de *gevoegde* te zamen in het geding blijven; terwijl de *intervenient* eigenlijk in de plaats der partij tusschentreedt (zie v. d. Honert, *Hdb.*, p. 353) maakt hierbij tevens (geheel in overeenstemming met voormeld arr.) de opmerking dat men daaruit evenwel niet moet opmaken, dat de intervenient ooit in eenig geval de zaak van één der partijen kan overnemen en deze buiten het geding stellen, gelijk zulks alleen plaats heeft ingeval van vrijwaring wegens zakelijke rechten (art. 70). — Vgl. echter hiermede een vonnis

Zie over het onderscheid tusschen voeging en tusschenkomst Rb. Rotterdam W. Nov. 1895 P. v. J. 1896 n° 22. Wie tusschenkomt mist het recht uitsluitend te concludeeren tot intrekking der vordering, door deze 793 E. ingesteld. Anders Rb. den Haag (Art. 285. 23 Mei 1900 W. n° 7501: wie toegelaten is als tusschenkomende partij kan zich voegen bij den ged. en concludeeren tot intrekking van de vordering. Zie ook Hof den Haag 15 Mei 1905, W. n° 8267. Rb. Arnhem 9 Mei 1912 W. n° 9460: de als tusschenkomende partij opgetreden intervenient kan de rol van betwisting der vordering op zich nemen. Zie ook Rb. R. 4 April 1911, W. no 6405.

van de Arr.-R. Amsterdam, v. 20 Dec. 1839, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 890, uit de niet duidelijke redactie waarvan zou kunnen worden opgemaakt, dat daarbij het tegenovergesteld beginsel zou zijn aangenomen, als zijnde beslist, dat, wanneer de intervenient beweert, dat de zaak hem alleen en *principaliter* aangaat, hij diensvolgens eene der partijen, die *in lite* tegen elkander overstaan, of ook wel beide van zich afkeert, *en buiten het proces stelt*. Cf. LIPMAN, *R. B.*, p. 139, die doet opmerken, dat vroeger hier te lande de *tusschenkomende* partij het geding overnam.

2. Wanneer de rechter *a quo* het belang van den intervenient heeft aangenomen o. a. op de omstandigheid dat de partij bevoegd zoude zijn den intervenient in het aanhangig geding in vrijwaring op te roepen, kan die rechter niet gezegd worden het recht tot tusschenkomst te hebben verward met dat tot oproeping in vrijwaring.

Arr. v. 9 Jan. 1863, W. n°. 2448; v. d. H., *B. R.*, dl. XXVII, p. 206—220.

3. Degeen, die ofschoon in eersten aanleg geene partij zijnde geweest, in hooger beroep door de appellanten is geroepen, om zich bij hen in het geding te voegen en wiens verzoek om voor het Hof als intervenient op te treden, alleen is afgewezen op grond van zijne dagvaarding als geïntimeerde, waardoor hij reeds partij was in het geding en dus geen verlof meer behoefden moet niettemin worden aangemerkt, als toegelaten om zich te voegen of tusschen te komen.

Arr. v. 24 Maart 1864, W. n°. 2576; R., dl. LXXVI, § 33. Zie het arrest v. 't P. H. v. Gelderland, v. 30 Oct. 1861 in W. n°. 2338, waarbij den geïntimeerde zijn eisch tot voeging of tusschenkomst ontzegd was.

Het arrest waartegen de cassatie gericht was is van 28 Jan. 1863, te vinden in W. 2472.

4. Hij die in een onteigeningsproces intervenieert en in het gelijk gesteld wordt, mag niet eenige proceskosten dragen, ook niet die veroorzaakt door eene *nadere* expertise, *al heeft de tusschenkomst eerst bij de eindconclusie plaats gehad*.

Arr. v. 12 Juni 1871, W. n°. 3336, R., dl. XCVIII, § 19, vernietigende vonnis der Arr.-R. Rotterdam, v. 8 Mei 1871. Verg. ook Mr. W. THORBECKE: «stelsel en toepassing der onteigeningswet» blz. 87.

Zie echter Arr.-R. Amsterdam, v. 19 Mei 1868, W. n°. 3014, waarbij is beslist, dat de intervenient, wiens vordering wordt toegewezen, doch eenigelijk geconcludeerd had tot veroordeeling van de *tegensprekende* partij in de kosten, bij gebreke van tegenspraak in de kosten der interventie moet veroordeeld worden; cf. Arr.-R. Assen, v. 17 April 1869, sub art. 285 B. R., n°. 47c.

Voor hufleenkomst is voodig een belang, dat steunt op een met den strijd tusschen de hoofdpartijen verband houdend recht, dat door den verzoeker in rechte, ook in een afzonderlijk geding tegen de hoofdpartijen zou kunnen geldig gemaakt Art. 285.) worden / (vgl. Beslissingen dat de recht ter, ook bij gemis van /: Hof Amsterdam 28 Juni 1905, W. 8063) / tegenspraak moet onderzoeken of er voldoende

/ gronden zijn om het verzoek toe te staan.

5. Hoe algemeen ook moge zijn de bij dit art. toegekende bevoegdheid van elken belanghebbende tot tusschenkomst in een tusschen anderen gevoerd geding, moet zij niettemin worden geacht te zijn uitgesloten, wanneer zij, zoo al niet uitdrukkelijk ontzegd bij eene bizondere wet, echter geheel in strijd is met hare strekking en met de door haar vastgestelde voorschriften.

Arr. v. 28 Maart 1872, W. n°. 3450; R., dl. C. § 37; v. d. H., *B. B.*, dl. XXXVII, p. 9—22, *in casu* gold het de interventie van den burgemeester van Amsterdam als opkomende voor de voormalige bij de wet van 5 Maart 1852 (*Stbl.* n°. 45) ontbonden verklaarde Wees- en Momboirkamer van Amsterdam.

Alg. Rotterdam 28 Juni 1901, W. n° 7707.

6. Ofschoon requiranten van interventie behooren aan te toonen het belang dat zij hebben bij de zaak, tusschen andere partijen aanhangig, strekt zich dit evenwel niet verder uit dan *summier* en *schijnbaar*, aangezien de toelating alleen is voorafgaande en voorbereidende, en geenszins *litis decisoir*, als blijvende de beoordeeling en beslissing ten principale ongepraejudicieerd en in haar geheel.

Verg. Alb. Middelburg 20 Mart. 1905 W. n° 6636.

Arr. v. 9 Mei 1873, W. n°. 3591, idem arr. Hof Curaçao, 16 Mei 1884, W. 5059; Arr.-R. Amsterdam, v. 20 Dec. 1839, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 890; idem Arr.-R. Assen, v. 19 Jan. 1846, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 402—404, naar luid waarvan bij de beantwoording der vraag, of de intervenient belang heeft bij de voeging of tusschenkomst, volgens den aard der zaak niet kan worden onderzocht, of hij zoodanige geldende middelen kan aanvoeren en bijbrengen, dat daarmede de primitieve vordering geheel en al zoude kunnen worden bestreden; idem Amsterdam, v. 7 Jan. 1852, R. B., jg. 1852, p. 189—195 (waarbij is beslist, dat het verzoek eerst dan zou moeten worden afgewezen, indien reeds dadelijk bleek, óf van de ongegrondheid der gronden van den requirant, óf van het gebrek van invloed daarvan op de hoofdzaak, waaromtrent het oordeel aan den rechter is overgelaten); idem P. H. v. Holland, v. 25 Maart 1840, W. n°. 110, naar luid waarvan tot de admissie der interventie wordt vereischt, dat ze in *onmiddellijk* verband sta met de zaak ten principale en de intervenient bij de beslissing daarvan belang hebbe; idem Arr.-R. Amsterdam, v. 8 Mei 1856, W. n°. 1804. Verg. ook Arr.-R. Rotterdam, 6 Jan. 1858, W. n°. 2128; arr. P. H. v. N.-Holland, v. 3 Mei 1855, W. n°. 1723, Arr.-R. Maastricht, v. 22 Febr. 1855, W. n°. 1636, ten betooge dat de vraag in hoeverre verzoekers tot interventie ontvankelijk of gegrond zijn in hun nader te doene vorderingen niet te onderzoeken valt bij gelegenheid van de contestatie over de interventie; zie verder ook het vonnis van laatstgen. Rechtbank van 26 Nov. 1868, W. n°. 3079. — Idem P. H. v. Groningen, v. 1 Sept. 1863, bevestigende vonnis Arr.-R. Groningen, v. 16 Jan. 1863, beide in R. B., jg. 1864, blz. 500 en 494. — Vgl. ook

Verg. over belang bij interventie (interventie van erfgenamen als in verband in een geding van medeerfgenamen tot vernietiging eener erfstelling), Hof Amsterdam 16 Jan. 1891, W. n° 5990.

hiermede 1°. het arr. v. 't P. H. v. N.-Brabant, v. 24 April 1839, R., dl. II, § 36, waarbij is beslist, dat de verzoeker tot interventie, die beweert eenig recht of aanspraak op aangehaalde goederen te hebben, dat recht, althans summierlijk, behoort aan te toonen, of ten minste zoodanige in rechten aannemelijke middelen voor te dragen, door welke dat recht zou kunnen worden bewezen, zonder in eenig onderzoek der zaak ten principale te treden, en 2°. een arr. van 't P. H. v. Limburg, v. 17 Mei 1852, W. n°. 1347; R. B., jg. 1853, p. 385—387, waarbij de eischers tot interventie geen voldoend bewijs van belang hadden bijgebracht of aangeboden bij te brengen, en uit dien hoofde hun eisch tot interventie als van allen grond ontbloot is afgewezen. — Vgl. wijders over den aard en het wezen van het belang, wanneer het kan geacht worden te bestaan en hoever het zich uitstrekt, met opgave van voorbeelden van het aanwezig zijn daarvan — DE PINTO, *Hdl. B. R.*, II, 4, p. 376 (2de ed. p. 401), DE MARTINI, ad art. *h* 3 en 4; PIGEAU, I. 278 en 279, CARRÉ, *Qu.* 1270. Zie ook Arr.-R. Maastricht, v. 26 Juni 1869, W. n°. 3137, ten betooge dat onder belang hier dat belang is te verstaan, hetwelk ieder er bij heeft, dat zijn recht niet worden verkort: Hof Amsterdam, van 17 Jan. 1879, W. n°. 4396, waarbij werd beslist dat een cognoscement van een kist boeken, waarop bij aankomst revindicatoir beslag is gelegd, aan den geconsigneerde, tevens cognoscementhouder genoegzamen titel oplevert om in het geding over dat beslag te intervenieeren. Vergelijk verder Arr.R. Alkmaar, v. 24 Juni 1869, W. n°. 3228, waarbij is beslist dat het belang moet zijn een persoonlijk, direct en rechtsbelang, waaronder b. v. niet te verstaan is het belang, dat een schuldeischer heeft bij den uitslag van een geding, waarin zijn schuldenaar betrokken is, doch wel te begrijpen is het belang van een derde, wanneer van de beslissing van een geding afhangt, of hij al dan niet eenig door hem bezeten onderpand zal zien wegnemen of verminderen en P. H v. Drente, v. 3 Sept. 1876, W. n°. 3254, R. B., jg. 1871, p. 759, waarbij is beslist dat hier wordt bedoeld een belang in rechten, en niet het volledig bewijs van het recht. Arr.-R. Utrecht, v 15 Juni 1864, R. B., jg. 1865, p. 196; cf. ook het sub hoc art. vermeld arr. P. H. v. Amsterdam, v. 22 Febr. 1878.

Rb. Rotterdam 16 Jan. 1891, W. n° 5990 (vordering tot vernietiging van een erfstelling door een der erfgenamen; interventie van de andere erfgenamen tot verdediging van de rechtsgeldigheid der erfstelling; beroep in cassatie verworpen, W. n° 6297).

Verg. Rb. Amsterdam 21 Oct. 1890, P.v.R. 1891 n° 16: het belang moet zijn een belang bij de handhaving van een recht, den verzoeker tot interventie persoonlijk en direct toekomende, waarop de beslissing der hoofdzaak van invloed kan zijn; bev. door Hof Amsterdam 10 Mrt. 1891, P.v.R. 1891, n° 40, W. n° 6009.

Verg. ook Hof den Haag 6 Jan. 1890 P.v.R. 1890, n° 30.

7. Op de ontzegging der vordering van den intervenient op *dezen* grond, »dat hij zijn belang, immers zijn dadelijk belang niet heeft bewezen" kan in cassatie niet worden teruggekomen.

Arr. v. 9 Mei 1873, W. n°. 3591.

(een bloot feitelijk belang is niet voldoende, er moet bestaan een belang, hetwelk het gevolg is van — en bestaat in een aanspraak van — een recht den verzoeker tot interv. toekomende); cass. verw. W. n° 6050.

8. De intervenient is niet-ontvankelijk in eene conclusie die met de principale vordering niets te maken heeft.

Hij moet in zoodanig geval in de kosten op de interventie gevallen worden veroordeeld.

Arr. v. 1 Juni 1877, W. n°. 4119, R., dl. CXVI, § 15, R. B., jg. 1879, A, p. 24.

Hier bedoeld in art. 285 Rv. wordt bedoeld een rechtsbelang en niet een bloot feitelijk belang: Rb. Amsterdam 7 Oct. 1912, W. n° 9399. Idem Rb. Breda 25 Mrt. 1913, W. n° 9750.

Vb. R. 26 Juni 1891, W. n° 6050.

9. Eene voeging als species van het genus *interventie*, wanneer namelijk een derde zich aan eene der partijen aansluit en met deze dezelfde verdediging doet (zie v. d. Honert, *definitie*, sub n°. 1), veronderstelt, dat de voegende en gevoegde partij, zoo al niet hetzelfde geldelijk belang, dan ten minste dezelfde reden van tegenspraak hebben en is die eigenlijk gezegde voeging volstrekt onmogelijk, indien het (gelijk *in casu*, waar door den oorspronkelijken eischer en den intervenient van denzelfden gedaagde hetzelfde gevorderd werd) tot het gebied der waarschijnlijkheid of mogelijkheid behoort, dat de oorspronkelijk gedaagde geene reden tot tegenspraak hoegenaamd heeft tegen de vordering van den oorspronkelijken eischer, en de verzoeker tot tusschenkomst zeker geene andere, dan om zijn vordering tegen den oorspronkelijk gedaagde zelven te doen gelden

Arr.R. Amsterdam, v. 12 Maart 1839, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 762—764.

10. De bewering van onwaarheden, welke in een proces-verbaal van aanhaling, uit krachte der Wet v. 26 Aug. 1822 (*Stbl.* n°. 38) opgemaakt, zouden zijn opgenomen, stelt geen middel van interventie, maar een middel ten principale daar.

P. H. v. N.-Brabant, v. 24 April 1839, R., dl. II, § 36.

11. Ook in het geval van actie tot toepassing van strafbepalingen, wegens overtreding der wetten op de in- en uitgaande rechten en accijnsen kan er (hoewel de berechting aan den correctioneelen rechter is opgedragen) door derden worden geïntervenieerd.

P. H. v. N.-Brabant, v. 24 April 1839, R., dl. II, § 36; idem (uit hoofde bepaaldelijk de vervolging krachtens de evengemelde wetten, soms meer tegen de goederen, welker confiscatie kan worden gevorderd, dan tegen de delinquenten is gericht) bij vonnis van de Arr.-R. Breda, v. 3 Aug. 1846, W. n°. 738.

12. Iemand kan alleen dan als intervenient worden toegelaten, wanneer hij geene partij in het aanhangig rechtsgeding is en zijne belangen zonder die interventie zouden kunnen worden in gevaar gebracht

Arr.-R. Amsterdam, v. 2 Mei 1839, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 771.

13. Art. 285 en volgg. zijn ook van toepassing op ondeelbare verplichtingen tot het doen van rekening en verantwoording (in specie

het aanvaarden van eene nalatenschap onder beneficie van inventaris, door onderscheidene erfgenamen onder vigueur van den Code Nap.), met dat gevolg, dat, indien slechts één dier belanghebbenden (*in casu* tot het doen van rekening) in rechten wordt aangesproken, de medebelanghebbenden door voeging of tusschenkomst in het geding voor hunne belangen kunnen waken.

Arr.-R. Utrecht, v. 27 Dec. 1839, R., dl. V, § 26, bevestigd, wat het dispositief betreft (doch alleen op grond dat de mede-belanghebbenden door eene buiten hen afgelegde rekening niet kunnen bevoordeeld of benadeeld worden en deze voor hen is eene *res inter alios acta*), bij arr. v. 't P. H. v. Utrecht, v. 14 Juli 1840, R., ut supra; *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 363—365. — Cf. art. 1096 B. W., sub n°. 4, en het op art. 159 B. R., mede sub n°. 4, vermeld arr. v. hetz. P. H. v. denz. datum.

14. Een eisch tot eene zoogenaamde *déclaration en jugement commun*, ook wel *passieve* tusschenkomst geheeten (eene derde soort van tusschenkomst waarvan de Fransche schrijvers, doch niet de Code de Pr. Civ. gewagen) wordt in de rechtspraktijk toegelaten tegen personen, die belang hebben bij een hangend of voldongen proces, *zonder daarin partij te zijn geweest*, en aan wie te dier zake het middel van interventie of van verzet door derden is toegestaan.

Rb. Roermond 9 Nov. 1893 W. n° 6796.

Rb. te Roermond, 16 Oct. 1888, W. n° 5671.

P. H. v. N.-Brabant, v. 15 Sept. 1840, W. n°. 294; R., dl. V, § 64. — Vergelijk hiermede Oudeman, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 323 en de Pinto, *Hdl. B. R.*, II, 1, p. 375, (2de ed. p. 400), die, met een beroep op Merlin, *Rép. in voce intervention*, § 4, no. 3; Carré, *Qu.* 1271 en Berriat St. Prix, van oordeel zijn, dat men bij een zoodanigen eisch tot verklaring van gemeenschappelijk vonnis, een derde, wien men beweert belang te hebben in een aanhangend rechtsgeding, noodzaakt zich daarin partij te stellen, ten einde het te wijzen vonnis ook voor hem verbindend te maken, en te voorkomen, dat hij het later door middel van verzet door derden aanvalle. — Oudeman, l. c. meent, dat ook die derde tusschenkomst bij de Nederl. wetgeving niet is verboden, maar veeleer uit art. 376 B. R. het tegendeel zou kunnen worden afgeleid en geeft, met aanhaling van Carré, *Qu.* 1271, noot 4 en Berriat St. Prix, p. 323, de wijze op, hoe men den eisch tot verklaring van gemeenschappelijk vonnis zal moeten instellen. — De Pinto echter acht het bedenkelijk een zoodanig rechtsmiddel bij het volkomen stilzwijgen der wet toe te laten vooral bij ons, waar het geheele onderwerp der tusschenkomst met veel meer zorg en volledigheid is ontwikkeld dan in den Code de Pr. C., en meent dat zulks in ieder geval niet uit art. 376 B. R. kan worden afgeleid. — Vgl. hiermede een vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 20 Maart 1851, W. n°. 1244, waarbij is beslist, dat, aangenomen dat de passieve interventie onder de Nederl. wetgeving is toegelaten, zij dan in

Partijen hebben niet het recht een derde te dwingen tusschen te komen: Rb. Utrecht 9 Juni 1897 P.v.T. 1897 n° 52 (vordering dat de rechter gelaste dat een derde zal worden gedagvaard, afgewezen), W. n° 6907.

alle geval ingesteld moet worden tegen eene partij, die het recht zou hebben, om door verzet door derden tegen het te wijzen vonnis op te komen.

15. Het volgt uit den aard der zaak, dat eene vordering, om te mogen tusschenkomen, alleen daar kan geschieden, waar eenig geding, waar men belang bij meent te hebben, aanhangig is. Hieruit volgt, dat in cas van interventie het *domicilie* de competentie der Rechtbank niet kan regelen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 19 Dec. 1843, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 581—583.

16. Er bestaan geene termen tot voeging of vereeniging van twee appellen, van verschillende kanten ingesteld, tegen twee interlocutoire vonnissen in dezelfde zaak gewezen.

P. H. v. Drente, v. 5 April 1845, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 599—602.

17. De rechter is (*in casu* in geval van art. 523 B. W.) niet ambtshalve verplicht een interveniënt af te weren, of het recht van interventie te onderzoeken, indien partijen het daaromtrent eens zijn.

P. H. v. N.-Holland, v. 15 Jan. 1846, W. n°. 686.

18. Een interveniënt is voor alsnog niet-ontvankelijk in zijne conclusie tot het hooren op feiten en vraagpunten, zoolang hij nog niet als zoodanig in het geding is toegelaten.

Arr.-R. Assen, v. 19 Jan. 1846, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 402—404.

19. De bepaling van art. 749 B. R. ontneemt den origineelen debiteur het recht niet te interveniëren in het geding, ten fine van declaratie tusschen zijn crediteur en den derden gearresteerde, als zijnde het belang van den orgineelen debiteur daarin gelegen, dat, hoe minder de som is, welke de declarant verklaart aan hem verschuldigd te zijn, hoe minder hij, origineele debiteur, jegens zijn crediteur wordt ontheven.

Arr.-R. Amsterdam, v. 26 Jan. 1848, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 184—186.

Zie ten betooge dat een derde niet kan intervenieeren in een verklaringsproces, wanneer de beslagene niet tegen het beslag is opgekomen.

P. H. van Overijsel, v. 27 Mei 1839, bij Mr. Hertzveld, u. s. blz. 3.

20. Men kan in den zin van art. 285 B. R., belang hebben, dat de boedel, waarin men beweert crediteur te zijn, niet uit handen van

In het geding van art. 697 Rv. is hoofdelijkheid of weging van anderen, buiten de dadingsters niet toegelaten. Hof 's-Bosch 9 Mei 1899 W. nº 7380.

den curator, in wiens bezit en administratie eene wettelijke zekerheid gelegen is, overga in handen van wellicht niet-gerechtigden of minder solide bezitters, waardoor de wettelijke zekerheid zou kunnen verloren gaan.

Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 10 April 1849, W. nº. 1049.

21. De aanwijzing, waartoe de tusschenkomst zal moeten dienen, en welke dus de strekking zal zijn der ten principale te nemen conclusie, is niet voldoende om den rechter in staat te stellen, bij het vonnis van toelating tevens een eindvonnis te wijzen.

Arr.R. Amsterdam, v. 7 Jan. 1852, R. B., jg. 1852, p. 189—195. — Cf. art. 286 B. R., vonnis van de Arr.-R. 's Hage, v. 18 Jan. 1850, sub nº. 6.

22. Het voorstellen van middelen van ongegrondheid tegen den eisch tot interventie, vóór die van niet-ontvankelijkheid, heeft geenszins ten gevolge de voorgestelde niet-ontvankelijkheid te doen verwerpen.

P. H. v. Limburg, v. 17 Mei 1852, W. nº. 1347; R. B., jg. 1853, p. 385—387.

23. Bij eene vordering tot herstelling van zeker werk, tegen twee gedaagden ingesteld, welke beiden erkennen daartoe gehouden te zijn, doch waarvan de een beweert, dat de verplichting tot herstelling uitsluitend op hem rust, kan de eene gedaagde toegelaten worden als tusschenkomende partij in het geding, tusschen de eischers en zijn medegedaagde aanhangig, zonder dat het geding op de interventie eenig nadeel kan toebrengen aan de eischers welke daarbij geen belang hebben.

Arr.-R. Maastricht, v. 26 Mei 1854, W. nº. 1595. — Cf. met betrekking tot de veroordeeling in de kosten in dit geval — art. 56 B. R., vonnis van dez. Arr.-R. v. denz. datum, sub A, nº. 7.

24. De Rechtbank, die bij een eerder vonnis eene partij als tusschenkomende partij had toegelaten, is volgens alle beginselen van recht onbevoegd om bij een later vonnis in dezelfde zaak aan die partij hare conclusie om als tusschenkomende partij optetreden, te ontzeggen en alzoo het vroeger vonnis te vernietigen.

P. H. v. N.-Holland, v. 14 Sept. 1854, R. B., jg. 1856, dl. VI, blz. 1, W. nº. 1628.

Ook in een vorderzaak is intervention toegelaten. Hof Amsterdam 30 April 1891, W. nº 6056. Rb. Amsterdam 30 Oct. 1894, W. nº 6638, 10 Juni 1903, W. nº 8057. Hij, die verlangt te intervenieeren, behoeft niet op te geven, bij welke der partijen hij zich wenscht te voegen. Hof te Amsterdam s.c.

25. Er bestaat niet voldoende belang om te intervenieeren, wanneer de enkele grond voor interventie (*in casu in appèl*) deze is, dat de vordering òf aan den appellant òf aan den intervenient moet worden betaald. Hierdoor toch wordt het recht van eerstgenoemde niet betwist, en trekt de intervenient zijn eigen aanspraak in twijfel.

P. H. v. N.-Holland, v. 3 Mei 1855, W. nº. 1723.

26. Aan den intervenient *in appèl* kan niet toegewezen worden eene vordering, waarover in eersten aanleg alleen tusschen appellant en geïntimeerde is *gelitiscontesteerd*.

P. H. v. N.-Holland, 3 Mei 1855, W. nº. 1723, waarbij tevens werd beslist dat de intervenient zijn belang tegen toewijzing der vordering aan den appellant in deze instantie had kunnen doen gelden door het verzoek zich bij den geïntimeerde te voegen.

27. In een geding over de uitvoering van een bestaand pachtcontract is de intervenient op grond van beweerden eigendom niet ontvankelijk.

P. H. v. N.-Holland, v. 24 Mei 1855, W. nº. 1753.

28. Een crediteur, die ter verificatie in een faillissement zich geene partij heeft gesteld bij de betwisting eener vordering en mitsdien niet gerenvoieerd is naar de terechtzitting, kan later in het te dier zake gerenvoieerde geding niet intervenieeren.

Arr.-R. Amsterdam, v. 28 Nov. 1855, R. B., jg. 1856, dl. VI, blz. 74 sqq. De rechtbank overwoog, in strijd met de conclusie van het O. M., dat art. 825 W. v. K. eene stilzwijgende uitzondering bevat op den regel van dit artikel; art. 825 toch wil geen geding doen aanvangen, alvorens de R. C. getracht heeft partijen te vereenigen, en de gelegenheid daartoe heeft de R. C. niet gehad bij den crediteur, die bij verificatie het stilzwijgen bewaart en zich later door interventie partij stelt.

29. Indien men ook al aan het woord: *rechtsgeding* in dit artikel eene zóó letterlijke en ruime beteekenis toekent, dat daardoor een tweede gedaagde niet zou mogen interveniëren in het zoo genaamd judicieel contract tusschen een eischer en een eersten gedaagde (en zoo ook wederkeerig) dan nog zijn de gedaagden zelve, — volkomen in overeenstemming met de voorschriften der wet en met het onderwerp dezer *alternatieve* tegen de gedaagden ingestelde actie — bij machte

elkander in vrijwaring op te roepen, en, zoo doende, tusschen hen dat judicieel contract te vestigen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Juni 1856, R. B., jg. 1856, dl. VI, blz. 350—354.

30. Hij, die reeds *qualitate qua* partij in een geding is, kan in zijn privé daarin als intervenient optreden.

P. H. v. Z.-Holland, v. 27 April 1857, W. nº. 1867, vernietigende het vonnis der Arr.-R. Rotterdam, v. 7 Jan. 1857, W. nº. 1855; idem P. H. v. N.-Holland, v. 15 Mei 1862, W. nº. 2408; vernietigende Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Mei 1861, W. nº. 2294.

31. Degene, die bij eene dagvaarding eener firma mede is genoemd als ten name dier firma te hebben gehandeld, zonder dat hij wordt voorgesteld als *lid* der firma, kan verzoeken om in het geding te mogen tusschenkomen.

P. H. v. Z.-Holland, v. 14 Maart 1859, W. nº. 2048, vernietigende het vonnis der Arr.-R. Rotterdam, v. 30 Juni 1858, R. B., jg. 1859, dl. IX, p. 74.

32. De rechter is bevoegd te onderzoeken, of de verzoeker van tusschenkomst belang heeft in het rechtsgeding, ook indien partijen zich omtrent dat verzoek aan zijn oordeel hebben gerefereerd.

Arr.-R. Amsterdam, v. 31 October 1860, R. B., jg. 1862, dl. XII, blz. 546—549.

33. Eene commissie heeft geen belang en kan dus niet tusschen komen in een rechtsgeding, waarin de individuëele leden dier commissie, met ontkenning hunner kwaliteit, als bizondere personen worden aangesproken.

Arr.-R. Arnhem, v. 5 Sept. 1861, R. B., jg. 1862, dl. XII, blz. 313—320.

34. Wanneer de verzoeker tot interventie reeds partij in het aanhangig geding is, door dien de procureur van zijn mede-gedaagde zich ook voor hem heeft geconstitueerd, kan de tusschenkomst niet worden toegestaan.

Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Mei 1861, W. nº. 2294. De procureurstelling had *in casu* plaats gehad tegen den wil van den requirant tot interventie, en deze had wel zijn procureur na de constitutie bij exploit doen aanzeggen geene verdere handelingen te verrichten, doch tot nog toe niet ingesteld de actie van désaveu, die hij zich had voorbehouden. Verg. in verband met het bovenstaande, de Red. van 't R. B. jg. 1876, p. 151, en Mr. S. J. Hingst, *N. Bijdr.*, jg. 1875, p. 546, en het vonnis derzelfde

rechtbank van 26 Oct. 1875, R. B., jg. 1876, blz. 151, waarbij werd beslist dat de eene gedaagde de conclusie van den ander niet mag bestrijden.

35. Hij die belang heeft in een rechtsgeding, tusschen andere partijen aanhangig, kan daarin niet alleen tusschenkomen om de rechten van eene dier partijen te ondersteunen, maar kan evenzeer de interventie doen strekken om zelfstandig op te treden, de rechten des noodig van beide partijen te betwisten en voor zich eene nieuwe vordering te doen gelden omtrent het litigieuse onderwerp.

De intervenient, bewijzende feitelijk eenig ingeschreven hypothecaire schuldeischer te zijn geworden, heeft het recht zich tegen den door den vroegeren hypothecairen schuldeischer aangekondigden verkoop van het verbonden onroerend goed te verzetten, op grond, dat diens inschrijving niet meer bestond.

Arr.-R. Rotterdam, v. 27 (16) Jan. 1868, W. n°. 2991, R. B., jg. 1868, blz. 100.

36. Wanneer de intervenient de veroordeeling in de kosten alleen heeft gevraagd bij *tegenspraak*, moet bij gemis van tegenspraak hij de proceskosten dragen, ook al worden zijn conclusiën toegewezen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 19 Mei 1868, W. n°. 3014; zie verder hiermede in verband aant. 9 op art. 56 E.

37. Eene interventie is *niet* gegrond, hierop steunende, dat een schuldeischer, door conservatoir beslag te hebben gelegd onder handen van een derde, reeds daardoor alleen ook beslag zou hebben gelegd onder handen des schuldenaars van dien derde.

Arr.-R. Maastricht, v. 26 Juni 1869, W. n°. 3137, bevestigd bij arr. P. H. v. Limburg, v. 10 Jan. 1870, W. n°. 3179, beide vermeld ad art. 735 B. Rv.

38. Een gedaagde tot vrijwaring, die zich als gevoegde partij krachtens art. 72 Rv. wil stellen in het geding op de hoofdzaak, moet hiertoe een formeel verzoek aan den rechter doen, conform de artt. 141 en 285 sqq. B. Rv.

P. H. v. Groningen, v. 14 Sept. 1869, W. n°. 3158.

39. De onderteekenaar van een orderbillet heeft geen belang om te intervenieeren in een proces tusschen den houder van dat accept en den avalgever.

Arr.-R. Amsterdam, v. 1 Mei 1873, R. B., jg. 1875, afd. *A*, p. 241, bevestigd wat het dispositief betreft bij arr. P. H. v. N.-Holland, v. 2 Dec. 1875, R. B., 1876, afd. *A*, p. 139. Het Hof oordeelde de interventie in het algemeen wel toelaatbaar, maar achtte *in casu* het belang niet aangetoond.

10. Een interveniënt, die niet zelf in hooger beroep is gekomen van het vonnis, waarbij, in strijd met zijne conclusie in eersten aanleg, de vordering der oorspronkelijke eischers is toegewezen, kan ook in appèl tegenover die partij niet anders concludeeren dan tot bekrachtiging van het vonnis, of eene lijdelijke houding aannemen, en, deze gedragslijn niet in acht nemende, moet hij niet-ontvankelijk verklaard en in de kosten veroordeeld worden.

P. H. v. N.-Holland, v. 28 Mei 1873, W. n°. 3612.

11. Interventie en voeging zijn slechts te beschouwen als een verkorte proces*vorm*, ten einde de tusschen meerdere partijen bestaande geschillen *simul et semel* te beslechten, doch kunnen niet strekken om aan de interveniërende of zich voegende partij rechten te geven, die zij niet reeds overeenkomstig het burgerlijk recht bezat.

Eén interveniënt mag derhalve wel conclusiën tegen de oorspronkelijk litigeerende partijen nemen, doch geene andere, dan die eene reeds bestaande rechtsbetrekking tot grondslag hebben.

P. H. v. N.-Holland, v. 28 Mei 1874, W. n°. 3779.

12. Een ieder, die in de procedure tot onteigening verlangt te intervenieeren, behoort zich steeds vooraf in elken stand van het geding tot den rechter te wenden, met het verzoek om te mogen tusschenkomen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Mei 1877, W. n°. 4141.

13. Er bestaan dan slechts termen tot interventie, wanneer er voor dengeen, die het verzoek doet, gevaar bestaat, van bij de uitspraak in zijn belangen te worden benadeeld.

Arr.-R. Amsterdam, v. 4 Febr. 1878, R. B., 1879, *A*, p. 48, waarbij werd beslist dat wanneer bij het vonnis kan worden bepaald het saldo, waarvoor de eischer *casu quo* crediteur van een derde zal worden, deze laatste belang heeft te intervenieeren; cf. arr. P. H. v. Z.-Holland, v. 9 Mei 1859, W. n°. 2062, waarbij werd beslist dat waar de gevolgen eener veroordeeling van eene der partijen op den intervenient zouden terugwerken, deze het vereischte belang tot tusschenkomst heeft.

44. Het gevolg der toelating tot interventie is niet, dat des intervenients beweerde *rechten* als juist worden erkend. Voldoende vereischte tot toelating toch is, dat hij summierlijk zijn belang (d. i. den feitelijken grondslag van zijn beweerde rechten) aantoone.

Hof Amsterdam, v. 22 Febr. 1878, W. n°. 4307, R. B. jg. 1879, *A.* p. 22 bevestigende vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 3 Mei 1877 t. z. p. p. 21; cf. het sub n°. 6 van dit artikel aangeteekende.

45. De provisioneele bewindvoerder kan intervenieeren in een geding waarin de curandus, gedaagde bij verstek is en alsdan het middel van niet-ontvankelijkheid opwerpen, gegrond op het feit dat de gedaagde mist het *jus standi in judicio*. —

Arr.-R. Amsterdam, 13 Oct. 1879, R. B., jg. 1880, *A.* p. 43; verg. ook Arr.-R. 's Bosch, v. 22 Oct. 1856, W. n°. 1822.

46. Dit artikel is niet van toepassing bij een geding van ten uitvoerlegging op een onroerend goed. Daarbij is geen andere tusschenkomst toegelaten dan die van hem, die het beslagen goed als zijn eigendom wil opvorderen.

Arr.R. Maastricht, v. 26 Febr. 1881, W. n°. 4650, R. B., jg. 1881, *A.* p. 250.

47. Zie ten betooge:

a. Dat bij de vordering *judicatum solvi*, in *enkele* gevallen eene der (buiten den eischer en den gedaagde) overige partijen grootendeels belang kan hebben, om in zoodanige contestatie te intervenieeren en zich partij te stellen, welke partij in dit geval voorzeker gerechtigd is afschrift der conclusiën te vorderen met betrekking tot het incident, dat exclusief tusschen den oorspronkelijken eischer en gedaagde genomen wordt, benevens dag-bepaling te vragen tot het nemen harer conclusie —

art. 72 R. R., sub n°. 2 en 152 ibid., sub n°. 6, vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, van 1 Dec. 1841.

b. Dat indien de reeders afstand van vracht en schip hebben gedaan, zij, met het oog op de algemeene rechtsbeginselen omtrent het abandon, niet-ontvankelijk zijn om in een tusschen andere partijen hangende procedure, ter zake van een door deze gesustineerd wordend recht op de opbrengst van schip en vracht, te intervenieeren —

Art. 321 W. v. K., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Nov. 1845, sub nº. 8 (2de ed. nº. 7).

c. Dat indien, in cas van voeging of tusschenkomst, de hoofdvordering nietig of wel de hoofdeischer niet-ontvankelijk wordt, alsdan de incidenteele vordering het lot van de hoofdvordering volgt en alzoo de eerste staat en valt met de laatste —

S. M. in de *Opm. en Med.*, d. VII; p. 196—203, die zich tot staving van zijn gevoelen beroept op een arr. van 't Hof van Poitier v. 5 Juli 1826 en van Nimes, v. 16 Jan. 1832; idem Arr.-R. Assen, v. 26 Oct. 1857, W. nº. 1997, en v. 17 April 1869, W. nº. 3150; — anders echter bij arr. van 't Fransche Hof van cassatie v. 16 Juli 1834, (SIREY, t. XXXIV, p. 540) en bij CHAUVEAU ADOLPHE, *Les lois de la Proc. Civ.*, par CARRÉ, t. III, p. 138, no. 1273. Bij het vonnis der Arr.-R. Assen, v. 26 Oct. 1857 l. c. werd daarenboven beslist, dat de kosten der wettig gedane interventie, in cas van niet-ontvankelijk-verklaring van den oorspronkelijk eischer, moeten komen ten laste van dien eischer. Bij het vonnis der Arr.-R. Assen v. 17 April 1869, waar het de tusschenkomst gold ter gelegenheid van eene vordering tot onteigening, werd tacite beslist dat die kosten in geval van niet-ontvankelijk-verklaring van den origineelen eisch ten laste van den intervenient komen. Verg. het aangeteekende sub art. 56 L. B. Rv.

Art. 286.

1. Een appellant mag tegen een mede-geïntimeerde, die in eersten aanleg met hem is opgetreden als gevoegde partij (en mitsdien aldaar was des eischers mede-gedaagde en geenszins zijne partij), niet dezelfde weren en rechten inbrengen als tegen den principaal geïntimeerde.

Arr. v. 21 Mei 1847, W. nº. 821; v. d. H., B. R., d. IX, p. 54—69. — Cf. art. 339 B. R., arr. van denz. datum; art. 344 B. R., arr. van 't Hof v. Holland v. 4 Nov. 1840; art. 68 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam v. 18 Sept. 1846, sub nº. 11; art. 137 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 10 Nov. 1843, sub nº. 1 en art. 250 B. R., vonnis van de Arr.-R. 's Hage v. 19 Maart 1847 sqq., sub nº. 8.

2. Zoo de wet, ten opzichte van de vordering tot tusschenkomst, bepaalt, dat die bij verzoekschrift zal worden gedaan, houdt dit niet in, dat er een bizonder verlof des rechters noodig zoude zijn, om daartoe te worden toegelaten, maar is zulks alleen een gevolg van den ouden regel der Fransche wijze van procedeeren, bij het tegenwoordig Wetb. v. B. R. overgenomen, dat alle tusschengeschillen en tusschen-

Art. 286 (nieuw). De laatste conclusie is de conclusie waarmede het mondelinge debat wordt beëindigd vóór het overgeven der stukken aan den rechter, al mag van deze een interlocutoor vonnis worden verwacht: Art. 286.) Zbrf der Rbank 806 d. 1 Mei 1905, W. nº 8223, cass. verw. tb. R. 1 Dec. 1905, W. nº 8306.

komsten in eene bereids aanhangige rechtszaak, nimmer bij dagvaarding, maar steeds bij verzoekschrift moeten aangebracht worden.

Hieruit volgt, dat het mededeelen van gemeld verzoekschrift aan partij of partijen, vervangt de anders noodig zijnde dagvaarding en volmaakt dezelfde kracht heeft.

Arr.-R. Amsterdam v. 24 Dec. 1838, R. B., jg. 1842, d. IV, p. 263—265; idem OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., d. I., p. 320; — anders bij vonnis Arr.-R. Utrecht v. 12 Febr. 1879, vermeld sub art. 287 B. Rv. en DE PINTO, *Hdl. B. R.*, II, 4, p. 376 (2e ed., pag. 401), die het voorafgaand verlof niet alleen nuttig en noodig acht, maar zelfs meent dat het bij de wet in duidelijke woorden wordt voorgeschreven. — Cf. art. 288 B. R., vonnis van de Arr.-R. 's Hage, v. 18 Jan. 1850.

3. De bepaling van het 2de lid van art. 286 B. R. kan alleen dan van toepassing worden geacht, indien er stukken tot staving voorhanden zijn.

Hieruit volgt, dat waar die stukken ontbreken, hij, die zich in een rechtsgeding, hangende tusschen andere partijen, voegt of daarin tusschenkomt, bevoegd en gerechtigd is, om het belang, dat hij in dat rechtsgeding heeft, te bewijzen door een aan de partijen, tusschen welke dat geding hangende is, opgedragen eed.

Arr.-R. Assen, v. 4 Maart 1839, *Regt in Nederl.*, d. II, p. 31 en 32, vermetigende het daartoe betrekkelijk en in een tegenovergestelden zin gewezen vonnis van 't Ktg. te Meppel, *Regt in Nederl.*, l. c. — Vgl. hiermede een vonnis van de Arr.-R. Assen v. 19 Jan. 1846, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 402—404.

4. Wanneer eene kerkgemeente vraagt, als tusschenkomende partij in een geding te worden toegelaten, dan moet het daartoe strekkend verzoekschrift geschieden op naam der bestuurders, en is het niet voldoende wanneer daarin enkel de generieke benaming dier gemeente is uitgedrukt.

Arr.-R. Sneek, v. 27 Maart 1839, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 625 en 626.

5. De voorschriften der wet, volgens welke hij, die verlangt als tusschenkomende partij in een geding ontvangen te worden, de stukken tot staving van zijn vermeend recht, dadelijk behoort over te leggen, hebben wel ten gevolge, dat, bij gebreke van bewijsstukken, het verzoek tot tusschenkomst niet kan worden toegestaan, en dat eene nadere bewijsvoering den voortgang der hoofdzaak niet kan ophouden, maar

REPROGRAAF-INSTITUUT VOOR PRIVAATRECHT

er bestaan geene redenen, om, wanneer de hoofdzaak nog niet in staat van wijzen is, en partijen zich eenig en alleen bepalen tot het tusschengeschil over de bevoegdheid van den requirant tot interventie, van den algemeenen rechtsregel, dat men ook in hooger beroep nadere bewijzen mag bijbrengen, af te wijken, en de bevoegdheid hiertoe te ontzeggen aan de partij, die, in hooger beroep, met den origineelen eischer en gedaagde alleen over de kwaliteit van tusschenkomst gelitiscontesteerd hebbende, het gebrek van bewijs, op grond waarvan hij in eersten aanleg niet-ontvankelijk is verklaard, in eene tweede instantie tracht te herstellen.

P. H. v. N.-Holl. van 28 Mei 1846. R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 213—215, vernietigende het vonnis van de Arr.-R. Amsterdam v. 17 Sept. 1845, R. B. ut supra.

6. Het rechtsgeding wordt door een eisch tot interventie geschorst, met dat gevolg, dat het niet ten principale kan worden voortgezet, vóórdat op den eisch tot interventie is uitspraak gedaan en die uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.

Arr.-R. 's Hage v. 18 Jan. 1850. W. nº. 1100; verg. ook het sub art. 287 B. Rv. vermeld vonnis Arr.-R. Utrecht. v. 12 Febr. 1879. — Cf. art. 285 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Jan. 1852.

7. Er bestaat geene wets- of reglementsbepaling, die tot bestanddeel van een verzoekschrift tot interventie, schriftelijke machtiging van den cliënt op den postuleerenden procureur, veelmin de vertooning dier volmacht aan de wederpartij eischt.

P. H. v. Limburg v. 17 Mei 1852. W. nº. 1347; R. B., jg. 1853, p. 385—387.

8. Bij het rekwest dient duidelijk vermeld te worden van welk der beide middelen (voeging of tusschenkomst) men verlangt gebruik te maken.

Arr.-R. Deventer, v. 18 Febr. 1857. R. B., jg. 1857, dl. VII, blz. 565—570, dat ook omtrent het verschil tusschen beide middelen kan geraadpleegd worden. Het beslist, dat de voeging het middel is om ter ondersteuning van eene partij zich partij te stellen alleen tegenover de wederpartij, terwijl men bij wijze van interventie in het geding optreedt als derde partij, tot handhaving of bewering van eigen rechten, zich partij stellende èn tegen eischer èn tegen gedaagde. Zie daaromtrent ook de conclusie van den Subst.-Officier bij de Arr.-R. te Amsterdam, Mr. W. H. J. Jolles, in R. B., jg. 1857, dl. VII, blz. 424—425.

De toelating der interventie heeft een voorbereidend karakter. De eischer tot interventie behoeft zijne vordering eerst na de toelating te formuleeren. De aanwezigheid van een rechtstoelating bij de interventie heeft dit rechts aanmerkelijk te maken: Hof Amsterdam 15 Febr. 1901 W. n° 0629.

9. Dit artikel verbiedt den intervenient niet, om na de toelating tot interventie, andere gronden (*in casu* van niet-ontvankelijkheid) aan te voeren dan die, welke in het verzoekschrift zijn vermeld.

P. H. v. Gelderland, v. 18 Nov. 1874, gedeeltelijk vernietigende een vonnis van de Arr.-R. Zutphen, v. 18 Dec. 1873, beiden in W. n°. 3808. Zie intusschen navolgende beslissing:

De gevoegde partij is niet-ontvankelijk om bij conclusie den ingestelden eisch op andere gronden te bestrijden, dan in haar introductief verzoekschrift tot voeging zijn uitgedrukt, bepaaldelijk niet op exceptieve gronden.

Arr.-R. Groningen, v. 14 Sept. 1860, R. B., jg. 1862, dl. XII, bl. 95—100. — Cf. ook art. 134, sub n°. 74.

10. Waar de zaak ten principale op de gewone wijze is aangebracht, en daarna als summiere zaak is behandeld geworden, moet het verzoek tot interventie bij conclusie ter audientie geschieden, zooals is voorgeschreven bij art. 141 B. Rv.

Hof v. Justitie Curaçao, v. 16 Mei 1884, W. n°. 5059.

11. Zie omtrent de vraag, of in eene summiere zaak de interventie kan geschieden ter audientie, zonder het indienen van een verzoekschrift aan de Arr.-R. of voorafgaande beteekening aan partij —

art. 141 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam v. 9 Juni 1846 sqq., sub n°. 4.

12. Zie ten betooge:

dat op het verzuim van aanbod der stukken niet (even als op het verzuim der vermelding van de namen, beroep en woonplaats der tusschenkomende of zich voegende partij) kan geacht worden de straf van de nietigheid der akte te zijn gesteld —

DE PINTO, *Hdl. B. R.*, II. 1, p. 377 (2de ed., p. 402) en OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 321 en dat dit verzuim evenmin als dat van de stukken ter griffie over te brengen de niet-ontvankelijkheid van het verzoek tengevolge heeft. — vonnis Arr.-R. Maastricht 22 Febr. 1855, W. n°. 1656, bevestigd bij arr. Hof 10 Sept. 1855, W. n°. 1742.

Art. 287.

1. Indien de voeging of tusschenkomst betwist wordt, behoort de rechter, op daartoe uitgedrukt verlangen van eene der partijen, de afzonderlijke behandeling van dit incident toe te staan.

Het belang tot tusschenkomst moet zijn wettig, geoorloofd en rechtstreeks; het enkel behalen van voordeel of een zijdelingsch belang komt daartoe niet in aanmerking.

Een lid eener firma, die op het verzoek tot failliet-verklaring dier firma is gehoord, is, na geruimen tijd in het daarop gevolgde vonnis van failliet-verklaring berust te hebben, en alzoo voor zich zelven de termijnen van appèl of verzet te hebben laten verloopen, niet-ontvankelijk in zijn verzoek om zich te mogen voegen in het verzet, door het mede-lid der firma tegen dat vonnis ingesteld.

Arr.-R. Amsterdam, v. 3 Nov. 1859, W n°. 2165.

2. Al mogen de oorspronkelijk eischers in hunne conclusiën op de interventie de zaak ten principale behandeld hebben en door tal van bewijsstukken hebben toegelicht, kan vooralsnog niet ten principale worden recht gedaan, wanneer datzelfde niet het geval is van de zijde des requirants van interventie, die zich uitdrukkelijk in cas van admissie het nemen van conclusiën heeft voorbehouden, noch ook van den kant der oorspronkelijk gedaagden, die zich alleen ten aanzien van het verzoek tot interventie aan 's rechters oordeel hebben gerefereerd.

Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Mei 1861, W. n°. 2294. Verg. ook arr. P. H. Amsterdam, v. 17 Nov. 1879, R. B., jg. 1879, A. p. 226, waarbij werd overwogen, dat eene regelmatige procesorde medebrengt, dat vooraf worde beslist betrekkelijk de interventie; cf. het daartoe betrekkelijk vernietigde vonnis der Arr.-R. Amsterdam v. 29 Maart 1878, t. z. p. blz. 222, voornamelijk ter beoordeeling van de voorwaarden, waarop het verzoek tot interventie mag worden toegestaan of geweigerd.

3. De intervenient is bevoegd om op zijn verzoek om te mogen tusschenkomen en zich voegen eene voorafgaande beslissing der rechtbank te verlangen, niettegenstaande zijn verzoek *niet* wordt tegengesproken.

De oorspronkelijk gedaagde heeft alsdan recht te vorderen om de

De vordering, omtrent art. 287 Rv. gesproken, kan niet worden eene zelfstandige vordering v. d. interveniënt, maar alleen eene, op het in art. 285 genoemde belang gegrond. Rb. Rotterdam 2 Juni Art. 287.) Tijd, a. nr. 7157. 810

behandeling van de hoofdzaak uit te stellen, totdat door den rechter zal zijn uitspraak gedaan op het verzoek tot interventie.

Arr.-R. Utrecht, v. 12 Febr. 1879, W. nº. 4373, R. B., jg. 1879, A. p. 212.

Art. 288.

1. Het verzoek tot voeging is ontvankelijk op iederen dag voor het nemen van conclusiën bepaald, ook van die conclusiën, welke bij de artt. 138 en 139 B. Rv. niet met name zijn genoemd.

Arr. v. 10 April 1884, W. nº. 5027; R., dl. CXXXVI, § 54; v. d. H., *B. R.*, dl. XLIX, p. 325—337, ook vermeld sub art. 139 B. R. nº. 3; idem arr. Hof Curaçao, 16 Mei 1884, W. nº. 5059.

Vergelijk ook navolgende beslissing:

De interventie is nog geoorloofd zoolang er nog gelegenheid is gelaten tot het nemen van conclusiën, al zijn het de bij de wet in summiere zaken niet bekende conclusiën van re- en duplick.

Arr.-R. Rotterdam, van 10 Dec. 1877, R. B., jg. 1878, A, p. 133; idem Arr.-R. Amsterdam, 3 Mei 1877, R. B., jg. 1879, A, p. 21, cf. arr. Hof 's Bosch, v. 25 Sept. 1883, W. nº. 4962, waarbij is beslist, dat zoolang geen pleidooi, conclusie van het O. M. of uitspraak is bepaald, voor voeging of tusschenkomst gelegenheid bestaat.

2. Een mede-appellant, die, (gelijk *in casu*) na het overlijden zijner vrouw tevens ten haren name in hooger beroep is gekomen van een vonnis, in eersten aanleg tot beider nadeel gewezen, kan (tot redres daarvan) in zijne hoedanigheid van voogd der minderjarige kinderen, welke in de rechten van de overledene zijn opgevolgd, niet na het voldingen der procedure alsnog in voormelde kwaliteit als interveniënt in het rechtsgeding aangenomen worden.

P. H. v. Gelderland, *sine die*, W. nº. 199. — Cf. art. 343 B. R., hetz. arr.

3. De eischer in cas van interventie is, nadat het verzoekschrift daartoe strekkende (aan de Arr.-R. ingediend) aan de gekozen woonplaats van partijen is beteekend, deze daarop procureur hebben gesteld en ter audientie zijn verschenen, doch vóór dat daarop vonnis is ge-

Aan de gevoegde partij kan na het wijzen van de dupliek in de hoofdzaak nog een tusschenvonnis worden verleend om te concludeeren? Rb. Zierikzee 22 Sept. 1903

(Art. 288. W. n° 7002, bev. door Hof den Haag 28 Dec. 1905, W. n° 8562.

wezen, partij in het rechtsgeding en als zoodanig bevoegd bij procureursakte eene incidenteele vordering in te stellen.

Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 18 Jan. 1850, W. n°. 1100.

4. De interventie in eene rekenings procedure kan na het bij art. 772 Wetb. B. Rv. bedoelde vonnis niet meer worden toegelaten.

P. H. v. Z.-Holland, 31 Aug. 1871, W. n°. 3374, bevestigende vonnis der Arr.-R. 's Hage, v. 30 Juni 1871, W. n°. 3368.

5. Dit artikel is niet in het belang der openbare orde geschreven. Waar eischer en gedaagde zich niet verzetten, mag dus de rechter, ook al is in summiere zaken van eisch en antwoord gediend, het verzoek tot interventie geenszins niet-ontvankelijk verklaren.

P. H. v. N.-Holland, v. 30 April 1874, W. n°. 3727, vernietigende vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 17 Dec. 1873, W. n°. 3689; verg. aant. 1.

6. Al verbiedt dit artikel tusschenkomst, nadat de conclusiën door partijen ter terechtzitting zijn genomen, dan valt uit dit artikel, blijkbaar geschreven met het oog op een contradictoir geding, niet af te leiden, dat bij niet-verschijning van een gedaagde, tusschenkomst reeds zou zijn uitgesloten, zoodra er eenige conclusie voor den eischer is genomen. Evenzoo: ook in een vonnisvonnis is interventie toelaatbaar.

Arr.-R. Appingedam, v. 19 Febr. 1876, W. n°. 3969, R. B., 1877, A. p. 81.

Rb. Amsterdam 23 Dec. 1902, W. n° 6451.

7. Zie ten betooge dat, indien partijen op den dag, tot het nemen van conclusiën bepaald, deze niet nemen, maar overeenkomen die vóór den dag van pleidooi te wisselen, alsdan de interventie nog open staat, —

het sub art. 141 B. R., arr. v. 24 Mei 1850, n°. 1, vermeld arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 13 Juni 1842.

— De Pinto, *Hdl. B. R.*, II, 4, p. 376 (2de ed. pag. 404), meent, met een beroep op art. 353 B. R., dat tusschenkomst of voeging ontvankelijk is zelfs in hooger beroep, totdat door partijen conclusiën zijn genomen ter terechtzitting; anders door Penning, ad art., op grond dat in dit geval aan de oorspronkelijke partijen eene eerste instantie over dit geschil zoude worden ontnomen, waartoe zeker eene stellige wetsbepaling noodig zou zijn, enz.

Art. 126 is niet toepasselijk op het kort geding; bevoegd is de [illegible]
v. d. rechtbank, binnen welker ressort het gevaar zich voordoet dat
moet Art. 289) worden beslist. 812 Hof van Brab. 13 Nov. 1894, W.
n° 6569. H.R. 1 Mei 1896 W. n° 6811. Faure en R. 16. 1896, bl. 414.

Art. 289.

1. Niet aan al de uitspraken van den Voorzitter der Arrond.-Rechtbank in kort geding is het karakter eener voorziening bij voorraad toegekend.

Bij dit artikel wordt immers onderscheiden tusschen zaken, „waarin, uit hoofde van onverwijlden spoed, eene onmiddellijke voorziening wordt vereischt, en de gevallen, waarin het belang van partijen eenige onverwijlde voorzieningen *bij voorraad* vordert."

Arr. v. 29 Oct. 1869, W. n°. 3160, R., dl. XCIII, § 12, v. d. HONERT, *B. R.*, XXXIV, p. 23, R. B., jg. 1870, p. 718; waarbij nog werd beslist dat wanneer de *afgehoede opheffing* van het beslag, is een noodzakelijk en onvermijdelijk element der geprovoceerde voorziening alsdan zoowel de kennisneming als de toewijzing daarvan geheel binnen de grenzen van de bevoegdheid van den president gelegen is. Verg. *Opm. en Med.*, dl. IV, p. 161, — waarin de schrijver op de gronden aldaar breedvoerig ontwikkeld, aanneemt twee verschillende klassen van gevallen, waarin het kort geding te pas kan komen, als de eerste waarin de voorzitter definitief beslist, en de tweede, waarin die beslissing bij voorraad geschiedt. Onder de eerste categorie worden door hem gebracht alle zaken waarin, uit hoofde van onverwijlden spoed, eene onmiddellijke voorziening wordt vereischt: *a.* hetzij ten aanzien van de ten uitvoer legging van een vonnis of van een executorialen titel; *b.* hetzij in geval van verschil over verzegeling of ontzegeling; *c.* hetzij ten aanzien van de verplichting eens kantonrechters tot het staan over eenige wettelijke akte, welke geen uitstel kan lijden, of wegens dergelijke verplichtingen van notarissen. Onder de tweede categorie rangschikt de schrijver alle gevallen, waarin het belang van partijen eene onverwijlde voorziening bij voorraad vordert.

Vergelijk navolgende uitspraak:

Art. 289 B. Rv. verbiedt niet, dat de onmiddellijke voorziening, waarvan in het eerste gedeelte van dat artikel gesproken wordt, ook eene beslissing ten principale wezen kan. Deze kan echter niet genomen worden dan in de opgenoemde zaken, en in die welke daarmede overeenkomst hebben, hetwelk *in casu* het geval niet was.

P. H. Gelderland, v. 29 Mei 1872, R. B., jg. 1872, p. 727, wat de rechtsvraag betreft conform de beschikking van den President der Rechtbank Nijmegen, dd. 11 April 1872, beide in W. n°. 3469; met vernietiging echter van het dispositief. De president had de vordering niet-ontvankelijk verklaard, het Hof besliste echter dat hij zich onbevoegd had moeten verklaren.

Anders DE PINTO, *B. R.*, II. 1, § 214, p. 416 sq.; cf. OUDEMAN, *B. R.*, 4de druk I, p. 325, volgens wien de beslissing in kort geding alleen dan

De president kan requestratie bevelen van roeren de goederen waarover geschil. Roermondsche Archievenquaestie. Uitspraak 13 Nov. 1903 W. n° 6769.

kan plaats vinden, wanneer zulk een onverwijlde spoed en onmiddellijke voorziening gevorderd worden, dat ook de dagvaarding op korten termijn niet voldoende is; cf. pres. Amsterdam, v. 27 Oct. 1877, R. B., jg. 1878, A, p. 281, waarbij is beslist dat alleen onverwijld noodzakelijke voorzieningen *bij voorraad*, buiten prejudice van de hoofdzaak, aan de bevoegdheid van den president zijn onderworpen als hoedanig niet is te beschouwen eene vordering tot herstel van een muur en tot schadevergoeding; cf. het sub hoc art. vermeld arr. P. H. v. Gelderland, v. 19 Aug. 1858 en van 7 Juli 1858. Zie ook P. H. v. Gelderland, v. 10 Mei 1865, bij Mr. HERTZVELD, ut supra blz. 97; P. H. v. Overijsel, v. 14 Febr. 1839, bij Mr. HERTZVELD, ut supra, blz. 1.

Overigens verspreidt de geschiedenis der wetgeving hieromtrent niet veel licht. — (Zie v. D. HONERT, *Hdl.*, p. 356) — VERNEDE, ad art. 289, *a* 2, meent dat zoodanige buitengewone rechtspleging alleen kan worden toegestaan in gevallen, waarin eene onmiddellijke of onverwijlde voorziening bij voorraad wordt vereischt, terwijl de hoofdvordering zelve op de gewone wijze van rechtspleging moet worden afgedaan.

2. Noch uit dit art. noch uit art. 292 B. R. volgt, dat de president alle mogelijke voorloopige beschikkingen, al bestaat daartoe geen grond hoegenaamd, zou *moeten* verleenen, alleen omdat zij aan de zaak ten principale geen nadeel toebrengen. De beslissing of daartoe al of niet termen bestaan, hangt af van de omstandigheden en van het oordeel van den rechter.

Arr. v. 2 Juni 1876, W. n°. 3997.

kan niet benoemen deskundigen tot verdoen van een voorlopig onderzoek in een voor de Rb. aanhangig geding: Pres. Zierikzee 9 Mei 1902 W. n° 7757. Anders Pres. Amsterdam 12 Nov. 1906, W. n° 8503.

3. De president is bevoegd deskundigen te benoemen in eene zaak, die ten principale door de Rechtbank moet worden beslist.

Arr. v. 22 Maart 1883, W. 4897, R., dl. CXXXIII, § 46; v. D. HONERT, *B. R.*, dl. XLVIII, p. 243 sqq., ook vermeld op art. 46 B. Rv.

4. De bevoegdheid om, in gevallen van onverwijlden spoed, de vorderingen in kort geding voor den president der Arr.-R. te kunnen brengen, is beperkt tot zoodanige spoed vereischende vorderingen, welke kunnen worden toegewezen, zonder dat de beslissing bij voorraad nadeel aan de zaak ten principale toebrengt, waaronder niet kan worden gerangschikt een eisch, gedaan tot het zuiver opheffen van een executoriaal beslag (*in casu* op grond, dat het zou zijn gelegd vóór het bevel tot betaling).

De bijvoeging in des presidents beslissing bij kort geding, dat die beslissing wordt verleend bij voorraad en onverkort de sustenuën en rechten der partijen, kan eene vordering, die op zich zelve niet voor

De president kan een onderzoek van deskundigen naar een feitelijken toestand bevelen, in verband met het voornemen van den verzoeker een proces in te stellen. Pres. Maastricht 16 Febr. 1909 W. n° 7339.

onderzoek in kort geding vatbaar is, aan zoodanig onderzoek niet onderworpen doen zijn.

P. H. v. Gelderland, v. 11 Maart 1846, R., dl. XXXI, § 97.

5. De voorzitter der Arr.-R. is, met het oog op art. 796 B. R., niet bevoegd om in kort geding te oordeelen over een aanbod van gereede betaling, gevolgd door consignatie.

Voorzitter der Arr.-R. Maastricht, v. 17 Aug. 1849, W. nº. 1115.

6. In kort geding, waar alleen sprake kan zijn van eene spoedige en dadelijke voorziening, zonder formeel proces, kan niet te pas komen en is met den aard daarvan strijdig het voeren van langwijlige en ingewikkelde procedures, en kunnen er mitsdien geene termen zijn tot het gelasten bij interlocutoire uitspraak van een formeel getuigenverhoor, noch van eene expertise.

Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 28 Dec. 1849, W, nº. 1083.

7. De beslissing van den President, in kort geding, behoeft niet in het openbaar te worden uitgesproken.

P. H. N.-Holland, v. 3 April 1856, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 247—254, ook opgenomen in W. nº. 1855 en in R., dl. LXV, § 58.

8. De president eener rechtbank is niet bevoegd om onverwijlde voorzieningen bij voorraad te gelasten, wanneer de verzoeker door eigen daad aanleiding heeft gegeven tot de noodzakelijkheid eener onmiddellijke beslissing en hij het in zijne macht heeft die noodzakelijkheid ieder oogenblik te doen ophouden en zijn recht op de gewone wijze te achtervolgen.

P. H. Gelderland, v. 19 Aug. 1858, R. B., jg. 1859, dl. IX, blz. 291—295; R., dl. LXV, § 56, W. nº. 2065, vernietigende vonnis Pres. Arr.-R. Arnhem, v. 24 Juli 1858.

9. De vraag, of één der partijen, en meer bepaald een plaatselijk bestuur, zeggende te handelen als politie-macht, bevoegd is om, hangende het onderzoek van den hoogeren rechter, zich zelve recht te verschaffen, is niet vatbaar om in kort geding te worden beslist.

Pres. Rechtb. Maastricht, (kort geding) v. 8 Sept. 1858, W. nº. 1995.

10. De Voorzitter der Rechtbank in kort geding uitspraak doende,

De president is bevoegd te bevelen handhaving van den feitelijken toestand waarop de gedr. inbreuk heeft gemaakt, langende het geding tusschen partijen. Juist arrest van Hof den Haag 28 Juni 1897, W. n° 7121 verm. vonnis Rss. Middelburg 12 Mei 1897, W. n° 6968. Zie ook n° 81.

de schorsing bevelende van een tusschen partijen voor scheidslieden aanhangig geding, totdat op een bij de Arrond.-Rechtbank aanhangig verzet van eene der partijen tegen de executie eener arbitrale dispositie bij uiterlijk gewijsde zal zijn recht gedaan, handelt binnen de grenzen zijner bevoegdheid, ook dan, wanneer eene latere arbitrale dispositie, waardoor aan de eerste werd gevolg gegeven en waartegen geen verzet werd gedaan, feitelijk buiten werking wordt gesteld.

P. H. N.-Holland, v. 17 Jan. 1859, W. n°. 2146.

11. Bij de beslissing in kort geding kan en behoort het eigenlijke punt in geschil niet te worden uitgemaakt, doch zijn partijen alleen bevoegd te vorderen zoodanige voorloopige maatregelen en schikkingen, als dringend noodzakelijk zijn om een eventueele beslissing der kwestie zelve door de Rechtbank mogelijk te maken, of om te voorkomen, dat deze door de tegenpartij illusoir gemaakt worde door het object in geschil inmiddels uit te voeren.

Voorz. Amersfoort, v. 14 Dec. 1860, R. B., jg. 1861, dl. XI, bl. 495—499.

12. Een geschil over den eigendom van in beslag genomen goederen behoort niet tot de rechtsmacht van den president der rechtbank, zijnde bij art 456 B. Rv. de weg aangewezen, die te volgen is door hem, die beweert eigenaar van in beslag genomen roerende goederen te zijn.

Rechtb. Utrecht, v. 22 Juli 1864, R. B., jg. 1863, dl. XIII, bl. 526—529.

13. De President is bevoegd, in geval van dringende noodzakelijkheid tot een onmiddelijke voorziening, als voorloopige maatregel te gelasten, dat de huurder na het eindigen van een schriftelijk huurcontract provisioneel het gehuurde goed dadelijk zal verlaten, zonder praejudice van de rechten van partijen omtrent de zaak zelve noch van eventuëele latere uitspraken van den gewonen rechter.

Voorz. Amersfoort, v. 19 Maart 1864, R. B., jg. 1864, dl. XIV, bl. 313—314.

Anders Voorz. Rotterdam 21 Oct. 1891, W. n° 6120, P. v. J. 1892 n° 10.

14. Eene vordering betreffende het verzet tegen de uitvoerlegging van eenen executorialen titel is uit den aard der zaak van onverwijlden spoed en een onmiddellijke voorziening vereischende.

Pres. Arr.-R. Hoorn, v. 20 Jan. 1864, W. n°. 2579.

Wanneer in kort geding wordt gevraagd schorsing der executie op grond van ingesteld appel, is de president niet bevoegd te beslissen op het onderzoek naar de appellabiliteit van het vonnis. Hof den Bosch 2 Oct. 1894, W. n° 6590.

15. Eene vordering, waarbij de rechtmatigheid wordt betwist om den eischer in kort geding door uitvoering van lijfsdwang zijne persoonlijke vrijheid bij voortduring te ontnemen, op grond van schorsing van de executie van het vonnis tengevolge van appèl, moet geacht worden tot die zaken te behooren, welke, uit hoofde van onverwijlden spoed, eene onmiddellijke voorziening vereischen, en dus vatbaar zijn om aan het rechtsgebied van den rechter in kort geding te kunnen worden onderworpen.

P. H. Groningen v. 11 Dec. 1866, W. nº. 2897, R. B., jg. 1869, p. 585.

16. Waar het geldt een verschil omtrent de weder in bewaringstelling van den failliet, die vóór zijn faillissement in gijzeling gesteld op last van den Rechter-Commissaris naar zijne woning is overgebracht om bij de inventarisatie te assisteeren, is de President der Arr.-R. bevoegd van dat geschil kennis te nemen.

Beschikking President Rechtb. Amsterdam, van 19 (4) Sept. 1867, W. nº. 2967, R. B., jg. 1867, p. 786.

17. Vermits bij het geding tot onder curateele-stelling het nemen van voorbehoedmiddelen onbekend is, zoo is ook de President der Rechtbank niet bevoegd bij voorraad in het kort geding voorbehoedmiddelen te bevelen, ten einde een door den curandus, hangende het geding tot onder curateele-stelling, voorgenomen openbaren verkoop zijner onroerende goederen te beletten.

Arr.-R. Rotterdam, v. 4 Febr. 1868, W. nº. 2980

18. Eene vordering waarvan het gevolg kan zijn dat de kwestieuse roerende goederen uit het bezit der eene partij in dat der andere geraken, gaat de rechtsmacht van den President te boven.

P. H. Drente, v. 5 Febr. 1870, W. nº. 3236, R. B., jg. 1870, dl. XX, p. 118, vernietigende beschikking van den President der Rechtb. Assen, v. 28 Aug. 1869.

19. De Voorzitter is onbevoegd om in kort geding kennis te nemen van eene vordering daartoe strekkende, dat de advokaat de processtukken aan den cliënt afgeve.

Arr.-R. Maastricht, v. 20 Sept. 1871, W. nº. 3398, op grond dat het hier geldt de vraag of de gedaagde tot die afgifte al of niet verplicht is en de beslissing mitsdien zou zijn ten principale, hoedanige bij een twistpunt als het onderwerpelijke niet tot de bevoegdheid van den President behoort.

De president is niet bevoegd in kort geding kennis te nemen van eene voorziening tegen de voorgenomen, doch nog niet aangevangen executie van een vonnis. Pres. Alkmaar 20 Juli 1899 W. 5602

20. Een eisch tot schorsing van de ten uitvoerlegging van executoriale titels, *in casu* een akte van schuldbekentenis met hypotheek, kan, ook buiten het geval van betichting van valschheid, in kort geding worden ingesteld.

Voorz. Rechtb. Heerenveen, (kort geding) 12 Sept. 1872, W. n°. 3508.

21. Het beroep op dit artikel is ongegrond, wanneer het niet betreft de ten uitvoerlegging van den executorialen titel en eene onmiddelijke voorziening te dien aanzien, maar een maatregel ter bekoming eener rechtelijke uitspraak om later zich juist tegen de executie van dien titel te kunnen verzetten.

Arr.-R. Winschoten, v. 3 April 1872, W. n°. 3538.

22. Wanneer de president bevoegd is, om van de ingestelde actie in kort geding kennis te nemen, is hij ook bevoegd om te beschikken omtrent alles, dat dienen kan om het instellen der actie mogelijk te maken, wat anders tot de competentie der Rechtbank behoort.

Pres. Arr.-R. 's Hage, 9 Aug. 1872, W. n°. 3492.

23. Terwijl de termijn hangt, bedoeld bij 891 W. v. K., kan de gegijzelde bij den president in kort geding tegen de gijzeling zich verzetten en de voorloopige schorsing vragen der rechtsvervolging.

Pres. Amersfoort, v. 31 Mei 1872, W. n°. 3506.

24. Wanneer uit de dagvaarding niet blijkt, dat het in kort geding verlangde onderzoek van deskundigen nadeel zal toebrengen aan de zaak ten principale, terwijl daarbij gesteld is dat die maatregel onverwijld noodzakelijk en in beider partijen belang is, zoo is de president bevoegd. Blijkt intusschen bij de verdere behandeling der zaak werkelijk van bedoeld nadeel, zoo dient de vordering te worden ontzegd.

Pres. Amsterdam, v. 2 April 1877, R. B., jg. 1879, A, p. 10.

25. Waar de gevraagde voorziening bij voorraad zoozeer het hoofdgeschil treft, dat de uitwijzing daarvan onnoodig geacht kan worden na toewijzing der voor den president gedane vordering, moet deze zich onbevoegd verklaren.

Hof 's-Gravenhage, 5 Maart, 1877, R. B., jg. 1880, A, p. 136.

Zie echter Pres. Amsterdam 22 Jan. 1900, G. v. J. 1900 n° 39, evenals beslissende dat in kort ged. de stuiting van verjaring door de aanvrage van de executie van een vonnis, waartegen derde verzet aanhangig is niet uitsluit verzet tot vernietiging der executie, bev. Hof Amsterdam 27 April 1900, W. n° 7485.

In kort geding kan niet geordeeld worden te beslissen, dat ged. tot een voorgenomen verkoop (als 1e Hypotheekhouder) niet bevoegd is: Pres. Leeuwarden 27 Febr. 1902, W. n° 7750.

De president is niet bevoegd kennis te nemen van een vordering tot nietigverklaring en opheffing eener verzegeling, noch krachtens art. 289 noch krachtens art. 665 Rv. Pres. Middelburg 8 Jan. 1900 W. n° 7495; bev. Hof den Haag 30 Apr. 1900, W. n° 7449.

De president is niet bevoegd een onbep~~aald~~erkt bevel tot intrekking eener verleende vergunning en een onbepaalde wijziging van zekere handelingen van gezag, desnoods met gewelt te

v. Goriland c.a Gem. Abbenbroek. Pres. Amsterdam 16 Mei 1900 P.v.J. '00 n°42.

26. De president is *niet* bevoegd eene voorziening bij voorraad te bevelen, welke te gelasten, volgens eene speciale wetsbepaling (*in casu* art. 352 B. Rv.) tot de competentie van eene andere rechtsmacht behoort.

Pres. Amsterdam, v. 28 Aug. 1878 R. B., jg. 1878, *A*, p. 280, waarbij nog ten aanzien van de hier ingestelde vordering tot voorloopige staking der executie van een vonnis, dat beweerd wordt ten onrechte voorloopig uitvoerbaar te zijn verklaard, en van welk vonnis ook overeenkomstig art. 352 B. Rv. was geappelleerd, werd overwogen, dat de President onbevoegd is van eene dergelijke vordering kennis te nemen, omdat die vordering in den tegenwoordigen stand van het geding nimmer aan het oordeel der Rechtbank zou kunnen worden onderworpen.

Zie nog hieromtrent de redactie van het R. B., t. a. p. blz. 277 sqq.

Zie over art. 289 in verband met art. 820 (uitvoering van de executie eener provisionele beslissing) volge art. 820 al. 2/: Pres. Amsterdam 15 Febr. 1905, W. n° 8273.

27. De president is onbevoegd, wanneer de eischer — niet handelende krachtens vonnis of executorialen titel, maar krachtens onderhandsche akte, — eene *definitieve* veroordeeling vraagt.

Pres. Zierikzee, van 10 Jan. 1878, W. n°. 4243, R. B., jg. 1878, *A*, p. 283, cf. arr. P. H. Gelderland, v. 7 Juli 1858, W. n°. 1994, R. B., jg. 1858, p. 480.

28. Art. 79 B. Rv. is niet van toepassing in zaken in kort geding.

Pres. Zierikzee, v. 10 Jan. 1878, R. B., jg. 1878, *A*, p. 284; evenmin kan een verzoek tot oproeping in vrijwaring door den president worden toegewezen, zelfde pres. v. 5 April 1878, t. a. p. en in W. n°. 4279; cf. het sub hoc artikel vermeld vonnis pres. Hoorn, v. 20 Jan. 1864, waarbij is beslist dat de gewone regelen van procedure in kort geding niet van toepassing zijn en het aan eene der partijen niet kan vrijstaan om door het opwerpen van excepties de beslissing te verdagen, zoodat, alhoewel de gedaagde verklaard heeft zich te bepalen tot de door hem voorgestelde exceptie van onbevoegdheid, zulks den president niet belet om, die exceptie verworpen hebbende, nopens de vordering zelve te beslissen.

29. Ook de Staat kan in kort geding voor den president der rechtbank gedagvaard worden ter zake eener persoonlijke vordering.

De woonplaats des eischers wijst dan den bevoegden president aan.

Pres. Tiel, v. 23 Nov. 1880, W. n°. 4643, R. B., jg. 1881, *A*, p. 250.

30. De rechtspraak van den president kan alleen worden ingeroepen om voorziening te bevelen tegen een werkelijk bestaand gevaar, waarbij des eischers belang is betrokken, en niet tegen een gevaar, dat het gevolg kan zijn van een nog te nemen besluit.

Pres. Tiel, v. 23 Nov. 1880, ut supra.

De provisioneele voorzieningen, bedoeld in art. 289 al. 2 Rv, mogen alleen betrekking hebben op tijdelijke en geheel voorlopige maatregelen, welke de rechten en belangen van alle partijen in de hoofdzaak ongedeerd laten. Hof Amsterdam (Art. 289. Landv. Gooiland c.s. Gem. Hilversum en Verk. Gr. Spel. Pres. Amsterdam 819

31. Het verordenen van maatregelen, de strekking hebbende om zonder de zaak ten principale te prejudicieeren, partijen in den toestand te brengen waarin zij verkeerden, vóór dat de eene partij op het beweerde recht van de andere inbreuk maakte, waarvan groote schade in het bedrijf van laatstbedoelde het gevolg was, behoort tot de competentie van den president. 14 April 1905 P.v.J. 1905 no 51. Zie ook Pres. Amsterdam 19 Nov. 1909 P.v.J. 1909 no 149.

Hof 's-Gravenhage, v. 10 Maart 1884, W. no. 5040. 26 Juni 1897, W. no 7121.

Als van uur tot uur wordt gedagvaard, behoeft tot uur, waarop de dagv. wordt uitgebracht, in het Art. 290. zaph. niet te worden vermeld. Pres. Alkmaar 24/30 Mrt. 1877, W. no 6961.

Zie ten betooge, dat bij eene procedure in kort geding de bijstand van een procureur niet wordt vereischt — Arrs Hof Den Bosch 14 Mei 1915, W. 9057.

Oudeman, *B. R.*, 4de ed. I. p. 326, nader toegelicht in de *Opm. en Med.*, dl. II, p. 94—98; v. Hall, R. B., jg. 1839, dl. I, p. 486; Vernede, op art. 290 B. R., noot 2 en v. d. Honert, *Hdb.*, § 290; Mr. W. van Heukelom, diss. (Leiden 1859) »de alleensprekende regter", pag. 108, bestrijdende het gevoelen van Mr. de Pinto; — anders echter bij de Pinto, *Hdl. B. R.*, II, 1. p. 392, 2de ed. blz. 418, op grond van de artt. 133 en 135 B. R., vooral van het eerste, hetwelk aan *iederen aanlegger* de verplichting oplegt om procureur te stellen, zoodat die artikelen (behalve bij de kantongerechten) letterlijk van toepassing zouden zijn op iedere procedure in eersten aanleg, waarvan het kort geding een onderdeel uitmaakt.

Het is vol. doende als de deurwaarder in het hoofd der dagvaarding vermeld, dat hij exploiteert op verzuming van den president. Pres. de Haag 9 Apr. 1908 W. 5552.

De Pres. is niet bevoegd in kort geding kennis te nemen van kantongerechtszaken bijv. van geschillen over arbeidsovereenkomst: Hof Den Bosch 3 Juni 1913, W. no 9520.

Art. 291.

1. Dit artikel is niet geschonden of verkeerd toegepast door de beschikking van den President, waarbij hij zich onbevoegd verklaart om van de vordering tot opheffing van een executoriaal beslag krachtens een vonnis bij verstek kennis te nemen, en beveelt dat de verdere voortzetting daarvan zou worden geschorst, tot dat op het verzet daartegen zou zijn uitspraak gedaan, en partijen te dien einde naar de terechtzitting verwijst.

Arr. v. 19 Febr. 1875, W. no. 3827, R., dl. CIX, § 46; v. d. H., *B. R.*, dl. XL, p. 118—136.

2. De vraag of het belang der partijen eene schorsing van den voorgenomen onherroepelijk bedongen verkoop vorderde en of daar-

Zie over artt. 291 en 293 Pres. Dordrecht 26 Juni 1912, W. no 9372.
Uit art. 291 Rv. blijkt dat een compromisfoor geding betreffende alle geschil. len ter zake eener vermootschaps ontstaande ook de bevoegdheid van den

President in kort geding uitsluit. Pres. Zwolle 19 Nov. 1912, W. no 9563.

door aan de zaak ten principale nadeel werd toegebracht, is alleszins vatbaar voor eene voldoende toelichting in kort geding.

Arr. v. 9 Maart 1883, W. nº. 4887, R., dl. CXXXIII, § 35; v. d. H., *B. B.*, dl. XLVIII, p. 214—222.

3. In zaken van kort geding is de president niet gerechtigd, met verwijzing der zaak naar de Arr.-R. tevens een rechter-commissaris te benoemen, en op diens rapport die zaak te doen aanbrengen, maar behoort die op eene hetzij gewone, hetzij op korten termijn uit te vaardigen, dagvaarding te worden aangebracht.

Waar de wettelijke procesorde een niet te overkomen beletsel oplevert, moet de president, rechtsprekende in kort geding, waarde Rechtbank te verwijzen (i.c. omdat getuigenverhoor noodig was). Pres. Amsterdam 6 Juli 1888 R.v.J. 1888, nº 94. Vgl. Amsterdam 9 Mei 1913 W. no 9567.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 25 Juli 1843, W. nº. 444; idem Oudeman, *B. B.*, 4de ed., dl. I, p. 327, volgens wien het uit de bepaling van art. 291 duidelijk is, dat de partijen niet tengevolge van de verwijzing ter rolle verschijnen, maar de eischer eene dagvaarding, op gewonen of op korten termijn moet doen uitgaan. — Vgl. hiermede een vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Juni 1852, R. B., jg. 1852, p. 350—362, waarbij is beslist, dat wanneer van de oorspronkelijke bij dagvaarding in kort geding aangebrachte vordering, de rechtbank noch door een renvooi van den president, noch door eene nieuwe dagvaarding is gesaisisseerd geworden, deze informaliteit door de toestemming van partijen mag worden gehouden voor gedekt.

4. Voorzitter der Arrond.-Rechtb. oordeelende dat de zaak uit hoofde van het onderwerp des geschils niet valt onder die bedoeld in art. 289 B. Rv. behoort zich *onbevoegd te verklaren*, en niet de vordering niet-ontvankelijk te verklaren, met verwijzing van partijen naar de gewone wijze van rechtspleging.

P. H. Gelderland, v. 7 Juli 1858, R. B., jg. 1858, dl. VIII, blz. 480—483 vermeld op art. 289 B. R. nº. 27, en van 29 Mei 1872, W. nº. 3469, vermeld op art. 289 B. Rv. nº. 4.

Art. 292

1. De bepaling van dit artikel, dat de beslissingen bij voorraad geen nadeel toebrengen aan de zaak ten principale, slaat alleen terug op de in de *tweede* plaats bij art. 289 genoemde gevallen.

Arr. v. 29 October 1869, W. nº. 3460, R., dl. XCIII, § 42, v. d. H., *B. B.*, dl. XXXIV, p. 23—41, aangehaald sub art. 289 B. Rv.

2. Bij dit artikel is het aan den voorzitter verboden om zijne in

De president is bevoegd het vonnis, in kort geding gewezen, aanstonds te verklaren uitvoerbaar bij voorraad. Hof den Bosch 2 Oct. 1894, W. n° 6598.

kort geding te gelasten voorziening bij voorraad te doen steunen op eene beschouwing der zaak ten principale.

Pres. Tiel v. 28 Oct. 1874, W. n°. 3779.

Zie anders Hof den Haag 29 Mei 1907, W. n° 8503

Artt. 293 en 297 zijn ook van toepassing op uitspraken van de Rb. in zaken die uit hoofde van onrechtmatige daad eene onmiddellijke voorziening eischen Rb. Amsterdam 7 Apr. 1916 W. n° 7319.

Art. 294.

1. Noch uit deze bepaling, noch uit de volgende, noch uit eenige andere volgt, dat tegen uitspraken in kort geding (al of niet bevestigd in hooger beroep) geene voorziening in cassatie zou zijn toegelaten.

Arr. v. 29 October 1869, W. n°. 3160, R., dl. XCIII, § 12, R. B., jg. 1870, p. 718.

Anders de Pinto, *B. R.*, 2de ed. II, 4, p. 420 (1e ed. II, 4, p. 394) en Oudeman, *B. R.*, 4de ed. I, p. 329.

2. Deze bepaling is niet van toepassing op beschikkingen van den president op requesten, waarop de wederpartij niet is gehoord. Het verzet tegen eene zoodanige beschikking moet voor den president worden gebracht.

Pres. Amsterdam, v. 13 Juli 1863, R. B., 1864, p. 417. *In casu* gold het een bevel tot sequestratie.

Van een uitspraak van den Voors. in kort geding in zake beslaglegt is op grond van art. 293 Rv. i. v. m. art. 54 vo R.O. geen beroep: Hof Amsterdam 20 Mrt. 1914, W. 9666. Even zoo Hof den Haag 1 Febr. 1915, W. 9702.

Art. 295.

1. Het beweren als zoude geen provisioneele, maar eene definitieve beslissing gevraagd en dus eene vordering gedaan zijn buiten de grenzen der judicature op kort geding gelegen, is een grond, behoorende tot het onderzoek ten principale der vordering in kort geding, welk onderzoek geen onderwerp van rechtelijke kennisneming kan uitmaken, zoolang de verwering in eersten aanleg zich bepaald heeft tot de exceptie van onbevoegdheid *ratione materiae*.

P. H. N.-Holland, v. 5 Febr. 1857, W. n°. 1836.

2. Bij het ontbreken van stellige wetsbepalingen omtrent de appellabiliteit van vonnissen in kort geding, moet worden teruggekeerd tot het gewone recht, d. i. de bevoegdheid der Rechtbanken in dezen

De beschikking, waarvan in dit artikel (295) sprake is, kan door geenszins zoowel de verliezende als de winnende partij. Hof den Haag 8 Apr. 1915 W. n° 6704.

P. H. Overijsel, v. 30 Juni 1870, W. nº. 3254 en 3302, waarbij beslist werd dat de beschikking van den president ex art. 675 nº. 8 B. Rv. niet voor hooger beroep vatbaar is, omdat het hier geldt eene voorloopige voorziening, waartegen, ware ze door een rechtbank gegeven, geen hooger beroep was toegelaten.

3. De bevoegdheid van het Hof, in appèl over een vonnis in kort geding oordeelende, heeft dezelfde grenzen als die van den president der Rechtbank.

P. H. v. Gelderland, v. 29 Mei 1871, R. B., jg. 1872, p. 727.

Art. 297.

Zie over de ten uitvoer-legging der uitspraken van den voorzitter der Rechtbank in kort geding op de minuut —

een vertoog van Mr. G. D. in de *Opm. en Med.*, dl. IV, p. 99—103, die, evenmin als de beide na te melden schrijvers, deelt het gevoelen van den heer v. d. Honert, in zijn *Formulierb.*, p. 318, dat namelijk de wijze, waarop eene uitspraak op de minuut in een register moet worden ingeschreven, in de praktijk tot moeielijkheden kan aanleiding geven en zich overigens in dit stuk in zooverre vereenigt met het gevoelen van Mr. Vernede op art. 297 en van Mr. Oudeman, *B. B.*, 4de ed., dl. I, p. 328, dat door de *inschrijving* in art. 296 bedoeld wordt eene *overschrijving* der minuut in het register, doch verschilt in gevoelen ten aanzien hunner meening, dat het register uit afzonderlijke bladen zou mogen bestaan.

Art. 298.

1. De woorden „zaken van koophandel" moet in art. 1 W. v. K. en art. 1935 B. W. in denzelfden zin als in dit artikel worden opgevat, d. w. z. als handelsrechtsvorderingen of gedingen.

Een handelsgeding nu is een zoodanig, waarbij de handhaving gevorderd wordt van een handelsverbintenis, d. i. van een verbintenis die haren grond vindt in eene daad van koophandel.

Arr. v. 18 April 1878, W. nº. 4246, R., dl. CXVIII, p. 337; v. d. H., *B. B.*, dl. XLIII, p. 175—181; ook aangehaald sub art. 1, W. v. K., (Léon—Levy), nº. 29; verg. wijders vonnis Arr.-R. Leeuwarden, v. 22 Juni 1869, W. nº. 3307, waarbij is beslist dat het voor het begrip van zaak van koophandel voldoende is dat de overeenkomst in geschil van de zijde

van den gedaagde-kooper een daad van koophandel oplevert, cf. vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 3 Maart 1863, W. nº. 2490 en 2507, bev. vonnis Ktg. IV, Amsterdam, v. 6 Mei 1862, W. nº. 2504, idem vonnis Arr.-R. v. Rotterdam, v. 8 Oct. 1879, W. nº. 4434, te dezen opzichte conform arr. Hof 's Hage, v. 24 Mei 1880, W. nº. 4553. Cf. Ktg. Rotterdam H. W. nº. 4739, ten betooge dat de vraag of de zaak eene zaak van koophandel is, eenig afhankelijk is van de vraag of de zaak ten aanzien van den *gedaagde* dat kenmerk draagt. Zie verder over het begrip van zaak van koophandel het aangehaalde sub artt. 1, 2, 3, 4, en 5, nº. 62, W. v. K. en art. 1935 B. W.

2. De vordering tot vernietiging wegens wanpraestatie van eene overeenkomst, door een schuldenaar met zijne schuldeischers, ter zake van commercieële schulden aangegaan, heeft eene zaak van koophandel ten onderwerp.

Arr.-R. Amsterdam, v. 3 April 1839, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 769. In gelijken zin bij Mr. C. D. Asser, *c. s.* ad art. 3 W. v. K.

3. Wanneer het in het daadzakelijke of in rechten niet voldoende blijkt, of eene zaak tot den koophandel betrekkelijk is, moet die voor eene gewone burgerlijke zaak worden gehouden.

Ktg. Assen, v. 5 Febr. 1852, W. nº. 1452, R. B., jg. 1853, p. 530—532. — Vgl. wijders met betrekking tot kooplieden en daden van koophandel, het aangeteekende op de artt. 2, 3 en 4 W. v. K.

4. De rechtspleging in zaken van koophandel geldt ook voor de terugvordering van het te veel betaalde, bij de voldoening van eene handelsschuld.

Ktg. nº. IV, Amsterdam, v. 25 Nov. 1870, R. B., jg. 1870, dl. XX, p. 798; vernietigd bij vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Maart 1873, W. nº. 3617, waarbij het tegendeel werd beslist, ook vermeld ad art. 3 W. v. K. nº. 39, (ed. Levy.)

Art. 299.

1. De rechtsvordering, spruitende uit eene overeenkomst, welke naar het recht van het land, waar die is aangegaan, eene handelszaak is, kan daarom in Nederland niet als handelszaak worden aangebracht en behandeld.

P. H. v. N.-Brabant, v. 28 Juni 1842, W. nº. 338. — Cf. art. 156 B. R., arr. v. hetzelfde P. H. v. denz. datum.

2. Zie ten betooge, dat eene zaak, welke naar de bepalingen der wet, onder de burgerlijke zaken behoort, doch door den eersten rechter als eene handelszaak is beschouwd, waarin door partijen is berust, niet door den hoogeren rechter als handelszaak beschouwd en (*in casu* met betrekking tot de bewijsmiddelen, alleen in handelszaken toegelaten) behandeld kan worden, —

art. 48 B. R., arr. v. 22 Mei 1846, sub. nº. 7.

Art. 301.

De derde en vierde alinea van dit artikel zijn bij de wet van 30 Mei 1877 (*Stbl.* nº. 138) aldus gewijzigd:

«Die termijn is van ten minste zes vrije dagen, indien de gedaagde woont binnen een ander arrondissement onder het rechtsgebied van hetzelfde gerechtshof.

Wanneer de gedaagde binnen het rechtsgebied van een ander gerechtshof woont» enz.

1. Een particulier, die eene daad van koophandel verricht en overigens niet bewijst te zijn koopman of handelaar, is bevoegd, om binnen den bij art. 301 B. R. gestelden termijn te laten dagvaarden, indien het consteert, dat de gedaagde koopman is en *qua talis* eene daad van handel heeft verricht.

Ktg. 's Hage, v. 29 Juni 1840, W. nº. 114.

2. Wanneer iemand, geen koopman zijnde ter zake van eene handelsschuld is gedagvaard op kortere termijnen, vermeld in art. 301 B. R., dan moet met het oog op art. 7 en 92 B. R., de daartoe betrekkelijke dagvaarding op de vordering van den excipiënt worden nietig verklaard.

P. H. v. Limburg, v. 12 Nov. 1849, W. nº. 1089; idem implicite bij vonnis v. 't Ktg. 's Hage, v. 29 Juni 1840, ut supra; idem VERNEDE, ad art. 299 B. R.; — anders echter bij v. d. HONERT, *Hdb.*, p. 364, noot 1, en DE MARTINI, ad art., volgens wien de gedaagde in dit geval geen *recht* heeft om te vorderen de nietig-verklaring van het exploit, en het in dit geval, met het oog op art. 94 B. R., den rechter is overgelaten om te bevelen, dat op de gewone wijze zal worden voortgeprocedeerd, met verlenging van den termijn van dagvaarding. — Cf. meer in den zin van 't P. H. v. Limburg, ut supra, OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 331; DE PINTO, *B. R.*, dl. II, 1, blz. 426. — Volgens DE PINTO, l. l. zal, wanneer de eischer *bewijst*, dat de gedaagde door de over-

Of de handelskennis moet worden in acht genomen, moet worden beoordeeld naar en uit de positie der dagvaarding en niet worden beantwoord naar het verweer (ontkenning dat de zaak een handelszaak is). Rb. den Haag 23 Aug. 1895 W. nº 6730.

treding niet is benadeeld, de rechter eenvoudig de verbetering der onregelmatigheid ten koste van den eischer kunnen bevelen, door aan den gedaagde nog eenen termijn voor zijn antwoord te verleenen.

3. De eischer die gedagvaard heeft op korten termijn, moet bepaald bewijzen, en het is niet voldoende, indien hij slechts beweert, dat de gedaagde koopman is.

P. H. v. Limburg, v. 12 Nov. 1849, W. n°. 1089.

4. Bij dagvaarding aan het in eene andere provincie gekozen domicilie, dan waarin de rechter zitting houdt en de geopposeerde tevens woont, moet evenwel de termijn van tien vrije dagen in acht genomen worden.

P. H. v. N.-Holland, v. 22 Febr. 1866, W. n°. 2824; verg. aant. 1 op art. 11.

Art. 303.

Het verlof tot het beslag, vermeld in art. 303 B. R., moet verleend worden door den voorzitter der rechtbank, welke van den eisch tot betaling en van waarde-verklaring van het beslag kennis neemt en is deze daartoe bevoegd, ook wanneer de in beslag te nemen goederen zich buiten het rechtsgebied dier rechtbank bevinden.

Arr.-R. Eindhoven, v. 28 Febr. 1848, W. n°. 899; — anders bij Mr. A. Oudeman, *B. R.*, 4de ed., dl. I, p. 336; nader toegelicht in de *Opm. en Med.*, dl. IV, p. 65—69; alsmede bij de Pinto, *Hdb., B. R.*, dl. II, 1, blz. 434. — Vgl. ook v. d. Honert, *Hdb.* § 303 en art. 599 B. R., vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 24 Jan. 1851 sqq.

Art. 304.

1. Het maakt geen verschil, of iemand houder is van een orderbriefje door endossement, dan wel ten gevolge van de onmiddellijke afgifte, hem door den onderteekenaar gedaan, om hem gerechtigd te doen zijn tot het leggen van het conservatoir beslag, bedoeld bij art. 304 B. R.

Arr.-R. Amsterdam, v. 26 April 1843, R. B., jg. 1843, p. 557.

2. Dit artikel geldt alleen dan, wanneer volgens het materieele recht aan den houder eene actie toekomt.

P. v. H. Z.-Holland, v. 16 Juni 1862, W. nº. 2384, bevestigende vonnis Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 3 Dec. 1861, W. nº. 2333.

In het verzoekschrift moeten feiten worden gesteld, die er op wijzen, dat de schuldenaar een handeling voorbereidt, die de zekerheid wegneemt, dat de vordering van den schuldeischer te volle zal zijn te verhalen: Rb. A'dam 5 Nov. 95, W. 9954.

Art. 305.

1. De uitdrukking *daden van koophandel* in dit artikel omvat ook de in art. 5 Wetb. van Kooph. bedoelde *zaken van koophandel*.

Arr. v. 6 Mei 1870, W. nº. 3217; R., dl. XCV, § 2; vernietigende arr. P. H. v. Zeeland, v. 21 Dec. 1869, R. B., jg. 1871, p. 569, ook vermeld sub art. 459, B. Rv.

"gegronde vrees voor verduistering" en. Rb. Rotterdam 9 Nov. 1898 W. nº 7283.

2. Ofschoon dit artikel in andere bewoordingen is vervat dan art. 727 B. R., is de geest van beide artikelen evenwel geheel dezelfde en komt daarop neder, dat de schuldenaar, onder wiens handen een schuldeischer beslag wil leggen, moet zijn *begonnen* met de verduistering zijner roerende goederen.

Het is volgens dit artikel niet voldoende, dat er bestaat gegronde vrees *voor* verduistering, maar dit artikel vordert het bestaan van gegronde vrees *wegens* verduistering van des schuldenaars roerende goederen; dat is, er moet gegronde vrees bestaan voor het niet verkrijgen van betaling der schuld, *omdat* de schuldenaar is *begonnen* met de verduistering zijner goederen.

Arr.-R. Winschoten, v. 1 Dec. 1858, W. nº. 2048.

Zie echter ten betooge dat onder "gegronde vrees, *wegens* verduistering van des schuldenaars roerende goederen" niet moet worden verstaan vrees voor het niet erlangen van betaling der schuld, *omdat* (of *ingeval*) de schuldenaar is begonnen met de verduistering zijner goederen, maar dat integendeel in navolging van het Oud-Hollandsch recht en van het Wetboek van 1830 het verlof hier kan worden verleend bij vrees *voor* verduistering van het goed, zoodat het niet noodig is, dat de schuldenaar met het verduisteren der goederen begonnen zij —

Vgl. Rb. te Leeuwarden 27 Juni 1895 R. Z. '95 nº 97.

Opm. en Med., dl. XIII, blz. 116 volgg. Verg. ook in dezen zin OUDEMAN, *B. R.*, I, (4de ed.), p. 335; DE PINTO, *B. R.*, II, 1, p. 435. Cf. pres. beschikk. Arr.-R. Zwolle, 28 Dec. 1873, W. 3695, waarbij is uitgesproken dat het *voornemen* om te verduisteren blijken moet.

3. Het feit, dat iemand aan een ander veel geld schuldig is, evenmin

Verduistering in art. 305 is eenvoudig = weerlegs maken, onttrekken aan mogelijk beslag, onverschillig of dit al dan niet heimelijk of opzettelijk plaats heeft: Hof den Haag 29 Juni 1903, W. n° 7968, cas. verw. Pres. Rotterdam 14 Mei 1903, W. n° 8049, ber. (Art. 305. H.R. 15 Jan. 1904, W. n° 8021.

als de mogelijkheid, dat hij later blijken zal nog meer schuldig te zijn, kan op zich-zelf strekken om de vrees te rechtvaardigen, dat die schuldenaar zijne goederen zal verduisteren.

Hoog Gerechtshof van Ned.-Indië, v. 15 Mei 1862, W. n°. 2507.

4. Waar de schuldenaar het plan heeft de goederen naar het buitenland te vervoeren, krachtens een contract van levering, kan niet gedacht worden aan vrees voor verduistering.

Arr.-R. Middelburg, v. 8 Juni 1881, R. B., jg. 1882, A, p. 218, W. n°. 4711.

Art. 307.

In tegenstelling van art. 729 B. R. kan de president hier het stellen van zekerheid bevelen, *alvorens* verlof tot het leggen van beslag te verleenen.

Pres. Gorinchem, 23 Nov. 1855, W. n°. 1701.
Zie wijders ten betooge dat uit deze bepaling volgt, dat de zekerheid door den president moet worden goedgekeurd, en dat die goedkeuring hier geldt voor de aanneming van de zijde der partij, die de zekerheid *qua talis* niet meer kan bestrijden, DE PINTO, *B. R.*, dl. II, 1, p. 336 OUDEMAN, *B. R.*, dl. I, 4de ed. p. 336.

Art. 309.

1. Tegen het bevelschrift van den voorzitter tot het leggen van conservatoir beslag, verleend bij verstek (immers zonder oproeping of verhoor van den eischer) is geen verzet toegelaten.

Arr. v. 19 Juni 1874, W. n°. 3735; R., dl. CVII, § 18, bevestigende het vonnis van het Hof van Justitie in Suriname van 30 Augustus 1872.

2. Krachtens de artt. 309 en 731 B. R. behoort de vordering van den gearresteerde, die opkomt tegen een gelegd arrest, vóór dat nog de eisch tot van-waarde-verklaring door den arrestant is ingesteld, gebracht te worden voor de Rechtbank van het arrondissement, waarin het arrest is gelegd, ook dan wanneer de arrestant en de gearresteerde beiden in een ander arrondissement (binnen dit Rijk) woonachtig zijn, en behoort mitsdien de vordering tot opheffing van een arrest, niet

Verm. Hof den Bosch 27 Oct. 1914, W. 9738 (voor zoover het betr. op vorderingen tot opheffing van gelegd beslag).

× Anders President Rb. den Bosch 16 Sept. 1915, W. 9537.

Idem (art. 309 is niet van toepassing): Hof Amsterdam 22 Juni 1914, W. 9661.

In tegenstelling van art. 731 Rv. is de pres. v. d. rechtbank onbevoegd kennis te nemen van de opposithe tegen het verlof (art. 309 al. 2). Pres. Rb. Amsterdam 14 Mrt. 1893, Pt. 1893 n°25. Rb. Rotterdam 8 Nov. 1905, W. n° 8525. ×

Uber niet instellen van den eisch tot vanwaardeverklaring maakt het beslag niet tot een onrechtmatige daad; wel is dat beslag onrechtmatig als de vordering, waarvoor het is gelegd, niet bestaat: Hof den Haag 2 Nov. 1916, W. 9716.

even als de eisch tot van-waarde-verklaring, gebracht te worden voor de rechtbank, welke bevoegd is om over de schuldvordering, voor welke het beslag gedaan is, kennis te nemen.

Arr.-R. 's Hage, v. 10 Juni 1842, W. n°. 327. — Cf. art. 738 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 20 Juni 1848.

3. Uit den aard der zaak en uit de bepalingen, bij art. 309 B. R. vastgesteld, volgt, dat tot de *bestendiging of van-waarde-verklaring* van het in voormeld artikel genoemd beslag, de deugdelijkheid en gegrondheid der schuldvordering, waarvoor het beslag is gelegd, als wettig bewezen moet kunnen worden aangenomen, zal het arrest van waarde kunnen worden verklaard. Dit nu is het geval niet, daar waar de arrestant zelf beweert, dat er nog procedures over zijne schuldvordering (elders voor een anderen rechter) aanhangig zijn.

Arr.-R. Gorinchem, v. 16 Aug. 1845, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 286 sqq.

Voeging dezer vorderingen kan niet worden gevraagd Rb. Amsterdam 1 Febr. 1935 W. n° 6643.

4. Het is volstrekt niet in strijd met dit artikel dat, niettegenstaande de vordering van den arrestant tot van waarde verklaring van het beslag, de gearresteerde den arrestant dagvaardt tot opheffing van het arrest, en dus tegelijkertijd twee rechtsvorderingen aanhangig zijn, waarin partijen in omgekeerde verhouding tot elkander staan

Arr.-R. Middelburg, v. 8 Juni 1881, W. n°. 4711, R. B., jg. 1882, A, p. 218.

Art. 310.

1. De woorden, voorkomende in art. 310 B. R., dat de opheffing van een conservatoir beslag altijd moet geschieden, behooren in een gezonden zin en in verband met andere wetsbepalingen aldus opgevat te worden, dat daardoor te kennen gegeven wordt, dat, al bleek ook summierlijk van de deugdelijkheid der vordering of van het doelmatige van het beslag, het desniettegenstaande in allen gevalle tegen genoegzame zekerheid zoude moeten opgeheven worden, maar daaruit volgt, ook blijkens den inhoud van 732 B. R., nog geenszins, dat de rechter die opheffing niet anders dan tegen het stellen van zekerheid zoude mogen gelasten, ook dan, wanneer al aanstonds van de ongegrondheid der vordering of van het onnoodige van het beslag bleek.

Idem Rb. Rotterdam 15 Nov. 1905, W. n°. 8525 (tenzij bedoelde zekerheidstelling clausule, niet te pas komen)

Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Juni 1841, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 184 en 185; idem OUDEMAN, *B. R.*, dl. I, 4de ed., p. 337 sq.

2. Het karakter van de *summiere* of voorloopige beslissing, hier bedoeld, brengt mede, dat de rechter zich niet te zeer heeft in te laten met de nevenfeiten en détails, welke op de rechten van partijen kunnen van invloed zijn, maar slechts heeft te onderzoeken, of het hoofdgeschilpunt van het geding voorloopig ten voordeele van eene der partijen kan worden beslist, behoudens de bevoegdheid der wederpartij, om op dat geschilpunt bij de eigenlijke beslissing daarvan meer in bizonderheden terug te komen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Maart 1856, R. B., jg. 1856, dl. VI, bl. 294—298, W. nº. 1746.

3. Dit artikel is limitatief.

Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Juli 1880, W. nº. 4612, R. B., jg. 1882, *A*, p. 221.
Anders Arr.-R. Middelburg, v. 8 Juni 1881, W. nº. 4711, R. B., jg. 1882, *A*, p. 218.

Art. 311

Uit de bepaling van art. 311 B. R., vergeleken met art. 315, leidt DE PINTO, *Hdl. B. R.*, dl. II, 1, blz. 439 af, dat de vonnissen, in art. 311 B. R. vermeld, *van rechtswege* bij voorraad uitvoerbaar zijn, ook zonder dat de rechter dit behoeft te verklaren: —

anders bij OUDEMAN, *B. R.*, dl. I, 4de ed. p. 338.

Art. 313.

Dit artikel ziet zoowel op dagvaardingen, als op alle andere exploiten, als een sommatie tot afgifte.

Het geldt ook niet alleen in zeezaken, maar ook in de andere zaken bij art. 312 B. Rv. bedoeld.

Arr.-R. Utrecht, v. 17 Oct. 1866, W. nº. 2863.

De onbekendheid van den gedaagde dat de beweerde overeenkomst zou zijn tot stand gekomen, maakt den rechter niet onbevoegd; zijne bevoegdheid wordt bepaald door den inhoud der dagvaarding: Rb. Amsterdam 29 Juni Art. 314.) 1900, W. nº 8077. 830

Art. 314.

1. Ofschoon bij art. 314, nº. 4 B. R. de bevoegdheid is gegeven om zijne partij te dagvaarden voor den rechter, binnen wiens rechtsgebied de waar is geleverd, volgt hieruit geenszins, dat de eischer, van wien de dagvaarding uitgaat, volstaan kan met de willekeurige vermelding der plaats van leverantie. Bij de bewering van 's rechters incompetentie aan de zijde des verweerders, op grond, dat te dier plaatse de levering niet was overeengekomen, noch had plaats gehad, dient wel degelijk te worden onderzocht, wat van die gecontesteerde bewering *in facto* mocht bestaan, met dat gevolg, dat de rechter *a quo* in dat onderzoek behoort te treden, en daardoor niet kan geacht worden art. 154 en volgg. B. R. te schenden.

Door zoodanig onderzoek naar de waarheid eener beweerde daadzaak, waarvan 's rechters competentie bij voornoemd art. 314 B. R. geheel is afhankelijk gemaakt, wordt niet in een willekeurig onderzoek van het geschil ten principale getreden, maar alleen datgene onderzocht wat tot vestiging dier competentie volstrekt vereischt wordt.

Alleen de rechter van de plaats waar geleverd is, waar die van de plaats waar geleverd moet worden, is volgens art. 314 Rv. bevoegd. Rb. Amsterdam 21 Febr. 1920 P.v.R. 1920, nº 34.

Arr. v. 27 Sept. 1844, W. nº. 543; R., dl. XVIII, § 54; v. d. H., *B. R.*, dl. VI, p. 43—59; idem bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Oct. 1844, W. nº. 543; R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 813—817; — anders bij vonnis der Arr.-R. Sneek, v. 1 Nov. 1843, W. nº. 485, vernietigd bij arr. ut supra. — Vgl. ook hiermede een arr. van 't voormalig Hoog Gerechtshof van 's Hage, v. 6 Febr. 1824, v. HAMELSVELD, dl. I, p. 239, volgens hetwelk het beweren, dat de levering van koopwaren had *moeten* geschieden ter plaatse alwaar men zijne partij in rechten heeft betrokken, reeds voldoende is om de bevoegdheid van de rechtbank dier plaats daar te stellen.

2. Wanneer een koopman, als zoodanig in rechten aangesproken, (*in casu* tot staving der incompetentie) beweert, dat niettegenstaande zijn stand van commerçant, het onderwerp van den eisch van louter burgerlijken aard is, dan moet niet de oorspronkelijke eischer en geëxcipieerde de ongegrondheid, maar wel de gedaagde en excipiënt de gegrondheid van dit positief bewijzen.

Arr.-R. Rotterdam, v. 17 Febr. 1840, *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 30—32; idem Ktg. Alphen, v. 10 Sept. 1862, W. nº. 2413, en R. B., jg. 1863, dl. XIII, blz. 855—858. — Cf. art. 155 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 9 Maart 1848.

3. Art. 314 B. R. is ook van toepassing voor de rechtspraak des kantonrechters.

Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Jan. 1842, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 106—110. — Cf. v. d. Honert, *Hdb.*, § 314.

4. Het sluiten van eene overeenkomst van bevrachting op eene *bepaalde plaats*, is (*in casu* ten aanzien der competentie met het oog op art. 314, al. 3 B. R.) bij gebreke van eenig bewijs van het tegendeel, voldoende bewezen, indien zulks bij dagvaarding is beweerd, door de wederpartij niet is tegengesproken en bovendien de lading aldaar heeft plaats gehad.

Arr.-R. Utrecht, v. 31 Mei 1844, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 447—455.

5. De ondernemer van eenig middel van vervoer kan, ook met het oog op art. 4, n°. 5 W. v. K., bij niet-bestelling van het hem toevertrouwde, voor den rechter der plaats, alwaar de bestelling had moeten geschieden, gedagvaard worden, indien hij elders gedomicilieerd is, vermits door *betaling* in art. 314, n°. 4 B. R. niet uitsluitend wordt verstaan de voldoening van eene schuld in geld, maar in het algemeen het kwijten van elke verbintenis en de vervulling van datgene, waartoe iemand, ten gevolge eener op hem berustende verplichting, was gehouden.

Arr.-R. Utrecht, v. 23 Mei 1845, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 631—633; R., dl. XXXI, § 105.

Vergelijk nog over het begrip van betaling, navolgende uitspraak:

Art. 314 al. 4, gewagende van de plaats, waar de betaling had moeten geschieden, heeft kennelijk op het oog niet de schadepenning, door den éénen contractant aan den anderen bij eventueele wanpraestatie verschuldigd, maar den prijs, hetzij den huur- of koopprijs, *ab initio* bedongen.

Arr.-R. Nijmegen, v. 26 Nov. 1861, W. n°. 2355.

6. De rechter van de plaats waar de betaling moet geschieden (ter woonplaats van den eischer, indien geen bizonder beding nopens de plaats der betaling blijkt gemaakt te zijn) is in handelszaken bevoegd kennis te nemen van de verschillen, die gerezen zijn over de contracten, waaraan die betaling een einde moet maken.

Ktg. n°. 1, Amsterdam, v. 5 Juli 1847, W. n°. 1265; R. B., jg. 1853, p. 95 en 96.

7. Het is (*in specie* waar het niet geldt eene daad van koophandel) een dwaalbegrip, dat de betaalbaarstelling van een orderbiljet, op eene andere plaats dan de werkelijke woonplaats, met het oog op art. 314, laatste alinea, B. R., gelijk staat met en in zich sluit keuze van woonplaats of domicilie-stelling ter aangeduide plaats van betalings-aanwijzing, tot welk einde er eene uitdrukkelijke verklaring van den onderteekenaar zou worden vereischt (dat men namelijk, ter zake daarvan domicilie stelt of woonplaats kiest te . . . . ., daar toch de verklaring, dat men zich justiciabel stelt voor een *ratione personae* vreemden rechter, zich veel verder uitstrekt dan die, dat men aanneemt eene zekere som te zullen betalen op eene aangeduide plaats, welke wijde klove tusschen deze beide verklaringen door geene extensieve interpretatie kan worden weggenomen of aangeduid).

Arr.-R. Groningen, van 22 Oct. 1847, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 709—711; R., dl. XLIII, § 92; idem, ten betooge, dat in burgerlijke zaken de overeenkomst der partijen, dat de betaling van eene vordering op zekere plaats geschieden zal, niet kan beschouwd worden als eene vaststelling, dat de rechtbank dier plaats door partijen zou gekozen zijn, voor welke de geschillen, uit de schuldbekentis ontstaan, zouden worden behandeld — bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Aug. 1848, *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 352. — Vgl. ook hiermede omtrent de strekking van de keuze van woonplaats (domicilie) door een executant gedaan — art. 435 B. R., vonnis van de Arr.-R. Nijmegen, v. 24 Oct. 1843.

8. Het lid eener ontbonden firma, welke te Batavia gevestigd was, te Amsterdam woonachtig, kan, met het oog op artt. 4 en 314 B. R. en art. 32 W. v. K., in overeenstemming met hetgeen daaromtrent in het Oud-Hollandsch en Romeinsch recht als beginsel gehuldigd was (VAN DER LINDEN, p. 449—451, l. 40, l. 65, § 10 ff. *pro socio*), voor de rechtbank aldaar gedagvaard worden, ter zake van verbintenissen de firma betreffende.

P. H. v. N.-Holland, v. 18 Jan. 1849, R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 94—96, te dien aanzien bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Dec. 1847, W. n°. 944; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 25—30.

9. De rechter van de woonplaats des eischers is bevoegd recht te spreken, indien het geldt de vordering van schadevergoeding, door den

trekker tegen den houder van een wisselbrief, ook dan, wanneer die houder den wissel slechts ter incasseering in handen heeft.

Ktg. n°. 2, Amsterdam, v. 7 Juni 1849, R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 525—527. — Cf. art. 179 W. v. K., vonnis van hetzelfde Ktg., vermeld op sub n°. 8.

10. Bij verkoop van waren alleen soortelijk aangewezen en welke mitsdien bij de maat, het gewicht of getal worden verkocht (*in casu* twee oxhoofden siroop), valt aan geene levering, immers aan geene geheel *geperfecteerde levering* (in den zin van art. 314 B. R. en met toepassing daarvan op de rechtelijke bevoegdheid) te denken, voordat die door den kooper gewogen, gemeten of geteld zijn, of deze in de opgaven omtrent maat, gewicht en getal door den verkooper of afzender gedaan, na eene summiere inspectie heeft berust.

Arr.-R. Groningen, v. 8 Maart 1850, R. B., jg. 1854, p. 358—360.

11. Ofschoon het erlangen van betaling door middel van een wisselbrief in den handel gebruikelijk is, blijkt het volstrekt niet, dat zulks een bestendig gebruikelijk beding is, hetwelk met het oog op art. 1429, al. 2, B. W., ook in handelszaken toepasselijk, zou kunnen te kort doen aan het wettig domicilie van betaling, waarvan het rechtsgebied afhankelijk is.

Arr.-R. Rotterdam, v. 2 Maart 1853, W. n°. 1428, R. B., jg. 1854, p. 342—345 (aldaar onder dagteek. v. 2 Maart 1854).

12. Indien een orderbiljet, hoezeer dan ook toevallig, is onderteekend in een zeker huis gelegen buiten de gemeente van den schuldenaar, dan regelt dit huis (als bestaande de verbintenis alleen in de verplichting tot betaling van het orderbiljet) de competentie van den rechter, voor wien de eischer met het oog op art. 314, al. 3, kan dagvaarden.

Ktg. n°. 2, Amsterdam, v. 13 Maart 1854, R. B., jg. 1854, p. 219—222.

13. Waar een handelshuis door zijn gewonen reiziger een koop sluit, dan moet het geacht worden verkocht te hebben ter plaatse, waar die reiziger zich bevond, niet waar het huis is gevestigd.

Arr.-R. Nijmegen, v. 30 Mei 1855, R. B., jg. 1856, dl. VI, bl. 623—626 idem ten aanzien van den koop door middel van een makelaar gesloten, Arr.-R. Amsterdam, v. 2 Maart 1877, R. B., jg. 1877, *B*, p. 100.

14. De vordering is eene zaak van koophandel, wanneer de handeling van partijen, die het onderwerp is der actie, onverschillig of eene der partijen koopman is, al dan niet, bestaat in een der daden, die als daad van koophandel moet worden gekwalificeerd.

P. H. v. N.-Holland, v. 29 Juni 1857, R. B., jg. 1857, p. 554.

15. De verbintenis van bewaargeving moet geacht worden tot stand te zijn gekomen ter plaatse, waar de gedaagden hunne toestemming in de hun voorgestelde bewaarneming hebben gegeven; terwijl, bij gebreke van bepaling of aanwijzing bij de overeenkomst van de plaats alwaar de teruggave zou moeten geschieden, die teruggave moet gedaan worden op de plaats zelve, waar de bewaargeving geschied is.

Arr.-R. Maastricht, v. 6 Juni 1861, W. nº. 2306.

16. Het is, om dit artikel te kunnen inroepen, niet noodig, dat de dagvaarding in handelszaken behelst eene uitdrukkelijke vermelding, dat zij eene zaak van koophandel ten onderwerp heeft, maar het is voldoende, indien slechts in de dagvaarding de commercieële aard der actie door den eischer met genoegzame duidelijkheid is aangewezen.

P. H. v. N.-Holland, v. 22 April 1869, W. nº. 3118.

Vergelijk hiermede in verband navolgende beslissingen:

Het verzuim van de vermelding in de dagvaarding van het bestaan van een of meer der gevallen hier bedoeld, is op zich zelf niet voldoende, om de onbevoegdheid van den rechter aan te nemen.

Hof Amsterdam, v. 30 Nov. 1877, R. B., jg. 1879, A, p. 47, W. nº. 4218, idem Mr. v. d. Kemp, Ontw. ut supra, (3de druk) p. 234 sq.

De kantonrechter behoort zich, in geval van dit artikel *ratione personae* onbevoegd te verklaren, wanneer in de dagvaarding tot eene handelszaak betrekkelijk niet blijkt van de omstandigheden, in dat artikel aangewezen, krachtens welke de keuze van de plaats der dagvaarding aan den eischer is overgelaten.

Arr.-R. Assen, v. 28 Juni 1861, W. nº. 2338, waarbij tevens implicite werd beslist dat de eischer zijn verzuim in appèl kan herstellen, idem Arr.-R. Haarlem, v. 10 Oct. 1876, W. nº. 4039. Verg. vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 3 Maart 1863, sqq. vermeld sub. art. 5 B. R.

17. Eene vordering tegen den man, die geen koopman is, op grond van de handelsverbintenis zijner vrouw, kan ten zijnen opzichte niet als handelszaak worden beschouwd.

Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Dec. 1870, W. no. 3285, R. B., jg. 1872, p. 97.

18. Art. 1550 B. W. ziet alleen op het geval dat de betaling gelijktijdig met de levering moet geschieden. Is de levering reeds geschied, dan geldt voor de plaats van betaling de regel van art. 1429 B. W.

P. H. v. Gelderland, v. 29 Jan. 1873, vernietigende vonnis der Arr.R. Arnhem, v. 29 April 1872, W. no. 3620, ook vermeld ad art. 1550 B. W. (ed. ASSER), no. 6.

19. De plaats der betaling, in dit artikel aangewezen tot het regelen van de bevoegdheid des rechters, heeft niet alleen betrekking op de verbintenissen, uit *overeenkomsten* voortgevloeid, maar ook op die, welke uit kracht *der wet* zijn ontstaan.

Arr.-R. Zwolle, v. 21 Jan. 1874, W. no. 3753; anders K., in W. no. 2202 en vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 8 Sept. 1875, W. no. 3934, R. B., 1876, afd. *A*, p. 19, waarbij *in specie* is beslist, dat ten aanzien van de actie voortspruitende uit art. 345 W. v. K., de competentie zich niet regelt naar de plaats van levering of die van betaling, vermits die actie tot schadevergoeding tegen den schipper voortspruit uit de wet en in art. 314 gedoeld wordt op levering en betaling, als gevolg van een gesloten overeenkomst; verg. OUDEMAN, *B. R.*, dl. I, p. 333.

20. De vordering van den agent tegen den koopman, die hem heeft aangesteld, steunende op het contract van aanstelling, is als een handelszaak te beschouwen.

Hof Amsterdam, v. 4 Mei 1876, R. B., 1876, *B*, p. 198 sq.

21. De actie tot betaling van een saldo van rekening-courant tusschen een bankier en zijn cliënt, of van een commissionair en zijn commissie-gever, draagt slechts een commercieel karakter voor den eerste.

Hof Amsterdam, v. 15 Juni 1876, W. no. 4014.

22. Wanneer de commissionnair handelt op naam zijns lastgevers, wordt hij gelijk gesteld met een gewoon mandataris, zoodat het onderwerp der overeenkomst eene civiel rechtelijke verbintenis wordt, en

Art. 314 lid alleen op verbintenissen uit overeenkomst, niet ook op verbintenissen uit de wet. Rb. Dordrecht 9 Mei 1894 P.v.J. 1894 nº 49. Rb. den Haag 11 Mei 1897 W. nº 6995.

Idem, meer bepaaldelijk wat betreft het tweede lid van art. 314: Rb. Rotterdam 15 Febr. 1912, W. nº 9420.

de commissionnair bij de dagvaarding niet gebruik kan maken van de bevoegdheid, in dit artikel den eischers gegeven.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 20 Febr. 1879, W. nº. 4415.

23 Ook de Nederlandsche rechter is bevoegd kennis te nemen van de commercieele vordering door een buitenlands wonenden vreemdeling ingesteld tegen een Nederlander, mede in het buitenland woonachtig, wanneer blijkt dat de betaling binnen 's rechters ressort had moeten geschieden.

Arr.-R. Maastricht, v. 17 Febr. 1881, W. nº. 4656.

24. Op den onderteekenaar van een orderbillet is alleen dan de rechtspleging in zaken van koophandel van toepassing, wanneer hij is koopman en het accept ten behoeve van zijn handel heeft geteekend.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 31 Maart 1881, W. nº. 4698.

25. Zie ten betooge:

a. Dat de rechter, binnen wiens rechtsgebied de betrokkene woonachtig is, niet bevoegd is kennis te nemen van eene actie tot rembours van een niet geaccepteerden wissel tegen den trekker ingesteld, wanneer deze zoo wel als de houder niet binnen dit rechtsgebied gedomicilieerd is en de wissel van non-acceptatie is geprotesteerd geworden —

art. 180 W. v. K., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 23 Oct. 1839, sub nº. 2.

b. Dat de acceptant van een wisselbrief, betaalbaar op eene andere plaats, dan waar hij zelf woonachtig is, tot betaling daarvan kan gedagvaard worden voor den rechter van de plaats, waar de wissel voor de betaling is gedomicilieerd geworden —

art. 180 W. v. K., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Maart 1842, sub nº. 3.

c. Dat indien zoowel de eischer als de verweerder een vreemdeling is en de handelsovereenkomst, naar aanleiding waarvan is gedagvaard, buiten het Rijk is aangegaan, partijen niet geacht kunnen worden zich stilzwijgend aan de jurisdictie van eene rechtbank hier te lande onderworpen te hebben door de bepaling, dat de aflevering en de betaling van het gekochte ter plaatse alwaar die rechtbank is gevestigd, geschieden zullen —

De vreemdeling, die geen woonplaats noch verblijf in het koninkrijk heeft, kan door een Nederlander overeenkomstig art. 314 Rv. gedagvaard worden, bijv. voor den rechter van de plaats waar geleverd is. Rb. Amsterdam 21 Febr. 1930, P. nr. 1930 nr. 34.

art. 156 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 20 Juni 1848, en in verband hiermede dat, indien de partijen zich ook, niet bevinden in een der gevallen bij art. 314 B. R. vermeld, een vreemdeling een buitenlands woonachtigen Nederlander niet voor eenen Nederl. rechter kan dagvaarden tot van-waarde-verklaring van een arrest onder derden — art. 9 Alg. Bep., sub nº. 11 (dl. II, p. 74 en 75, 2de ed. sub nº. 9) art. 127 B. R., sub nº. 2, en art. 738 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Nov. 1849.

Verg. ook navolgende beslissingen:

Deze bepaling wijst wel aan, welke rechter kan worden geadieerd in handelszaken, waarvan de beslissing aan den Nederlandschen rechter behoort, maar is niet attributief van jurisdictie d. i. kent geen rechtsmacht toe aan den Nederlandschen rechter over vreemdelingen.

Arr.-R. Rotterdam, v. 12 Juni 1871, W. nº. 3377 en v. 31 Juli 1857, W. nº. 1881. — Zie echter Arr.-R. Haarlem, v. 13 Nov. 1860, W. nº. 2249, waarbij, blijkens de overweging dat de artt. 126 en 134 B. R. den Nederl. rechter ook over den vreemdeling rechtspraak geven, het tegendeel schijnt te zijn aangenomen.

Een beroep op de hier geregelde competentie kan eerst opgaan, wanneer de bevoegdheid van den Nederl. rechter in het algemeen vaststaat.

Arr.-R. Amsterdam, v. 25 Maart 1880, W. nº. 4569.

d. Dat ondanks de niet-overneming van art. 426 C. de Proc. C. in 't W. v. B. R., art. 314 van dat Wetboek toepasselijk is op de erfgenamen van dengene, die, krachtens dit artikel, voor den daar aangewezen rechter kan geroepen worden —

S. M. in de *Opm. en Med.*, dl. I, p. 12—15, anders Arr.-R. Groningen, v. 31 Oct. 1856, W. nº. 1870.

Zie omtrent de vraag, of in handelszaken de van-waarde-verklaring van een beslag onder derden, ingevolge art. 738 B. R., gevraagd moet worden bij den rechter van de woonplaats des debiteurs, dan wel of de eischer ook de keus heeft, bij art. 314 van dat Wetboek omschreven —

art. 738 R. R., arr. v. 31 Oct. 1845 sqq.

Art. 315.

1. De voorloopige tenuitvoerlegging, vermeld bij art. 315 B. R., kan slechts bevolen worden, indien de eischer daartoe geconcludeerd heeft onder borgtocht of aanwijzing van voldoende zekerheid.

In alle gevallen blijft het geheel aan den rechter overgelaten, om de bij gemeld artikel bedoelde voorloopige tenuitvoerlegging al of niet te bevelen.

> Arr. v. 22 Juni 1849, W. nº. 1044; R., dl. XXXIII, § 13; v. D. H., *B. B.*, dl. X, p. 423—438. Cf. het betrekkelijk deze zaak gewezen arr. van het P. H. v. N.-Holland, v. 22 Febr. 1849, W. nº. 1106, R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 491 sqq.

Vergelijk ten betooge dat de voorloopige ten uitvoerlegging niet dan onder borgtocht of aanwijzing van voldoende zekerheid kan geschieden —

> Arr.-R. Arnhem, v. 12 Febr. 1855, W. nº. 1642 en P. H. v. Gelderland, v. 13 Juni 1860, W. nº. 2195.

2. Dit artikel laat geene uitzonderingen toe, wat betreft het stellen van cautie. Derhalve moet het ook dán worden bevolen, wanneer in de toewijzing der vordering geen in geld waardeerbaar object is begrepen.

> Arr. v. 15 Dec. 1876, W. nº. 4061; R., dl. CXIV, § 41; R. B., jg. 1878, p. 100, ten dezen aanzien vernietigende arr. Hof v. Amsterdam, v. 13 April 1876, t. z. p. p. 97.

3. Ook een incidenteel vonnis, waarbij in eene handelszaak een verhoor op vraagpunten wordt afgewezen, kan bij voorraad uitvoerbaar worden verklaard.

> Arr. v. 15 Dec. 1876, ut supra; idem het daartoe betrekkelijk arr. Hof v. Amsterdam, v. 13 April 1876, ut supra, waarbij werd vernietigd het vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Maart 1876, B. R., jg. 1876, blz. 178.

4. Wanneer een vonnis in eene handelszaak, bij verstek gewezen, is verklaard uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande verzet, hooger beroep of voorziening in cassatie, onder borgtocht of aanwijzing van voldoende zekerheid, dan behoeft de borgstelling of zekerheid niet te geschieden, noch kan zij worden gevorderd, indien niet is gebleken dat

Een vonnis tot uitlevering eener koopovereenkomst met schadevergoeding kan bij voorraad uitvoerbaar verklaard worden, als de overeenk. een verkoop van koopl.
is: Hof R. 6 Nov. 1903 W. nº 7980.

er eenig verzet tegen dat vonnis is gedaan en overigens die tenuitvoerlegging niet is geschied bij voorraad, maar op de gewone wijze van tenuitvoerlegging, met het oog op den bij de wet (art. 316 B. R.) bepaalden termijn.

Arr.-R. 's Bosch, v. 3 Jan. 1844, W. nº. 594. — Cf. art. 590 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Juli 1843 sqq.

5. De vordering, ingesteld ter zake van de handeling eens makelaars in zijne betrekking als zoodanig, betreft eene handelszaak en kan bij gevolg in dit geval de voorloopige tenuitvoerlegging onder borgtocht worden bevolen.

P. H. v. N.-Holland, v. 29 April 1847, W. nº. 902.

6. De vrijheid, den rechter in art. 315 B. R. verleend, om in zaken van koophandel de voorloopige tenuitvoerlegging te bevelen, kan zich niet uitstrekken tot die zaken, waarin de wet (zoo als bij de toelating van een schuldeischer op de lijst der erkende crediteuren in een faillissement en de rechten daaruit verkregen, in het bizonder het recht tot het stemmen over een accoord) geene voorloopige tenuitvoerlegging toelaat.

P. H. v. N.-Holland, v. 7 Oct. 1847, W. nº. 931; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 647—649. Cf. art. 831 W. v. K., arr. van hetzelfde P. H. v. denz. datum.

7. Indien het geschil, door arbiters te beslissen, eene handelszaak is, moet ook de vordering tot benoeming van arbiters, als handelszaak worden beschouwd.

Arr.-R. Amsterdam, v. 31 Dec. 1856, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 295—296. Verg. Mrs. M. DES AMORIE VAN DER HOEVEN en ABR. DE VRIES, *Regtsg. Opst.* bl. 78.

8. Eene vordering tot voorloopige tenuitvoerlegging kan niet worden toegewezen, wanneer niet blijkt, dat de handeling van den *gedaagde* als eene daad van koophandel is te beschouwen.

Arr.-R. Assen, v. 27 Febr. 1865, W. nº. 2773.

9. De al dan niet uitvoerbaar-verklaring bij voorraad, als zijnde een punt niet van materiëel recht, maar van procedure, moet ook, waar het rechten en verplichtingen geldt, voortspruitende uit eene in den

vreemde aangegane en uitgevoerde overeenkomst, naar de Nederlandsche wet worden beslist.

P. H. v. Gelderland, v. 15 Dec. 1869, W. n°. 3178, in zoover conform vonnis Arr.-R. Tiel, v. 14 Mei 1869, W. n°. 3156.

10. Het toetreden tot eene vennootschap van koophandel, bestaande in het bijeenbrengen van kapitaal, om daarmede voor gemeenschappelijke rekening handelsdaden te verrichten, is tusschen de vennooten zelve, eene daad van zuiver burgerrechtelijken aard, en de vorderingen die de vennooten tegen een hunner tot nakoming zijner verplichtingen uit de overeenkomst voortspruitende, instellen, zijn niet te beschouwen als voorttekomen uit eene handelsschuld, zoodat op grond van dit artikel de gevraagde uitvoerbaarheid bij voorraad niet kan worden toegestaan.

Ktg. n°. H. Rotterdam, v. 18 Oct. 1872, W. n°. 3531.

Art. 316.

Zie omtrent de vraag of hij die in verzet komt tegen een vonnis, bij verstek gewezen, door den oorspronkelijk eischer, later geopposeerde, als handelszaak aangebracht, in ieder geval, met betrekking tot de in acht te nemen termijnen, de rechtspleging in zaken van koophandel moet volgen —

art. 83 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Maart 1842.

Art 317.

1. In geval van aanvaring, zijn er geene termen om bij vonnis gedaagden te veroordeelen om mede te werken tot het benoemen van experts door de rechtbank, indien volstrekt nog niet consteert of de gedaagden al dan niet tot schadevergoeding zijn gehouden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 21 Juni 1839, R. B., jg. 1842. dl. IV, p. 777 en 778. — Cf. art. 222 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. denz. datum, sub n°. 8.

2. Eene overeenkomst, waarbij de keuze van deskundigen aan één der partijen zou zijn overgelaten, is in strijd met dit artikel, dat

vordert òf dat blijke van overeenstemming van partijen, òf van de tusschenkomst des rechters.

Arr.-R. Amsterdam, v. 23 Mei 1873, W. nº. 3630.

3. Het Engelsch recht vordert niet dat deskundigen tot het houden van expertises in zeezaken door het openbaar gezag worden benoemd. Voor een expertise, gehouden in een haven waar dat recht geldt en geen Nederlandsche consul is gevestigd, is het mitsdien geen essentieel vereischte dat de deskundigen door het Openbaar Gezag benoemd zijn. De waarde van zoodanige expertise staat ter beoordeeling van den rechter, terwijl de partij, tegen welke men zich op die expertise beroept, de onjuistheid daarvan mag bewijzen.

Arr.-R. Rotterdam, v. 26 Jan. 1876, W. nº. 3945.

Art. 320.

Hoewel de wet in art. 620 B. R. aan ieder de vrijheid geeft, om zijne geschillen aan de beslissing van scheidslieden te onderwerpen, die als goede mannen kunnen oordeelen zonder aanzien van de regelen des rechts, zoo is toch niemand bevoegd, naar willekeur voor den gewonen rechter, wettelijke, in het publiek belang voorgeschreven formaliteiten, al of niet op te volgen.

Hij dus, die volgens art. 320 B. Rv. geldig bij de rechtbank homologatie wil verzoeken der verdeeling bij avarij-grosse, moet waken, dat de gekozen deskundigen, die haar hebben opgemaakt, vooraf, conform art. 319, beëedigd worden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 28 Nov. 1872, R. B., jg. 1875, *N. R.*, dl. I, A, p. 66 sqq.

Art. 321.

Zie ten betooge, dat in handelszaken de kantonrechter *ook mondeling* verlof kan verleenen om van uur tot uur te dagvaarden —

Mr. L. G. Greevé, 3de druk, Mr. van der Kemp's Ontw. ut supra blz. 260 volgg.; anders Mr. J. G. Kist: «Beginselen van Handelsregt», dl. VI, p. 11.

Wet v. M. als hoofdpartij optredende wordt niet vertegenwoordigd door een procureur; de ambtenaar ter terechtzitting treedt op. Th. R. 16 Art. 323) April 1900, D. n° 842 1908.

Art. 323.

1. Het Openb. Min. kan niet beschouwd worden aanlegger of hoofdpartij in het geding te zijn, wanneer het heeft gerequireerd de executabelverklaring van eene resolutie van den gouverneur eener provincie, tot onteigening ten algemeenen nutte (in specie uit krachte der thans vervangen wet van 8 Maart 1810)

Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Jan. 1839, *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 26—28.

2. Het strijdt met de beginselen der bestaande rechtspleging, in een civiel geding kennis te nemen van een eisch tot schadevergoeding, gericht tegen het Openb. Min. of den Staat, ter zake van ambtshalve verrichte daden.

P. H. v. N.-Holland, v. 27 Febr. 1843, W. n°. 392; R. B., jg. 1843, dl. V, p. 289—295; R., dl. XVI, § 22. — Cf. het aangeteekende op art. 764 W. v. K., sub n°. 8.

3. Zie ten betooge dat wanneer de wraking wordt voorgesteld tegen den ambtenaar van het Openb. Min., die als *hoofdpartij* werkzaam is, de rechter zich niet-ontvankelijk moet verklaren om van de vordering tot wraking kennis te nemen —

Mr. C. F. Th. van Maanen, «het Openb. Min. in Nederland», blz. 64 en 65.

Art. 324.

1. De bepalingen van de artt. 2 en 3 der wet van 21 Aug. 1816 (*Stbl.* n°. 34), vaststellende het eenvormig stelsel van maten en gewichten, zijn van openbare orde in den zin van art. 324, n°. 1 B. R. Mitsdien behoort een arrest te worden vernietigd, waarbij zonder het hooren van het Openb. Min., over de al dan niet toepasselijkheid van voornoemde bepalingen is beslist.

Arr. v. 5 Mei 1848, W. n°. 938; R., dl. XXXI, § 74, v. d. H., *B. R.*, dl. IX, p. 355.

2. Art. 324, n°. 6 B. R. moet in dien zin worden verstaan, dat alleen dan het verhoor van het Openb. Min. noodig is, wanneer er minderjarigen als partijen in het proces voorkomen, en niet wanneer

een meerderjarige op eigen naam ageert, ofschoon dan ook uit krachte eener beschikking van den rechter, waaruit zoude kunnen blijken, dat daarbij ook minderjarigen indirect zijn betrokken.

Arr. v. 5 Oct. 1849, W. n°. 1070, R., dl. XXXIV, § 17, v. d. H., *B. R.*, dl. XI, p. 15—29.

3. Wanneer volgens de feitelijke beslissing van den rechter in appèl het niet is gebleken, dat door den eersten rechter verzuimd was het Openb. Min. te hooren, kan geen schending of verkeerde toepassing van dit artikel worden beweerd.

Arr. v. 14 Oct. 1859, R., dl. LXIII, § 21; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIII, p. 358—377.

4. Wanneer uit het arrest, dat een vonnis *bevestigt*, waarbij verzuimd is in een der hier genoemde gevallen het Openb. Min. te hooren, *niet blijkt* dat dit in eersten aanleg is verzuimd, en evenmin een der partijen zich in appèl op dat verzuim hebben beroepen, en tot nietigheid hebben geconcludeerd, dan is dit artikel door het Hof niet geschonden.

Arr. v. 17 Mei 1861, W. n°. 2279, R., dl. LXVIII, § 7.

5. Door het verzuim van het hooren van het O. M. in de gevallen, waarin dat gebiedend is voorgeschreven, is art. 324 geschonden. Alhoewel de straf van nietigheid niet op het niet opvolgen van het voorschrift van 324 is bedreigd, zoo moet toch het vonnis gewezen, zonder dat het O. M. gehoord is in de gevallen van art. 324, vernietigd worden, Immers dat verzuim is meer dan een verzuim in de vormen; — aan een zoodanig vonnis ontbreekt een essentieel vereischte. Hof Leeuwarden 20 April 1904, W. n° 8095.

Arr. v. 21 Febr. 1879, W. n°. 4353, R., dl. CXXI, § 18; v. d. H., *B. R.*, dl. XLIV, p. 73—78, R. B., jg. 1881, *A*, p. 251; idem arr. H. R. (in raadkamer) v. 9 Maart 1877, W. n°. 4089, R., dl. CXV, § 35, voorts arr. v. 15 Oct. 1846, W. n°. 753; R., dl. XXV, § 46; v. d. H., *B. R.*, dl. VIII, p. 138—152; idem arr. Hof 's Bosch, v. 4 April 1884, W. n°. 5093; idem, ten aanzien van art. 324, n°. 6 B. R., bij arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 30 Oct. 1845, W. n°. 723; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 25 sqq.; *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 281 en 282; idem P. H. v. Zeeland, v. 8 Dec. 1863, R. B., jg. 1865, p. 57, idem Oudeman, *B. R.*, dl. I, 4de druk p. 345 sq., de Pinto, *Hdl. B. R.*, dl. II, 4, p. 398 en volgg.; (2de ed. bl. 446) en van Maanen, het O. M. in Nederland, blz. 86 en 87; — anders echter in de conclusie van den adv.-gen. Gregory, v. d. H., l. c., p. 146 en 147; R., dl. XXV, p. 197 en 198, hoofdzakelijk op grond, dat de weglating eener bevolene akte

Verwaarloozing Hof-dwaling 12 April 1904, W. n° 8227. met terugwijzing naar den vorigen aanleg.

Idem ten aanzien van eene beschikking op een verzoekschrift met terugwijzing van het Hof: H. R. 23 Sept. 1910, W. n° 9063.

van rechtspleging niets anders dan een verzuim in de vormen der procesorde zou daarstellen en dit zoo zijnde, met het oog op art. 406 R. Org., naar welk voorschrift zich de H. R., krachtens art. 419 B. R., moet regelen, niet elk verzuim in de vormen, maar alleen zulk een waarop de straf van nietigheid is gesteld, aanleiding tot vernietiging van een vonnis kan geven. — Vgl. ook hiermede een arr. van 't P. H. v. Zeeland, v. 5 April 1842, W. n°. 296; R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 353, waarbij is beslist, dat, ofschoon, volgens de bepalingen van art. 324 B. R., in alle zaken, daarbij vermeld, het Openb. Min. moet worden gehoord, zulks echter niet van noodzakelijke toepassing te achten is op een enkel *verzoek van verstek* tegen een afwezig gebleven gedaagde, waarop door den rechter dadelijk, en zonder dat nog eenige conclusie, tot de zaak zelve betrekking hebbende, is voorgedragen (*in casu* echter tevens met nietigverklaring der dagvaarding), wordt beschikt: met dat gevolg, dat daaruit geene nietigheid der uitspraak is af te leiden, noch ten gevolge van eenig voorschrift der wet zoude moeten worden uitgesproken; anders Mr. VAN MAANEN, «ut supra», blz. 75.

6. Daar, waar geen verschil bestaat over den burgerlijken staat van een der partijen, maar alléén over de haar in haren onbetwisten staat toekomende bevoegdheden, moet art. 324, 2°. B. R. buiten toepassing blijven.

Arr. v. 12 Dec. 1879, W. n°. 4454, R., dl. CXXIII, § 32; v. D. H., *B. R.*, dl. XLIV, p. 333—345.

Amsterd: Corr. Openb. Adm. Hof den Haag 15 Febr. 1897, P. v. 1897, n°. 20; W. n°. 6936. Hof Leeuwarden 29 Dec. 1897, W. n°. 7069. Dec. J. in Palais van Justitie 1898 n°. 7.

7. De in n°. 6 van art. 324 B. R. voorkomende woorden: "en in het algemeen alle personen die door eenen curator verdedigd worden", beteekenen, in tegenstelling van de voorafgaande uitdrukking: "*onder curateele gestelden*", zoodanige individuën, wier persoonlijke rechten niet zoo zeer aan curators zijn toevertrouwd, maar wier belangen over het algemeen, en dus ook wier goederen door curators moeten verdedigd worden, onder welke een failliet, of zoo men wil de algemeenheid zijner crediteuren, de massa, zeer zeker behoort.

P. H. v. N.-Holland, v. 30 Oct. 1845, W. n°. 723; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 25 sqq.; *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 281 en 282. — Cf. art. 324 B. R., sub n°. 5 en art. 813 W. v. K., arr. van denzelfden datum, sub n°. 12.

8. Noch art. 324 noch art. 327 B. R. bepaalt, hoedanig de conclusie van het Openb. Min. in burgerlijke zaken moet wezen, zoodat eene bloote referte van dien ambtenaar nergens verboden is.

P. H. v. N.-Holland, v. 15 Jan. 1852, *Amsterd. Regtspr.*, dl. II, p. 259—263. — Cf. DE PINTO, *Hdl. B. R.*, dl. II, 1, p. 402 en 403; cf. VAN MAANEN, ut supra, blz. 78 sq., ten betooge dat de conclusie niet bestaan

mag in eene eenvoudige referte aan het oordeel van den rechter, vermits de conclusie *zelve* een oordeel over de zaak moet bevatten en dit niet kan gebaseerd zijn op eene nog niet uitgesproken meening.

9. Wanneer niet blijkt dat op de vorderingen tot rectificatie van de akten van den burgerlijken stand het Openb. Min. ter rolle is gehoord, of dat, gelijk *in casu*, de beschikking of het vonnis in het openbaar is uitgesproken, is die beschikking of dat vonnis van onwaarde.

P. H. v. Overijsel, v. 21 Febr. 1853, W. n°. 1446.

10. Zie ten betooge dat:

a. het Openb. Min. over de vereffening van kosten der cassatie-procedure niet behoeft gehoord te worden —

W. n°. 3684, rubriek «Mengelwerk».

b wanneer het Openb. Min. in eersten aanleg niet is gehoord, en het vonnis op dien grond in appèl wordt aangevallen, het voldoende is dat de proc.-gen. conclusiën neemt en dat de zaak dan niet naar den eersten rechter behoeft te worden teruggewezen.

Mr. VAN MAANEN, «het Openb. Min. in Nederland», blz. 74 en 75.

c. dat na de wet van wet van 7 April 1877 (*Stbl.* n°. 72—80) ook in procedures voor den kantonrechter het Openb. Min. moet gehoord worden in de zaken waarin het hooren van het Openb. Min. in het algemeen zoowel hier ter plaatse als elders bij de wet wordt bevolen —

Mr. L. G. GREEVE (3de druk van v. d. KEMP's Ontw., ut supra blz. 40 vlgg.), alwaar ook uitvoerig de gronden der tegenovergestelde meening worden gevonden. Zie ook in anderen zin Mr. v. NOOTEN, in R. B., jg. 1879, *A*, p. 90.

11. Zie eindelijk over de vraag of de conclusiën van het Openb. Min. al dan niet nuttig en wenschelijk zijn.

Opm. en Med., dl. XIV, blz. 268 volgg., alwaar te vinden zijn de verschillende argumenten pro et contra aangevoerd door Regeering en Vertegenwoordiging naar aanleiding van de ontwerpen van wet op de samenstelling der rechterlijke macht der Ministers DONKER CURTIUS, VAN DER BRUGGHEN, BOOT en GODEFROI; Mr. C. F. TH. VAN MAANEN, ut supra blz. 69 sqq. en Prof. v. BONEVAL FAURE, in *N. Bijdr.*, jg. 1861, dl. XI, blz. 421 sqq.

De *noodzakelijkheid* van het optreden van het Openb. Min. in burger-

lijke zaken wordt betoogd door Dr. F. C. von Arnold, «die Umgestaltung des Civilprozesses in Deutschland in den Grundsätzen erörtert» (waarvan het tot dit onderwerp betrekkelijk gedeelte vertaald wordt aangetroffen in *N. Bijdr.*, jg. 1863, dl. XIII, pag. 476), doch *alleen* in *die* gevallen, waarin de Staat een middellijk maar toch wezenlijk belang heeft en niet reeds vertegenwoordigd is. Heeft dit plaats, dan moet volgens den schrijver het Openb. Min. niet alleen adviseerend maar ook intervenieerend optreden. — Vergelijk ook vóór het behoud der conclusiën, eene brochure van Mr. F. F. Karseboom: Afschaffing der conclusiën van het Openb. Min. in burgerlijke zaken, anders dan bij een beroep in cassatie, beoordeeld en in zooverre bestreden door Mr. J. A. Jolles, in W. nº. 3061.

Zie voorts: *Een lid der magistratuur*, in W. nº. 3065. Verg. eindelijk ook O. O. in W. nº. 3002.

Art. 327.

Zie ten betooge, dat wanneer de rechter de stukken heeft gesteld in handen van het O. M., partijen geene nieuwe schrifturen meer kunnen indienen —

Mr. van Maanen, «het Openb. Min. in Nederland», blz. 85.

Art. 329.

Stilzwijgende prorogatie is in strijd met de bepaling van art. 324 (Regl. op de B. R. in Ned.-Indië), gelijkluidend met aan dit artikel.

Hoog Gerechtshof van Ned.-Indie (eerste instantie) van 17 Oct. 1872, W. nº. 3644.

Art. 332.

1. De eischer, die heeft gevorderd schadevergoeding ten bedrage van eene som van *f* 300, of ingeval van tegenspraak, van zoodanige andere som, als bij staat zal worden opgemaakt, is, wanneer er tegenspraak gedaan is, en er eene veroordeeling tot schadevergoeding, nader op te maken bij staat, is uitgesproken, ontvankelijk om van dit vonnis (als zijnde in dit geval het bedrag, waarvoor de vordering bij staat zal worden opgevoerd, ten eenenmale onzeker) te komen in hooger beroep.

De ~~eischer~~ geëd. die zodanig ~~vaststelling~~ zekerheidstelling ten beloope van *f* 2000 of zooveel minder als de rechter en aequo et bono zal arbitreeren, is niet bezwaard door de uitspraak der rechters waarbij het bedrag der zekerheid wordt bepaald op *f* 300 –, en dus niet-ontvankelijke in zijn beroep tegen die

Hooger beroep kan alleen worden ingesteld door de partij die bij het vonnis a quo geheel of gedeeltelijk in het ongelijk is gesteld: Hof Amsterdam 9 Apr. 1900, W. n° 7478.

Arr. v. 30 April 1852, W. n°. 1330; R., dl. XLI, § 66; v. d. H., *B. R.*, dl. XIV, p. 263—277; verg. arr. v. 29 Jan. 1858, W. n°. 1941, R., dl. LVIII, § 15, waarbij werd beslist: dat om stellig te doen blijken dat de waarde van eene vordering niet meer beloopt dan *f* 400, het bedrag der vordering in geldswaarde moet zijn uitgedrukt en dat bij gebreke daarvan het appèl steeds is toegelaten, als zijnde de vordering van een onbepaald bedrag en dat de rechter onbevoegd is op eigen gezag de waarde te begrooten, vermits die berekening des rechters nooit tot de rechtskundige zekerheid kan leiden, dat de onbepaalde waarde is beneden de som, bij de wet voor appèl vereischt en dat de uitzondering (geen appèl) bestaat.

Eene vordering tot betaling van f 240.15 of zooveel meer of minder, als de rechter zal bepalen, is van onbepaalde waarde, en vatbaar voor hooger beroep, als bevende buiten de uitzondering van art. 54 n°. 2 R. O. v. H. R. 28 Dec. 1900, W. n° 7548.

2. Wanneer de vordering strekt *alternative* tot betaling van eene som beneden de *f* 400, of voor zoo veel *minder* als door den rechter, volgens een daarvan op te maken staat, mocht worden bepaald, dan moet het vonnis ingevolge art. 54, n°. 2, R. Org., als in het hoogste ressort worden aangemerkt, vermits in dat geval een bepaald bedrag als *maximum* der gedane vordering aanwezig is, welk *maximum* bij den te leveren staat niet mag worden overschreden.

Arr. v. 30 April 1852, sub n°. 1 geciteerd; verg. art. 339 B. R., vonnis van de Arr.-R. Nijmegen, v. 12 Aug. 1850.

3. De ingezeten eener gemeente heeft, met het oog op de artt. 143, al. 3 en 194, litt. *i*, gem.-wet, geene bevoegdheid om in hooger beroep te komen van een vonnis waarin de gem.-raad berust.

Arr. v. 18 Maart 1853, W. n°. 1473; R., dl. XLIV, § 40; v. d. H.; *B. R.*, dl. XVI, p. 154—173, *Gem.-Stem*, n°. 103, vernietigende het in tegenovergestelden zin gewezen arr. van het P. H. v. Gelderland, v. 30 Juni 1852, *Gem.-Stem*, n°. 50.

4. Van alle vonnissen is hooger beroep toegelaten, tenzij bij de wet of bij eenig wettelijk voorschrift het tegendeel is bepaald; alzoo staat dit middel open bij vonnissen, houdende beslissing alléén omtrent de vraag, of de zich aanmeldende persoon al of niet tot het afleggen van den eed als advocaat bij het college behoort te worden toegelaten, en waarbij derhalve van geene disciplinaire bestrafling van een reeds beëedigd en ingeschreven advocaat, eenige sprake is.

Arr. v. 16 Nov. 1855; W. n°. 1700; R., dl. LI, § 39.

5. Bij artt. 55 en 66 B. R., is wel aan partijen veroorloofd eene voor hooger beroep vatbare zaak òf alleen voor den lageren òf rechtstreeks voor den hoogeren rechter te brengen, maar bij geene wetsbepaling is de macht verleend den daartoe door de wet geroepen rechter

Wijsprake: Hof den Haag 30 Jan. 1905, W. n° 8252.

bij wege van prorogatie van jurisdictie te doen oordeelen in hooger beroep, veel min in hooger beroep van een hooger beroep.

Arr. v. 6 Maart 1857, W. n°. 1836, met het daartoe betrekkelijk arr. P. H. v. Gelderland, v. 2 April 1856, vermeld sub art. 338 B. R.

6. Bij de verwerping van de exceptie van niet-ontvankelijkheid, gegrond op de bewering, dat de appellant niet heeft opgeroepen de in eersten aanleg gelitigeerd hebbende mede-gedaagden, die in het vonnis in eersten aanleg hebben berust, zijn de artt. 332 en 343 B. R. niet toegepast en kunnen die ook niet zijn geschonden, omdat art. 332 alleen toekent het recht van hooger beroep in zaken, in het eerste ressort behandeld, en art. 343 alleen voorschrijft den aanvang van het beroep door dagvaarding en den vorm van dien.

Arr. v. 7 Mei 1858, W. no. 1956; verg. ten betooge dat het wel regelmatiger, maar niet verplichtend is om alle partijen van eersten aanleg, en zelfs zijne mede-veroordeelden, in hooger beroep op te roepen; arr. v. 26 Jan. 1872 en de conclusie van den adv.gen. Smits, daartoe betrekkelijk, W. n°. 3433. Niet in strijd daarmede zijn volgens bedoelde conclusie de arresten van 26 Mei 1865 en 16 April 1852, beide bij v. d. H., *B. R.*, dl. XXIX, blz. 423, cf. verder hiertoe betrekkelijk de beslissingen ad art. 159, n°. 4, B. R. Idem P. H. v. Groningen, v. 24 Juli 1856, R., dl. LXI, § 71; verg. ook P. H. v. Gelderland, v. 27 Oct. 1858, sub art. 332 B. R.

7. Hij die *in hoedanigheid van vader en voogd* is opgeroepen, maar — blijkens zijn middel van verdediging, dat hij namelijk ten onrechte als zoodanig is gedagvaard — in privé is verschenen, terwijl tegen hem een vonnis in voormelde hoedanigheid is gewezen, is ontvankelijk om *in eigen naam* tegen dat vonnis in hooger beroep te komen.

Arr. v. 16 Dec. 1859, W. n°. 2126; R., dl. LXIII, § 59; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIII, p. 457—486, idem het daartoe betrekkelijk arr. P. H. v. Limburg, v. 16 Mei 1859, W. n°. 2085.

8. Op de benoeming van een voogd of toezienden voogd zijn niet toepasselijk de gewone regelen van de artt. 332 en 345 B. R. Uit art. 415 B. W. immers blijkt, dat de wet het verzet daartegen tot het daarbij uitgedrukt geval heeft willen beperken.

Arr. v. 29 Juni 1860, W. n°. 2182; R., dl. LXV, § 22; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIV, p. 250—263; ook aangehaald sub art. 415 B. W. n°. 2, (ed. Léon—Asser).

9. Onder partijen, aan wie bij dit artikel het recht van hooger beroep wordt toegekend, zijn — naar den aard der zaak en naar de stellige aanduiding van art. 345 al. 2 — voor beschikkingen op rekwest de belanghebbenden bij dusdanige beschikkingen begrepen.

Arr. v. 4 April 1862, (in raadkamer), W. nº. 2377; R., dl. LXX, § 53, in strijd met de conclusie van den adv.-gen. GREGORY, vernietigende beschikking van de Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 19 Dec. 1861 W. nº. 2374. Bij het arrest werd beslist, dat testamentaire erfgenamen wel degelijk zijn te beschouwen als de belanghebbenden, aan wie bij art. 686 B. R., het recht tot medewerking tot den te houden verkoop is gegeven. Zie ook aant. 14 en 26 op dit artikel.

10. Tegen rechtelijke dicta ter rolle uitgevaardigd ter bevordering eener behoorlijke rechtspraak en ter verzekering van den geregelden loop eener procedure staat geen hooger beroep of cassatie open.

Arr. v. 29 Jan. 1864, W. nº. 2560; R., dl. LXXVI, § 11, v. D. H.. *B. R.*, dl. XXVIII, p. 271 en volgg., bestreden in W. nº. 2564 door S. ook vermeld sub art. 398 B. R.

11. Eene accessoire vordering tot sequestratie gevoegd bij eene possessoire actie, volgt de hoofdvordering en, is evenals deze, niet onderworpen aan hooger beroep.

Arr. v. 29 Jan. 1864, sub nº. 10 geciteerd.

12. Tegen de, hangende het geding over de afzetting van een voogd, uitgesproken schorsing in de voogdij is geen hooger beroep toegelaten.

Arr. v. 4 Sept. 1864, (in raadkamer), W. nº. 2617, R., dl. LXXVII, § 50.

13. Het herstel van eene onbeduidende onnauwkeurigheid in het dispositief in een vonnis, behoeft even als dat van een error calculi, geen aanleiding tot eene nieuwe instantie te geven.

Arr. v. 2 Jan. 1874, W. nº. 3681, R., dl. CVI, § 4; v. D. H.. *B. R.*, dl. XXXIX, p. 1—17.

14. Wie partijen zijn moet naar de dagvaarding beoordeeld worden.

Arr. v. 23 Mei 1884, W. nº. 5043. Zie verder over de beteekenis van het woord *partijen*, Mr. VAN MAANEN: «het Openb. Min. in Nederland», blz. 68, ten betooge dat het Openb. Min. niet bevoegd is te appelleeren van vonnissen, waarbij het geene hoofdpartij was. Verg. ook aant. 9 en 26.

15. Men is niet-ontvankelijk in een herhaald geïnterjecteerd appèl, indien niet de latere akte eene intrekking of vernietiging der eerste inhoudt en het eerste appel door het ontslag der instantie van de geïntimeerden bereids geheel was getermineerd, hetgeen te meer klemt

Niet-ontvankelijk verklaring van hooger beroep omdat appp. alleen (de gedd. om te zijbeenigen en gedwongen) niet ook alleen den eischer niet ook zijne medegedd. (tot afgifte) in het hooger beroep had betrokken: Hof Arnhem 27 Febr. 1905, W. nº 8224.

wanneer de laatstgemelde akte is geëxploiteerd na verloop van den termijn van appèl.

P. H. v. Zeeland, v. 4 Juni 1839, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 613.

16. Bij de beoordeeling of eene personeele rechtsvordering, uit hoofde van haar geldelijk bedrag, vatbaar is voor hooger beroep, kunnen niet in aanmerking komen, renten, posten of andere accessoiren (*in specie* de protestkosten van een wissel), welke geene op zich zelve staande vordering uitmaken, maar alleen gevolgen en uitvloeisels zijn der hoofdvordering.

Renten en kosten zijn accessoir: Hof den Bosch 3 Maart 1905 W. nº 8266.

P. H. v. Utrecht, v. 1 Sept. 1841, R., dl. X, § 29. Vgl. art. 175 W. v. K., arr. van denzelfde datum. — en de in een tegenovergestelden zin genomen beslissingen (waarbij wordt onderscheiden tusschen de renten, gevorderd vóór of na de dagvaarding) vermeld op art. 54, al. 2 en 3 R. O., arr. van 't P. H. v. Gelderland, v. 23 April 1845 sqq. (dl. II, p. 16 en 17) 2e ed. art. 54 al. 2 nº. 5.

17. Indien gedaagden in eersten aanleg hunne in die instantie voorgestelde exceptie van incompetentie niet aan alle de eischers in het geding hebben beteekend en alleen tegen sommigen hunner hebben geconcludeerd tot admissie van die exceptie c. e., en alzoo de anderen daaromtrent niet in het geding hebben geroepen, dan zijn die gedaagden, appellanten in hooger beroep, niet-ontvankelijk om die oorspronkelijke mede-eischers, welke in de exceptioneele instantie voor den eersten rechter geene partij zijn geweest, in de appellatoire instantie daarover te betrekken en behooren mitsdien laatstgemelden ook in de instantie van hooger beroep over het exceptief middel buiten het geding te worden gesteld.

P. H. v. Z.-H. v. 25 Jan. 1843, R., dl. XIV, § 65. — Cf. art. 135 B. R., sub nº. 11. — Vgl. hiermede DE MARTINI, ad art. *h*, 4, volgens wien in hooger beroep ook kunnen komen vennooten en borgen, die geene partij in de zaak in eersten aanleg geweest zijn, omdat zij hoofdschuldenaren zijn. — Minder zeker acht hij de vraag, of eene mede-eigenaar van een onverdeeld onroerend goed, die in eersten aanleg niet is gedagvaard geworden, tegen eene veroordeeling, betreffende dit goed, in appèl kan komen.

18. De omstandigheid dat het eindvonnis voor geen beroep vatbaar is, moet het noodzakelijk gevolg hebben, dat ook het incidenteele vonnis daaraan niet kan onderworpen worden.

Idem het interlocutoire vonnis tot bewijsvoering Hof Amsterdam 15 Jan. 1892, P. & 1892 n° 30.

P. H. v. Utrecht, v. 8 Aug. 1843, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 684—688; idem met betrekking tot een vonnis, waarbij de rechtbank eene exceptie van non-kwalificatie heeft verworpen, in eene zaak waarvan zij in het hoogste ressort kennis nam, bij arr. van hetzelfde Hof v. 13 Jan. 1845, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 688 en 689. — In gelijken zin is beslist: 1°. bij arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 4 Sept. 1845, W. n°. 726; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 262 en 263, dat een recht van privilegie uit krachte van art. 1195 B. W., even als een recht van hypotheek, is een accessorium van eene hoofdvordering en mitsdien volgens de algemeene beginselen van rechten, ook met betrekking tot de competentie, het lot van de hoofdvordering moet volgen; te dien effecte dat *ook dan wanneer daartoe door den geïntimeerde niet is geconcludeerd*, het hooger beroep bij het P. H. niet is ontvankelijk, daar waar het geldt de al dan niet admissie als preferent crediteur in een faillissement van eene vordering minder dan *f* 400; 2°. bij arr. van hetzelfde P. H. v. 27 Nov. 1851, W. n°. 1311, dat van eene schadevergoeding, gevoegd bij een verzet tegen een dwangbevel dat niet vatbaar is voor hooger beroep, naar den regel «*accessorium sequitur principale*», niet kan geappelleerd worden; 3°. bij arr. van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 17 Nov. 1840, R., dl. VI, § 22, dat voor de bepaling der al of niet-appellabiliteit een bewijsmiddel nimmer geacht kan worden eene hoogere geldelijke waarde te hebben, dan het ten principale te bewijzen geldelijk bedrag zelf en het gevolgelijk altijd het accessorium is, dat door het principale wordt gewijzigd en bepaald (cf. art. 337 B. R., arr. van hetzelfde P. H. v. denzelfde datum) (1). — Vgl. hiermede een arr. van 't P. H. v. Gelderland, v. 24 Jan. 1849, W. n°. 1008; R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 176 sqq. (aldaar onder dagteekening van 24 Jan. 1848), waarbij is beslist dat, hoewel een eisch tot vrijwaring behoort tot de incidenteele vorderingen, die aan een hoofdgeschil haar bestaan ontleenen, hij evenwel de strekking heeft, om de rechten en verplichtingen tusschen den waarborg en den gewaarborgde te regelen en vast te stellen, waarbij de rechter kan worden geroepen om over ingewikkelder en belangrijker geschilpunten te beslissen, dan waartoe het hoofdgeschil aanleiding geeft en die ook niet zelden tot het hoofdgeschil in geene of zeer verwijderde betrekking staan en uit dit tweeledig oogpunt, waaruit een eisch tot vrijwaring moet worden beschouwd, van zelf voortvloeit, dat om te beoordeelen, of een vonnis, waarbij over een eisch tot vrijwaring door den eersten rechter uitspraak is gedaan, al dan niet voor appèl vatbaar is, het niet voldoende is te onderzoeken, tot welke oorspronkelijke rechtsvordering de eisch tot vrijwaring betrekking heeft, maar de hoogere rechter daarenboven in een onderzoek behoort te treden naar den aard van het geschilpunt, dat tusschen den eischer en den gedaagde in vrijwaring is behandeld en beslist. (Bij dit arrest echter, wat het dispositief betreft bevestigd bij dat van den H. R. v. 22 Febr. 1850, v. D. H., *B. R.*, dl. XI, p. 280—288; W. n°. 1141;

(1) Hetzelfde beginsel is in strafzaken aangenomen bij arr. v. 16 Jan. 1844, sub art. 44, al. 2, n°. 2, R. O., (eodem, 2de ed.).

R., dl. XXXV, § 8, (vgl. art. 74 B. R., arr. v. denz. datum) zijn de appellanten niet-ontvankelijk verklaard in het door hen ingesteld hooger beroep, uithoofde er geen verschil is ter sprake gebracht, hetwelk ten gevolge zoude moeten hebben dat de eisch tot vrijwaring niet evenals de oorspronkelijke eisch, als eene possessoire actie zoude moeten worden beschouwd).

19. Wanneer eene rechtbank zich bevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van een verzet tegen een dwangschrift van het domeinbestuur, tot betaling van zekeren cijns (op grond, dat bij art. 17 der Wet v. 27 Ventôse IX^de^ jaar, wel de vorm van procedeeren, maar niet de vorm van vonnissen en de wijze om die aantevallen is geregeld), dan is deze beslissing aan hooger beroep en niet aan cassatie onderworpen.

P. H. v. Groningen, v. 23 Sept. 1845, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 813—819; R., dl. XXVI, § 95; idem, op grond, dat art. 65 der Wet van 22 Frimaire, an VII, uit krachte waarvan de vonnissen, in materie van registratie gewezen, alleen voor cassatie vatbaar zijn, uitsluitend van toepassing is in geschillen, welke de administratie der registratie betreffen en dat dit artikel niet tot de administratie der domeinen kan worden uitgestrekt — bij arresten van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 21 Sept. 1847, W. n°. 897 en v. 18 Jan. 1848, R., dl. XXX, § 43. — Cf. MERLIN, *Répert.*, t. XVI, p. 194 sqq.; *Questions*, t. VI, p. 194 en het arr. van 4 April 1845, v. D. H., *G. Z.*, dl. III, p. 99—125; W. n°. 614; R., dl. XX, § 44.

20. Wanneer een gedaagde in eersten aanleg aan den eischer een decisoiren eed heeft opgedragen en tevens heeft geconcludeerd, om ingeval die eed mocht worden afgelegd, te worden toegelaten om zekere daadzaken door getuigen te bewijzen, dan is, wanneer de rechter den eischer beveelt den opgedragen eed te zweren, doch het overige gedeelte der vordering ontzegt, de gedaagde ontvankelijk in zijn hooger beroep tegen dit vonnis, vóór dat de eischer dien eed zal hebben afgelegd.

P. H. v. N.-Brabant, v. 2 Dec. 1845, W. no. 681.

21. De veroordeeling van een derden beslagene, als zuiver schuldenaar van eene schuld, minder dan *f* 400 bedragende, is met het oog op art. 1275 B. W., artt. 129 en 746 B. R. en art. 54 der Org. Wet, niet voor hooger beroep vatbaar.

P. H. v. Drente, v. 27 Dec. 1845, W. n°. 826; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 520 en 521.

22. Het hooger beroep strekt (*in casu* waar het geldt eene dwaling omtrent feiten) niet alleen tot herstel van dwalingen of misslagen van den eersten rechter, maar ook tevens van die door partijen begaan.

Arr.-R. Utrecht, v. 24 Nov. 1848, W. n°. 1003.

23. Elk vonnis, waarvan hooger beroep wordt ingesteld, wordt uit zijn aard in alle zijne deelen geacht als niet te bestaan, zoolang het niet door den tweeden rechter is bevestigd, of geheel of gedeeltelijk is verbeterd, zoodat het ontwijfelbaar vaststaat, dat een vonnis, hetwelk voor appèl vatbaar is, ook tevens vatbaar is voor appèl, zoover betreft de uitspraak over de kosten, die daarvan een sequeel uitmaakt, ook dan wanneer het bedrag dier kosten, als bevattende eene *summa minor*, voor geen hooger beroep vatbaar zou zijn.

Arr.-R. Groningen, v. 5 Jan. 1849, R. B., jg. 1851, p. 70—73; idem bij arr. van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 28 Sept. 1842, W. n°. 329. — Vgl. met betrekking tot het eerste vonnis, de noot van den Hoogl. v. Hall, l. c., die zich met de uitspraak zelve gereedelijk kan vereenigen, ofschoon hij den grond, die daarvoor wordt opgegeven, niet volkomen juist acht. — Zie ook art. 343 B. R., vonnis van de Arr.-R. Sneek, v. 6 Jan. 1841.

24. Een appellant is op grond van eene gesloten dading ontvankelijk in hooger beroep, doch alleen dan, wanneer de beweerde transactie vóór de uitspraak ter eerste instantie heeft plaats gehad, daar hij in dat geval bezwaard zou kunnen zijn door een vonnis waar geen geding meer bestond.

De artt. 435 en 438 B. R., waarop de geïntimeerde zich tot staving zijner exceptie beroepen heeft, zouden alleen dan in aanmerking kunnen komen, wanneer de bewuste schikking *na* het vonnis zou hebben plaats gehad.

Arr.-R. Amsterdam, v. 19 Febr. 1850, R. B., jg. 1850, dl. XII, 342—347.

25. Onder de partijen, in art. 332 B. R. bedoeld, moeten al diegenen worden gerangschikt, tegen wie eene veroordeeling is uitgesproken. Hieruit volgt, dat hij die als gedaagde tot vrijwaring veroordeeld is, in de voorziening in hooger beroep, ook ten aanzien van de oorspronkelijke eischers, ontvankelijk is.

P. H. v. Gelderland, v. 12 Maart 1851, W. n°. 1240; R. B., jg. 1852, p. 403—416; idem Penning, ad artikel, volgens wien ook onder «*partijen*»

zal moeten worden verstaan hij, die zich in een tusschen anderen aanhangig geding heeft gevoegd of is geïntervenieerd, wanneer hij als zoodanig is toegelaten.

26. De al dan niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep ten aanzien van een vonnis bij verstek, later ten gevolge van het gedaan verzet contradictoir gewezen, moet worden beoordeeld naar de vordering waarop het vonnis bij verstek is gewezen en niet naar de som voor vergoeding van schade, die de opposant later heeft gevorderd ter zake van het in beslag nemen zijner goederen.

Arr.-R. 's Bosch, v. 14 Maart 1851, W. nº. 1253.

27. Een vonnis is voor hooger beroep vatbaar, wanneer de rechtbank daarbij kennis heeft genomen van eene vordering, gegrond op een beweerd, doch door den gedaagde betwist recht op eene jaarlijksche uitkeering van *f* 161.06[5], gevestigd op zekere landerijen, en zulks ofschoon die vordering slechts strekt tot betaling van die uitkeering over twee jaren, en mitsdien van eene som beneden de *f* 400.

In zoodanig geval geldt het inkomsten, welke, tot bepaling der waarde van het onderwerp der rechtsvordering, volgens art. 54, nº. 3, R. Org., tegen 5 ten honderd, tot hoofdsom moeten worden gebracht.

P. H. v. Z.-Holland, v. 2 Nov. 1853, W. nº. 1488; idem bij arr. van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 9 Mei 1848, R., dl. XXXV, § 96; anders (naar het schijnt echter o. a. op grond dat de vordering is van zoodanig miniem belang, dat zij gekapitaliseerd tot beneden de *f* 400 zou verblijven), bij arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 11 Sept. 1845, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 263—265.

28. Wanneer de rechtbank heeft ontzegd eenen eisch tot scheiding van tafel en bed, na vooraf te hebben toegewezen de incidenteele vorderingen der eischeresse, gedaan uit kracht van de artt. 267 en 268 B. W. bij vonnis, waartegen door partijen niet is opgekomen, dan kunnen bij appèl op de hoofdzaak deze incidenteele vorderingen niet andermaal voor het Hof worden ingesteld.

P. H. v. Drente, v. 18 Dec. 1852, W. nº. 1626.

29. De bewering dat van eene veroordeeling in de kosten geen hooger beroep wordt toegelaten, gaat niet op, wanneer, zooals *in casu* de appellant opkomt tegen zijn veroordeeling in de kosten, in zijn

Hooger beroep kan worden ingesteld tegen alle den vorm van vonnissen ingekleede beslissingen: Hof Leeuwarden 16 Jan. 1907, W. nº 8510.
Hooger beroep kan worden ingesteld van de gronden van een vonnis, die een oneigenlijk gedeelte gelijk 855 met het dictum (Art. 332 vergelijken: Hof den Haag, Feest 916, W. 9921.
privé, en deze grief in zich bevat een niet-berusten in de beslissing op de hoofdzaak.

P. H. v. Zeeland, v. 4 Dec. 1857, R. B., jg. 1858, p. 369.

30. De failliet die vroeger partij in het geding was, maar in eersten aanleg door zijn curator op regelmatige wijze is vervangen, is geen partij meer in het geding en behoort dus in hooger beroep niet mede te worden gedagvaard. Diens oproeping brengt echter niet mede de niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep.

P. H. v. Gelderland, v. 27 Oct. 1858, W. nº. 2018, R. B., jg. 1858, dl. VIII, p. 489—495, R., dl. LXIII, § 70, cf. art. 332 B. R. nº. 6.

31. Noch bij art. 332 noch bij art. 339 B. R. is bevolen, dat, hij, die van een te zijnen nadeele gewezen vonnis in hooger beroep verlangt te komen, om in dat beroep ontvankelijk te zijn, dit vonnis vooraf aan zijne tegenpartij moet beteekenen. Het voorschrift van gemeld art 339 heeft geene andere strekking dan den termijn van beroep te doen loopen tegen hem, aan wien het vonnis is beteekend.

P. H. v. Overijsel, v. 16 Jan. 1860, W. nº. 2144, ook vermeld sub art. 430 B. R. — Verg. Arr.-R. 's Bosch, v. 15 Mei 1844 sqq. sub. art. 343 B. R.

32. Wanneer de vraag of eene arbitrale uitspraak vatbaar is voor appèl aan den zin der bedingen van de polis, betreffende het ressort der arbitrale rechtspraak moet getoetst worden, dan hangt de appellabiliteit van het vonnis *a quo* niet af van de strekking der vordering, welke niet meer is dan een eenzijdig gevolg door éénè partij aan het verschil gegeven, maar van de wederzijdsche beweringen omtrent den aard van het verschil en de bedingen van de polis, welke hier gelden, zooals de *litiscontestatie* in eersten aanleg die doet kennen.

P. H. v. N.-Holland, sine dato, W. nº. 1981.

33 Een vonnis, waarvan geen afschrift ten processe is overgelegd, kan geen punt van 's rechters onderzoek in hooger beroep uitmaken.

Arr.-R. Groningen, v. 2 Mei 1862, R. B., jg. 1863, dl. XIII, blz. 815—820.

Als geen expl. van het beroepen vonnis is overgelegd, moet de app. amb. halve niet-ontvankelijk worden verklaard. Hof den Haag 22 Nov. 1911 W. nº 7065.

34. Niettegenstaande verandering in het personeel van het bestuur eener stichting ten tijde dat de dagvaarding in appèl is gedaan, behooren

Hooger beroep kan worden ingesteld enkel van eene veroordeeling in de kosten: Hof Amsterdam 28 Dec. 1914 W. 9822.

† id. Rb. Zwolle 4 Dec. 1901, W. nº 7747. H. R. 7 Nov. 1913, W. nº 9579.

Art. 332 Rv. wordt geoordeeld als de rechter in beroep de vordering tot homologatie van een akkoord niet-ontvankelijk verklaard, op grond dat het akkoord niet is overgelegd. H.R. 2 febr. 1894 W. nº 6461.

in appèl

dezelfde bestuursleden, die in eersten aanleg procedeerden, ook in appèl op te treden.

Arr.-R. Dordrecht, v. 14 Jan. 1867, W. nº. 2962.

35. Het niet stellen eener cautie, die door het Hof bevolen is ten opzichte van het appèl van de uitspraak des eersten rechters op de vordering in conventie, kan geen grond opleveren om een appellant (in eersten aanleg verweerder in reconventie) te beletten zijn hooger beroep van het vonnis, voor zooveel de reconventie aangaat, te vervolgen.

P. H. v. Gelderland, v. 2 Maart 1870, W. nº. 3244, ook vermeld ad art. 152 sub nº. 14.

36. Schorsing van executie tengevolge van ingesteld hooger beroep beteekent dat alles *in statu quo* blijft; en niet dat hetgeen reeds tengevolge van de executie is verricht, als beslag enz. wordt opgeheven.

Pres. der Arr.-R. v. Amsterdam, v. 8 Aug. 1870, R. B., jg. 1879, A, p. 4.

37. Wanneer de rechter *a quo* naar aanleiding van art. 58 B. R. tegen den appellant in kwaliteit van burgemeester voor een gemeente opgetreden, eene veroordeeling in privé heeft uitgesproken, kan deze niet in eigen naam van dat vonnis in beroep komen.

Arr.-R. Eindhoven, v. 6 Maart 1876, W. 4070; waarbij nog werd beslist dat daaraan niets afdoet, dat uit het blijkbaar abusive gesteld intitulé van het vonnis kan af te leiden zijn dat het den appellant in privé betrof

38. Wanneer in eersten aanleg eene gedaagde commissie collectief is opgetreden zoodat onzeker bleef wie de leden waren, kunnen de leden die bij dat vonnis in privé veroordeeld zijn en aan wie in privé de wederpartij de uitspraak van den eersten rechter heeft doen beteekenen nominatim van dit vonnis in appèl komen.

Hof Arnhem, v. 16 Oct. 1878, R. B., jg. 1879, A, p. 41.

39. Wanneer het blijkt dat inderdaad de revindicatie van art. 629 B. W. van eene onbepaalde waarde is ingesteld, is het vonnis daarop gewezen, aan hooger beroep onderworpen, niettegenstaande de eischer in eersten aanleg zelf, alsmede de rechter *a quo* de ingestelde actie als eene possessoire hebben gekwalificeerd.

Hof Amsterdam, v. 22 Nov. 1878, W. 4344.

10. Wanneer de appellant geen enkel bezwaar aanvoert tegen het vonnis *a quo*, voor zoover betreft den eisch in conventie, waarin hij is gesuccumbeerd, zoo volgt daar niet uit, dat zijn tegen het geheele vonnis ingesteld hooger beroep, voor zoover het den eisch in conventie betreft, niet-ontvankelijk is, maar dat het vonnis *a quo*, voor zoover het op dien eisch is gewezen, eenvoudig behoort te worden bevestigd.

Hof Arnhem, v. 6 Nov. 1878, W. nº. 4344.

11. Wanneer de dagvaarding in appèl wordt ingetrokken vervalt het geheele hooger beroep, onafhankelijk daarvan of door den appellant is geconcludeerd en de geïntimeerde kennis dragende van de intrekking een termijn voor contra-conclusie heeft gevraagd.

Hof Arnhem, v. 17 Dec. 1879, R. B., jg. 1881, A, p. 27.

12. Wanneer er onbeperkt is geappelleerd en de appellant is bij het vonnis *a quo* gedeeltelijk in het gelijk gesteld, behoort de rechter ook ambtshalve hem niet-ontvankelijk te verklaren in het hooger beroep, voor wat betreft het gedeelte, waaromtrent de appellant heeft getriumfeerd —

Hof Arnhem, v. 3 Nov. 1880, R. B., jg. 1881, A. p. 84, W. nº. 4614.

13. Zie ten betooge:

a. Dat het hooger beroep niet afhankelijk is van de verklaring des rechters omtrent zijne uitspraak gegeven, maar wel van de bepaling der wet ten aanzien der al dan niet appellabiliteit, —

Arr. v. 8 Oct. 1839 sqq., sub nº. 1 (dl. II, p. 10) van art. 44, al. 2 R. O.

b. Dat ter beoordeeling van de appellabiliteit in aanmerking moet genomen worden de som, zoo als die, na de *in contradictorio judicio* bij conclusie gemaakte vermindering (in eerste instantie) definitivelijk geëischt wordt —

Arr. v. 1 Juni 1883 sub art. 134 B. R.

" " 5 Dec 1902, W. 7042. nº 14

c. Dat de verkeerde aanhaling van een wetsartikel niet van invloed kan zijn op de al dan niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep —

P. H. v. N.-Holland, v. 18 Maart 1847, W. nº. 828; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 463 en 464.

d. Dat het algemeen erkend rechtsbeginsel, dat de rechter, na eenmaal een vonnis te hebben uitgesproken, ophoudt rechter te zijn, niet toepasselijk is op zoodanige praeparatoire en interlocutoire vonnissen, welke, om te kunnen worden uitgevoerd, eene wijziging of aanvulling behoeven —

P. H. v. Overijssel, v. 7 April 1851, art. 54 B. R., sub n°. 2.

e. Dat een vonnis op eene voorgestelde wraking van een getuige in eene summiere zaak niet vatbaar is voor hooger beroep —

Arr. v. 2 Dec. 1853, sub n°. 3, art. 200 B. R. — Vgl. wijders over de al dan niet appellabiliteit in civiele zaken, de onderscheidene beslissingen, aangeteekend op art. 54 R. O.

Zie voorts ten betooge dat hij die op eigen verzoek onder curateele is gesteld niet in hooger beroep kan komen van de betrekkelijke beschikking, art. 497 B. W. (ed. LÉON—ASSER).

Zie over de vraag of de appellabiliteit zich regelt naar de oorspronkelijke dagvaarding of naar de gewijzigde conclusie, de aanteekeningen op art. 54, n°. 2, R. O. sub n°. 8, art. 54, n°. 5, sub n°. 2, (ibidem ed. LÉON—v. EMDEN); voorts Arr.-R. Roermond, v. 28 Oct. 1858, W. n°. 2090.

Zie over de vraag of een vonnis houdende benoeming van scheidsmannen appellabel is, onafhankelijk van de waarde der vordering ten principale, arr. v. 15 Nov. 1867 vermeld sub art. 624 B. R.

Zie eindelijk over de vraag wanneer een beschikking op request vatbaar is voor hooger beroep, arr. v 16 Mei 1867 sqq. sub art. 345 B. R.

Art. 333.

1. Art. 333 B. R. beveelt alleen dat in geschillen over onbevoegdheid het beroep ontvankelijk is, ofschoon ook de rechter, wiens bevoegdheid betwist wordt, van de zaak in het hoogste ressort mocht kunnen kennis nemen, maar niet dat, als die bevoegdheid in eersten aanleg niet is betwist of ambtshalve opgekomen, het vonnis, als het door tijdsverloop of berusting kracht van gewijsde heeft bekomen, nog aan hooger beroep zou onderworpen zijn, wanneer men slechts goed vond, om in appèl de incompetentie *ratione materiae* voor te stellen.

Arr. v. 28 Juni 1844, W. n°. 512; R., dl. XVIII, § 23; v. d. H., *B. R.*, dl. V, p. 326—347; idem bij arr. v. 7 Mei 1847, W. n°. 829; R., dl. XXVI, § 86 v. d. H., ibid. dl. IX, p. 15—28, (waarbij tevens is beslist dat, bijaldien zoodanig geschil in eersten aanleg niet is gerezen of opgekomen en door den rechter incompetenter ten principale is recht gedaan in het hoogste ressort,

Art. 333 is alleen dan van toepassing, wanneer bij den rechter a quo een geschil over de onbevoegdheid is gerezen, aangebracht of ambtshalve is opgekomen. Hof Leeuwarden 19 Dec. 1894, W. nº 6573.

alsdan tegen dat principale vonnis, conform art. 99 R. O., alleen de weg van cassatie is opengesteld; vergelijk ook arr. v. 13 Juni 1879, W. nº. 4389; R., dl. CXXII, § 26; idem bij vonnis van de Arr.-R. 's Hage, v. 9 Jan. 1845, W. nº. 622; idem op grond van de algemeenheid der bewoordingen van art. 334 B. R., waarbij niet is onderscheiden met betrekking tot vonnissen, door een onbevoegden rechter gewezen, bij vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 15 Mei 1851, W. nº. 1263; — anders bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 11 Juli 1843, W. nº. 423; R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 134—138, vernietigd bij arr. ut supra. — Cf. art. 156 B. R., arr. v. 10 Jan. 1845 sqq., sub nº. 1; alsmede HENRION, *de la compétence des juges de paix*, hoofdst. 59 over art. 454 C. d. Pr. Civ. en de conclusie van den voormaligen adv.-gen. VAN MAANEN, v. d. H., *B. R.*, dl. V, p. 337 en DE PINTO, *Hdl.* ut supra, p. 443, (2de ed. p. 464).

2. Art. 333 B. R. is, met betrekking tot de ontvankelijkheid in hooger beroep in geschillen over onbevoegdheid, niet van toepassing daar waar blijkens art. 1 van het Reglement, betreffende het hooger beroep aan den Hoogen Raad der Nederlanden van de arresten, in burgerlijke zaken gewezen door 't Hoog Gerechtshof in Nederlandsch-Indië, vastgesteld bij Kon. besluit v. 28 Sept. 1850 (*Stbl.* nº. 63) jº. art. 9 der Organ. wet. het hooger beroep aan dien Raad is toegelaten van arresten door het Hoog Gerechtshof in Nederlandsch-Indie, in eersten aanleg in burgerlijke zaken gewezen, indien de Gouverneur-Generaal, of de Regeering van Nederlandsch-Indië als gedaagde, wegens eene niet-zakelijke en geene belasting of pachten betreffende vordering, waarvan het onderwerp de waarde van *f* 10,000 te boven gaat, wordt aangesproken.

Arr. v. 23 Juni 1854, W. nº. 1552; R. B., jg. 1854, p. 417—422.

3. In gevallen van geschil over onbevoegdheid staat ook in zaken door den kantonrechter in het hoogste ressort gewezen het middel van hooger beroep open. In een dusdanig geval is alzoo het beroep in cassatie niet-ontvankelijk.

Arr. v. 4 April 1856, W. nº. 1776; R., dl. LII, § 63; v. d. H., *B. R.*, XXe deel, p. 285—294; waarbij op grond van de overwegingen van het vonnis de door den rechter *a quo* uitgesproken niet-ontvankelijkheid werd beschouwd als een bedekte onbevoegd-verklaring; idem Arr.-R. Breda, v. 20 Dec. 1864, W. nº. 2686, waarbij werd overwogen, dat de bepalingen van dit artikel en art. 99 R. O. zijn overeen te brengen, wanneer men in aanmerking neemt, dat bij art. 333 B. R., is voorzien in het geval, dat de kantonrechter omtrent zijn competentie heeft uitspraak gedaan of op een voorgedragen exceptie van onbevoegdheid geen

acht heeft geslagen, (cf. n°. 1 van dit artikel), terwijl art. 99 R. O. zal worden toegepast wanneer de vraag over de competentie noch een onderwerp van debat, noch van rechtspraak heeft uitgemaakt.

4. Voor de toepasselijkheid van dit artikel maakt het geen onderscheid, of de bevoegdheid betwist is van de rechterlijke macht in het algemeen, of van den geadieerden rechter in het bizonder, en of bij de beslissing over de exceptie van onbevoegdheid tegelijk in het hoogste ressort op de hoofdzaak is uitspraak gedaan of niet.

Arr. v. 27 Jan. 1865, W. n°. 2664; R. dl. LXXIX, § 16; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIX, p. 244—257.

5. Indien het eindvonnis wegens des rechters incompetentie wordt vernietigd, vervalt daardoor van zelve de kracht van de daartoe betrekkelijke interlocutoire (en ook praeparatoire) vonnissen

Arr.-R. Amsterdam, v. 11 Juli 1843, W. n°. 423; R. B., dl. VI, p. 134—138; *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 21 en 22.

6. De bepaling van art. 18 der wet van 1841, (*Stbl.* n°. 42) welke alleen aan den algemeenen regel van art. 333 B. R. derogeert in de speciale procedure, bij die wet ter bespoedigde invordering van polderlasten ingesteld, kan niet worden ingeroepen in een rechtsgeding, waartoe de invordering van polderlasten wel is waar aanleiding heeft gegeven, doch waarbij een verschilpunt van zuiver burgerlijke rechtsvordering is beslist, dat ten aanzien der vraag over de al dan niet appellabiliteit door dit artikel wordt beheerscht.

P. H. v. N.-Brabant, v. 11 Nov. 1856, W. n°. 1861.

7. Zie ten betooge dat in strafzaken niet kan worden toegepast het voorschrift der wet voor de burgerlijke rechtspleging, ter zake van geschillen over onbevoegdheid, in art. 333 B R. vastgesteld —

art. 44, al. 2 R. Org., arr. v. 22 Oct. 1845 sqq. (dl. II, p. 10 en 11), (2de ed. sub n°. 3).

Art. 334.

1. Hoewel eene referte tot de uitspraak des rechters, zonder wederspraak of verdediging, aan den rechter overlaat, om, zonder acht te slaan op niet bijgebrachte gronden van dengene, die zich refereert, ambtshalve recht te doen, kan zulks echter geenszins ten gevolge

hebben, dat zoodanige referte zou moeten beschouwd worden als in te houden eene berusting in, of onderwerping aan elke uitspraak, welke daarop mocht volgen, al hield die eene geheele veronachtzaming van den vorm, of eene schending der wet in, met dat gevolg, dat de daarop voorgestelde exceptie van niet-ontvankelijkheid in cassatie (of in appèl) is ongegrond.

Arr. v. 3 Dec. 1840, v. D. H., *B. R.*, dl. I, p. 294—339; R., dl. VI, § 56; idem bij arr. van 't P. H. v. Groningen, v. 5 April 1853, R., dl. XLVI, § 102, waarbij tevens is beslist, dat zoodanige referte bloot is te houden voor eene handeling, waardoor men verklaart af te zien van eene verdere adstructie of te houden pleidooi; idem P. H. v. Zeeland, v. 19 Mei 1863, R. B., jg. 1865, p. 40, en Arr.-R. Utrecht, v. 9 Jan. 1884, W. n°. 4980 vermeld sub art. 348 B. R.

Vergelijk ook voornamelijk ten opzichte van dit laatste punt in denzelfden zin, P. H. v. Groningen, v. 2 Dec. 1873, W. n°. 3720; cf. DE PINTO, ut supra, II, 1 blz. 464. Vergelijk ook P. H. v. Gelderland, v. 15 Juni 1864, W. n°. 2647, ten betooge dat allerminst van berusting sprake kan zijn, wanneer het terugkomen op de referte het gevolg is van later door partij in het geding gebrachte stukken.

2. Het aanbod van gedeeltelijke betaling van de kosten zonder protest of voorbehoud van eenig recht van cassatie, met betrekking tot een arrest, hetwelk geene andere veroordeeling dan die in de kosten ten laste des eischers inhield, stelt eene, zoo al niet uitdrukkelijke, dan toch stilzwijgende berusting (1) in het gewijsde en dus eene uitdrukkelijke niet-ontvankelijkheid in (appèl of) cassatie daar, zelfs dan, wanneer het gedane aanbod niet is aangenomen; naardien na dat aanbod geen verschil meer kan bestaan over de kracht van des rechters condemnatie, maar alleen over het bedrag der kosten, des noods te vereffenen volgens de voorschriften der artt. 612 en volgg. B. R.

Arr. v. 14 Jan. 1841, R., d. VII, § 14, v. D. H., *B. R.* dl. II, p. 39—50. — Cf. het daartoe betrekkelijk arr. van het P. H. v. Friesland, v. 26 Feb. 1840, W. n°. 95, vernietigende een vonnis van de Arr.-R. Leeuwarden v. 19 Maart 1839, W. n°. 31; idem art. 99 R. Org., arr. v. 16 Juni 1843, sub *A*, n°. 4 (dl. II, p. 26), 2e ed. eodem, alsmede DE PINTO, *Hdl.* ut supra, II, 1, 416; 2de druk bl. 464. BERRIAT DE ST.-PRIX, t. I, p. 361 sqq.; MERLIN, *Répertoire*, voce *Contrat Judiciaire*, n°. 2; PIGEAU, *Procédure*, t. I, p. 484.

(1) Dat de berusting in een vonnis evenzeer kan geschieden stilzwijgend door zijne handelingen, als uitdrukkelijk, is *tacite* beslist bij onderscheidene arresten, sub art. 334 B. R., vermeld, alsmede *expressis verbis*, bij vonnis van de Arr.-R. Utrecht, v. 28 April 1841, R., dl. XII, § 83.

Vergelijk navolgende uitspraken omtrent de al- of niet berusting bij betaling der kosten:

Berusting op grond van betaling der proceskosten mag niet worden aangenomen, wanneer die betaling is geschied onder uitdrukkelijk voorbehoud van hooger beroep.

Arr. v. 19 Nov. 1869, W. nº. 3169; R., dl. XCIII, § 21; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXIV, p. 73—91; in strijd met de conclusie van den adv.-gen. Karseboom, volgens wien die reserve gevoegd bij de betaling der proceskosten als een protestatio actui contraria is te beschouwen. — Verg. arr. P. H. v. N.-Holland, v. 7 Dec. 1854, R. B., jg. 1856, p. 9.

3. Men is ontvankelijk om de cassatie te provoceeren van een interlocutoir vonnis, waarbij een getuigen-verhoor is gelast, wanneer men, onder reserve van het recht van cassatie, zich niet heeft verzet tegen het houden van dat getuigen-verhoor.

Arr. v. 19 Nov. 1841, W. nº. 250; R., dl. XI, § 43; v. d. H., *B. R.*, dl. III, p. 36—66; v. 23 Dec. 1853, R., dl. XLVI, § 64; v. 13 Oct. 1854, W. nº. 1609, en v. 23 Maart 1855, W. nº. 1629, in de *Ned. Regtspraak*, alleen bij uittreksel en zonder de tot deze kwestie betrekkelijke overwegingen opgenomen, zie R., dl. XLIX, p. 318 sqq.; idem arr. v. 8 Dec. 1865, W. nº. 2752; idem, onder gelijke omstandigheden en onder gelijke reserves, met betrekking tot de ontvankelijkheid in hooger beroep tegen een interlocutoir vonnis — bij arr. van het P. H. v. N.-Holland, v. 24 Oct. 1850, W. nº. 1186, bij arr. Hof Leeuwarden v. 11 Oct. 1880, W. nº. 4620 en van de Arr.-R. Maastricht, v. 5 Juni 1851, W. nº. 1267; idem, wanneer de procureur van eene der partijen, bij het getuigenverhoor verschijnende, verklaart daardoor niet te willen geacht worden in het interlocutoir te berusten — bij arr. van het P. H. v. N.-Brabant, v. 9 Nov. 1847, R., dl. XXXIV, § 95; cf. ook arr. Hof 's-Gravenhage, 5 April 1880, R. B., jg. 1880, *A*, p. 359, waarbij is beslist dat er aan berusting in het interlocutoir niet te denken valt, wanneer de medewerking tot uitvoering daarvan is geschied onder uitdrukkelijk voorbehoud van het recht van appèl; idem wanneer verlenging van den termijn gevraagd wordt voor de contra-enquête onder uitdrukkelijk voorbehoud van appèl, bij arr. P. H. v. Limburg 23 Nov. 1858, W. nº. 2092. Vgl. ook een in gelijken zin gewezen arr. van het P. H. v. Gelderland, v. 23 April 1845, W. nº. 621; R. B. jg. 1847, dl. IX. p. 474 en 475; R., XXVI, § 90, waarbij is beslist, dat, wanneer eene der partijen zich bij het getuigenverhoor, ten gevolge van een interlocutoir vonnis, het recht van voorziening in cassatie, maar niet dat van hooger beroep voorbehoudt, hiervan nimmer het gevolg kan zijn, dat een vonnis, volgens de wet aan hooger beroep onderworpen, zou moeten geacht worden in het hoogste ressort te zijn gewezen en hieruit zeker niet eene berusting in het vonnis, van wege den appellant is af te leiden; — anders echter,

indien men na de beteekening van het interlocutoire vonnis, zonder uitdrukkelijke reserve van het beroep in cassatie, slechts onder een zeer algemeen voorbehoud, ten einde niet gepraejudicieerd te worden in zijne defensie ten principale, de bevolen enquête zelfs door eene contra-enquête heeft gehomologeerd — bij arr. v. 10 Maart 1843, W. n°. 384; R., dl. XIV; § 81; v. d. H., *B. R.*, dl. IV, p. 420—432; idem, wanneer men onder nagenoeg gelijke omstandigheden zich eerst *na* de enquête de cassatie heeft voorbehouden, al is van dat voorbehoud acte verleend en al heeft de tegenpartij daarin toegestemd — bij arr. v. 6 Oct. 1843, W. n°. 443; R. dl. XVI, § 40; v. d. H., *B. R.*, dl. V, p. 1—11; idem, wanneer men, onder expresse reserve van het recht van appèl, het vonnis heeft ten uitvoer gelegd, door het, gelijk *in casu*, aan zijne wederpartij te doen beteekenen, gelijk ook daarna de namen en woonplaatsen der *zijnerzijds* te hooren getuigen en die zelve te doen dagvaarden (wanneer die reserve kan worden geacht te zijn eene *protestatio actui contraria*, terwijl verder de *ratio decidendi*, welke tot die beslissing heeft geleid, daarin schijnt gelegen te zijn, dat hier de appellant eene meer actieve uitvoering aan het interlocutoir heeft gegeven door zelf het initiatief te nemen en getuigen te dagvaarden, terwijl bij de beslissingen v. 19 Nov. 1841 sqq. ut supra de appellant eene meer passive rol had vervuld en in die zaken aan hem de getuigen waren beteekend) bij arr. van het P. H. van N.-Holland v. 3 Feb. 1848, W. n°. 974; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 85—88; idem, wanneer door den appellant in eerste instantie ten gevolge van een interlocutoir ook zijnerzijds getuigen zijn geproduceerd — bij arr. van het P. H. v. Friesland v. 5 April 1843, W. n°. 401; idem daar, waar het geldt eene veroordeeling in de *cautio judicatum solvi*, welke (daargelaten, dat dit vonnis op die kwestie is een eindvonnis) men geheel en vrijwillig, doch onder protest en reserve van appèl, heeft ten uitvoer gelegd — bij arr. van het P. H. v. N.-Holland v. 12 Sept. 1850, W. n°. 1159; Amsterd. Regtsp., dl. I, p. 95—99; bij arr. van het P. H. v. Limburg v. 7 Juni 1842, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 710 en 711 en v. 1 Maart 1852, W. n°. 1336; van Gelderland v. 6 Maart 1844, W. n°. 501; R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 431—433; van N.-Brabant, v. 7 Feb. 1843, R., dl. XV, § 30 en v. 27 Juni 1848, W. n°. 938; R., dl. XXXV, § 97; en van de Arr.-R. te Maastricht v. 15 Mei 1851, W. n°. 1263; idem, wanneer men zonder voorbehoud of protest uitvoering heeft gegeven aan een interlocutoir vonnis, waarbij een gevraagd getuigen-bewijs stilzwijgend en dus virtualiter is ontzegd — bij arr. v. 28 Feb. 1851, W. n°. 1228; v. d. H., *B. R.*, dl. XII, p. 381—397 (1).

Verg. voorts aant. 31 op dit artikel.

---

(1) De al dan niet bevestigende beantwoording der vraag, of hij die, berust hebbende in eene interlocutoire uitspraak, verdediging ten principale gevoerd heeft, ontvankelijk is in zijn appèl tegen dat vonnis, naar het Nederl. recht hoofdzakelijk afhankelijk van de vraag, of men zich al dan niet, alvorens verdediging ten principale te doen, het hooger beroep heeft voorbehouden, — heeft in Frankrijk tot verschillende decisiën aanleiding gegeven.

4. Indien eene partij, die opgeroepen is om tegenwoordig te zijn bij eene eedsaflegging, aan de wederpartij bij interlocutoir vonnis ambtshalve opgelegd (*doch niet uitvoerbaar verklaard bij voorraad*), daarbij werkelijk verschijnt en dien eed zonder eenige tegenspraak of protest toelaat, dan stelt zulks daar de berusting, in art. 334 B. R. bedoeld.

Arr. v. 10 Mei 1844, W. n°. 501; R., dl. XVII, § 28; v. d. H., *B. R.*, dl. V, p. 268—284 en v. 9 Mei 1845, v. d. H., ibid., dl. VII, p. 58—78; W. n°. 602; R., dl. XX, § 60; idem bij vonnis van de Arr.-R. Utrecht, v. 28 April 1841, R., dl. XII, § 83; — anders op grond, dat men zoowel vóór als tegelijk met het eindvonnis tegen een interlocutoir in hooger beroep kan komen en nergens is voorgeschreven, dat men, om zijn recht van hooger beroep te behouden, zich tegen het bij interlocutoir vonnis bevolen bewijs behoort te verzetten, enz. — bij vonnis van de Arr.-R. Groningen, v. 5 Nov. 1852, R. B., jg. 1854, p. 394—397. — Het r echtsgevolg echter van het afleggen van dien eed *ten definitive* is bij beide arresten (v. d. H. R.) verschillend beslist. Terwijl toch bij het arr. v. 10 Mei 1844 is aangenomen, dat door het afleggen van dien eed de rechter niet is gebonden om den principalen eisch toe te wijzen, indien die, *gelijk in deze zaak*, naar het recht is ongeoorloofd en ongegrond, is daarentegen bij het arr. v. 9 Mei 1845 beslist, dat het *zoogenaamd* interlocutoir, waarbij een suppletoire eed wordt opgelegd, na die eedsaflegging een onherroepelijk effect ten definitieve bekomt, zelfs dan, wanneer partij zich de bevoegdheid van het hooger beroep of voorziening in cassatie bij het doen van den eed heeft voorbehouden, hetgeen echter, met betrekking tot laatstgemelde omstandigheid, in een tegenovergestelden zin is beslist bij vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 15 Mei 1851, W. n°. 1263. — Cf. art. 1977 B. W., sub n^is. 2 en 3; art. 46 B. R., arr. v. 26 Juni 1846 sqq. en v. 10 Nov. 1848 sqq., sub n^is. 4 en 5.

5. Het dulden van de executie van een vonnis, dat *uitvoerbaar is verklaard bij voorraad*, kan niet beschouwd worden als eene daad van

---

Zoo vindt men voor de bevestigende beantwoording dier vraag, een arrest van het Hof van Rennes v. 28 Dec. 1808 en 8 Jan. 1812; Parijs, 16 Mei 1809; Colmar, 6 April 1810 (SIREY, 1814, p. 380); Trier, 1 Aug. 1810 (SIREY, 1811, p. 325); Nancy, 28 Juli 1817 (SIREY, 1818, p. 89); Bourges, 23 Juli 1823 (SIREY, 1824, p. 360) en 2 Febr. 1824, (SIREY, 1824, p. 362); Grenoble, 6 Dec. 1823 (SIREY, 1824, p. 519); van het Hof van Cassatie v. 22 Mei 1822 (SIREY, 1824, p. 396), Caen, 2 Aug. 1826 (SIREY, 1827, p. 223); Toulouse, 10 Juli 1827 (SIREY, 1828, p. 236).

Voor de ontkennende beantwoording, een arrest van het Hof van Cassatie v. 29 Nov. 1818 (SIREY, 1818, p. 182); Angers, 21 Aug. 1821 (SIREY, 1824, p. 360). Zie DALLOZ, I, p. 169; Brussel, 28 Jan. 1836, *Journ. de Brux.* 1836; BERRIAT ST.-PRIX, p. 410; DEMIAU, p. 325; HAUTEFEUILLE, p. 255 en 256; CARRÉ, art. 451 (ed. Bruss. 1849) Q. 1616, p. 419 en de aldaar in utramque partem aangehaalde jurisprudentie; PIGEAU, tom. II, p. 72; MERLIN, *Rép.* in voce *Appèl.* (LÉON).

berusting in dat vonnis, ook dan niet, wanneer men door partij den haar bij dat vonnis ambtshalve opgelegden eed heeft laten afleggen zonder eenig protest of verzet.

Arr. v. 10 Mei 1844, W. n°. 504; R., dl. XVIII, § 4; v. d. H., *B. R.*, dl. V, p. 284—303; v. 20 Febr. 1846, W. n°. 696; R., dl. XXIII, § 63; v. d. H., ibid., dl. VII, p. 297—309; v. 22 Dec. 1848, W. n°. 983; R., dl. XXXII, § 33; v. d. H., ibid., dl. X, p. 212—224; idem bij arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 2 Maart 1854, W. n°. 1528, naar luid waarvan zelfs medewerking tot de executie geene berusting daarstelt in een vonnis, uitvoerbaar bij voorraad; zie in verband met deze laatste beslissing, arr. P. H. v. Z.-Holland, v. 5 Dec. 1864, W. n°. 2675. Verg. ook vonnis Arr.-R. Maastricht, v. 2 Dec. 1869, W. n°. 3240, waarbij is beslist, dat door het laten executeeren zonder verzet of tegenspraak het recht van appèl niet verloren gaat, wat te meer klemt bij vonnissen bij voorraad uitvoerbaar, en arr. P. H. v. N.-Holland, v. 30 Oct. 1856, R. B., jg. 1857, dl. VII, blz. 378, R., dl. LVIII, § 67, ook vermeld op dit artikel, waarbij is beslist dat, wanneer het vonnis bij voorraad uitvoerbaar is, het zich niet verzetten tegen de executie, niet als eene daad van berusting kan beschouwd worden, vermits dat verzet toch niet zou baten. — In gelijken zin is beslist bij arr. v. 14 Nov. 1850, W. n°. 1184; v. 't Hof v. Holland, v. 30 Juni 1841, *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 145 en 146 en van de Arr.-R. Breda, v. 1 Dec. 1846, W. n°. 815, dat men nog ontvankelijk is in hooger beroep of cassatie, wanneer men zich enkel feitelijk en zonder protest (*in casibus* door het niet verlaten van zijne woning dan nadat men met behulp van den sterken arm daaruit was gezet) tegen de uitvoering van een bij *voorraad* uitvoerbaar verklaard vonnis heeft verzet; idem wanneer men aan den deurwaarder tijdens het in beslag nemen der goederen de hoofdsom heeft betaald (in eene zaak echter, waarin men de executie niet door vroeger in hooger beroep te komen, maar alleen door vroegere betaling had kunnen voorkomen), bij arr. v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 11 April 1842, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 199 sqq. en 299 sqq. en *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 235 en 236. Zie ook nog in gelijken zin een arr. v. 14 Maart 1851, W. n°. 1215; R., dl. XXXVIII, § 21; v. d. H., *B. R.*, dl. XII, p. 397—418. — Vgl. met dit een en ander een arr. v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 25 Maart 1847, W. n°. 833; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 327—330, naar luid waarvan men moet geacht worden in een vonnis, waarbij aan zijne partij de suppletoire eed is opgelegd, en welk vonnis is verklaard uitvoerbaar bij voorraad niettegenstaande voorziening in cassatie (of hooger beroep) *mits stellende zekerheid*, te hebben berust, indien men zijn procureur heeft doen tegenwoordig zijn bij het afleggen van dien (aan partij) opgelegden suppletoiren eed, zonder dat men eenig verzet gedaan of eenige reserve genomen heeft en men vervolgens aan de verdere ten uitvoerlegging van het vonnis, tot op den laatsten actus toe, haren vrijen loop heeft gelaten, en tot die executie zelf heeft medegewerkt, door zich tot bewaarder zijner in beslag genomene goederen te laten aanstellen, terwijl hiertegen niets afdoet de in het vonnis *a quo* vervatte provisioneele executabelverklaring,

wanneer die bij dat vonnis alleen gegeven is onder de mits van zekerheid te stellen, en men alzoo, door die zekerheid-stelling niet te vorderen, duidelijk genoeg heeft te kennen gegeven, dat men, zelfs de executie niet als eene provisioneele, maar als eene definitieve ten uitvoerlegging van het vonnis *a quo* beschouwde. Verg. in verband met dit laatste, arr. v. 26 Jan. 1872, op dit artikel.

6. Degeen, die de executie van een tegen hem gewezen vonnis stilzwijgend heeft aangezien, en alzoo heeft gedoogd, dat de veroordeeling op het principale punt, tegen hem uitgesproken, is ten uitvoer gelegd, is daarna niet ontvankelijk om, al is de wettelijke termijn nog niet verstreken, beroep in cassatie in te stellen, maar moet geacht worden, door zijne stilzwijgende berusting, zijne bevoegdheid daartoe te hebben verloren.

Arr. v. 16 Mei 1845, W. nº. 604; R., dl. XX, § 64; v. d. H., *B. R.*, dl. VII, p. 78—87.

In strijd met de conclusiën van den adv.-gen. van Maanen (v. d. H., l. c., p. 85 en 86, R., dl. XX, p. 307—309), op grond, dat de termijn van drie maanden na de beteekening van het arrest, bij de wet aan den eischer gegeven, om zich daartegen in cassatie te voorzien, niet kon worden verkort door de executie van het arrest, door den triumphant gedaan vóórdat de tijd was verstreken; dat de verliezende partij geen ander middel van verzet had tegen de ten uitvoerlegging van het arrest, dan het beroep in cassatie; dat mitsdien uit het tijdelijk dulden van die ten uitvoerlegging, zonder verzet, niet kan worden afgeleid, dat hij in 's Hofs uitspraak zou hebben berust; dat bij de wet niet bepaald zijnde, dat men tot bewaring van zijn recht om zich tegen eene rechterlijke uitspraak in cassatie te mogen voorzien, aan de partij, die deze ten uitvoer legt, een protest zou moeten laten beteekenen, ook het tijdelijk dulden dier executie zonder zoodanig protest niet als eene berusting kan worden aangemerkt; dat uit de bepalingen van de artt. 81 en 82 B. R. niet kan worden afgeleid, dat het tijdelijk toelaten van de ten uitvoerlegging van het vonnis in het algemeen, als een bewijs van acquiescement daarin moet worden aangemerkt, daar die artikelen alleen toepasselijk zijn op het verzet tegen bij verstek gewezen vonnissen, ten aanzien van welke speciaal bepaald is, dat door de executie het verzet niet meer ontvankelijk wordt; — eene bepaling, die (volgens adv.-gen.) niet kan worden uitgestrekt tot de executie van contradictoir gewezen vonnissen, als berustende op andere beginselen en rechtsvermoedens dan voor laatstgemelde moeten gelden.

7. Bij de wet niet bepaald zijnde, dat in elk geval eene onvoorwaardelijke beteekening van een vonnis of arrest volstrekt als eene daad van berusting in zoodanig vonnis of arrest moet worden aangemerkt, moet de appreciatie, welke daad stilzwijgende berusting aanduidt,

naar de bedoeling waarmede die is verricht, geschieden, en de handeling van dien aard zijn, dat daaruit niet anders kan worden besloten, dan tot den wil en de bedoeling der belanghebbende partij om te berusten.

Zoodanig besluit kan niet worden opgemaakt, wanneer eene in allen opzichte gesuccumbeerd hebbende en veroordeelde partij de beteekening van het condemnatoir vonnis of arrest aan den triumphant laat doen, vermits in die daad van de zijde van zoodanige veroordeelde partij geen begin van executie en geen bewijs van onderwerping en van berusting te vinden is, naardien zij van hare zijde, uit krachte van zoodanig vonnis of arrest niets te executeeren heeft; die daad van beteekening is alzoo ten eenenmale doelloos en kan alleen aan een wanbegrip of misverstand zijn toe te schrijven, waaruit het doel niet onbetwistbaar is af te leiden om zich te versteken van het recht van hooger beroep.

Arr. v. 6 Nov. 1846, W. n°. 769; R., dl. XXVI, § 9; v. d. H., *G. Z.*, dl. V, p. 117—129; idem bij arr. v. 27 Juli 1852, R., dl. XLII, § 46, naar luid waarvan de gedane beteekening van het vonnis, in zake van onteigening gevallen, zonder dat daarbij eenige reserve of inhaesie van cassatie heeft plaats gehad, niet als blijk van berusting in het vonnis is te beschouwen, vooral niet wanneer bij die beteekening uitdrukkelijk is verklaard, dat zij geschiedde opdat de beteekende van het vonnis op eene wettelijke wijze kennis zoude dragen: zie verder hetzelfde beginsel aangenomen betreffende stilzwijgende berusting, bij arr. v. 29 Oct. 1869, W. n°. 3159; R., dl. XCIII, § 11; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXIV, p. 14—23; idem en nagenoeg onder gelijke omstandigheden, bij arr. van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 31 Dec. 1851, W. n°. 1318; idem bij arr. van 't P. H. v. Drente, v. 5 April 1845, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 599—602, waarbij is beslist, dat de beteekening van het vonnis en sommatie tot voortzetting der zaak, *onder uitdrukkelijk voorbehoud van het middel van appèl* na het eindvonnis, geene berusting daarstelt. — Vgl. hiermede de Pinto, *Hdl., B. R.*, II, 1, p. 415 en 416, 2de ed., p. 463, die, met een beroep op Carré, *Qu.* 1553 en 1564, van oordeel is, dat hij, die een vonnis, waarbij hij voor een gedeelte in het gelijk en voor een ander gedeelte in het ongelijk is gesteld, doet beteekenen, daarbij alleen het oogmerk kan hebben, òf om het vonnis ten uitvoer te leggen, òf om den termijn van appèl voor zijne partij te doen loopen en het vonnis te doen gaan in kracht van gewijsde en dat hij het recht van appèl verbeurt, tenzij hij zich dit uitdrukkelijk hebbe voorbehouden. — Zie wijders, met betrekking tot het arr. v. 6 Nov. 1846, de daarmede in strijd zijnde conclusie van den adv.-gen. Gregory, v. d. H., l. c., p. 126 en 127 en R., l. c., p. 22 en 23, volgens wien, hoe vreemd het ook moge voorkomen, dat de partij, die bij een arr. geheel en al in het ongelijk is gesteld en in al de kosten is veroordeeld, dat

arr. aan de winnende partij doet beteekenen, bij die daad echter geacht moet worden een zeker doel gehad te hebben, ten ware zij, ten gevolge eener dwaling, mocht zijn geschied; dat echter, indien van zoodanige dwaling niet blijkt en de beteekening heeft plaats gehad uit eigene vrije beweging en zonder eenig protest of voorbehoud, het er voor moet gehouden worden, dat de succumbant door die beteekening heeft willen te kennen geven, dat hij zich naar het gewezen arrest wilde gedragen, en de afdoening der zaak wenschte bespoedigd te hebben, enz.; verg. voorts aant. 49 en art. 339 B. R. no. 21.

8. Uit het stilzwijgen van partij op den jegens haar geleverden staat van kosten, kan niet worden afgeleid de stilzwijgende berusting in, en alzoo de afstand van het recht, om later nog op te komen tegen het vonnis of arrest.

Arr. v. 6 Nov. 1846, W. nº. 769; R., dl. XXVI, § 9; v. d. H., *G. Z.*, dl. V, p. 117—129; idem, ten betooge, dat het beteekenen van een staat der proces-kosten, het concludeeren op de verevening door de declaranten en het uitstel vragen van de gedeclareerden, ten einde op de conclusiën, van wege de declaranten genomen, te antwoorden, voor de gedeclareerden de bevoegdheid niet uitsluit tot cassatie, daar zulks nog niet als eene medewerking van hunnen kant tot verevening der kosten kan beschouwd worden — bij arr. v. 11 Mei 1848, W. nº. 950; R., dl. XXXI, § 18; v. d. H., *B. R.*, dl. IX, p. 369—385; idem bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 23 Maart 1847, W. nº. 931; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 656 en 657, waarbij is beslist, dat het aannemen van een exploit, waarin vervat is een staat van kosten, schade en interessen, zonder eenig protest door den beteekende, geenszins als eene daad van berusting in dat vonnis kan beschouwd worden.

Een daad van berusting, nà de instelling van het hooger beroep, maakt dit niet niet-ontvankelijk. Pl. den 16aag 10 Apr. 1893 W. nº 6497.

9. Art. 334 B. R. mist alle toepassing in het geval, dat eene verklaring van berusting in een vonnis niet is gedaan vóór het daarvan ingesteld hooger beroep, maar (gelijk *in casu*) veertien maanden daarna.

Arr. v. 17 Feb. 1848, W. nº. 930; R., dl. XXIX, § 74; v. d. H., *G. Z.*, dl. VII, p. 165—187.

10. Uit het eenvoudig *door den rechter* bepalen van een dag voor pleidooi, nadat het beklaagde arrest aan des eischers procureur was beteekend, met sommatie om den volgenden dag voor de Arr.-R. te verschijnen en met de verweerders op de hoofdzaak voort te procedeeren en daarop conclusie van antwoord te nemen en te pleiten, terwijl noch de conclusie namens de eischers genomen, noch het pleidooi gehouden is, kan geene berusting door den *eischer* in het beklaagde arrest worden afgeleid.

Arr. v. 3 Juni 1848, W. n°. 922; R., dl. XXXI, § 27; v. d. H., *B. R.*, dl. X, p. 1—18.

11. In een bevel, ten gevolge van het vonnis des eersten rechters door den eischer aan de verweerders na de voorafgaande beteekening van het vonnis gedaan (*in casu* ten einde het daarvoor te doen houden, dat zij op een bepaald uitgedrukt tijdstip zouden zijn getreden in het eerste van een zes-jarig landgebruik) welk bevel de verweerder niet kon voorkomen of beletten, kan niet de executie van dat vonnis gelegen zijn, met het effect dat daardoor aan den verweerder de termijn van appèl zou zijn afgesneden of verkort, — noch kan in de toelating dier daad des eischers, alleen hangende den termijn van appèl, tegen het geheele dispositief van het vonnis competerende, gevonden worden de bedoeling des verweerders tot berusting in dat vonnis.

Hieruit volgt alzoo dat, hetzij men de beslissing over de vraag, of er stilzwijgend is berust, als *facti* beschouwe, hetzij men haar in het onderwerpelijk geval als van rechtskundigen aard aanmerke, de rechter *ad quem*, door ten deze de beweerde berusting te verwerpen, noch art. 334 B. R. noch eenig ander ingeroepen wets-artikel heeft geschonden.

Arr. v. 3 Oct. 1851, W. n°. 1270; R., dl. XL, § 2; v. d. H., *B. R.*, dl. XIII, p. 175—193. — Cf. art. 334, arr. v. 17 Juni 1853, sqq. (1).

(1) De vraag, of de beslissing of deze of gene akte of daad in den zin der wet als eene berusting moet worden aangemerkt van rechtskundigen aard is, wordt bevestigend beantwoord door FAVARD, die daaromtrent zegt: „Lorsque les juges du fond ont décidé que tel acte constitue un acquiescement, la cour de cassation peut juger le contraire". Evenzoo zegt FARBÉ: „La cour apprécie le caractère d'un acte ou d'un fait presenté comme un acquiescement". Aangenomen nu de juistheid dier stelling, merkt de adv.-gen. GREGORY, R., dl. XL, p. 6, op, dat daar, waar geene acte of feit bij het beklaagde arrest is *geconstateerd* (maar de rechter *ad quem* alleen heeft uitgemaakt, dat van het ten uitvoer leggen van het vonnis of van der appellanten berusting daarin niet op eene voldoende wijze is gebleken) geen onderzoek naar de rechtskundige kracht van eene acte of een feit kan worden ingesteld, vermits de H. R. dan eerst een onderzoek zou moeten instellen naar het bestaan van de eene of andere acte of feit, waaruit de berusting zou kunnen worden opgemaakt en die acte of dat feit moeten constateeren, waardoor bij op het gebied van den *judex facti* zou treden. — Dit gevoelen is echter door den H. R. bij voormeld arrest niet gedeeld, als zijnde daarbij ook *in jure* uitspraak gedaan over de rechtsgeldige kracht van het gedaan bevel. — Vgl. hiermede DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, II, 1, p. 414, 2de ed. pag. 462, volgens wien de vraag in hoeverre er al of niet stilzwijgend is berust, meer is eene *quaestio facti* dan *juris*, ofschoon zoowel het Hof van cassatie in Frankrijk, als de H. R. bij ons er zich meermalen mede hebben ingelaten. — Vgl. ook over de kwestie ten principale bij voormeld arrest beslist, art. 334 B. R., vonnis van de Arr.-R. Gorinchem, v. 30 Dec. 1848 sqq.

Vgl. in verband met het laatste gedeelte van voormeld arrest en de noot hieronder een arr. v. 24 Juni 1853, R., dl. XLV, § 28, waarbij is beslist dat, vermits art. 334 B. R. in geenen deele eenige opgave bevat van datgene, wat al of niet als blijk van berusting behoort te worden aangemerkt, aan den appellatoiren rechter geheel is overgelaten de beoordeeling van hetgeen al of niet als blijk van berusting in het vonnis *a quo* behoort te worden aangemerkt en mitsdien deze niet kan worden geacht eenige wetschending of verkeerde toepassing van wet te doen, door in de beteekening van het vonnis *a quo*, zonder eenig voorbehoud gedaan, op onderscheidene feitelijke gronden geen bewijs van berusting te vinden.

Vergelijk verder omtrent de al- of niet toelaatbaarheid van het onderzoek in cassatie naar de berusting, de navolgende uitspraken:

Waar de berusting is aangenomen op grond dat de door partij verrichte daden aan den rechter *a quo* van genoegzaam gewicht voorkwamen om daaruit de bedoeling af te leiden, dat partijen zich aan de beslissing wilden onderwerpen en daartegen niet in appèl komen, kan op deze feitelijke beslissing, in cassatie niet worden teruggekomen.

Arr. v. 14 Maart 1873, W. nº. 3569.

Wanneer de rechter in hooger beroep de exceptie van berusting in het vonnis *a quo* heeft verworpen niet op grond van waardeering of appreciatie van handelingen of gedragingen van den verweerder aan zijn appèl voorafgegaan, maar op grond van eene rechtskundige beschouwing omtrent den aard van het vonnis, waarbij aan de eischeresse de suppletoire eed was opgelegd, kan de vraag of al of niet te recht de exceptie van berusting door den rechter in appèl is verworpen *in cassatie* worden onderzocht.

Arr. v. 31 Jan. 1879, hieronder vermeld sub hoc art.; verg. hiermede in verband arr. v. 8 Maart 1867 sqq., sub hoc art.

12. Een interlocutoir vonnis, waarbij het bewijs van het bestaan eener schuld-oorzaak is toegelaten en dat in kracht van gewijsde is gegaan, moet tusschen *partijen* als eene zaak buiten contest beschouwd worden, waartegen *geen harer* meer bevoegd is op te komen.

Arr. v. 12 Dec. 1851, W. nº. 1308; R., dl. XL, § 53.

13. Eene zonder verzet van de tegenpartij gedoogde poging om een vonnis te executeeren, bestaande in het doen opmaken van een proces-verbaal van niet-bevinding bij den geëxecuteerde, stelt op zich

zelve geen bewijs daar voor eene beweerde berusting in dat vonnis, te meer, indien de tegenpartij, vóórdat die poging werd aangewend, hoewel vruchteloos, getracht heeft eene admissie-gratis voor de procedure in cassatie te erlangen en daardoor getoond heeft, in het vonnis niet te willen berusten.

Arr. v. 17 Juni 1853, W. n°. 1459; R., dl. XLV, § 21; v. d. H., *B. R.*, dl. XVII, p. 68—78. — Cf. art. 82 B. R., arr. v. denz. datum sqq. sub n°. 2.

14. De partij, die aanvankelijk, mits vóór het principaal appèl der tegenpartij, in een vonnis heeft berust, verliest hare bevoegdheid niet om daarvan incidenteel te appelleeren. Immers, zoodanige berusting is uit haren aard voorwaardelijk en houdt op van het oogenblik af, waarop de partij zich in hooger beroep voorziet en den stand van het geding door hare handeling ten eenenmale verandert.

Arr. v. 11 Mei 1855, vernietigende het arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 18 Mei 1854, W. n°. 1647; R., dl. L, § 21; v. d. H., *B. R.*, dl. XIX, p. 294—304; vergelijk ook arr. van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 4 Dec. 1864, R. B., jg. 1868, p. 374.

15. De oorspronkelijk eischer, die — na het vonnis waarbij eene oproeping in vrijwaring is toegestaan — op de sommatie om voort te procedeeren niet is verschenen, en niets heeft verricht om de uitvoering van dat vonnis te verhinderen, moet geacht worden daarin te hebben berust.

Arr. v. 26 Juni 1857, W. n°. 1865; R., dl. LVI, § 41; v. d. H., *B. R.*, dl. XXI, p. 336—347.

16. Al is in het interlocutoir berust, zoo is niettemin de rechter alleszins bevoegd om bij de eindbeslissing terug te komen op het bij het interlocutoir voorloopig aangenomene.

Arr. v. 12 Nov. 1858, W. n°. 2009; R., dl. LX, § 27; v. d. H., *B. R.*, dl. XXII, p. 451—459; idem arr. v. 24 Juni 1864, R., dl. LXXVII, § 25. Zie ad art. 46 B. R., n°. 5.

17. De behandeling der zaak ten principale, zelfs zonder eenig voorbehoud ten aanzien van het interlocutoir, mag niet worden aangemerkt als eene daad van berusting in het interlocutoir vonnis.

Arr. v. 11 Mei 1860, W. n°. 2170; R., dl. LXIV, § 59; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIV, p. 130—140, ook vermeld op dit artikel, n°. 31.

Voldoening aan de vordering en betaling der proceskosten, zonder voorzichtigheid, in berusting, ook als wordt daaraan een voorbehoud van het hoger beroep verbonden: Hoof den Haag 15 Jan. 1906, W. nº 8390.

18. De niet verschijning der partij ter terechtzitting waarop de andere partij den bij vonnis opgelegden eed zweert, brengt geene berusting mede, wanneer te voren is beteekend, dat men zich alle zijne rechten voorbehoudt.

Arr. v. 20 Dec. 1861, W. nº. 2346, R., dl. LXIX, § 34.

19. Hij die zich tegen een eindvonnis op een incident (*in casu* betreffende wraking van een getuige) het recht van cassatie heeft voorbehouden, maar desniettegenstaande de zaak ten principale vervolgt, en dus van dat voorbehoud geen gebruik maakt, moet geacht worden in genoemd vonnis te berusten.

Arr. v. 6 Febr. 1862, W. nº. 2352.

20. De stelling, dat het nemen van eene subsidiaire conclusie geacht zou moeten worden reeds bij voorbaat medetebrengen berusting in de afwijzing der primaire, is ongegrond.

Arr. v. 28 Febr. 1862, R., dl. LXX, § 38; v. d. H., *B. R.*, dl. XXVI, p. 295—318; idem P. H. v. Gelderland, v. 9 Juni 1875, W. nº. 3908; zie verder in verband hiermede arr. v. 11 Juni 1880 sqq. op dit artikel en arr. v. 26 Oct. 1849 sqq. op art. 339 B. R.

21. De betaling der proceskosten gedaan, nadat men, na herhaald bevel, met executie wordt bedreigd, kan niet gehouden worden voor berusting in het vonnis, waarbij men in die kosten veroordeeld is.

Arr. v. 2 Jan. 1863, W. nº. 2447; R., dl. LXXIII, § 2; v. d. H., *B. R.*, dl. XXVII, p. 183—194; dit arrest wordt bestreden in R. B., jg. 1864, dl. XIV, p. 171 sqq., cf. ook eodem p. 334 sqq.; verg. Arr.-R. Utrecht, v. 25 Jan. 1861, W. nº. 2290.

Verg. navolgende beslissingen:

De betaling der gerechtskosten, waarin de eischer tot cassatie bij het arrest *a quo* is veroordeeld, kan geen grond opleveren tot niet-ontvankelijkheid van het beroep, als die betaling alleen blijkt uit het onsplitsbaar aveu, dat zij is geschied, onder voorbehoud van het recht, om tegen het arrest op te komen.

Arr. v. 13 Juni 1856, W. nº. 1858; v. d. H., *B. R.*, dl. XX, p. 411—428.

De appellante, eischeresse en vervolgster der zaak in eersten aanleg, die de kosten en voorschotten aan den griffier en den exploiteerenden

en ter terechtzitting dienstdoende deurwaarder betaald heeft, kan niet geacht worden in het vonnis *a quo* berust te hebben.

Arr.-R. Winschoten, v. 2 April 1874, W. nº. 3746, ook vermeld sub art. 278 B. R.

22. De partij, die, na een vonnis van wraking een termijn vraagt om, in plaats van den gewraakten, een anderen getuige te doen hooren, en die daarvan gebruik maakt, alles zonder voorbehoud, moet geacht worden in het vonnis te hebben berust.

Arr. v. 29 Jan. 1864, W. nº. 2562; R., dl. LXXVI, § 10; v. d. H., *B. R.*, dl. XXVIII, p. 253—271.

23. Uit de afwezigheid bij de executie van een vonnis kan geene berusting worden afgeleid; evenmin kan men zich in dergelijk geval er op beroepen, dat geene daad of protest tegen de executie is gedaan.

Arr. v. 8 Maart 1867, W. nº. 2901; R., dl. LXXXV, § 60; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXI, p. 178—190; idem arr. v. 31 Oct. 1862, W. nº. 2429, R., dl. LXXII, § 16; v. d. H., *B. R.*, dl. XXVII, p. 37—53; idem arr. v. 20 Febr. 1874, W. nº. 3693; R., dl. CVI, § 21; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXIX, p. 186—197; waarbij nog werd aangenomen dat het daags na de executie instellen van het beroep in cassatie bewijst het reeds tijdens de ten uitvoerlegging bestaand voornemen om niet te berusten. Zie hiermede in verband arr. P. H. v. Limburg, v. 11 Juni 1866, W. nº. 2824, waarbij berusting is aangenomen op grond van de overwegingen, dat de appellanten, door de beteekening van het vonnis met bevel, in kennis waren gesteld met de aanstaande ontruiming, dat een van de appellanten woonachtig in dezelfde gemeente, alwaar de ontruiming is geschied, daarvan heeft moeten kennis dragen, en dat niettegenstaande dit alles, de appellanten 2½ maand hebben laten verloopen zonder iets te doen, waaruit een voornemen om tegen het niet bij voorraad uitvoerbare vonnis optekomen, kon blijken. — Verg. Arr.-R. Amsterdam, v. 28 Febr. 1859; R. B., jg. 1859, dl. IX, p. 394 sqq.; waarbij is beslist dat daden van executie niet het bewijs van berusting van den kant der veroordeelde partij medebrengen, wanneer niet van hare persoonlijke tegenwoordigheid bij de executie blijkt, en zij vóór de voltooiing der executie de akte van hooger beroep heeft doen beteekenen.

24. Een procureur is onbevoegd op eigen gezag eene conclusie in te trekken; mitsdien blijft de eens genomen conclusie bestaan, en kan uit die intrekking geen argument voor het afzien van verdedigingsmiddelen geput worden.

Arr. v. 26 Jan. 1872, W. nº. 3433; ook vermeld op dit artikel.

25. Uit de omstandigheid alleen, dat de veroordeelde bij de executie van het vonnis *a quo*, de aanstelling van zich zelf als bewaarder verkoos boven die van eenen vreemde, mag geene berusting worden afgeleid.

Arr. v. 26 Jan. 1872, W. n°. 3433; verg. aant. 5 in fine.

26 Dit artikel spreekt alleen over de gevolgen van berusting in een vonnis, *niet* in eene vordering.

Arr. v. 25 Mei 1877, W. n°. 4129; v. d. H., *B. R.*, dl. XLII, p. 267—276.

27. Desistement van het ingesteld hooger beroep van een interlocutoir belet niet dat men daarvan tegelijkertijd met het eindvonnis appelleert.

Arr. v. 11 Mei 1877, W. n°. 4123; ook vermeld sub art. 237 B. R., sub n°. 6.

28. Dit artikel geldt ook bij voorwaardelijke eindvonnissen, omdat daarin evenzeer kan worden berust als in de onvoorwaardelijke.

De mogelijkheid van berusting in een voorwaardelijk eindvonnis, waarbij als voorwaarde een eed is opgelegd bestaat reeds ten opzichte van den daarbij opgelegden eed.

Arr. 31 Jan. 1879, W. n°. 4343; R., dl. CXXI, § 11; v. d. H., *B. R.*, dl. XLIV, p. 47—56; R. B., jg. 1882, *A*, p. 86; ook vermeld sub n°. 11 van dit artikel; waarbij nog werd beslist dat de Raad niet bij machte was in deze zaak ten principale recht te doen, daar de rechtbank zich had onthouden van de oplossing der vraag of *in casu* al of niet berusting had plaats gehad.

29. Uit de beteekening van een interlocutoir vonnis zonder voorbehoud mag niet worden afgeleid de wil om daarin te berusten, wanneer namelijk vóór den aanvang van het daarbij bevolen getuigenverhoor ook door de beteekenende partij akte is gevraagd en verkregen dat zij, door mede te werken tot dit verhoor, niet geacht wil worden afstand te hebben gedaan van voorziening in cassatie tegen het bedoelde vonnis. De beteekening moet geacht worden hier alléén te hebben gestrekt om onder gemeld voorbehoud tot de executie van het interlocutoir vonnis te geraken.

Arr. v. 16 Jan. 1880, W. n°. 4463; R., dl. CXXIV, § 7; R. B., jg.

1882, A, p. 85. Zie eene bestrijding van deze beslissing in W. n°. 4470, waar betoogd wordt dat, hoewel het waar kan zijn dat de beteekening van een interlocutoir vonnis niet noodwendig berusting medebrengt, het niet te loochenen valt dat *deze* beteekening, waarbij van geen voorbehoud is gebleken (als men op haar alleen let), gedaan zijnde om aan het vonnis executie te geven, onvermijdelijk berusting involveert.

30. Wanneer de principale conclusie van den gedaagde is afgewezen, maar de subsidiaire toegewezen, dan kan de gedaagde belang hebben bij de bestrijding van dat vonnis op het eerstgenoemd punt, waaraan de subsidiaire vordering slechts ondergeschikt is; en wordt het hooger beroep terecht uit dien hoofde ontvankelijk verklaard.

Arr. v. 11 Juni 1880, nader vermeld sub art. 263 B. R.; W. n°. 4527, waarbij verworpen is het beroep in cassatie tegen het arrest van het Hof 's-Gravenhage, dd. 29 Dec. 1879, W. n°. 4531 R. B. 1881, A p. 20 sqq; bij welk arrest nog werd beslist, dat hetzelfde moet gelden ook in het geval, dat de geintimeerde zich met de uitspraak des eersten rechters bezwaard acht, dat laatste in strijd met de conclusie van het Openb. Min.; idem P. H. v. Utrecht, v. 17 Dec. 1866, R. B., jg. 1867, p. 321 sqq.; idem P. H. v. Groningen, v. 26 Jan. 1875, W. n°. 3846; anders Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Sept. 1881, R. B., jg. 1881, A, p. 143. Verg. arr. v. 28 Febr. 1862 sqq. sub art. 334 B. R., en arr. v. 26 Oct. 1849 sqq. sub art. 339 B. R.

31. Het meewerken zonder reserve tot de bevolen enquête en het vragen, mede zonder reserve, van een contra enquête, brengt berusting mede.

Arr. v. 3 Juni 1881, W. n°. 4669; v. D. H., *B. R.*, dl. XLVI, p. 397—401; R. B., 1882, *A*, p. 83; idem arr. v. 25 Jan. 1884, W. n°. 5005; idem arr. v. 11 Mei 1860, W. n°. 2170, R., dl. LXIV, § 59, mede vermeld sub hoc artikel, waarbij werd beslist dat de exceptionneele bepaling van art. 336 al. 2 B. R., *uitsluitend* betreft de praeparatoire vonnissen; idem arr. v. 16 Jan. 1874, W. n°. 3682, R., dl. CVI, § 10; idem arr. v. 16 Dec. 1842, v. D. H., *B. R.*, dl. IV, p. 128 sqq.; R., dl. XIII, § 88 en v. 10 Maart 1843, v. D. H., l. c., p. 420 sqq.; W. n°. 384; R., dl. XIV, § 81; idem arr. P. H. v. Utrecht, v. 27 Juni 1859, W. n°. 2085, waarbij nog werd overwogen, dat de uitzonderende bepaling van art. 336, al. 2 B. R., bevestigt de stelling, dat art. 334 B. R., zoowel op interlocutoire als op eindvonnissen van toepassing is; idem P. H. v. Utrecht, v. 8 Febr. 1869, W. n°. 3113; idem Arr.-R. Arnhem, v. 13 Dec. 1855, W. n°. 1757, R. B., jg. 1856, dl. VI, p. 615 sqq.; idem P. H. v. Drente, v. 4 Juni 1853, W. n°. 1667; idem P. H. v. Limburg, v. 26 Juni 1871, W. n°. 3447; idem arr. P. H. v. N.-Holland, v. 4 Dec. 1873, W. n°. 3687; idem arr. P. H. v. v. N.-Brabant, v. 19 Febr. 1867, W. n°. 4202; idem arr. Hof 's-Hertogenbosch, v. 16 Oct. 1877, W. n°. 4242, R. B., jg. 1879, *A*, p. 43; idem

Art. 344)

Arr.-R. Amsterdam, v. 20 April 1883, W. nº. 4947; arr. Hof Amsterdam, v. 2 Febr. 1883, W. nº. 4979; bij alle welke uitspraken is beslist, dat het zonder voorbehoud meewerken tot een bevolen getuigenverhoor, door daarbij tegenwoordig te zijn en vragen tot de getuigen te richten, of uitstel voor enquête of contra-enquête te vragen, als berusting is te beschouwen.

Verg. vonnis Arr.-R. Amersfoort, v. 11 Oct. 1871, W. nº. 3423, waarbij is beslist, dat de enkele lijdelijke tegenwoordigheid bij een getuigenverhoor, niet als daad van berusting kan worden aangemerkt.

Vergelijk met dit alles de navolgende beslissing:

Hoewel het in de praktijk gebruikelijk moge zijn, is de *reserve* vóór de enquête gemaakt, van hooger beroep tegen het interlocutoir onnoodig, waar de wet het recht geeft, om zich van een interlocutoir eerst in appèl te voorzien tegelijk met het eindvonnis.

Hof Leeuwarden, v. 15 Maart 1880, W. nº. 4606, R. R., jg. 1882, .1, p. 84; waarbij nog werd beslist dat de tegenwoordigheid bij de enquête, en het richten van vragen aan de getuigen *niet* als daden van berusting zijn aan te merken. Vergelijk voorts aant. 3 op dit artikel.

32. De openbaarmaking van een vonnis krachtens de artt. 1408 en 1409 B. W. gewezen, is een daad die, in casu, zonder medewerking van den veroordeelde heeft plaats gehad, zoodat deze niet gezegd kan worden in het vonnis te hebben berust, al brengt hij de dagvaarding in cassatie eerst ná die openbaarmaking uit.

Arr. v. 13 Mei 1881, W. nº. 4638; R., dl. CXXVIII, § 9; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVI, p. 339—357.

33. Waar feitelijk is beslist dat de lijfsdwang is *misbruikt* om den verweerder te dwingen tot het teekenen van eene verklaring van afrekening, waartoe deze niet was verplicht, en wat hij alleen bereid was onder reserve van zijn recht van appèl te doen, mag geene berusting in het vonnis door betaling zonder voorbehoud, worden tegengeworpen.

Arr. v. 14 Jan. 1881, W. nº. 4661; R., dl. CXXVII, § 4; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVI, p. 17—24, waarbij nog werd overwogen dat tegen die beslissing niets afdoet, dat de verweerder wellicht door het middel van art. 609 B. R., of door eenig ander wettig middel zijn persoonlijke vrijheid onmiddelijk had kunnen terugbekomen, omdat tot het bezigen van zoodanig middel de uitoefening van zijn vrijen wil noodig ware geweest, en deze, volgens de feitelijke beslissing was overmeesterd door het aangewende geweld.

Zie het daartoe betrekkelijk arr. P. H. v. 's-Hertogenbosch, v. 15 Maart 1880, W. nº. 4539.

34. Wanneer de niet-ontvankelijk-verklaring berust op eene beoordeeling der judicieele houding van een der partijen, die het Hof als in strijd met hun latere, zij het dan ook subsidiaire betwisting van het interlocutoir, en blijkbaar als een berusting daarin heeft beschouwd, kan op deze feitelijke beslissing in cassatie niet worden teruggekomen.

Arr. v. 18 Maart 1881, W. nº. 4625; R., dl. CXXVII, § 25; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVI, p. 172—180; verg. in verband hiermede aant. 11 van dit artikel.

35. Het vrijwillig en zonder eenig protest meewerken tot de uitvoering van een vonnis door aan den last tot voort procedeeren zonder reserve te voldoen, brengt berusting mede.

Arr. v. 10 Maart 1882, W. nº. 4756; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVII, p. 235—241; R. B., jg. 1882, A, p. 93.

36. Een appellant is nog ontvankelijk in zijn hooger beroep, wanneer, sedert de instelling van dat hooger beroep, door een derde is voldaan aan de veroordeeling, vervat in een vonnis, waarvan hij, tegelijk met een voorafgaand vonnis op de exceptie gewezen, hooger beroep heeft ingesteld.

P. H. v. Zeeland, v. 28 Dec. 1841, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 627—629; idem, ten betooge, dat de daad van de echtgenoote van den afwezigen succumbant (die geene partij in de zaak en ook niet gemachtigd was om *expresse* of *tacite* in het vonnis te berusten), van op bekomen bevel des deurwaarders en uit kracht van het bij voorraad uitvoerbaar vonnis, bereidwillig het huis te ruimen, de meubelen daaruit weg te dragen en den sleutel van het huis aan den deurwaarder over te geven, geene wettelijke berusting in het vonnis *a quo* oplevert — bij vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 20 Febr. 1845, W. nº. 623; idem, op grond, dat het in zake van acquiescement een vrij algemeen aangenomen regel is, dat alle berusting alleen mag worden afgeleid uit de daden der partij zelve, en zelfs niet eens uit die van hare raadslieden, die haar *in het geding* vertegenwoordigd hebben — DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, II, 1, p. 446, (2de ed. p. 464).

37. Indien het aangevallen vonnis uit twee *hoofddeelen* bestaat, sleept de berusting in het eene gedeelte niet noodwendig de berusting in het andere gedeelte na zich.

Het feit dat C., na afwijzing bij interlocutoir van zijn verbod van levering door zijne koopmansboeken heeft geconcludeerd tot een bevel van gel. om dien boeken op te leggen, belet hem niet, na afwijzing van dit tweede verzoek, in appel te komen van het eerste interlocutoir, ook al maakte het

geen reserve van appel Hof Leeuwarden 23 Dec. 1891 W. n° 6155, verw. 26. R. 10 Juni 1892, W. n° 6190, die berusting in het eerste interlocutoir aannam, daar zulker voorbehoud aan den kant tot vrije proceduren is voldaan.

Arbitr. uitspraak (arbiters de HH. en Mrs. J. H. Kivits en A. A. Heeren, en de notaris Bijvoet, te 's Bosch) v. .. Maart 1842, W. n°. 362; idem bij arr. v. 't P. H. v. Utrecht, v. 19 Jan. 1852, W. n°. 1341, waarbij is beslist, dat het berusten in dat gedeelte van een vonnis, waarbij een appellant is veroordeeld geworden tot voldoening van den huurtermijn, geenszins van zelf noodwendig medebrengt eene berusting in de bij dit vonnis gedane van-waarde-verklaring van een gelegd pandbeslag. — Vgl. hiermede een arr. v. 't P. H. v. Limburg, v. 3 Jan. 1853, W. n°. 1427, waarbij is beslist, dat de berusting in een vonnis, waarbij een getuigenverhoor is bevolen, tevens medebrengt de niet-ontvankelijkheid van het beroep tegen de overige gedeelten van dat vonnis, indien (gelijk *in casu*) de uitvoering van het enquest in zoodanig verband staat met die andere beslissingen, dat een en ander voor onafscheidbaar of ondeelbaar dient te worden gehouden. — Zie ook een arr. v. 28 Febr. 1851, W. n°. 1228 v. d. H., *B. R.*, dl. XII, p. 381—397; en art. 158 B. R., arr. v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 4 Febr. 1847, sub n°. 15.

38. Het vragen van uitstel, om den eed bij vonnis opgelegd te praesteren, onder uitdrukkelijk voorbehoud van non-praejudice om den opgelegden eed aan te nemen, kan (hoezeer bij die reserve van geen appèl gewaagd is) niet als eene berusting in het vonnis (ook wat het hooger beroep betreft) worden aangemerkt.

Arr.-R. 's Bosch, v. 15 Mei 1844, W. n°. 565. — Cf. art. 334 B. R., arr. v. 10 Mei 1844 sqq.

39. Uit de verklaring *in judicio* van een procureur na de uitspraak van een vonnis, waarbij op een incident is recht gesproken, dat hij bij zijne ten principale genomene conclusie persisteerde en uit het instellen daarop van eene andere incidenteele vordering, kan met geen grond worden afgeleid, dat de succumbant in dat vonnis heeft berust en alzoo van zijn recht van hooger beroep daarvan zou moeten worden geacht afstand te hebben gedaan, krachtens de bepaling van art. 334 B. R.

P. H. v. Friesland, v. 25 Juli 1844, *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 185—187. — Cf. Merlin, *Répert.*, voce *acquiescement*.

40. Hij die, na bij vonnis in zijne vordering niet te zijn ontvankelijk verklaard, in stede van reeds dadelijk daarvan in hooger beroep te komen, *denzelfden eisch* op nieuw tegen *dezelfde partij* in *dezelfde kwaliteit* (en alleen met verandering van den datum waarop zekere handeling zou hebben plaats gegrepen) heeft ingesteld, moet geacht worden door deze wijze van procedeeren, daadwerkelijk, stilzwijgend en

duidelijk in het vonnis van niet-ontvankelijkheid te hebben berust; met dat gevolg, dat hij — bijaldien hem bij het tweede vonnis zijn eisch is ontzegd en hij van beide uitspraken gelijktijdig in appèl is gekomen — in zijn hooger beroep tegen het *eerste* vonnis niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

Arr.-R. Groningen, v. 31 Maart 1848, W. n°. 975; R. B., jg. 1851, p. 75—77 (aldaar voorkomende onder 31 Maart 1849).

11. Indien de rechter verwerpt eene door den gedaagde voorgestelde exceptie van onbevoegdheid, met last aan partijen, om ten principale voort te procedeeren, de eischer den gedaagde met beteekening van het gewezen vonnis hiertoe tegen een bepaalden dag doet oproepen, laatstgemelde niet verschijnt en de zaak buiten zijne tegenwoordigheid voortgang heeft — dan stelt dit niet-verschijnen eene (stilzwijgende) berusting in het vonnis daar.

Arr.-R. Gorinchem, v. 30 Dec. 1848, W. no. 1013; R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 562—566 (1).

12. Het beroep is niet-ontvankelijk tegen een vonnis, waarbij de notaris bevoegd verklaard wordt om in rechten betaling te vorderen van mobilaire goederen, door zijn ministerie ten behoeve van derden verkocht, wanneer men zich daarna zonder reserve over de zaak ten principale heeft uitgelaten.

Arr.-R. Maastricht, v. 5 Juni 1851, W. n°. 1267.

13. Tot berusting wordt eene daad gevorderd afkomstig van hem, wien de berusting wordt tegengeworpen.

(1) Het beginsel bij dit vonnis aangenomen, is tastbaar onjuist. M. i. moet, althans in den regel, eene stilzwijgende berusting uit positieve en geenszins uit negatieve feiten worden afgeleid. De adv.-gen. GREGORY in de conclusie welke heeft geleid tot het arrest v. 3 Oct. 1851, sub n°. 11, (R., dl. XL, p. 9) was van gevoelen, dat tot aanduiding van den wil om te berusten wordt vereischt, zoo al niet de eene of andere daad door den veroordeelde zelven gepleegd, dan toch zoodanig in het oog loopend stilzitten, hetwelk niet anders dan uit den wil om te berusten kan worden verklaard; idem ten betooge dat men *in dubio* altijd tegen de berusting moet beslissen, DE PINTO, *Hdl.*, 1, p. 414, (2de ed. p. 462). — Terecht is dan ook bij vonnis der Arr.R. Maastricht, v. 22 April 1847, R. B., dl. IX, p. 736 beslist, dat er geene berusting kan geacht worden aanwezig te zijn, wanneer partij, hoewel behoorlijk gesommeerd om bij eene ceds-praestatie tegenwoordig te zijn, afwezig is gebleven. — Vgl. art. 334 B. R., arr. v. 3 Oct. 1851, sub n°. 11, (LÉON). Zie verder betrekkelijk dit punt arr. 8 Maart 1867 sqq. sub hoc art.

P. H. v. Drente, van 18 Dec. 1852, W. nº. 1662, R. B., jg. 1855, dl. V, blz. 517; en van 8 Jan. 1859, W. nº. 2074. Zie ook aant. 13 op dit artikel.

44. Hoewel het in het algemeen waar is, dat derden voor zich geene rechten kunnen ontleenen uit eene rechterlijke uitspraak, waarbij zij geene partijen zijn geweest, wordt deze regel evenwel in evenwicht gehouden door het geldende rechtsbeginsel, dat niemand bevoegd is, om *zelfs tegen die derden*, rechtstreeks of zijdelings op te komen tegen een vonnis waarbij aan die derden rechten zijn toegekend en waarin men heeft berust, en dat alzoo in kracht van gewijsde is gegaan.

Arr.-R. Nijmegen, v. 20 Jan. 1854, W. nº. 1515.

45. Uit eene huuropzegging, gedaan nadat de kantonrechter zich in eene daartoe betrekkelijke actie tot ontruiming van het gehuurde onbevoegd had verklaard, kan, ondanks den schijn van berusting, welke daaruit zou kunnen worden afgeleid, als zijnde in deze de waarschijnlijkheid niet voldoende (hetgeen te meer klemt indien kort na die huuropzegging het hooger beroep is gevolgd) niet worden opgemaakt eene stilzwijgende berusting in den zin van art. 334 B. R.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 25 April 1854, W. nº. 1559.

46. Hij, wiens conclusiën om door alle middelen rechtens, zelfs door getuigen, zekere feiten te bewijzen, zijn toegewezen, moet geacht worden in de daarop gevallen uitspraak te berusten, en is mitsdien in zijn hooger beroep tegen die uitspraak niet-ontvankelijk.

Arr.-R. Maastricht, v. 19 April 1855, R. B., jg. 1857, dl. VII, p. 90—92.

47. De bloote tegenwoordigheid bij de executie levert niet bewijs van berusting op.

P. H. v. N.-Holland, v. 30 Oct. 1856, R. B., jg. 1857, p. 378, ook vermeld sub nº. 5 van dit artikel.

48. De voogd, die tot het afleggen van rekening en verantwoording is veroordeeld en tevens in zijn privé in de kosten van het proces, aan het eerstgenoemde voldoet onder reserve van zijn recht van appèl, is ontvankelijk in zijn hooger beroep van de beslissing betreffende de proceskosten.

P. H. v. Zeeland, v. 1 Dec. 1857, W. nº. 1949, R. B., jg. 1858, p. 369.

49. Niet elke onvoorwaardelijke beteekening van een vonnis kan *per se* als eene daad van berusting worden aangemerkt.

P. H. v. N.-Holland, v. 30 Sept. 1858, W. n°. 2083, waarbij beslist werd, dat uit de beteekening van een vonnis, waarbij men ten deele heeft getriumfeerd, en ten deele in het ongelijk is gesteld, geen berusting kan worden afgeleid.

Vergelijk in verband hiermede de navolgende beslissing:

De beteekening van een vonnis levert een vermoeden op, dat de partij zich aan de uitspraak onderwerpt.

Dat vermoeden vervalt alleen, wanneer in de akte van beteekening het recht van hooger beroep uitdrukkelijk wordt voorbehouden, of ook, wanneer het ondubbelzinnig blijkt, dat de beteekening moest strekken tot eenig ander bizonder doel, waarmede de wil om zich het recht van hooger beroep voor te behouden, bestaanbaar is.

P. H. v. N.-Holland, v. 4 Nov. 1869, W. n°. 3395; verg. verder aant. 7.

50. Wanneer de appellant in eersten aanleg op de oproeping van den geïntimeerde om den door den kantonrechter hem opgelegden suppletoiren eed af te leggen *werkelijk is verschenen*, en zich zonder protest of reserve *bereid heeft verklaard* om dien eed af te leggen en daarvan zelfs akte heeft verzocht, moet hij geacht worden in dat vonnis te hebben berust, ook al is de eed zelf achterwege gebleven, door omstandigheden echter van zijn wil onafhankelijk.

Arr.-R. Amsterdam, v. 20 Sept. 1859, R. B., jg. 1860, blz. 62. Verg. het aangeteekende sub n°. 4 van dit artikel.

51. In het brengen van de zaak in zoodanigen staat, als waarin zij zonder toestemming van den geïntimeerde, niet anders komen kan, dan tengevolge van eene onherroepelijk gedane betaling van het geëischte, kan niet anders dan berusting liggen, al heeft de appellant ook aanvankelijk zich het recht om tegen de veroordeeling op te komen, voorbehouden.

P. H. v. Z.-Holland, v. 19 Dec. 1859, W. n°. 2135.

52. Wanneer eene partij veroordeeld is om een door haar gelegd beslag op te heffen, en zij dat doet met de uitdrukkelijke verklaring, ter voldoening aan de tegen haar uitgesproken veroordeeling, dan doet zij voorzeker eene uitdrukkelijke daad van berusting.

Dit wordt niet in het minst ontzenuwd, doordien de appellant, bij de opheffing van het kwestieuse arrest, onmiddellijk op de vroeger gearresteerde gelden andermaal arrest gelegd heeft, te minder, wanneer gelijk *in casu*, de bevolen opheffing van het arrest niet een gevolg is van een of ander gebrek in den vorm, maar van de ongegrondheid der vordering zelve, krachtens welke het beslag is gelegd.

P. H. v. N.-Holland, v. 6 Oct. 1859, W. n°. 2181.

53. De berusting van eenige eischers in het vonnis des eersten rechters beneemt, uit hoofde van de ondeelbaarheid van het voorwerp, den anderen eischers de bevoegdheid niet, om van dit vonnis in hooger beroep te komen en het door eenigen der eischers ingesteld hooger beroep komt, ingeval van vernietiging van het vonnis, wel degelijk te stade aan hen, die in het vonnis hebben berust.

P. H. v. Gelderland, v. 28 Dec. 1859, W. n°. 2155.

54. Door aan den rechter-commissaris bepaling van den dag te verzoeken tot het doen van rekening en verantwoording, waartoe zij bij het vonnis *a quo* waren veroordeeld, moeten appellanten geacht worden in deze rechtelijke uitspraak te hebben berust.

P. H. v. N.-Holland, v. 5 Dec. 1861, W. n°. 2440.

55. Het zich enkel niet inlaten met de executoriale handelingen van de wederpartij is uit zijn aard niet als berusting aan te merken.

Arr.-R. Amsterdam, v. 26 Febr. 1862, W. no. 2392.

Cf. echter:

Waar blijkt dat het vonnis, dat niet uitvoerbaar bij voorraad is, ten uitvoer is gelegd, zonder dat de appellant zich tegen die ten-uitvoerlegging heeft verzet, moet hij geacht worden te hebben berust.

P. H. v. N.-Holland, v. 5 Dec. 1861, ut supra. — Cf. het sub hoc art. n°. 6, vermeld arrest van 16 Mei 1845.

56. Waar het recht van appèl is voorbehouden, kan uit het produceeren van getuigen door eene partij tot bewijs van een feit, dat zij zelve als voor getuigenbewijs onvatbaar heeft bestreden, niet berusting worden afgeleid.

P. H. v. Gelderland, v. 26 Juni 1862, W. n°. 2391.

57. De brief van den man aan zijn vrouw daags na de uitspraak der scheiding van tafel en bed geschreven en van den volgenden inhoud: „De Rechtbank heeft de scheiding van tafel en bed uitgesproken. Volgens dat vonnis zullen ook twee onzer kinderen van elkander gescheiden worden. Om het ongeluk dier kinderen te voorkomen, en ter vermijding van verdere kostbare procedures, stel ik u voor om te Breda te gaan wonen en uwe zorgen aan al de kinderen te gaan wijden. De voorwaarden, waarop een en ander geregeld moet worden, zullen bij wederzijdsche welwillendheid gemakkelijk te regelen zijn. Bij acceptatie stel ik u voor enz." brengt geene onvoorwaardelijke berusting in het vonnis *a quo* en afstand van het recht van hooger beroep mede.

P. H. v. N.-Holland, v. 4 Aug. 1863, W. nº. 2536.

58. Gedeeltelijke voldoening aan het vonnis, door betaling in mindering van hoofdsom, renten en kosten gedaan, zonder reserve, stelt *facto* berusting in het vonnis daar en maakt het appèl niet-ontvankelijk.

P. H. v. Gelderland, v. 23 Maart 1864, W. nº. 2602 R. B., jg. 1865, p. 504.

59. De referte aan 's rechters prudentie in eersten aanleg, na vooraf den eisch te hebben bestreden, belet niet in appèl op nieuw tegenspraak te doen.

P. H. v. Gelderland, v. 15 Juni 1864, W. nº. 2647; waarbij nog werd beslist, dat daarenboven *in casu* volstrekt niet van berusting sprake kan zijn, waar de latere tegenspraak berust op eerst in appèl ontvangen bescheiden.

60. Het zelfs, zonder de beteekening af te wachten, voldoen aan den inhoud van het vonnis zonder reserve, stelt berusting daar.

P. H. v. Limburg, v. 14 Maart 1870, W. nº. 3251.

61. Wanneer bij de memorie van grieven omtrent eene der beslissingen van den rechter *a quo* (waarvan mede is geappelleerd) niets is in het midden gebracht, moet de appellant geacht worden in die beslissing te hebben berust.

Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Mei 1871, W. nº. 3373, zie daarover R. in W. no. 3376; idem arr. P. H. v. N.-Holland, v. 26 April 1875, W. nº. 3873; cf. arr. P. H. v. N.-Holland, v. 7 Mei 1857, W. nº. 1867.

62. De berusting in eene informaliteit heeft ongetwijfeld hare gevolgen sedert de berusting, maar werkt niet terug op te voren gepleegde handelingen.

Arr.-R. 's Bosch, v. 12 April 1871, R. B., jg. 1872, p. 502.

Handelingen gepleegd, *nadat* men in hooger beroep is gekomen en terwijl men dat beroep voortzet, kunnen voor de vraag naar berusting niet in aanmerking komen.

Arr.-R. Rotterdam, v. 3 Oct. 1883, W. n°. 4965.

63. De gedaagde, die aan den last des rechters om ten principale voort te procedeeren voldoet, zonder eenig voorbehoud om op de verworpen exceptie van nietigheid der dagvaarding terug te komen, is niet-ontvankelijk om van laatstgemelde uitspraak in appèl te komen.

P. H. v. Groningen, v. 7 Nov. 1871, W. n°. 3413, R. B., jg. 1872, p. 605; idem bij verwerping der exceptie van onbevoegdheid, Arr.-R. Middelburg, v. 24 Juli 1877, R. B., jg. 1878, *A*, p. 138. Zie ten aanzien van interlocutoire beslissingen aantt. 3 en 31 op dit artikel.

64. Een vonnis, waarbij eerst eene exceptie van niet-ontvankelijkheid is verworpen, en daarna eene enquête is gelast, is eindvonnis, voor dat deel, waarbij de exceptie is afgewezen. De gedaagde, die tot uitvoering van de interlocutoire uitspraak medewerkt, moet *eo ipso* worden beschouwd van het appèl der op de exceptie (die van zoo peremptoiren aard is, dat, ware ze toegelaten, de gansche vordering zou zijn gevallen) gevallen eindbeslissing af te zien en in die beslissing te berusten.

P. H. v. Z.-Holland, v. 25 Jan. 1875, W. n°. 3821.

Het Hof overwoog dat de voorgestelde exceptie van zoo peremptoiren aard was, dat wanneer die was opgegaan en de eischer niet-ontvankelijk was verklaard, de eerste rechter zich niet verder met de gansche vordering des eischers zou hebben ingelaten, en er dus ook geene interlocutie zou zijn gegeven.

65. Berusting van den procureur in het gevolg van zijne eigene onbevoegde daad bindt de partij zelve niet.

Hof 's-Hertogenbosch, v. 30 Mei 1876, R. B., jg. 1878, *A*, p. 138.

66. In de ten uitvoerlegging van een vonnis, voorzoover het voordeelig is, en het appèl daarvan, voor wat de ontzegging betreft, ligt

niets tegenstrijdigs; zoodat uit de executie, onder reserve van het recht van hooger beroep van dat gedeelte, waarbij men in het ongelijk is gesteld, geene berusting kan worden afgeleid.

Hof 's-Hertogenbosch, v. 7 Juli 1876, W. n°. 4018.

67. De rechter die bevoegd is kennis te nemen van de exceptie van berusting, is ook bevoegd te oordeelen over de middelen van verwering daartegen, en kan dus ook kennis nemen van de voor het eerst in appèl gedane vordering tot vernietiging van eene schriftelijke verklaring waaruit de berusting volgt, die als middel van verweer tegen de exceptie wordt voorgebracht.

Hof 's-Hertogenbosch, v. 5 Nov. 1878, W. 4354.

68. Hij die alleen voortprocedeert met den oorspronkelijken eischer, nadat hem het verzoek tot oproeping in vrijwaring is ontzegd, moet geacht worden daadwerkelijk in het vonnis, waarbij dat verzoek wordt van de hand gewezen, te hebben berust.

Arr.-R. Maastricht, v. 3 Jan. 1878, W. n°. 4572.

69. Berusting kan niet worden afgeleid uit een exploit, dien inhoud behelzende, gedaan namens de commissie, die in eersten aanleg collectief gedaagde was, wanneer de leden daarvan nominatim in appèl optredende, ontkennen dat die aanzegging bij exploit namens hen is geschied.

Hof Arnhem, v. 16 Oct. 1878, R. B., 1879, A. p. 41, ook vermeld sub art. 332 B. R.

70. Hoezeer een gefailleerde in het vonnis van zijne failliet verklaring, zonder zijn voorafgegaan verhoor gewezen, kan berusten, zoo mag zoodanige berusting niet lichtvaardig worden aangenomen.

Als berusting kan niet gelden de onderteekening door den gefailleerde van de door den curator opgemaakte boedelbeschrijving, wanneer de gefailleerde zelf de aanwijzing der te beschrijven goederen heeft gedaan; en hij tot de onderteekening lichtelijk kan zijn geleid, alleen om daardoor ook zijnerzijds de door hem gedane aanwijzing te constateeren: hetgeen te eerder moet worden aangenomen, waar, zooals *in casu*, de failliet bij de verzegeling verklaard heeft, dat hij door zich

daar niet tegen te verzetten, niet geacht wil worden in het vonnis te berusten.

Hof Arnhem, v. 22 Jan. 1879, W. n°. 4364; verg. arr. Hof 's-Gravenhage, v. 26 Juni 1882, R. B., jg. 1882, *B*, p. 261, ten betooge dat de failliet niet geacht kan worden in het vonnis van failliet-verklaring te hebben berust, door zonder reserve medetewerken tot de inventarisatie

71. Uit het zich onttrekken van den procureur na een interlocutoir vonnis mag niet afgeleid worden, dat de partij daarin berust.

Hof Amsterdam, v. 10 Oct. 1879, R. B., jg. 1882, *A*, p. 82.

72 De oproeping van den gedaagde bij deurwaarders-exploit, om voor den rechter-commissaris te verschijnen tot het afleggen der rekening, door den eischer gedaan uit kracht van een vonnis, waarbij den gedaagde bevolen is rekening en verantwoording te doen en de eischer is veroordeeld in de kosten der procedure, brengt geene berusting mede van den kant des eischers in zijne veroordeeling.

Hof 's-Hertogenbosch, v. 26 Jan. 1880, W. n°. 4484.

73. De partij, die zich met de wederpartij in een uitvoerig debat begeeft over den invloed van het getuigenverhoor op de hoofdzaak, moet geacht worden zijn voorbehoud van appèl van het vonnis, waarbij dat verhoor is opgedragen, te hebben prijs gegeven en in die uitspraak te hebben berust.

Hof Leeuwarden, v. 16 April 1881, W. n°. 4685.

74. Hij, die een interlocutoir vonnis heeft gekregen, geheel conform zijne conclusie en dat heeft uitgevoerd, kan van dat vonnis niet meer appelleeren.

Hof Leeuwarden, v. 22 Febr. 1882, W. n°. 4806.

Zie ten betooge dat hij die zich in gijzeling heeft doen stellen, zonder zich daartegen te verzetten, (art. 604) van het vonnis krachtens hetwelk de lijfsdwang is toegepast, niet meer in hooger beroep kan komen —

Jhr. Mr. D. G. VAN TEIJLINGEN, in *Themis*, 3de verz. 1875, blz. 266 sqq.

Art. 335.

1. De bepaling van dit artikel, dat het middel van verzet tegen eene veroordeeling bij verstek is uitgesloten, indien de oorspronkelijke eischer van het vonnis in hooger beroep komt, geldt zoowel bij onbeperkt als bij partieel appèl.

Arr. v. 9 Oct. 1874, W. n°. 3776; R., dl. CVIII, § 3; v. d. H., dl. XXXIX, p. 514—519; waarbij het beroep in cassatie werd verworpen tegen het vonnis der Arr.-R. Haarlem, v. 17 Dec. 1872, W. n°. 3552, waarbij bovenstaande stelling implicite werd gehuldigd, en voorts nog beslist dat wanneer de defaillant ook in hooger beroep zijne verdedigingen niet doet gelden, hij niettemin het recht van verzet tegen het in eersten aanleg gewezen vonnis heeft verloren.

2. De hier gestelde regel dat van veroordeelingen bij verstek geen hooger beroep valt voor den defaillant, geldt niet voor de op zijn verzet contradictoir tusschen partijen gewezen vonnissen.

Arr. v. 14 April 1882, W. n°. 4768; R., dl. CXXX, § 48; v. d. H., dl. XLVII, p. 332—335.

3. Bij de artt. 335 en 339 B. R. is het recht en de bevoegdheid van het aldaar vermeld incidenteel beroep, uitsluitend toegekend aan de partij tegen welke het hooger beroep is gericht, maar geenszins aan de mede-belanghebbenden (*consortes litis*) van den appellant, die door dezen, uit hoofde van gemeenschappelijk belang, in hooger beroep mede zijn gedagvaard.

P. H. v. Utrecht, v. .. Jan. 1842, W. n°. 253.

4. Wanneer bij niet-verschijning van den opposant tegen eene ontzegeling (*in casu* in kort geding voor den president der Arrond.-Rechtb. ten gevolge van een renvooi van den kantonrechter) geen verstek door den rechter *d'office* is uitgesproken, maar de zaak eenvoudig op en overeenkomstig de conclusiën van den geopposeerde ten principale is beslist, alsdan is de opposant (ondanks de daartegen door den geopposeerde opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid) ontvankelijk in het hooger beroep tegen zoodanig vonnis, als zijnde bij den eersten rechter geen verstek gevraagd of verleend.

P. H. v. Drente, v. 17 Jan. 1844, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 823—826 (1).

(1) Dit arrest komt mij voor onjuist te zijn; de niet-verschijning van den opposant had m. i. de toepassing van art. 75 B. R. ten gevolge moeten hebben, en de

5. Indien door den rechter *a quo* zijne uitspraak ten onrechte is gekwalificeerd als bij verstek te zijn gewezen, dan kan naar de bepalingen van de wet, te vinden in de artt. 333 en 335 B. R., zoodanige onjuiste kwalificatie niet aan het hooger beroep in den weg staan, en niet te weeg brengen dat tegen dat vonnis het middel van verzet zou kunnen worden aangewend.

P. H. v. Z.-Holland, v. 17 April 1844, R., dl. XIX, § 91.

6. Uit deze bepaling kan *niet* opgemaakt worden dat hij, die eenmaal gedaagde was, door het instellen van hooger beroep eischer wordt.

P. H. v. N.-Holland, v. 15 Nov. 1866, W. n°. 2892, ook vermeld sub art. 152 B. R., n°. 9.

7. Ook de vonnissen *van* verstek, waarbij eenvoudig beslist wordt dat er verstek is, zijn niet appellabel, daar zij een onafscheidelijk geheel uitmaken met de beslissingen bij verstek.

P. H. v. Groningen, v. 28 Febr. 1871, W. n°. 3302, R. B., jg. 1872, p. 44. Zie over de vraag of er hooger beroep is toegelaten van den defaillant tegen vonnissen *van* verstek, d. i. tegen het verleende verstek zelf Mr. A. Oudeman, in *Tijdschr. v. h. Ned. Regt*, dl. IV, blz. 86 volgg., alwaar tevens worden nagegaan de bepalingen der verschillende wetgevingen met opzicht tot hooger beroep bij verstek.

8. In 't R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 715 sqq., wordt door S. M. betoogd op grond der verandering die art. 79 ondergaan heeft, dat door de *achterblijvende partij* in art. 335, al. 2, alleen verstaan wordt degeen, die, op de eerste dagvaarding verschenen zijnde, later wegblijft. — De Pinto, *Hdl. B. R.*, II, 1, p. 418, schijnt dit gevoelen te deelen, (2de ed. p. 466); — anders echter bij Mr. C. M. van der Kemp, *Ontw.* ut supra, p. 190 (3de druk, blz. 379), op grond, dat het algemeene rechtsbeginsel, volgens hetwelk een ieder, die met een beroepbaar vonnis op tegenspraak bezwaard is, daarvan in beroep kan komen, zich tegen die opvatting verzet. — Ook Oudeman, *B. R.*, 2de ed., dl. II, p. 6 en 7, (4de ed. p. 10 en 11), gelooft, dat hier meer algemeen alle partijen bedoeld zijn, tegen welke dit vonnis als op tegenspraak gewezen beschouwd wordt, ofschoon zij niet in hare verdediging gehoord zijn. — Zie ook Lipman,

---

geopposeerde van de instantie moeten zijn ontslagen. Dit nu door den rechter *a quo* niet in acht genomen en ten principale recht gedaan zijnde, had de opposant nog in hooger beroep moeten zijn verklaard niet-ontvankelijk, niet op grond, gelijk door den geopposseerde in hooger beroep is aangevoerd, dat er van eene veroordeeling bij verstek geen hooger beroep valt, welke stelling in hare algemeenheid, met het oog op art. 335 B. R. niet juist is, maar uithoofde de rechter *a quo* de wet had overtreden, door ten principale recht te doen, daar waar wegens niet-verschijning van den eischer het verval had behooren te zijn uitgesproken. (Léon).

B. R., p. 149 en 150, en omtrent het niet-aannemelijke *in jure constituendo*, van de redenen, welke den wetgever hebben bewogen van veroordeelingen bij verstek gewezen, geen hooger beroep toe te laten (zijnde het rekken van procedures door kwade betalers, zie v. d. Honert, *Hdb.*, p. 384) — S. M. l. c.

Van een vonnis, waarbij een verzoek tot oproeping in rijw. wordt afgewezen, kan als van praeparatoren aard, niet anders dan te gelijk met het eindvonnis in hooger beroep worden gekomen: Hof Amsterdam 10 Juni 1915, W. 9905.

Art. 336.

1. De artt. 336 en 337 B. R. in hun verband, moeten zóó worden verstaan, dat wel van een praeparatoir vonnis, al is het zonder voorbehoud ten uitvoer gelegd, met het eindvonnis alsnog kan, en zelfs gelijktijdig behoort te worden gekomen in hooger beroep of in cassatie, en dat, ofschoon ook tegen een interlocutoir vonnis te gelijk met het eindvonnis kan worden opgekomen, dit echter niet plaats kan hebben, wanneer partijen *daarin*, zonder voorbehoud, door ten-uitvoerlegging hebben berust. Indien de voornoemde artikelen niet in dien zin werden verstaan, dan zouden de woorden: „zonder voorbehouding enz.," in het 2e lid van art. 336 B. R., geenerlei beteekenis hebben.

Arr. v. 16 Dec. 1842, R., dl. XIII, § 88; v. d. H., *B. R.*, dl. IV, p. 128—147; idem v. 10 Maart 1843, W. n°. 384; R., dl. XIV, § 81; v. d. H., l. c., p. 420—432; idem P. H. v. N.-Brabant, v. 7 Febr. 1843, R., dl. XV, § 30. — Vgl. hiermede de onderscheidene beslissingen in gelijken zin op art. 334 B. R., sub n°. 31.

2. Ook dan wanneer door den eersten rechter het vonnis, waarbij de exceptie van nulle dading was verworpen, verkeerdelijk mocht zijn beschouwd als praeparatoir, waarvan geen beroep dan gelijktijdig met het eindvonnis konde geschieden, volgt hieruit nog niet, dat de rechter verplicht was, om na de verwerping der exceptie van nulliteit der dagvaarding, door den gedaagde voorgesteld, de verlangde schorsing der zaak tot na de uitspraak in hooger beroep toe te staan, zoolang van geen *werkelijk aangevangen* hooger beroep door den appellant was gebleken.

P. H. v. Zeeland, v. 28 Dec. 1841, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 627—629, alwaar echter dit vonnis door den inzender wordt bestreden, op grond, dat volgens deze leer, de wederpartij het steeds in hare macht zou hebben, om de beslissingen der hoofdzaak door te drijven, wanneer de gedaagde eene exceptie van nulle-dading heeft voorgesteld, doch daarin in het ongelijk gesteld is, en niettegenstaande deze aanstonds verklaart in hooger beroep te zullen komen van de verwerping zijner exceptie

Art. 336 al. 1 spreekt ook van een praeparatoir vonnis waarin tevens eind. beslissingen worden en het hooger beroep alleen over eindbeslissingen staat: Hof den Bosch 11 Juni 1907, W. nº 9642.

dat, wel is waar, deze verklaring slechts een *voornemen* aanduidt, waarvan de uitvoering geheel aan den veroordeelde vrij blijft, doch zulks niet belet, dat — vermits geen pleiter in staat is, om in dezelfde terechtzitting, waarin eene door hem voorgestelde dilatoire exceptie wordt verworpen, eene akte van appèl te produceeren van het zoo even gewezen vonnis, — de rechter hem zijn verzoek tot uitstel behoort toe te staan, en hem een uitstel van minstens 14 dagen te verleenen, uit hoofde van art. 342 B. R.

3. Zie omtrent praeparatoire vonnissen, waartegen het hooger beroep niet openstaat dan te gelijk met het eindvonnis — de beslissingen vermeld op art. 46 B. R., sub nis. 2, 6, 22, 24 en 27, — en omtrent hetgeen in het algemeen moet worden gehouden voor eind, interlocutoir en praeparatoir vonnis — de overige beslissingen, aangehaald op art. 46, mitsgaders die op art. 66 B. R. Zie ook ten betooge dat de aard van het vonnis alleen uit het dispositief moet worden opgemaakt, arr. v. 28 Febr. 1868, W. nº. 2995, R., dl. LXXXVIII, § 26.

4. Het vonnis, waarbij aan den eischer zijne ingestelde vordering wordt toegewezen, mits hij een bij dat vonnis omschreven eed zwere, tevens met bepaling, dat, indien hij dien eed niet aflegt, hem alsdan zijn eisch en genomen conclusie wordt ontzegd, is een eindvonnis, vatbaar voor hooger beroep.

P. H. v. N.-Holland, v. 20 Maart 1856, R. B., jg. 1857, bl. 244—245; verg. arr. 11 Mei 1855 sqq. sub art. 46 B. R.

Het appel van een interlocutoir vonnis is niet-ontvankelijk, als daarna het eindvonnis wordt de. wezen en in kracht van gewijsde is gegaan: Hof Leeuwarden den 15 Mei 1907 W. 9600.

Art. 337.

1. Partijen die gebruik willen maken van de bevoegdheid om van het interlocutoir vonnis in hooger beroep te komen, vóórdat het eindvonnis geslagen is, worden noodwendig daarin door de al of niet appellabiliteit van dat eindvonnis beperkt, en bestaan er in dit geval geene redenen om de appellabiliteit van het interlocutoir gewijsde van het eindvonnis afhankelijk te doen zijn.

P. H. v. N.-Brabant, v. 17 Nov. 1840, R., dl. VI, § 22.

2. Het appèl van een interlocutoir vonnis na het eindvonnis is niet meer ontvankelijk, wanneer drie maanden na de beteekening van het interlocutoir vonnis verloopen zijn.

Arr.-R. Assen, v. 23 Oct. 1843, W. nº. 457; idem P. H. v. Gelderland, v. 8 Mei 1844, W. nº. 756 (onder het jaartal 1846); R. B., dl. VIII, p. 677—684; *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 187—191; idem P. H. v. Z.-Holland, v. 22 Febr. 1853, W. nº. 1417; idem in de *Opm. en Med.*, dl. I, p. 213

Is het appel alleen gericht tegen het interlocutoir vonnis dan loopt de termijn van 3 mnd. van den dag van dit vonnis af. Hof Amsterdam 29 Dec. 1899, W. nº 7429.

Appel van een interlocutoir vonnis houdende opdracht van een suppletoiren eed staat open, nadat het eind. vonnis na de eed 891 aflegging is gewe(Art. 337 zen. Rb. Amsterdam 7 Dec. 1899 W. n°7274.

—217; OUDEMAN. *B. R.*, 2de ed., dl. II. p. 4 en 5, 4de ed. p. 8 en 9; DE PINTO, *Hdl. B. R.*, II, 1, p. 421—424, 2de ed. p. 470 sqq.; idem door den Hoogl. DES AMORIE v. D. HOEVEN, *Regtsg. Opst.* 1852, p. 64—71, bestrijdende daarbij de tegenovergestelde meening van Mr. J. G. A. FABER in de *Nederl. Jaarb. voor Regtsg. en Wetg.*, jg. 1850, p. 659—676, welke laatste ook aangenomen is bij vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 11 Juli 1843, W. n°. 423; R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 134—138. — Voormelde Hoogl. heeft daarbij ten slotte doen uitkomen dat onze wetgever, nog *duidelijker* dan de Fransche, interlocutoire vonnissen, als een op zich zelf staand *genus*, van de *praeparatoire* heeft willen afscheiden, zoodat bij ons, *nog minder* dan onder de interpretatie van den Franschen Code, datgene wat in art. 336 over den termijn van appèl bij *praeparatoire* vonnissen gezegd wordt, op interlocutoire vonnissen mag worden overgebracht, terwijl de leer van Mr. FABER vooral op de tegenovergestelde meening schijnt gebouwd te zijn. — Cf. art. 336 B. R., sub n°. 1.

In denzelfden zin nog PIGEAU, II, 49; BERRIAT—ST.-PRIX 290; MERLIN, *Rép.*: in voce «Interlocutoire» n°. 3, en *Qu. de droit* eod. § 2, n°. 7. CARRÉ, (Brussel 1849) *Qu.* 1629, die vroeger evenwel eene andere meening was toegedaan; DE PINTO, W. n°. 1968 die met nadruk het na te melden arrest van den H. R. bestrijdt, en betoogt dat het duidelijk is, dat alhoewel het appèl van een interlocutoir ook na het eindvonnis kan worden ingesteld, dit hooger beroep ondergeschikt is aan de algemeene voorwaarden waarvan de wet de beroepbaarheid afhankelijk maakt. Daarenboven in art. 336 wordt alleen voor praeparatoire eene uitzondering maakt niet voor interlocutoire vonnissen.

Anders: arr. H. R. v. 7 Mei 1858, W. n°. 1957; R., dl. LIX, § 20; v. D. H., *B. R.*, dl. XXII, blz. 231; op grond dat in het tegenovergestelde geval, zoo ooit, slechts zelden van de bevoegdheid om tegelijk met het eindvonnis van het interlocutoir te appelleeren zou kunnen gebruik gemaakt worden, en dus de beteekening van het eind-vonnis moet worden aangemerkt als de aanvangstermijn ook voor het beroep van het interlocutoir vonnis te zijn. Idem arr. v. 8 Dec. 1865, W. n°. 2752, R., dl. LXXXI, § 32; v. D. H., *B. R.*, dl. XXX, p. 407—426; cf. P. H. v. Utrecht, v. 27 Juni 1859, W. n°. 2085, en van 8 Feb. 1869, W. n°. 3113; idem Hof Arnhem, v. 13 Dec. 1876, R. B., jg. 1877, *A*, p. 24, W. n°. 4067. Zie de bestrijding van de leer der arresten van den H. R. in W. n°. 1984 en *Tijdsch. v. N. R.*, dl. IV, p. 88 sqq. — Idem P. H. v. Zeeland, v. 6 Dec. 1864, R. B., jg. 1865, p. 766.

Idem Hof Amsterdam 11 Oct. 1899, W. n° 5806

3. Bij eene (in specie) stilzwijgende afwijzing eener incidenteele vordering tot getuigenbewijs bij interlocutoir vonnis, is men, zonder het instellen van het hooger beroep tegen het interlocutoir, in het appèl tegen het eindvonnis (ook dan wanneer het eigenlijk meer tegen het interlocutoir was gericht) ontvankelijk, vermits de rechter (volgens den regel: *«l'interlocutoire ne lie pas le juge*) bevoegd is daarop nog bij eindvonnis recht te doen. Cassatie/geen steun middel/: Hof 's Bosch 27 Febr. 1900, W n°7431.

Die hiervoor en dat het beginsel v.d. continuiteit der instantie in het W. v. B.

De rechter in appèl is evenmin als de eerste rechter door het door diezen gegeven bewijs-interlocutoir gebonden, en mitsdien bevoegd te onderzoeken of de proeven van eisch zijn bewezen, als het appèl alleen gericht tegen het eindvonnis. Hof Amsterdam 16 Mei '88, P. v. J. '88 n°61. Idem Rb. Amsterdam 22 April '90, W. n°5093.

Art. 337 (nieuw) al. 2. Het voorschrift van a. 337 al. 2 Rt. mag niet worden toegepast op het incidenteel vonnis gewezen naar aanleiding van a. 150 Rv. Rb. Rotterdam 3 Jan. 1900 P.v.J. 1900 n° 24; W. n° 7493.

Arr.-R. Nijmegen, v. 12 Aug. 1850, W. n°. 1160; R. B., jg. 1852, dl. XII, p. 673 sqq. — Cf. art. 46 B. R., sub n°. 5.

De exceptie van verkrachtbeid is een incident en dus beroep vóór het eindvonnis niet toegelaten: Rb. Utrecht 10 Febr. 1899 W n° 7066.

4. Hooger beroep van het interlocutoir vonnis *kan* wèl ingesteld worden vóór het eindvonnis, maar dit voorschrift is geenszins gebiedend.

P. H. v. Drente, v. 18 Dec. 1852, R. B., jg. 1855, dl. V, blz. 547; W. n°. 1662; idem P. H. v. Utrecht, v. 5 Oct. 1868, vermeld sub art. 339 B. R.

5. Het beroep tegen een interlocutoir vonnis is niet ontvankelijk, wanneer de grieven, tegen dat vonnis aangevoerd, kunnen worden aangemerkt als zoovele grieven tegen het eindvonnis, waarvan mede is geappelleerd en de appellant bij het beroep van het interlocutoir geen rechtsbelang kan hebben.

P. H. v. Drente, v. 28 Nov. 1857, W. n°. 2136.

Een vonnis waarby een opwerping in vrywaring wordt toegestaan, is een incidenteel, niet een preparatoir vonnis; afzonderlyk beroep (vóór het eindvonnis) niet toegelaten: Rb. Breda 1 febr. 1901, W. 9721.

6. In geval, bij appèl van de eindbeslissing, tevens is geappelleerd van een interlocutoir vonnis „voor zoover dit nuttig of noodig mocht blijken te zijn" moet, indien de rechter in appèl ontdekt, dat zulks (gelijk *in casu*) noch nuttig, noch noodig was, de appellant geacht worden van het interlocutoir niet te zijn in hooger beroep gekomen.

P. H. v. N.-Holland, v. 4 Oct. 1863, W. n°. 2546.

7. De bepaling van de eerste alinea van dit artikel bevestigt den regel, dat het hooger beroep van een interlocutoir tegelijk met het hooger beroep van het eindvonnis kan worden ingesteld

P. H. v. Utrecht, v. 5 Oct. 1868, R. B., jg. 1873, p. 246, ook vermeld sub art. 339 B. R.

8. Het is in strijd met eene geregelde proces-orde, om, in de instantie van appèl van een interlocutoir vonnis, zij het dan ook onder den schijn van verbetering van een vergissing, een getuigenverhoor toetestaan tot het leveren van bewijs van daadzaken, die pertinent en concludent kunnen zijn voor de beslissing van de zaak ten principale, maar niet voor die van de incidenteele vordering des oorspronkelijken eischers.

P. H. v. Zeeland, v. 19 Nov. 1872, R. B., jg. 1873, p. 562.

9. Wanneer door den appellant van een interlocutoir vonnis geen enkel bezwaar tegen het *dictum* van dat vonnis wordt aangevoerd,

Hooger beroep ingesteld tegen het interlocutoir vóórdat het eind vonnis is gelaagen, moet worden ingesteld binnen 3 mnd na de uitspraak van het interlocutoir Rb. Amsterdam 30 Nov. 1900 W. nº 7592.

moet zijn appèl tegen dit vonnis geacht worden ongegrond te zijn en het vonnis worden bevestigd.

P. H. v. Gelderland, v. 14 Jan. 1874, W. nº. 3758.

Het vonnis waarbij een rechter zich bevoegd verklaard van de zaak kan niet te nemen, is een incidenteel vonnis, niet een eindvonnis: Hof 's-Gravenhage 26 Juni 1914, W. 9682, op dit punt cas. verw. H. R., 14 Mei 1915, W. 9941. E. contra Hof den Haag 11 Juni 1915, W. 9941. Zie hieromtrent Cd. v. Rossem in W. 9857.

10. De bepaling van dit artikel is algemeen en onderscheidt niet, wanneer gedurende den loop van het rechtsgeding ten principale het appèl van het interlocutoir vonnis kan worden ingesteld, en zondert ook het geval niet uit, dat het interlocutoir aanvankelijk is ten uitvoer gelegd, mits men in de uitspraak niet hebbe berust.

P. H. v. Groningen, v. 26 Jan. 1875, W. nº. 3846. De berusting werd *in casu* niet aangenomen, op grond van de uitdrukkelijke reserve van het recht van appèl bij de ten uitvoerlegging gemaakt. Cf. arr. ilof Leeuwarden, 22 Febr. 1882, sub art. 334 B. R.

11. Wanneer de Rechtbank bij het vonnis, waarbij twee zaken worden gevoegd, verklaart dat die uitspraak geschiedt alvorens ten principale recht te doen, moet die verklaring geacht worden de beide vorderingen te betreffen, zij het ook dat de meening door den rechter is kenbaar gemaakt, dat de eene vordering als ongegrond is te beschouwen. Een zoodanig vonnis is ook ten aanzien van laatstgemelde vordering eene interlocutoire uitspraak en vatbaar voor appèl.

P. H. v. N.-Holland, v. 14 Oct. 1875, W. nº. 3922, R. B., jg. 1877, A, p. 78.

12. In W. nº. 1721 wordt door Mr. H. VERLOREN gewezen op het groot verlies van tijd en kosten, welke uit de bepaling van art. 337 al. 1 voortvloeit. De schrijver geeft den wensch te kennen, dat bij eene herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering het beginsel mocht worden aangenomen, dat het hooger beroep tegen voorbereidende vonnissen niet anders kan worden ingesteld dan gelijktijdig met dat tegen het eindvonnis. Dat beginsel is gehuldigd in het Ontwerp-Wetboek Burg. Rechtv. 1865, IIe Boek, 4e Titel, art. 5, blz. 54 en 182.

13 Zie omtrent de *ratio legis* van art. 337 B. R. (het kunnen bezwaard zijn door een préjugé), en ten betooge, dat dit artikel in strijd is met de leer, *que l'interlocutoire ne lie pas le juges*, enz. — een vertoog van J. V. in 't W. nº. 1428.

~~Ook als~~ Indien in de overwegingen van een interlocutoir vonnis eindelijk vooronderstelt, kan het hooger beroep ook wat de beslissingen betreft, bij uitspraak tegen ~~het~~ dat eindvonnis worden ingesteld: Hof Leeuwarden 22 Juni 1910, W. nº 9078.

De bepaling van art. 330 is algemeen. Hof Leeuwarden 2 Maart 1892, P.v.J. 1892, n° 30.

Art. 338.

1. Dit artikel is alleen geschreven om te voorkomen dat de exceptie van niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep door de belanghebbende partij in elken stand van het geding zou kunnen worden opgeworpen. Vermits alzoo dit artikel alleen voor partijen en niet voor den rechter is geschreven, zoo ontheft het dezen laatste niet van zijne verplichtingen, om zich ambtshalve onbevoegd te verklaren in hooger beroep kennis te nemen van eene zaak, die volgens de wet op de Recht. Org. in hoogste instantie is gewezen, ook wanneer de geïntimeerde daartoe niet heeft geconcludeerd.

Zie inclusion de kennisgeving in art. 339 voor het instellen van het hooger beroep voorgeschreven, niet is in acht genomen, Hof Leeuwarden 21 Maart 1900, P.v.J. 1900, n° 56.

Arr. v. 6 Maart 1857, W. n°. 1836, R., dl. LV, § 38; v. d. H., *B. R.*, dl. XXI, p. 155—168; bevestigende arr. P. H. v. Gelderland, v. 2 April 1856, W. n°. 1777, R., dl. LIV, § 62, idem v. 13 Nov. 1863, W. n°. 2536, R., dl. LXXV, § 20; v. d. H., *B. R.*, dl. XXVIII, p. 85—101, v. 17 Mei 1866, W. n°. 2810, R., dl. LXXXIII, § 9, v. d. H., *B. R.*, dl. XXX, p. 386—395, alle beslissingen in strijd met het gevoelen van het Openbaar Ministerie bij den Hoogen Raad: idem arr. v. 14 Dec. 1883, W. n°. 4985, v. 22 Febr. 1883, R., dl. CXXXIII, p. 185; *implicite* bij arr. H. R. v. 13 April 1855, W. n°. 1672, en arr. v. 5 Mei 1865, W. n°. 2691; idem *implicite* P. H. v. N.-Brabant, v. 8 April 1856, W. n°. 1946. Idem Arr.-R. Amersfoort, v. 5 Jan. 1862, R. B., jg. 1864, dl. XIV, blz. 315, bij welk vonnis werd beslist (in tegenstelling van de meening van het Openb. Min. bij den H. R., zie de conclusie van Mr. Gregory, in R. B., jg. 1865, blz. 399 en in W. n°. 2691) dat de exceptie van onbevoegdheid moet worden onderscheiden van die van niet-ontvankelijkheid in appèl; dat bij art. 338 geen sprake is van de eerste, maar alleen van de laatste, die steunen kan op berusting, verloop van den termijn, of op eenige andere oorzaak, waardoor de *bestaan hebbende bevoegdheid* om te appelleeren is teniet gegaan; idem P. H. v. N.-Holland, v. 11 Sept. 1845, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 263—265; R., dl. XXXI, § 99; idem in de conclusie van den proc.-gen. bij 't P. H. v. Z.-Holland, en *implicite* bij het daartoe betrekkelijk arrest van dit Hof v. 2 Nov. 1853, W. n°. 1488; idem Penning, ad art., bestrijdende de tegenovergestelde leer, voorgestaan door de Pinto, *Hdl. B. R.*, II, 1, p. 284, (2de ed. pag. 300), en welke is verdedigd, behalve door het Openb. Min. bij den H. R., in *Regtsg. Adv.*, 5de verz. blz. 161—164 en door Oudeman, het *Ned. Wetb. v. B. Rv.*, (4de ed.), II, blz. 23 en 24, hoofdzakelijk op grond, dat uit de geschiedenis blijkt de bedoeling des wetgevers om in dit artikel *alle* excepties, en dus ook die van onbevoegdheid ratione materiae te begrijpen, en dat, al is die exceptie van openbare orde, de wet echter in sommige gevallen aan de gedingvoerende partijen vergunnen kan van de regelen daartoe betrekkelijk af te wijken, zooals zij in art. 43 R. O. en 157 B. R., alsook in dit artikel gedaan heeft, terwijl de tegenovergestelde leer onvereenigbaar is met het voorschrift

van dit artikel, dat de exceptie moet worden voorgesteld vóór alle weren van rechten, vermits, als de rechter ambtshalve de exceptie zou moeten toepassen, hij wel *a fortiori* er op zou moeten letten, als zij bij latere conclusie of pleidooi werd aangevoerd. Verg. mede A. O. in *Opm. en Med.*, dl. VII, p. 308 en 309. — De leer van den H. R. wordt verder bestreden door v. B. F., in R. B., jg. 1864, blz. 318 sqq. en in R. B. jg. 1865, blz. 400, alsmede door S., in W. n°. 2544. In *jure constituendo* is de leer van den H. R. aangenomen in het Ontw. in 1865 der 2de Kamer aangeboden.

2. De toepasselijkheid der als geschonden voorgestelde artt. 154 tot en met 161 en 338 B. R. vervalt, wanneer het Hof noch den eersten rechter, noch zich zelf heeft verklaard onbevoegd om kennis te nemen van het onderwerpelijk geding, noch den eischer verklaard heeft niet-ontvankelijk in zijn hooger beroep.

Arr. v. 29 Juni 1860, W. n°. 2182; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIV, p. 250—263; R., dl. LXV, § 22.

3. De rechter mag de niet-ontvankelijkheid van het appèl uit hoofde van *plurium litis consortium* niet onderzoeken, indien daartoe bij het slot der conclusie niet is geconcludeerd.

Arr. (koloniaal appèl) v. 6 Maart 1868, W. n°. 2993.

4. Dit artikel bepaalt wel, dat hij, die mocht beweren, dat eene zaak niet vatbaar is voor hooger beroep, de exceptie van niet-ontvankelijkheid, daartoe strekkende, zal moeten instellen vóór alle andere weren van rechten en niet verplicht is zich, hangende dat geschil, uit te laten over de zaak zelve; doch van de bevoegdheid is geen gebruik gemaakt door den geïntimeerde, die dus concludeert: „dat het den Hove moge behagen, den appellant in zijn appèl te verklaren niet-ontvankelijk of wel hem den eisch in appèl te ontzeggen."

Arr. v. 26 Jan. 1872, W. n°. 3433; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXVI, p. 374—396.

5. De exceptie van niet-ontvankelijkheid in appèl kan niet meer door den geïntimeerde worden voorgesteld, nadat hij reeds bij akte den appellant heeft gesommeerd om in de zaak, zooals die in appèl aanhangig is, en dus ten principale, ter audientie conclusie te nemen en tot het gewijsde voort te procedeeren.

P. H. v. Holland, v. 19 Febr. 1840, R., dl. IX, § 60.

Zie echter navolgende beslissing:

Wanneer geïntimeerde zich, bij constitutie van procureur, uitdruk-

kelijk alle exceptiën en weren heeft voorbehouden en avenir hebbende gegeven om voort te procedeeren en te concluderen, de appellant heeft geconcludeerd, waarna door den geïntimeerde is geantwoord en daarbij onmiddellijk de exceptie van niet-ontvankelijkheid van het appèl op grond van berusting is voorgesteld, dan moet hij, geïntimeerde geacht worden zijne exceptie tijdig te hebben opgeworpen en dus ontvankelijk worden verklaard, vermits hij in deze summiere zaak bij de eerste hem voorkomende gelegenheid zijne exceptie heeft opgeworpen.

P. H. v. Z.-Holland, v. 18 Mei 1857, W. n°. 1862, R., dl. LXV, § 57.

6. In de woorden, vervat in art. 338 B. R., „dat de excipient niet verplicht is, zich hangende het geschil over de zaak zelve uit te laten," ligt, ook met het oog op art 160, al. 2, 3 en 4 B. R., de bedoeling des wetgevers opgesloten, dat de excipient het vermogen heeft bij zijne gestelde exceptie, met uitsluiting van alle andere weren van rechten te verblijven, waarom in dat geval zijne wederpartij hem niet kan verplichten of noodzaken, om zich met de verdediging ten principale in te laten. Meergemelde woorden sluiten echter des excipients keuze, om de exceptie met de defensie ten principale te vereenigen, niet alleen niet uit, maar veeleer in zich.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 31 Jan. 1843, W. n°. 396; idem PENNING, ad art.; idem Hof 's Bosch, v. 30 Mei 1876, R. B., jg. 1878, A, p. 138; idem arr. Hof Amsterdam, v. 13 April 1877, R. B., jg. 1882, *A*, p. 102, waarbij is beslist dat de bevoegdheid bestaat, om op de exceptie van niet-ontvankelijkheid een conclusie op de zaak zelve te doen volgen. — Cf. het sub art. 93 B. R., n°. 6, vermelde arr. v. 't P. H. v. N.-Brabant, v. 1 Maart 1853 en art. 155 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Oct. 1844 sqq., sub n°. 10.

7. De appellant kan, wanneer de geïntimeerde zijn aan den appellant tegengeworpen middel van niet-ontvankelijkheid te gelijk met de zaak ten principale bij conclusie heeft voorgedragen, niet vorderen, dat de rechter eerst afzonderlijk en afgescheiden van de hoofdzaak over dat middel van niet-ontvankelijkheid zal beslissen.

P. H. v. Groningen, v. 13 Nov. 1849, R. B., jg. 1851 p. 296—302.

8. Bij gelijktijdige appellen van een vonnis over de cautie *judicatum solvi* en van een vonnis over de hoofdzaak, moet bij het opwerpen der exceptie van niet-ontvankelijkheid, met betrekking tot eerstgemeld

vonnis, zonder dat de geïntimeerde zich op de hoofdzaak heeft uitgelaten, het ééne van het andere worden afgescheiden.

P. H. v. N.-Holland, v. 12 Sept. 1850, W. nº. 1159; *Amsterd. Regtspr.* dl. I, p. 95—99.

9. De bevoegdheid tot het instellen van een incidenteel appèl kan alleen door dengene, wiens rechten daardoor zouden kunnen geschonden zijn d. i. door den mede-geïntimeerde, en niet door eene andere partij betwist worden.

De principaal appellant, wiens rechten daardoor niet geschonden zijn, kan zich alzoo van deze exceptie van niet-ontvankelijkheid niet bedienen.

P. H. v. N.-Holland, v. 10 Febr. 1859, W. nº. 2125.

10. Eene referte aan 's rechters oordeel omtrent de vraag, of een appellant in zijn appèl ontvankelijk is, kan niet in de plaats treden van de daartoe strekkende, vóór alle andere weren van rechten in te stellen exceptie van niet-ontvankelijkheid.

P. H. v. N.-Holland, v. 26 Juni 1862, W. nº. 2447.

11. Het afleggen van een ambtshalve opgelegden eed en in het algemeen de uitvoering, aan een vonnis gegeven *door de partij, die het heeft verkregen*, ook zelfs eer dat de wederpartij heeft geappelleerd, brengt op zich zelf niet diens niet-ontvankelijkheid van het later gedaan appèl te weeg.

P. H. v. N.-Holland, v. 19 Oct. 1868, W. nº. 3076.

Art. 339.

1. Wanneer een punt, hetwelk tot de litigieuse onderwerpen behoorde, waaromtrent des rechters uitspraak in eerste instantie was gevraagd (*in casu* de lijfsdwang), door den eersten rechter niet is afgewezen, maar hij verzuimd had daarop uitspraak te doen, dan kan zoodanig punt, door den verweerder in appèl, zonder incidenteel appèl van zijne zijde, op nieuw in de instantie van hooger beroep *in lite* gebracht worden. De vordering, welke hij alsdan daaromtrent doet, is niet anders te beschouwen dan als de herhaling van de vroegere.

De observantie van den termijn van beroep behoort tot de openbare orde van rechtspleging; is hij niet in acht genomen dan kunnen de rechter in appel behoort ambtshalve de niet-ontvankelijkheid van het beroep niet te spreken. Hof Leeuwarden 21 Mrt. 1888 P.v.J. 1888, n° 56

Hof Amsterdam 3 Mart. 1899 W. n° 7287.

Arr. v. 4 Febr. 1841, R., dl. VII, § 22. — Cf. art. 339 B. R., arr. v. 't P. H. v. Zeeland, v. 19 Jan. 1847, en vonnis van de Arr.- 's Hage, v. 6 Juni 1853.

2. Het incidenteel appèl is niet bestaanbaar tegen mede-geïntimeerden

Arr. v. 21 Mei 1847, W. n°. 821; v. n. H., *B. R.*, dl. IX, p. 57—69; idem bij arr. v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 14 Jan. 1844, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 265—272 en v. 2 Oct. 1845, W. n°. 942; bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 23 Oct. 1844, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 37 en 38; bij arr. van 't P. H. v. Gelderland, v. 15 Oct. 1845, W. n°. 686 en v. 12 Maart 1851, W. n°. 1240; R. B., jg. 1852, p. 403—416, bij welke beide laatste arresten is beslist, dat, hoe algemeen ook de bewoordingen van art. 339, al. 2 B. R. mogen zijn, in ieder geval die woorden zelve aantoonen dat het incidenteel appèl door een gedaagde in hooger beroep alleen kan worden gericht tegen zijne wederpartij, dat is tegen den appellant, naardien het moet worden ingesteld, òf bij schriftuur van antwoord, volgens art. 347 j°. art. 443 B. R. aan den eischer in hooger beroep te beteekenen, òf bij eenvoudige akte, aan den procureur zijner wederpartij, den appellant, te beteekenen, en door den wetgever alzoo niet eens aan een geïntimeerde het middel wordt aan de hand gedaan, om incidenteel appèl jegens een mede-geïntimeerde in te stellen, en deze woordelijke uitlegging van art. 339 B. R. volkomen overeenstemt met de beginselen der rechtspleging, daar toch het incidenteel appèl eigenlijk een gevolg is van, en een verdedigingsmiddel tegen het principaal appèl, en mitsdien alléén kan worden gericht tegen hem, die in hooger beroep is gekomen en de vernietiging van het vonnis vordert en geenszins tegen hem die in de uitspraak heeft berust, terwijl, naar luid van het arr. v. 12 Maart 1851, het incidenteel appèl door den wetgever met eene reconventionele vordering wordt gelijk gesteld. — In gelijken zin bij OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de editie p. 17; bij arrest van het Hof van Bourges, v. 12 Febr. 1823, bij SIREY, Tom. XXIII, 2, 328; DALLOZ, *Jurisprudence du XIX siècle*, voce Appel, sect. 6, p. 160 (Bruss. ed.); CARRÉ, op art. 443, n°. 1573, en de aldaar aangehaalde redenaars van het gouvernement, BIGOT DE PRÉAMENEU, en van het tribunaat ALBISSON, en arrest van het Hof van Rennes, v. 10 Nov. 1810; — anders en in strijd met het gezag der voorm. rechtsgeleerden en gewijsden, wordt het tegendeel geleerd: 1°. door DE PINTO, *Hdl. B. R.*, II, 1, p. 420 en 421, (2de ed. p. 468), met een beroep op den regel: *favores ampliandi*, en een arrest van het voormalig Hoog Gerechtshof te 's Hage, bij VAN HAMELSVELD, *Gew.*, verz. 1823, I, 20—30, en 2°. in de *Regtsg. Adv.*, dl. I, p. 136—138, op grond, dat geen uitdrukkelijk verbod in de wet is opgenomen, dat een gedaagde in beroep belet van zijne incidenteel beroep tegen een medegedaagde in beroep in te stellen, en de eenige wetsbepaling, waarop men dit beweren doet rusten, een volkomen stilzwijgen omtrent deze vraag bewaart, ja zelfs, door hare algemeene bewoordingen, geene beperking schijnt te hebben willen toelaten, terwijl in allen gevalle, al mochten de woorden dier bepaling (art. 339 B. R., art. 443 Code de Pr. Civ.) inte-

gendeel *schijnen* meer in het tegenovergestelde systeem te zijn nedergeschreven, dan nog, *in dubio*, en zoo lang zulks niet boven allen mogelijken twijfel zou verheven zijn, eene tegenovergestelde uitlegging zou moeten worden verkozen, om den regel: «*lex non ita interpretanda est, ut sit absurda, sed ut vitio careat.*» De berusting van den gedaagde in beroep moet, volgens het advies, geacht worden alleen gegrond te zijn op zijn verlangen, dat het vonnis zoodanig blijven zal, als het door den rechter is uitgesproken; maar zoodra het door een principaal appèl voor vernietiging wordt vatbaar gemaakt, treedt hij wederom in zijn natuurlijk recht, om zijne bizondere belangen tegen elke der partijen, en dus ook tegen mede-geïntimeerden, te doen gelden. — Eenigzins in overeenstemming met dit laatste, althans *implicite*, is beslist bij arr. van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 15 Sept. 1840, W. n°. 294; R., dl. V, § 64, dat de wettige oproeping van mede-geïntimeerden niet kunnende daarstellen (even als in cas van praescriptie) eenige interruptie ten aanzien van een niet opgeroepene, er uit de tijdige dagvaarding der mede-geïntimeerden geene geldige argumenten zijn te ontleenen, om de dagvaarding — welke aan een der geïntimeerden eerst na den bepaalden termijn, doch om op denzelfden dag met de overigen in rechten te verschijnen, is geëxploiteerd, — als insgelijks *tempore utili* geschied te beschouwen, met dat gevolg, dat het recht van laatstgemelden door de *res judicata* geboren, hem niet kan worden ontnomen door eene zoogenaamde *déclaration en jugement commun*. — Vgl. art. 68 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Sept. 1846, sub n°. 12; art. 137 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 10 Nov. 1843 sqq., n°. 1; art. 159 B. R., arr. v. 21 Maart 1845 sqq., sub n°. 1; art. 250 B. R., vonnis v. de Arr.-R. 's Hage, v. 19 Maart 1847, art. 285 B. R., arr. van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 15 Sept. 1840, art. 286 B. R., arr. v. 21 Mei 1847, en art. 344 B. R., arr. van 't Hof v. Holland, v. 4 Nov. 1840.

3. De oorspronkelijk eischer, wiens subsidiaire vordering is toegewezen, is in hooger beroep ontvankelijk in zijn incidenteel appèl wegens het niet toewijzen zijner primaire vordering.

Arr. v. 26 Oct. 1849, W. n°. 1068, R., dl. XXXIII, § 40; v. D. H., *B. R.*, dl. XI, p. 44—64; idem bij arr. van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 28 Mei 1845, W. n°. 652; R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 574; R., dl. XXIII, p. 84, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Rotterdam, v. 24 April 1844, R., ut supra. — In gelijken zin CARRÉ ad art. 444 C. de Pr. Civ., n°. 1584; MERLIN, *Rép. v. acquiescement*, § 6, t. I, 134 en voornamelijk BERRIAT—ST.-PRIX, tit. IV, *de l'acquiesc.* p. 363 not. 12. — Vgl. ook ten aanzien van 't arr. v. 26 Oct. 1849, het daartoe betrekkelijk arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 18 Jan. 1849, R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 94—96, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Dec. 1847, W. n°. 944; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 25—30. Verg. arr. v. 28 Febr 1862 sqq. en arr. v. 11 Juni 1880 sqq., beide vermeld sub art. 334 B. R.

4. Het incidenteel hooger beroep, hetwelk wordt ingesteld door den

gedaagde in beroep, òf bij zijne schriftuur van antwoord, òf bij eene eenvoudige akte van procureur, is slechts eene incidenteele vordering ter gelegenheid van het principaal beroep, en daardoor wordt *geene afzonderlijke* instantie gevormd. De derde alinea van dit artikel zou ten eenenmale overbodig zijn, indien het incidenteel beroep eene op zich zelve staande instantie deed ontstaan.

Arr. v. 20 April 1855, W. nº. 1638; R., dl. I., § 12; v. d. H., *B. R.*, dl. XIX, p. 248—257, waarbij op die gronden werd beslist dat door het afzien van het incidenteel beroep, geen afstand van eene instantie wordt gedaan, maar alleen van een middel van verdediging.

5. Eene handeling, welke, als een ondubbelzinnig bewijs van berusting in het vonnis, het instellen van het *principaal* hooger beroep zou afsnijden, verhindert daarentegen het *incidenteel* appèl niet.

Arr. v. 11 Mei 1855, W. nº. 1647; R., dl. I., § 21; v. d. H., *B. R.*, dl. XIX, p. 294—304, vernietigende P. H. v. N.-Holland, v. 18 Mei 1854, W. nº. 1555; de Hooge Raad besliste dat het er dus niets toe afdoet, of de beteekening van het vonnis door eenige daden van executie is gevolgd; in denzelfden zin, vonnis Arr.-R. Sneek, v. 12 Mei 1858, W. nº. 2179; idem bij arr. P. H. v. N.-Holland, v. 10 Jan. 1856, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 239—242, W. nº. 1829, en bij de Pinto, *Hdl.*, *B. R.*, II, 1, p. 420, 2de ed. p. 468, hoofdzakelijk op grond, dat, hoewel de wet hier uitdrukkelijk slechts melding maakt van een soort van berusting, er geene reden van onderscheiding denkbaar is, en het er voor moet gehouden worden, dat het onverschillig is, op welke wijze men berust hebbe, zoolang niet door de tegenpartij principaal is geappelleerd. Ook Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed. p. 12, schijnt met een beroep op Carré, *Qu.* 443 en 1576 dit gevoelen te deelen; verg. aant. 33.

idem H.R. 16 Dec. 1915, W. 9965.

6. De bevoegdheid tot het instellen van incidenteel appèl is algemeen en strekt zich uit tot alle beslissingen in eersten aanleg, waardoor de geïntimeerde zich van zijne zijde bezwaard acht. Dit artikel beperkt die bevoegdheid *niet* tot het incidenteel appèl tegen *hetzelfde vonnis*, waartegen het principaal appèl is gericht. Wanneer derhalve het principaal appèl is gericht tegen het eindvonnis, is het incidenteel appèl tegen het interlocutoir alleszins ontvankelijk.

Hof den Haag 22 Juni 1905, W. nº 8273.

Arr. v. 11 Nov. 1870, bevestigende arr. P. H. v. Groningen, v. 22 Juni 1869, W. nº. 3174 en 3267, R., dl. XCVI, § 18; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXV, p. 129—138.

Hof Amsterdam 9 Dec. 1915, W. 9976.

7. Incidenteel appèl kan alleen betreffen een, reeds in eersten aan-

leg aan 's rechters oordeel onderworpen, doch door hem afgewezen gedeelte der vordering en alzoo geenszins een nieuwen, voor het eerst in hooger beroep gedanen eisch.

Arr. v. 14 Nov. 1873, W. nº. 3658.

8. In West-Indische zaken wordt de tijd der instelling van het hooger beroep bepaald door den dag der aanteekening en niet door dien der akte van prosecutie.

Arr. v. 19 Nov. 1874, R., dl. CVIII. § 23.

9. Waar het onbeperkt appèl alleen voor zoover is ontvankelijk verklaard, als het vonnis *a quo* den appellant nadeelig was, is de beslissing juist, dat de geïntimeerde het vonnis niet kon bestrijden ten aanzien van dat deel, waarin hij in het ongelijk was gesteld, wanneer hij zijnerzijds niet incidenteel in appèl was gekomen.

Arr. v. 10 Juni 1881, W. nº. 4648; R., dl. CXXVIII. § 21; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVI. p. 442—444.

10. Wanneer door den rechter eene door den gedaagde tegen den eischer opgeworpene exceptie is verworpen, met last om ten principale voort te procedeeren, dan is eene beteekening van het vonnis, met sommatie om ter rolle te verschijnen en voort te procedeeren, alleen aan te merken als eene poging des eischers om den gedaagde te nopen tot vrijwillige uitvoering van het vonnis en mitsdien een ontoereikend middel om partij te noodzaken daaraan te gehoorzamen, zoolang de termijn van drie maanden, bedoeld bij art. 339 B. R., nog loopende is, doch is daartoe, namelijk om partij te dwingen, om, òf ten principale voort te procedeeren, òf te komen in hooger beroep, noodig eene gedwongene executie (*exécution forcée*).

Arr.-R. Amsterdam, v. 5 Jan. 1842, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 74 en 78 en v. 26 Jan. 1844, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 680 en 681; — anders echter (in eene zaak waarin eene exceptie van stateering van procedures was verworpen en de excipient bij procureurs-akte was gesommeerd om ten principale te antwoorden) bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam (Eerste Kamer) v. 12 Juni 1844, W. no. 553, op grond, dat de wetgever bij het stellen van den termijn van drie maanden, niet de bedoeling gehad heeft, aan eene verliezende partij steeds dien geruimen tijd te geven, om den voortgang eens gedings te kunnen ophouden, maar veeleer moet geacht worden alle beroep van een vonnis na dien tijd te hebben willen afsnijden en dat nergens bij de wet aan eene triumpheerende partij de verplichting is opgelegd, om af te wachten of hare partij zal kunnen goed-

vinden in hooger beroep te komen en zij derhalve gerechtigd is voort te gaan, ten einde hare partij te noodzaken, om aan het verkregen vonnis te voldoen of in hooger beroep te komen; idem bij vonnissen van dezelfde Arr.-R. v. 25 Sept. 1850, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 622 en 623, waarbij evenzeer is beslist dat de wet niet bepaalt, dat geen vonnis binnen drie maanden na de beteekening kan worden ten uitvoer gelegd, maar dat het appèl slechts binnen dien termijn kan plaats hebben; idem bij vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 23 Nov. 1853, W. n°. 1544, waarbij is beslist, dat de woorden in art. 350 B. R., dat het hooger beroep de ten-uitvoerlegging van het vonnis schorst, blijkbaar doen veronderstellen, dat de wetgever eene ten-uitvoerlegging, aangevangen en voortgezet binnen den termijn van hooger beroep, heeft toegelaten. Vgl. hiermede een belangrijk vertoog van S. M. in de *Opm. en Med.*, dl. VII, p. 72—87, die, naar aanleiding van de door de V. in R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 623 en 624, gemaakte opmerking, dat kundige rechtsgeleerden (zie Holtius, *Nederl. Faillietenrecht*, p. 319 en 320) zich met de wets-uitlegging, welke het vonnis v. 25 Sept. 1850 aanneemt, niet schijnen te vereenigen, maar integendeel van het beginsel uitgaan, dat een vonnis, in eerste instantie gewezen, niet binnen de drie maanden in kracht van gewijsde kan gaan, (m. i. te recht) mede met een beroep op artt. 342 en 350 B. R., die leer bestrijdt en doet uitkomen, dat dit beginsel ook niet is gehuldigd bij vonnissen van de Arr.-R. Amsterdam, v. 5 Jan. 1842 en 26 Jan. 1844 ut supra, maar daarbij alleen de beteekening van het vonnis met sommatie om ter rolle te verschijnen en voort te procedeeren, een ontoereikend middel is geacht om de partij te noodzaken daaraan te gehoorzamen, zoo lang de termijn van drie maanden, bedoeld bij art. 339 B. R., nog loopende was, doch daartoe noodig geoordeeld is eene gedwongene executie, b. v. door het beteekenen van een staat van kosten (naar het gevoelen van Mr. C. J. Fortuin, zie R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 77). — Overigens bestrijdt de schrijver, met een beroep op Pigeau, *la Proc. Civ.*, tit. II, p. 43 (Brussel 1833), ook die leer en vereenigt hij zich geheel met het beginsel, aangenomen bij de vonnissen v. 12 Juni 1844 en 25 Sept. 1850 ut supra, o. a. op grond, dat onder de in den eersten titel van het tweede boek, Wetb. v. Burg. Rechtsv., vermelde wijzen van ten-uitvoerlegging van vonnissen, niet alle gevonden worden welke zich in de praktijk kunnen voordoen, doch slechts de meest gewone gevallen; dat overigens die sommatie om voort te procedeeren in vele gevallen het *middel* van executie zal zijn, indien de kosten, hetzij worden gereserveerd, hetzij gecompenseerd, en mitsdien het gevolg van dergelijke leer zoude zijn, dat sommige vonnissen nimmer uitvoerbaar zouden zijn. — Cf. Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed. p. 12, die mede de juiste leer voorstaat, dat de termijn van hooger beroep geen termijn van gratie is, gedurende welken de wederpartij haar voordeelig vonnis niet zou kunnen ten-uitvoerleggen: art. 55 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 23 Nov. 1853 en art. 398 B. R., vonnis van de Arr.-R. Sneek, v. 24 April 1844 (Léon.)

11. Wanneer een gedaagde in eersten aanleg, zoowel de niet-ontvankelijkheid van den eischer (op grond, dat deze niet bevoegd was

om zonder machtiging te procedeeren) als de ongegrondheid van de door dezen gedane vordering heeft beweerd, en in het eerste punt in het ongelijk, op het tweede echter in het gelijk gesteld wordt, dan kan hij niet, op het appèl door den eischer opgeworpen, tot bevestiging van het vonnis *a quo* concludeerende, tevens het door den eersten rechter verworpen middel van niet ontvankelijkheid andermaal doen gelden, wanneer hij van de verwerping niet incidenteel heeft geappelleerd, in welk geval hij geacht moet worden in het vonnis des eersten rechters op dit punt te hebben berust.

P. H. v. Zeeland, v. 19 Jan. 1847, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 151—153, idem arr. P. H. v. Z.-Holland, v. 11 Jan. 1864, W. n°. 2560, verg. arr. P. H. v. Z.-Holland, v. 4 Mei 1863, W. n°. 2492, en arr. van hetzelfde Hof v. 8 Jan. 1872, W. n°. 3427. — Cf. art. 339 B. R., arr. v. 4 Febr. 1841 en vonnis van de Arr.-R. 's Hage, v. 6 Juni 1853.

12. Indien ten principale is geappelleerd, op grond van een misslag, door den eersten rechter begaan in het formulier van een gedefereerden decisoiren eed, alsdan is ook ontvankelijk het incidenteel appèl van de partij aan welke de eed is gedefereerd, hoezeer die partij den appellant ten principale, met beteekening van het gewezen vonnis, heeft gesommeerd, om bij de eedsaflegging, zoo als die door het vonnis was bepaald, tegenwoordig te zijn; omdat hier (waar het vonnis niet bestond in verschillende beschikkingen, waarvan de eene onafhankelijk van de andere kan blijven bestaan, maar uit ééne beschikking, welke door de gevorderde verbetering eene geheele verandering zoude ondergaan) alleen kwestie zou kunnen zijn van eene berusting in het vonnis, zoo als het door de Rechtbank was gewezen, maar geenszins in het vonnis, zoo als het, na in hooger beroep aangevallen te zijn, zou veranderd kunnen worden.

P. H. v. N.-Holland, v. 18 Maart 1847, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 164—167.

13. Hoezeer in den regel de behandeling van het principaal appèl het incidenteel beroep behoort vooraf te gaan, zal het omgekeerde dienen plaats te hebben, indien de vordering in garantie, waartoe het principaal appèl betrekking heeft, bizonderlijk volgens het *petitum* dier vordering, geheel ondergeschikt en afhankelijk is van de beslissing

omtrent de oorspronkelijke vordering, tegen welker toewijzing, in zooverre die heeft plaats gehad, het incidenteel appèl is gericht.

P. H. v. Drente, v. 8 Juni 1850, W. n°. 1460.

14. Uit de omstandigheid, dat de eischer bij wege van schadevergoeding eene bepaalde som heeft gevorderd, *of zoo veel min of meer als de rechter zou vermeenen te behooren*, volgt niet (als behoorende die formule *tot de abundantia quae non nocent*) dat de eischer niet-ontvankelijk zou zijn in het incidenteel appèl met betrekking tot het bedrag der schadevergoeding, hem door den eersten rechter toegekend.

Arr.-R. Nijmegen, v. 12 Aug. 1850, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 673—676. — Cf. art. 332 B. R., arr. 30 April 1852.

15. Een ingesteld voorwaardelijk incidenteel appèl, waarvan het bestaan wordt afhankelijk gesteld van het eventueele lot van het principaal appèl, is rechtens niet bestaanbaar.

anders Rb. Almelo 9 Nov. 1892 W. n° 6264. Hof 's Hage 14 Apr. 1914 W. 9765.

P. H. v. N.-Holland, v. 24 Oct. 1850, W. n°. 1486, idem Hof 's Hage, v. 3 Oct. 1881, R. B., jg. 1882, A, p. 100; anders P. H. v. Limburg, v. 26 Juni 1871, W. n°. 3360.

16. Het rechtsgevolg der niet-beteekening van het vonnis is, dat het voor hooger beroep vatbaar blijft, zoo lang de praescriptie daartegen niet is geacquireerd.

P. H. v. N.-Brabant, *sine die*, W. n°. 1226.

17. Het incidenteel appèl aan een geïntimeerde bij de wet onbepaald veroorloofd en gevolgelijk niet afhankelijk zijnde van de conclusie van den principalen appellant, zoo volgt daaruit, dat de geïntimeerde ontvankelijk is in zijn incidenteel appèl, strekkende tot toewijzing van de *in specie* ook door den appellant gedane vordering, tot vernietiging van het vonnis *a quo*, voor zoo veel daarbij de kosten der procedure in eersten aanleg, waarin de eischer is verwezen, niet zijn gesplitst, en het bedrag, aan elk der geïntimeerden in de geliquideerde som toekomende, niet afzonderlijk is opgegeven.

P. H. v. Overijsel, v. 19 April 1852, W. n°. 1447; idem bij vonnis der Arr.-R. Nijmegen, v. 2 Nov. 1841, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 372. — Vgl. hiermede ten betooge, dat het principaal appèl het incidenteel appèl niet primeert of drukt — CARRÉ, *les lois de la procédure civile*, vol. III, p. 348, n°. 1579, p. 349, n°. 1581 en in not. 1 et p. 238, n°. 1453. —

Zie ook omtrent de gevolgen, ten aanzien der kosten van een incidenteel appèl, alleen strekkende tot toestemming in het principaal appèl — het vonnis van de Arr.-R. Nijmegen ut supra, vermeld op art. 56 B. R., arr. v. 29 Mei 1840 sqq., sub *G.* n°. 1 en speciaal het aldaar vermelde vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 19 April 1841.

18. Indien de oorspronkelijk eischer van het geheele vonnis heeft geappelleerd, brengt dit wel voor den geïntimeerde, oorspronkelijk gedaagde, het recht mede om zich tegen die vordering te verdedigen, zoo als hij te rade zal worden, maar herleeft daardoor niet stilzwijgend (en mitsdien zonder ingesteld incidenteel beroep zijnerzijds) eene tegenvordering, welke hij ter eerste instantie (wel als middel van verdediging maar zelf eischende in reconventie) heeft willen doen gelden en waaromtrent hij bij het vonnis in het ongelijk was gesteld.

Arr.-R. 's Hage, v. 6 Juni 1853, W. n°. 1455, R., dl. XLVI, § 104. — Cf. art. 339 B. R., arr. v. 4 Febr. 1841, en arr. v. 't P. H. v. Zeeland, v. 19 Jan. 1847.

19. Het incidenteel appèl, behoudens de bij de wet uitdrukkelijk aangeduide afwijkingen, onderworpen zijnde aan de voorschriften, voor het hooger beroep in het algemeen geldende, volgt hieruit dat eene exceptie van niet ontvankelijkheid van een ingesteld incidenteel appèl moet worden geprovoceerd vóór alle andere weren van rechten, en de incidenteel geïntimeerde niet verplicht is, zich, hangende het geschil over de exceptie, in het geding over de zaak zelve uit te laten.

P. H. v. N.-Holland, v. 18 Mei 1854, W. no. 1555.

20. De termijn tot appèl is niet aangevangen, waar alleen een *extract* uit het audientieblad en geene behoorlijke expeditie of grosse is beteekend

P. H. v. Z.-Holland, 18 Mei 1857, W. n°. 1862, R., dl. LXV, § 57.

21. Uit art. 339 al. 2 B. R. volgt geenszins *argumento a contrario*, dat elke onvoorwaardelijke beteekening van een vonnis *per se* als eene daad van berusting kan aangemerkt worden.

P. H. v. N.-Holland, v. 30 Sept. 1858, W. n°. 2083, zie ook het aangeteekende ad art. 334 B. R., sub. n°. 7 en 49.

22. De geappelleerde, die bij zijne ter terechtzitting genomen conclusie van antwoord incidenteel appèl heeft ingesteld, is bevoegd bij

eene latere conclusie ter terechtzitting van dat incidenteel appèl afstand te doen.

P. H. v. Limburg, v. 23 Nov. 1858, W. nº. 2092.

23. Ten einde in een incidenteel appèl ontvankelijk te zijn, is het voldoende dat de geïntimeerde eene conclusie neme tot geheele of gedeeltelijke vernietiging van het vonnis *a quo* en zulks bij eene der hier genoemde akten, ook zonder uitdrukkelijke verklaring, dat hij incidenteel in beroep komt.

P. H. v. N.-Holland, v. 16 April 1863, W. nº. 2507; R. B., jg. 1864, p. 668; idem arresten van hetzelfde Hof v. 4 Juni 1868, W. nº. 3044, en v. 30 Juni 1870, op dit artikel vermeld.

Verg. met deze beslissing arr. v. 18 Dec. 1874, W. nº. 3801; R., dl. CVIII, § 35; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXIX, p. 638—653.

24. Wanneer den eischer bij het vonnis *a quo* zijne vordering volledig is toegewezen, en de gedaagde tegen dat vonnis een onbeperkt hooger beroep heeft ingesteld, is de hoogere rechter niet alleen bevoegd, maar zelfs verplicht alle middelen van eisch aan de wet te toetsen, ook die welke de rechter *a quo* onjuist heeft bevonden, al heeft de geïntimeerde niet incidenteel geappelleerd.

P. H. v. Drente, v. 2 Mei 1863, W. nº. 2533.

25. De vraag of de eerste rechter, in specie de rechtbank, bevoegd was om van den eisch in reconventie kennis te nemen (als behoorende tot de bevoegdheid van den kantonrechter), kan geen onderwerp van nader rechterlijk onderzoek uitmaken, wanneer de geïntimeerde heeft verzuimd van het vonnis, waarbij de rechter *a quo* zich bevoegd heeft verklaard, in hooger beroep te komen. Berusting van den geïntimeerde in dat vonnis heeft een gelijk gevolg als het niet opperen der exceptie in eersten aanleg, volgens art. 157 B. R. zou hebben gehad.

P. H. v. N.-Holland, v. 29 Juni 1865, W. nº. 2736.

26. Door den geïntimeerde kan niet meer incidenteel worden geappelleerd, nadat de principaal appellant afstand van de instantie heeft gedaan, die door geïntimeerde was aangenomen.

P. H. v. Gelderland, v. 6 Febr. 1867, W. nº. 2876.

27. Eene gepretendeerde berusting in het vonnis door den nu appellant kan niet gelden voor de hier gevorderde beteekening.

P. H. v. Utrecht, v. 5 Oct. 1868, W. nº. 3172, R. B., jg. 1873, dl XXIII, p. 246, ook vermeld sub art. 337 B. R. nº. 4.

28. Het incidenteel appèl is niet meer ontvankelijk, nadat de geappelleerde op het ingesteld hooger beroep (met eene exceptie van niet-ontvankelijkheid) heeft geantwoord, al heeft de geappelleerde zich dat appèl bij zijne conclusie van antwoord voorbehouden.

P. H. v. Limburg, v. 2 Nov. 1868, W. nº. 3101.

29. De, na het onvervolgd laten door den appellant van het zijnerzijds ingesteld hooger beroep, aan hem van wege den geïntimeerde gedane sommatie, om conclusiën te nemen en voort te procedeeren, is *niet* als een blijk van berusting van den geïntimeerde in het vonnis te beschouwen, waardoor hij wordt verhinderd alsnog bij zijn schriftuur van antwoord, of bij procureurs-akte, daartegen bij incidenteel hooger beroep op te komen.

P. H. v. Z.-Holland, v. 22 Juni 1868, W. nº. 3020.

30. Appèl van een deel van het vonnis en mitsdien ook van dat gedeelte, waarbij de rechter zich incompetent heeft verklaard, is ontvankelijk.

P. H. v. N.-Holland, v. 30 Juni 1870, W. nº. 3232; *in casu* had de rechter *a quo* zich tegelijkertijd incompetent en de actie ontvankelijk verklaard.

31. Waar de rechter *a quo* zich ambtshalve heeft onbevoegd verklaard met veroordeeling van den eischer in de kosten, is de geïntimeerde ook ontvankelijk in zijn incidenteel appèl, dat dezelfde strekking heeft als het principaal beroep van den oorspronkelijk eischer.

Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Maart 1871, R. B., jg. 1872, dl. XXI, p. 254, waarbij, wat de kosten betreft, beslist werd dat deze behooren gereserveerd te worden tot de uitspraak ten principale door den rechter, naar wien, bij vernietiging van het vonnis *a quo*, de zaak verwezen werd.

32. De geïntimeerde mag ook incidenteel appelleeren, al heeft hij geen andere grieven dan de appellant.

Arr.-R. Amsterdam, v. 29 April 1873, R. B., jg. 1877, A, p. 26.

33. De appellant kan zich tot staving van zijn beweren, dat het vonnis nog vatbaar is voor hooger beroep, niet beroepen op gebrek

aan beteekening van het vonnis *a quo* aan zijn procureur, wanneer dat vonnis (misschien ten onrechte) door den rechter *a quo* is genoemd een vonnis bij verstek.

P. H. N.-Holland, v. 21 Oct. 1875. R. B., jg. 1876, A, p. 86.

33. Eene beteekening van het vonnis *met bevel tot betaling*, zonder eenige reserve gedaan, staat het incidenteel beroep *niet* in den weg.

Hof Leeuwarden, v. 27 Sept. 1876, W. n°. 4102, R. B., jg. 1882, A, p. 96; verg. aant. 5.

35. De termijn van hooger beroep begint te loopen van den dag van beteekening van het vonnis hetzij aan den persoon, hetzij aan diens werkelijke woonplaats, en niet van den dag van beteekening aan het bij den procureur gekozen domicilie.

Hof Arnhem, v. 24 Maart 1879, W. n°. 4371, anders OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de druk, p. 44 sqq., die onder woonplaats meent te moeten verstaan behalve de werkelijke woonplaats, ook die welke overeenkomstig art. 84 B. W. voor een bepaalde zaak gekozen is. Vergelijk ook art. Hof Justitie Suriname, v. 15 Maart 1878, W. n°. 4250, ook vermeld op art. 93 B. R.

36. Wanneer een vonnis twee afzonderlijke en op zich zelf staande uitspraken bevat (te weten eene eindbeslissing en eene interlocutoire uitspraak), moet elk van deze, voor zooveel betreft de vraag aangaande den termijn van hooger beroep, als een afzonderlijk vonnis worden aangemerkt, naar welks eigen karakter die vraag moet beantwoord worden.

Hof Arnhem, v. 3 Maart 1880, R. B., jg. 1882, A, p. 98.

37. Het beroep is ontvankelijk, wanneer de beteekening van het vonnis aan den persoon van den appellant ten zijnen woonhuize op 6 Maart heeft plaats gehad, en de akte van dagvaarding op 5 Juni d. a. v. is beteekend.

Hof Leeuwarden, v. 11 Oct. 1880, W. n°. 4620.

38. Wanneer de geïntimeerde niet opkomt tegen het dictum van het vonnis, maar alleen tegen de verwerping van een in eersten aanleg aangevoerden rechtsgrond, kan die grief in appèl worden onderzocht, al is geen incidenteel beroep ingesteld.

Hof 's-Gravenhage, v. 23 April 1883, W. 4949.

Van een vonnis, gewezen 19 Juli 1904, kan nog op 19 Oct. 1904 in be- m
roep worden gekomen: Rb. Amsterdam 17 Mrt. 1905, W. n° 8330. K

39. Zie ten betooge:

a. Dat bij een stilzwijgend afgewezen verzoek tot het hooren van partij op vraagpunten, de geïntimeerde niet noodig heeft incidenteel te appelleeren van eene decisie, geheel in zijn voordeel gewezen, —

art. 237 B. R., arr. van 't P. H. v. Holland, v. 31 Maart 1841.

b. Dat de termijn van hooger beroep alleen loopt tegen hem *aan wien*, niet tegen hem, *door wien* het vonnis beteekend is, wanneer dit namelijk geschied is onder protest, —

DE PINTO, *Hdl. B. R.*, II, 1, p. 425, 2de ed. p. 473, — met een beroep op MERLIN, *Rép. in voc. délai*, sect. 1, § 2; CARRÉ, *Qu.* 1553 en BERRIAT—ST.-PRIX, 295; idem Hof 's Bosch, 7 Juli 1876, W. n°. 4018, R. B., jg. 1882, A, p. 95. Verg. P. H. v. Overijsel, v. 16 Jan. 1860, W. n°. 2144, aangeh. bij art. 332, idem Hof Leeuwarden, 27 Sept. 1876, W. n°. 4102, R. B., jg. 1882, A, p. 96, waarbij is beslist, dat de beteekening den termijn doet aanvangen te loopen tegen den beteekende, voor zoover deze bij het vonnis in het ongelijk is gesteld, geenszins echter tegen den insinuant, voor zoover deze gesuccumbeerd heeft; cf. arr. v. 20 Dec. 1878, vermeld sub art. 398 B. R. Anders echter (o. a. op grond van dezelfde *ratio legis* en omdat anders eene beteekening van wederzijden zou worden gevorderd, hetgeen eene doellooze vermeerdering van kosten ten gevolge zou hebben) door Mr. PENNING, ad artikel.

c. Dat (in strijd met het gevoelen van OUDEMAN, *B. R.*, 2de ed., dl. II, p. 13 (4de ed. p. 17) nader door hem toegelicht in de *Opm.* en *Med.*, dl. VIII, p. 98 sqq., alsmede door Mr. SCHULLER en *implicite* in een vonnis van de Arr.-R. Gorinchem v. 28 Nov. 1840, W., n°. 195) — in civiele appèllen van summiere behandeling het incidenteel appèl zeer wel bij conclusie ter audientie (en niet bij akte aan den procureur) kan worden opgeworpen, als zijnde dat appèl, gelijk het woord zelf aanduidt, eene incidenteele vordering en derogeerende art. 346, 1ste lid, voor summiere zaken, aan art. 339, 2de lid, even als in eersten aanleg voor summiere zaken art. 141 derogeert aan art. 247, 1ste lid, hetwelk even als het 2de lid van art. 339, alleen op gewone zaken van toepassing is. —

den Hoogleeraar M. DES AMORIE V. D. HOEVEN, *Regtsg. Opst.*, jg. 1852, p. 72—77; den Hoogl. v. HALL, in de *Nieuwe Bijdragen*, jg. 1852, dl. II, p. 343 en breedvoeriger in 't R. B., jg. 1852, p. 554—557; den procureur A. J. TEN HOET, R. B., ut supra, p. 655 en 656 en Mr. F. R. PENNING, p. 104, idem Arr.-R. Winschoten, v. 3 Oct. 1871, W. n°. 3513, waarbij insgelijks

De termijn van drie maanden moet aubtkalen worden toegepast; het is laat ingesteld beroep is dus aubtkalen niet-ontvankelijk te verklaren: Rb. den Bosch 2 Apr. 1909, W. n° 8949.

is beslist, dat de bepaling van dit artikel alleen ziet op zaken van gewone behandeling; idem bij arresten Hof 's-Hertogenbosch, v. 28 Juni 1881 in W. n°. 4664 en 4711 en v. 20 Dec. 1881, W. n°. 4968.

Anders navolgende uitspraak:

Het voorschrift dat het incidenteel appèl ook bij akte aan den procureur beteekend kan geschieden, is juist gegeven met het oog op zaken van summiere behandeling, waar geene schriftuur (memorie) van antwoord te pas komt. Bij die zaken kan dus niet bij conclusie ter audientie het incidenteel appèl worden ingesteld, ook daarom niet, omdat uit eene vergelijking van dit art. met art. 443 2e lid C. de Pr. Civ. duidelijk wordt dat onze wetgever gewild heeft dat het incidenteel appèl wordt ingesteld, *vóórdat* door partijen conclusie is genomen.

P. H. v. Overijsel, 27 Jan. 1873, W. n°. 3567; idem hetzelfde Hof bij arr. v. 26 Juli 1865, W. n°. 2822, R. B., jg. 1866, p. 725 sqq. ook vermeld op art. 348 B. R. Verg. arr. P. H. v. Groningen, v. 4 April 1871, R. B., jg. 1872, p. 453, W. n°. 3358, waarbij is beslist dat, ofschoon in eene zaak van *gewone* behandeling geen memories zijn beteekend, het incidenteel beroep toch niet bij conclusie kan worden ingesteld.

40. Zie over de termijnen van appèl in andere wetgevingen en in het Oud-Hollandsch recht, Mr. A. Oudeman, *Tijdschr. v. h. Ned. regt*, dl. IV, blz. 90 vlgde, alwaar ook de bepaling omtrent incidenteel appèl, alsmede die omtrent de bewijsvoering in hooger beroep met andere wetgevingen worden vergeleken.

41. Zie over de wenschelijkheid van de verkorting van den termijn van beroep Mr. M. H. Godefroi, in *Themis*, 2de verz. dl. X, p. 53—56.

Art. 340.

Een vonnis, waarbij eene exceptie van niet-ontvankelijkheid is verworpen, is een definitief vonnis, waartegen men niet-ontvankelijk is in hooger beroep, indien het is ingesteld meer dan zeven maanden nadat het aan den appellant was beteekend en dat vonnis bovendien zonder eenig protest of reserve is geëxecuteerd.

Arr. v. 28 Juni 1844, W. n°. 542; R., dl. XVIII, § 23; v. d. H., *B. R.*, dl. V, p. 327—347. — Cf. art. 66 B. R., arr. van denzelfde datum sqq., sub n°. 2.

Zie het wetsontwerp tot intrekking van de artt. 88 en 340, wijziging en aanvulling van de artt. 76, 81, 82, 339, 341, 385, 388 en 398 van het Wetb. v. Burg. Rechtsvordering met de M. v. T. in W. nº. 3099.

Art. 341

Uit art. 341 B. R kan hoogst genomen niets meer of anders worden afgeleid, dan dat de termijn van beraad en van boedelbeschrijving, aan de erfgenamen gegeven, gedurende den loop van den termijn van cassatie eene schorsing zoude kunnen opleveren waardoor de termijn van cassatie met dien, voor beraad en boedelbeschrijving gegeven, zoude worden verlengd; doch dit artikel levert geen den minsten grond op voor de bewering, dat, na verloop van den termijn van cassatie, het voorrecht van beraad of boedelbeschrijving, daarna ingeroepen, het effect zoude hebben, dat de termijn van cassatie nog niet was begonnen, en de verkrijger van een vonnis of arrest nog andere middelen dan de bij art. 398 voorgeschreven beteekening zoude moeten bezigen, om dien termijn te doen aanvangen, welke hem door geene wetsbepaling zijn voorgeschreven.

Arr. v. 19 Mei 1854, W. nº. 1543; R., dl. XLVII, § 61; v. d. H., *B. R.*, dl. XVIII, p. 391—402. — Cf. art. 398 B. R., arr. van denzelfden datum.

Art. 342

1. Art. 342 B. R. is geschonden, wanneer bij het hooger beroep van een vonnis, hetwelk niet bij voorraad kon worden ten uitvoer gelegd, ingesteld binnen de acht dagen na de uitspraak, door den rechter in hooger beroep niet is uitgesproken de niet-ontvankelijkverklaring in appèl, maar integendeel door ten principale uitspraak te doen, de appellant daadwerkelijk ontvankelijk is verklaard. Hiertegen doet niets af, dat de tegenpartij, in strijd met de 2de alinea van voornoemd artikel, zoude begonnen zijn het vonnis binnen de acht dagen te executeeren, daar zulks wel grond kon opleveren om tegen die executie in verzet te komen, maar niet om tegen het vonnis vóór den bepaalden termijn hooger beroep in te stellen.

Arr. v. 25 Juni 1841, W. nº. 220; R., dl. VIII, § 70; v. d. H., *B. R.*, dl. II, p. 274—288; idem bij arr. van 't P. H. v. Drente, v. 22 Mei 1841, R., dl. VIII, § 83, waarbij mede is beslist, dat er geene termen zijn om binnen acht dagen, beroep in te stellen van een vonnis, hetwelk niet bij provisie executabel is; dat dit verbod in stellige en gebiedende woorden is gedaan, en als tot de publieke orde behoorende, ambtshalve door den rechter behoort te worden toegepast.

Zie in overeenstemming met dit laatste, de navolgende beslissing:

Deze bepaling is van openbare orde, zoodat de rechter haar ambtshalve behoort toe te passen, ook wanneer tusschen partijen daarover niet is gehtiscontesteerd.

Gerechtshof te Leeuwarden, v. 27 Maart 1876, W. nº. 4031, R. B., jg. 1877, A. p. 34; idem Hof Curaçao, v. 16 Maart 1877, W. nº. 4135.

2. Indien een gedaagde bij eindvonnis is veroordeeld tot betaling, onder de mits van het afleggen van een suppletoiren eed aan de zijde van den eischer, dan geeft die eedsaflegging, ten bepaalden dage plaats hebbende, aan het vonnis geen verbindend effect, zoodanig dat daardoor het hooger beroep zou zijn afgesneden. Hieruit volgt dat, met het oog op art. 342 B. R., die eedsdelatie niet het effect kan hebben van een vonnis, hetwelk bij voorraad kan worden ten uitvoer gelegd en de veroordeelde dus in alle geval bij het instellen van het hooger beroep verplicht blijft in acht te nemen den bij art. 342 bepaalden termijn van den dag der uitspraak van het vonnis, zonder binnen dien termijn het appèl reeds dadelijk en vóór die eedsprestatie te kunnen interjecteeren.

Arr. v. 27 Dec. 1850, R., dl. XXXVII, § 40; v. d. H., *B. R.*, dl. XII, p. 214—220.

3. Art. 342 al. 2 B. R. betreft alleen de uitvoering van aan hooger beroep onderhevige vonnissen, geenszins van vonnissen, in hooger beroep gewezen.

Arr. v. 30 Oct. 1874, W. nº. 3783; R., dl. CVIII, § 44; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXIX, p. 526—542.

4. De schorsing der executie, bedoeld bij de tweede alinea van dit artikel ziet wel op de executie van het vonnis door de triumpheerende partij, maar niet op de voldoening aan het vonnis door de verliezende partij.

Arr.-R. 's Bosch, v. 18 Jan. 1884, W. nº. 4993, ook vermeld sub art. 66 Rv.

De appelant kan het beroep niet herhalen, wanneer de geïntimeerde heeft opgeroepen op een vroegeren rechtsdag te verschijnen (art. 336 jo 347 Rv.), hoewel bij eerst afstand doet van de instantie (art. 277 jo 347 Rv.): Rb. Leiden 12 Juli 1911, W. no 9218; 913 verw. H. R. 16 Febr. 1912, W. no 9322. (Art. 342.

Verg. bij art. 342, art. 2 der wet van 18 April 1874 (*Stbl.* nº. 68) waarbij dit artikel niet toepasselijk wordt verklaard op de in art. 1 dier wet bedoelde beschikkingen des kantonrechters.

Art. 343.

1. Een exploit waarbij, zonder bepaalde interjectie van hooger beroep, voor den hoogeren rechter wordt gedagvaard tot vernietiging van een door den lageren rechter gewezen vonnis, voldoet aan de vereischten van eene akte waarbij het hooger beroep wordt aangevangen, bij art. 343 B. R. voorgeschreven.

Arr. v. 28 Juni 1844, W. nº. 514; R., dl. XVII, § 95; v. d. H., J. en V., dl. II, p. 129—160; idem, wanneer slechts wordt geëischt toewijzing der conclusiën, in eersten aanleg genomen — bij arr. van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 4 April 1848, W. nº. 969; R., dl. XXXV, § 94.

2. Indien bij een beklaagd arrest als bewezen is aangenomen, dat door den later overleden appellant bij zijn leven is verstrekt, last op den procureur tot het hooger beroep, en geenszins is bewezen, dat de procureur, als lasthebber, vóór de uitvoering van zijnen last heeft geweten, dat zijn lastgever kort daarna was overleden, dan volgt hieruit, wat het recht betreft, dat de procureur als lasthebber geenszins heeft gehandeld tegen de rechtsvoorschriften omtrent het mandaat, en dat mitsdien noch zijn geschonden de artt. 343, 1, 5, 92, 96 en 133 B. R., noch, in verband daarmede, de artt. 1855 B. W. en 257 B. R. verkeerdelijk zouden zijn toegepast.

Arr. v. 17 Febr. 1848, W. nº. 930; R., dl. XXIX, § 44; v. d. H., *G. Z.*, dl. VII, p. 165—187. — In gelijken zin bij het daartoe betrekkelijk arr. van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 23 Febr. 1847, W. nº. 801; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 513—517; idem P. H. v. N.-Holland, v. 16 Jan. 1851, *Amsterd. Regtspr.*, dl. I, p. 277—279. — Cf. art. 254 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Febr. 1850.

3. Ter beoordeeling in hoeverre bij de akte van appèl het hooger beroep is beperkt, moet zij *in haar geheel* worden beschouwd, derhalve behoort daartoe mede gelet te worden op het vermelde bij het slot der akte. Alhoewel dus volgens 's Hofs feitelijke beslissing de appellant zich in hooger beroep heeft voorzien „alleen voor zoover hij is veroordeeld tot betaling der transportkosten" is de rechter in hooger beroep niettemin bevoegd te oordeelen over de condemnatie in de proceskosten

De omvang van het hooger beroep wordt bepaald door de conclusie in de dagv. in hooger beroep, indien niet het tegendeel blijkt uit deze akte: Hof Amsterdam 2 Mrt. 1900 W. n° 7465.

van eersten aanleg, wanneer in het slot der akte van appèl is geconcludeerd tot veroordeeling van den geïntimeerde in de kosten *van eersten aanleg*.

Arr. v. 21 Juni 1867, W. n°. 2914; R., dl. LXXXVI, § 23; v. d. H. *B. R.*, dl. XXXI, p. 339—347.

4. De rechtbank gesaisisseerd van eene zaak door een akte van appèl, spreekt niet recht als rechter in eersten aanleg, maar haar vonnis is noodwendig een vonnis in hooger beroep, ook dan, wanneer zij het vonnis van den kantonrechter, die zich competent verklaarde, vernietigt, en zich zelve bevoegd verklarende, ten principale recht doet. Mitsdien staat tegen dergelijke beslissing het beroep in cassatie open.

Arr. v. 27 Mei 1881, W. n°. 4667, waarbij echter werd beslist, dat in dergelijk geval de rechtbank in die instantie niet ten principale recht had mogen doen.

5. Het appèl van een vonnis, na het overlijden van eene der partijen op haren naam ingesteld, is onaannemelijk.

P. H. v. Gelderland, *sine die*, W. n°. 199 — Cf. ten betooge, dat in dit geval de vader en voogd van de minderjarige kinderen, na het voldingen der procedure in voormelde kwaliteit, niet als intervenient in het rechtsgeding kan aangenomen worden — art. 288 B. R., hetzelfde arrest, sub n°. 2.

Vergelijk navolgende beslissing:

Wanneer tijdens het instellen van het appèl de geïntimeerde overleden is, moet de appellant niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn appèl.

Hof 's-Hertogenbosch, v. 8 Juli 1882, W. n°. 4828.

6. Bij geene wet is verboden, om, indien iemand van een vonnis, bij hetwelk hij zich bezwaard acht, in hooger beroep komt, de vernietiging van het geheele vonnis te vragen, al ware hij ook slechts op sommige punten der vordering in het ongelijk gesteld.

Indien, naar het sustenu des eischers, de vordering bij den eersten rechter ingesteld, (*in casu* tot betaling bij lijfsdwang der krachtens wisselbrief gevorderde som), slechts is *één en van elkander onafscheidbaar, konde* hij niet alleen, maar *behoorde* hij zelfs (wilde hij niet *implicite* het onrechtmatige van zijnen eisch, zoo als die bij den eersten rechter was ingesteld, erkennen) de vernietiging van de geheele uitspraak des rechters te vorderen.

De conclusie der dagv. bepaalt den inhoud en den omvang van het hooger beroep. Indien de conclusie van de conclusie van eisch hiermede in strijd is, is het hooger beroep niet-ontvankelijk. Hof den Bosch 2 Mart. 1909 W. n° 8876.

Arr.-R. Sneek, v. 6 Jan. 1841, *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 15 en 16. — Cf. art. 332 B. R., vonnis van de Arr.-R. Groningen, v. 5 Jan. 1849, sqq.

7. De beteekening van een vonnis is in den grond niet anders dan eene akte van executie, vreemd aan het appèl, uit welk beginsel volgt dat men van een vonnis kan appelleeren, hoewel het niet is beteekend.

Arr.-R. 's Bosch, v. 15 Mei 1844, W. n°. 565; idem bij vonnis der Arr.-R. Winschoten, v. 26 Maart 1851, R. B., jg. 1852, p. 17—20; waarbij op gelijke gronden is beslist, dat een appellant zich uit dien hoofde *jure* niet kan beklagen, dat hem slechts een onvolledig en gebrekkig extract van het ten zijnen nadeele gewezen vonnis is beteekend; cf. het sub art. 332 B. R. aangehaald arrest van 't P. H. v. Overijsel, v. 16 Jan. 1860; idem, met een beroep op de artt. 339 en 343 B. R., welke niet vorderen dat de dagvaarding waarmede het hooger beroep wordt aangevangen, van een afschrift der stukken vergezeld ga — bij arr. van het P. H. v. Drente, v. 14 Maart 1840, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 704; idem DE PINTO, *B. R.*, dl. II, 1, p. 624, 2de ed. p. 473, en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed. p. 12, — anders bij vonnis van de Arr.-R. Gorinchem, v. 28 Nov. 1840, W. n°. 195. Verg. het sub hoc artikel vermeld arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 11 Maart 1875. — Cf. art. 66 B. R., vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 20 Febr. 1845 sqq., sub n°. 10.

8. Een deelgenoot in eene vennootschap, die beweert dat zijn medevennoot onbevoegdelijk voor de firma gehandeld heeft en dat de firma wegens zoodanige handeling ten onrechte is veroordeeld, kan niet tegen die veroordeeling in hooger beroep komen op zijn eigen naam en concludeeren tot vernietiging van het vonnis, voor zooveel hem aangaat, maar moet integendeel in appèl komen op naam der firma en vragen vernietiging van het vonnis, waarbij deze is veroordeeld.

P. H. v. Utrecht, v. 13 Jan. 1845, W. n°. 583, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 62—64; R., dl. XXV, § 88. — — Cf. art. 17 W. v. K., arr. van denzelfden datum sqq., sub n°. 3.

9. De wet heeft nergens een bepaalden vorm aangeduid, hoe het vonnis, waartegen men opkomt, moet worden omschreven, zoodat er (gelijk *in casu*), gevallen kunnen bestaan waarin het afschrift van het exploit van appèl, zelfs met eene daarin geslopene schrijffout met betrekking tot den datum van het vonnis waartegen men opkomt, ten volle aan de bedoeling der wet voldoet.

P. H. v. N.-Holland, v. 24 Dec. 1845, W. n°. 704; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 265—267. — Cf. art. 94 B. R., arr. van hetzelfde P. H. van denzelfden datum.

10. Aan de keuze van woonplaats voor den eersten rechter, kan

niet die uitbreiding worden gegeven, dat aan die gekozen woonplaats het hooger beroep kan worden beteekend.

Arr.-R. Assen, v. 16 Febr. 1846, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 404—406.

Cf. navolgende beslissing:

De beteekening der akte van appèl aan den procureur, die in eersten aanleg occupeerde, is onvoldoende.

Hof Amsterdam, v. 11 Jan. 1884, W. nº. 5028; zie ten aanzien van het appèl van interlocutoire vonnissen, aant. 21*b*.

11. De beteekening van de admissie-gratis aan partij in hooger beroep is nergens voorgeschreven en is het als voldoende te beschouwen, dat die admissie werkelijk bestaa en daarvan blijke.

P. H. v. N.-Brabant, v. 4 April 1848, W. nº. 969; R., dl. XXXV, § 94. — Cf. art. 867 B. R., arr. v. 27 Sept. 1844, waarbij is beslist, dat ook in cassatie de beteekening der admissie om kosteloos te procedeeren niet verplichtend is.

12. Eerst dan wanneer vreemdelingen (*in casu* verkeerende in het geval bij art. 4, nº. 7, al. 2 B. R.) bij de beteekening van het vonnis *a quo*, woonplaats binnen dit Rijk gekozen hebben, kunnen zij aan dit gekozen domicilie in hooger beroep gedagvaard worden, en in *dit* geval op geen anderen termijn aanspraak maken, dan die voor ingezetenen is vastgesteld.

Arr.-R. Winschoten, v. 10 Sept. 1851, R. B., jg. 1852, p. 393 en 394. Verg. *met betrekking tot het in acht nemen van den termijn* in cassatie of hooger beroep, art. 398 B. R., arrest v. 10 Nov. 1848, waarbij is beslist dat de buitengewone termijnen van dagvaarding slechts in *eerste instantie* aan de daarbij belanghebbendenden worden toegekend. — Zie ook art. 11 B. R., arr. v. 14 Mei 1852 sqq.

13. Indien hooger beroep wordt ingesteld van een vonnis, in het voordeel eener gemeente gewezen, en inmiddels de Gemeente-wet is ingevoerd, dan kan, met het oog op art. 71 dier wet, de burgemeester dier gemeente als geïntimeerde worden gedagvaard.

P. H. v. N.-Brabant, v. 28 Juni 1853, *Gem.-stem* nº. 126.

14. Wanneer de dagvaarding geen twijfel overlaat omtrent de kwaliteit waarin partijen zijn opgeroepen, en omtrent het vonnis waarvan men appelleert, is zij ten deze opzichte niet in strijd met art. 343 jº. 5 B. R., al is de kwaliteit, waarin de geïntimeerde in eersten

Zie art. 1339 Rv. n° 5×

De dagv. in hooger beroep kan altijd worden gedaan aan den persoon of de woon-plaats van den geïntimeerde, ook al is [illegible] domicilie keuze woonplaats anders dan ten aanleg voor de rechter zich uitreikt: H. R. 10 Juni 1912, W. no 9554. (*Art.* 343.

aanleg procedeerde, niet uitdrukkelijk in de akte van appèl vermeld.

P. H. v. Zeeland, v. 11 Sept. 1855, R. B., jg. 1856, dl. VI, blz. 444 en 445.

Vergelijk navolgende beslissing:

Wanneer in de akte van appèl de vermelding verzuimd is van de kwaliteit des appellants, kan hij niet geacht worden in privé optetreden, wanneer uit den inhoud der dagvaarding duidelijk blijkt, dat hij dezelfde vordering, die in eersten aanleg beslist is, voor den hoogeren rechter brengt.

Hof Amsterdam, v. 30 Juni 1876, R. B., jg. 1877, A, p. 34; anders Arr.-R. Dordrecht, v. 27 Nov. 1876, t. z. p. p. 36.

15. Uit eigen kwade trouw of eigen dwaling in eersten aanleg kan men *in dezelfde procedure* — en vermits de wetgever blijkens dit artikel het hooger beroep beschouwt als een voortzetting der vroegere zaak — dus ook ter gelegenheid van het hooger beroep niet een middel van verdediging ontleenen (*in casu* tegen de aangewezen woonplaats van geïntimeerde in de akte van appèl).

P. H. v. Groningen, v. 5 Mei 1857, R. B., jg. 1861, p. 435 sqq., vernietigd bij arrest v. 11 Dec. 1857, R., dl. LVII, blz. 214, vermeld sub art. 95 B. R., waarbij echter de motieven van het Groningsch arrest zijn onaangetast, maar de vernietiging plaats had op grond van niet-ambtshalve toepassing van art. 95 B. R.

16. Dit artikel wordt noodwendig beheerscht door het beginsel dat de gedaagde, die appelleert, door zijne dagvaarding in appèl, niet in strijd behoeft te komen met zijne judicieële contenance, met dit gevolg dat hij niet gehouden kan zijn, den geïntimeerde op te roepen in eene kwaliteit, wier niet bestaan hij beweert.

P. H. v. N.-Holland, v. 29 Juni 1865, W. n°. 2713; verg. ook arrest v. 16 Dec. 1859 sqq., vermeld op art. 332 B. R.

17. De wet schrijft geene formule voor, voor de aanduiding van welk gedeelte van een vonnis men in appèl komt en wijst ook niet de plaats in de dagvaarding in hooger beroep aan, alwaar die aanduiding moet voorkomen. Derhalve is het voldoende, dat de bewoordeningen der dagvaarding geen twijfel overlaten, tegen welke beslissingen van den rechter *a quo* het hooger beroep is gericht.

P. H. v. N.-Holland, v. 22 Nov. 1866, W. n°. 2893.

18. Nergens is voorgeschreven dat eene partij, die van een bij de akte van appèl behoorlijk omschreven vonnis in hooger beroep komt,

bij die akte juist die hoedanigheid aan hare tegenpartij moet toeschrijven, welke deze in eersten aanleg zich heeft toegekend.

P. H. v. Drente, v. 16 Juni 1866, W. n°. 2913; verg. aant. 7 op art. 160 B. R.

19 De appellant is verplicht de stukken over te leggen, waarop zijn appèl is gegrond, en daaronder het vonnis, waarvan wordt geappelleerd.

P. H. v. N.-Holland, v. 11 Maart 1875, W. n°. 3850, waarbij werd beslist dat het verschil tusschen art. 133 B. R. en dit artikel hierin bestaat, dat de appellant niet — zooals in eersten aanleg — op straffe als bij eerstgenoemd artikel is bepaald — de stukken *a limine litis* behoeft te produceeren. Vergelijk het sub artikel 133, n°. 5 vermelde.

20. Waar het duidelijk is dat de dagvaarding in appèl van den geïntimeerde *in privé*, — terwijl die in eersten aanleg in kwaliteit is opgetreden, — alleen aan eene schrijffout te wijten is, behoort op dien grond de niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep niet te worden uitgesproken.

Hof Amsterdam, v. 14 Mei 1880, W. n°. 4550.

21. Zie ten betooge:

a. Dat art. 94 B. R. ook van toepassing is in het geval dat bij de akte van dagvaarding in hooger beroep de gevorderde procureurstelling is nagelaten en de geïntimeerden daardoor niet in hunne verdediging zijn benadeeld; —

art. 94 B. R., arrest van 't P. H. v. Z.-Holland v. 30 Nov. 1842, idem indien het hooger beroep aan het in eersten aanleg gekozen domicilie wordt beteekend — art. 94 B. R., vonnis van de Arr.-R. Assen, v. 16 Febr. 1846, sub n°. 3.

b. Dat de dagvaarding in appèl ook van een interlocutoir vonnis aan den *persoon* of de *woonplaats* van den geïntimeerde behoort te worden gedaan en dat het *niet* voldoende is, dat die beteekend worde aan den *procureur*, die in eersten aanleg voor hem geoccupeerd heeft; —

art. 133 B. R., arrest v. 24 Jan. 1845 sqq., sub n°. 1.

c. Der bestaande tegenstrijdigheid (met betrekking tot de beteekening van het beroep en de uitdrukking der bezwaren) tusschen de artt. 343 en 487 B. R.; —

een hoofd-artikel in 't W. n°. 555.

d. dat wanneer het Hof zich niet heeft gehouden aan de *litis-contestatie* der partijen in hooger beroep, het arrest moet worden vernietigd —

arr. v. 30 Dec. 1870, W. n°. 3291, R., dl. XCVI, § 33; v. D. H., *B. R.*, dl. XXXV, p. 279—299.

— Zie nopens de vraag, of, indien er een rechtstrijd tusschen onderscheidene personen is aangevangen, de instantie in hooger beroep tusschen allen moet worden voortgezet; —

art. 159 B. R., arrest v. 21 Maart 1845 sqq., sub n°. 1.

Zie over de uitlegging van art. 3 van het reglement wegens het hooger beroep aan den Hoogen Raad van vonnissen in burgerlijke zaken, gewezen door het Gerechtshof in Suriname —

Arr. v. 7 Juni 1861, W. n°. 2282; R., dl. LXVIII, § 22; v. d. H., *B. R.*, dl. XXV, p. 312—323.

Art. 344.

1. Een gedaagde in hooger beroep, die gebruik wil maken van de bevoegdheid om den termijn, waarop hij is gedagvaard, te vervroegen, is (ook wanneer het geldt eene koloniale West-Indische zaak, naar aanleiding van art. 19 van het Kon. besluit v. 11 Jan. 1840 (*Stbl.* n°. 1), houdende vaststelling van een reglement wegens het hooger beroep aan den H. R. van vonnissen in burgerlijke zaken, gewezen door het Gerechtshof te Suriname) verplicht, om bij de oproeping van zijne wederpartij ter terechtzitting, in acht te nemen den gewonen termijn, dien de wet als *minimum* voorschrijft, in aanmerking genomen de woonplaats van den appellant, die wordt opgeroepen en de plaats waar de rechter, die van de zaak kennis moet nemen, zitting houdt. Eene oproeping tegen een vroegeren rechtsdag, waarbij die termijn niet is in acht genomen, is alzoo nietig.

Arr. v. 6 Jan. 1843, W. n°. 368; v. d. H., *B. R.*, dl. IV, p. 242—247; idem bij arrest van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 3 Febr. 1847, W. n°. 784; — anders ten betooge, dat de geïntimeerde bij de anticipatie niet is gebonden aan de termijnen van dagvaarding, welke alleen zijn gesteld voor hem die gedagvaard wordt en niet in het belang van den eischer — in de aanmerkingen op voormeld arrest, *Weekblad* ut supra, alsmede bij arr. v. 24 Nov. 1854, W. n°. 1684, R., dl. XLVIII, § 61; bij arr. van het P. H. v. Drente, v. 31 Dec. 1866, W. n°. 2944, R. B., jg. 1869, p. 750, ook vermeld op dit artikel (ook op grond dat het recht op anticipatie niet beperkt is tot de gevallen, waarin op langer dan op den wettelijken termijn wordt gedagvaard); bij arrest van het P. H. v. Zeeland, v. 3 Oct. 1865, R. B., jg. 1867, p. 436; bij vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Nov. 1883, W. n°. 5009; bij arrest van het 't P. H. v. Z.-Holland, v. 7 Juni 1854, W. n°.

1557 (ook op grond, dat de oproeping hier mocht geschieden bij akte van procureur aan procureur te beteekenen, waarbij de termijnen voor dagvaardingen voorgeschreven, alle toepassing missen); door Mr. C. J. FRANÇOIS, *Themis*, 4de jg., p. 34—48; DE PINTO, *Hdl.*, II, 1, 2de ed. p. 484, en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed. p. 20.

2. Indien de geïntimeerde den rechtsdag bij geinsinueerde sommatie heeft geanticipeerd en niet alleen daarvan aan den mede-geïntimeerde, nu gerequireerde, bij behoorlijk exploit heeft kennis gegeven, maar ook hem heeft gesommeerd, om op die geanticipeerde terechtzitting bij procureur te verschijnen, op poene van verstek, dan bestaat er (ook met het oog op art. 344, j°. art. 79 B. R.) geene wetsbepaling, welke in zoodanige omstandigheden aan een geïntimeerde het vermogen ontzegt om tegen den niet-verschijnenden mede-geïntimeerde, wanneer de procureur van den appellant op den geanticipeerden rechtsdag zich daartoe ongehouden rekent, verstek te vragen, waarvan het rechtsgevolg zal zijn de aanhouding der zaak ingevolge art. 79 B. R.

P. H. v. Holland, v. 4 Nov. 1840, *Themis*, 4de jg., p. 45—47. — Cf. art. 68 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Sept. 1846, art. 137 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 10 Nov. 1843 sqq., sub n°. 1; art. 250 B. R., vonnis van de Arr.-R. 's Hage, v. 19 Maart 1847, sub n°. 8 en de artt. 286 en 339 B. R., arr. v. 21 Mei 1847, sub n^is. 1 en 2.

3. Indien een appellant, in eersten aanleg gedaagde en tevens eischer in cas van vrijwaring, in hooger beroep op den termijn van vier maanden dagvaardt den oorspronkelijken eischer geïntimeerde in hooger beroep met en benevens den gedaagde in vrijwaring, die een vreemdeling is, en de geïntimeerde op dien termijn anticipeert, dan bestaan er geene termen om te statueren op het ter audientie door den appellant gedaan *mondeling* verzoek, strekkende daartoe, dat de zaak van de rol zal worden geroieerd of wel aangehouden, tot dat de wettelijke termijn voor de dagvaarding rechtens aan den (op den geanticipeerden rechtsdag niet verschenen) vreemdeling, in eersten aanleg gedaagde in vrijwaring toegekend, zal zijn verstreken.

P. H. v. Holland, v. 15 Feb. 1841, *Themis*, 4de jg., p. 45—47. — Cf. art. 141 B. R., arrest van hetzelfde P. H. van denz. datum, sub n°. 3 en art. 398 B. R., arr. v. 10 Nov. 1848.

4. Wanneer een geïntimeerde den termijn waarop hij in hooger

beroep gedagvaard is, vervroegt, dan kan het Hof aan den appellant, op diens verzoek, een uitstel tot het nemen van conclusiën verleenen, wanneer dit in zijn belang volstrekt noodzakelijk is.

P. H. v. Zeeland, v. 21 Sept. 1841, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 622 en 623.

5 Zoowel uit de bedoeling des wetgevers, bij de vaststelling van art. 344 B. R. aan den dag gelegd, als uit de woorden, daarbij gebezigd, volgt dat de geïntimeerde, door gebruik te maken van de hem bij dat artikel verleende bevoegdheid tot vervroeging van den termijn waarop hij gedagvaard is, niet is te beschouwen als incidenteel eischer in cas van anticipatie, als zijnde thans (in tegenoverstelling van de vroegere wetgevingen) dat recht tot vervroeging toegekend, zonder aan eenige bewilliging of weerspraak der tegenpartij of beoordeeling en vergunning des rechters te zijn onderworpen.

Hiervan is het gevolg, dat wanneer van deze bevoegdheid tot vervroeging wordt gebruik gemaakt, de stand der litigeerende partijen niet in het minst wordt veranderd, en de procedure, op den door den geïntimeerde vervroegden rechtsdag aangebracht, nadat van die vervroeging behoorlijk kennis is gegeven aan al de *in lite* zijnde partijen, volmaakt in denzelfden staat verkeert, als waarop zij zich zou bevinden, indien zij door den appellant zelven op dien dag ware aangebracht.

Ofschoon nu dien ten gevolge de vordering van den appellant, op den vervroegden rechtsdag gedaan, om wegens het niet ter rolle verschijnen van mede-geïntimeerden de zaak aan te houden, mocht zijn afgewezen, zoo kan dit evenwel niet ten nadeele van laatstgenoemden uitloopen, zoodat zij, wanneer zij op den door het Hof bij het arrest op des appellants vordering bepaalden rechtsdag niet zijn verschenen, volgens art. 79 B. R., het recht behouden om na eene tweede oproeping te verschijnen, en moet de zaak, met verstek tegen de defaillanten, ten opzichte van de verschijnende partij worden aangehouden.

P. H. v. Gelderland, v. 13 en 20 Nov. 1850, W. n°. 1194; R. B., jg. 1851, p. 511—514.

6 De appellant, die een arrest van aanhouding verkregen heeft en niet verkiest dit aan den defaillant te beteekenen met nadere oproeping, kan, met het oog op de artt. 145, 146 en 344, j°. art. 79 B. R.,

geen naderen termijn hiertoe vragen, zoo de verschenen partij hem sommeert om voort te procedeeren.

P. H. v. N.-Holland, v. 3 Nov. 1853, W. n°. 1504. — Cf. het aangeteekende sub art. 79 B. R., n°. 2.

7. Deze bepaling, den geïntimeerde de bevoegdheid toekennende den termijn, waarop hij gedagvaard is, te vervroegen, is ook dan van toepassing, wanneer er mede-geïntimeerden zijn. Deze zijn niet te beschouwen als de bij dit artikel bedoelde wederpartij. Wanneer de andere geïntimeerden niet mede op den vervroegden termijn zijn opgeroepen, kan geen verstek tegen hen verleend worden, met aanhouding van de zaak tegen den verschenen geïntimeerde.

P. H. v. N.-Holland, v. 6 Maart 1856, W. n°. 1826, R. B., jg. 1856, dl. VI, bl. 276.

8. De anticipatie kan ook bij eene tweede procureurstelling, waarbij de eerste wordt ingetrokken, plaats hebben.

P. H. v. Drente, v. 31 Dec. 1866, W. n°. 2944, R. B., jg. 1869, p. 750, ook vermeld sub n°. 1 van dit artikel.

9. Zie omtrent de vraag, of bij een verzet, dat niet is geschied met inachtneming der voorschriften van de artt. 83 en 84 B. R. en waarbij dus de geopposeerde op een langeren termijn, dan bij de wet vereischt wordt, is gedagvaard, met goed gevolg op dien termijn kan worden geanticipeerd — art. 83 B. R., arr. v. 14 Mei 1852 sqq., sub n°. 2.

Zie over art. 345 Rv. U. B. N. R. n° 2006.

Belanghebbenden kunnen in Cass. v. Gerechtshoven zijn wij in ruimen aanleg niet gehoord: U. R. 15 Jan. 1914, W. 9691.

Art. 345.

1. Onder de beschikkingen op rekwest, bij art. 345 B. R. bedoeld, worden geene andere verstaan dan die, welke gevallen zijn op verzoeken, in den vorm van rekwest aangebracht, en op welke verzoeken ook in den vorm van beschikking is recht gedaan, en geenszins op die gevallen, wanneer, uit krachte eener speciale wet, 's rechters beslissing niet bij gewone dagvaarding, maar bij rekwest ingang gevende tot de rechtsvervolging en waarop de wederpartij wordt gehoord, moet worden ingeroepen.

Arr. v. 29 Mei 1840, W. n°. 107; R., dl. V, § 11; v. d. H., *B. R.*, dl. I, p. 161—196; idem arr. v. 7 Jan. 1841, R., dl. VIII, § 52; v. d. H., ibid., dl. II, p. 1—20.

Een schuldeischer behoort niet tot de „wenschg belanghebbenden" die in Cassatie kunnen komen tegen eene onder-curatele-stelling Hof Arnhem 9 Dec. 1896 W. n° 6939; cas. verw. Hooge Raad 19 Mrt. 1897, W. n° 6942. Daarentegen wèl de curator: U. R. 30 Juli 1906, W. n° 8405.

2. Dit artikel bepaalt alleen den vorm en den termijn van het hooger beroep op beschikkingen op rekwesten en onderscheidt ten aanzien van den termijn tusschen den verkrijger eener zoodanige beschikking en de overige belanghebbenden; daarbij is derhalve niets bepaald ten opzichte van het recht van hooger beroep, en alzoo moet voor elke soort van beschikkingen uit de daarmede in verband staande wetsbepalingen worden afgeleid, wie naar de bedoeling der wet zijn te houden voor de *belanghebbenden*.

Arr. v. 23 April 1857, W. n°. 1849; R., dl. LV, § 66; waarbij bevestigd werd het arrest van het P. H. v. Z.-Holland, v. 5 Jan. 1857, W. n°. 1816; bij welke arresten werd beslist, dat de algemeene commissie ter likwidatie van de voormalige wees- en momboirkamers niet als belanghebbende kan opkomen tegen eene beschikking op rekwest, waarbij ingevolge de bepaling van art. 546 B. W. vergunning tot inbezitneming van eene nalatenschap is verleend. Verg. met betrekking tot de in den hoofde dezes gestelde beslissing arr. v. 4 April 1862, en vonnis Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 19 Dec. 1861, beide vermeld sub art. 332 B. R., n°. 9.

3. Op de benoeming van een voogd of toezienden voogd zijn niet toepasselijk de gewone regelen van de artt. 332 en 345 B. R.

Arr. v. 29 Juni 1860, vermeld op art. 332 B. R. n°. 8; zie verder art. 415 B. W. n°. 1 en 2; alsmede de conclusie Openb. Min. voorafgaande aan vonnis Arr.-R. Sneek, v. 1 Mei 1871, W. n°. 3375.

4. Tegen beschikkingen op verzoekschrift is het hooger beroep toegelaten, tenzij de wet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt.

Arr. v. 16 Mei 1867, W. n°. 2902; R., dl. LXXXVI, § 7; in denzelfden zin bij arr. v. 17 Mei 1866, W. n°. 2840; R., dl. LXXXIII, § 9; v. D. H., *B. R.*, dl. XXX, p. 386—395; waarbij werd beslist dat verzoekschriften en daarop te geven beschikkingen, waarbij de rechten van anderen kunnen worden verkort, geacht moeten worden gelijk te staan met burgerlijke rechtsvorderingen, waarvan blijkens art. 53 R. O., *in den regel* behoudens hooger beroep, wordt kennis genomen, en dat daarenboven uit de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek waar *ipsis verbis* het recht tot appèl van beschikkingen wordt gegeven, (als art. 435, 438 en 439), niet *a contrario* mag worden geredeneerd.

Verg. ook P. H. v. N.-Holland, v. 20 Dec. 1866, W. n°. 2896, waarbij is beslist, dat ook van vonnissen houdende insolvent-verklaring kan worden geappelleerd. Zie ook in dezen zin, OUDEMAN, 3de druk, dl. III, bl. 200 sq.

Anders ten aanzien van beschikkingen van den Kantonrechter, in specie, eene gegeven ingevolge art. 94 W. v. K., bij arr. v. 13 Nov. 1863, W. n°. 2536, R., dl. LXXV, § 20; v. D. H., *B. R.*, dl. XXVIII, bl. 85 sqq., ook vermeld sub art. 338 B. R. n°. 1, waarbij in strijd met de conclusie van het Openb. Min. is beslist dat de rechtbank *ambtshalve* zich had moeten onbevoegd verklaren in hooger beroep van de beschikking kennis te

De wet van 18 April 1874, S. n° 60 is niet toepasselijk op het hooger beroep van de aldaar bedoelde beschikkingen, als de belanghebbende op het verzoek niet is gehoord en de beschikking hem niet is bekend. Art. 345 Rv. is als dan van toepassing. Beschikking naar aanleiding van art. 169 B.W. Rb. Amsterdam 11 Mrt. 1890, P. v. Z. 1890, n° 54.

nemen: idem Arr.-R. Hoorn, v. 11 Mei 1859, W. n°. 2127; vergelijk ook arr. van het P. H. v. Overijsel, v. 1 Mei 1871, W. n°. 3331, waarbij is beslist, dat deze bepaling niet voorschrijft, dat alle beschikkingen op rekwest aan hooger beroep zijn onderworpen, maar alleen den vorm aanwijst, waarin het appèl van beschikkingen op rekwest moet worden ingesteld, in geval die aan hooger beroep onderworpen zijn. In denzelfden zin *R. Adv.* dl. VII, p. 117 sqq.

Vergelijk ook S. in W. n°. 2544 over dit onderwerp en voornamelijk over de vraag of de rechter ambtshalve het beroep kan niet-ontvankelijk verklaren.

5 Art. 345 B. R. is, wat eene beschikking aangaat krachtens art. 373 B. W., gewijzigd door art. 2 der wet van 18 April 1874 (*Stbl.* n°. 68). Mitsdien kan de toeziende voogd, die op het verzoek niet is gehoord, niet in beroep van de beschikking komen.

Arr. v. 27 Oct. 1876, W. n°. 4075; R., dl. CXIV, § 11; vernietigende de beschikkingen der Arr.-Rechtb. en van het Ktg. Appingadam. resp. v. 20 Aug. 1876 en 28 Juli 1876, beide in het W. t. z. p. opgenomen.

6. Aan hem, die van eene beschikking op rekwest in hooger beroep komt, wordt de verplichting *niet* opgelegd, om dat hooger beroep te doen beteekenen.

Arr. v. 15 Feb. 1878, R., dl. CXVIII, § 21; v. d. H., *B. R.*, dl. XLIII, p. 88—93.

7. De rechtbank beschikkende omtrent de homologatie van een accoord doet recht op een door den gefailleerde gedaan en aan de rechtbank door den Rechter-Commissaris overgebracht *verzoek*.

Mitsdien zijn de regelen van proces bij rekwest en in het bizonder dit artikel op die beschikking van toepassing

Arr. v. 4 Mei 1883, W. n°. 4916; R., dl. CXXXIV, § 3; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVIII, p. 368—372.

8. Tegen eene beschikking, op rekwest verkregen, kan geen verzet, maar alleen hooger beroep worden toegestaan. De niet-ontvankelijkheid, uit het niet bezigen van het hooger beroep resulteerende, moet (indien, gelijk *in casu*, is gedagvaard ten einde te hooren verklaren, dat men te recht is gekomen in verzet, ook dan wanneer daartoe niet bepaaldelijk is geconcludeerd), als van publieke orde, door den rechter ambtshalve worden uitgesproken.

Arr.-R. Amsterdam, v. 30 Dec. 1844, W. n°. 569; R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 51 sqq.; R., dl. XXVI, § 100; *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 242—246.

9. De beschikking, waarbij eene rechtbank weigert over te gaan tot de beëediging van een makelaar, is niet aan hooger beroep onderworpen.

P. H. v. N.-Holland, v. 6 Oct. 1845, W. n°. 665.

Het vonnis tot verklaring in staat van kennelijk onvermogen is eene beschikking op verzoekschrift. Op het hooger beroep is art. 345 Rv. toepasselijk. P. v. Z. 1880, n° 145. W. n° 5641 Gr. R. 16 Nov. 1888.

Tegen een beschikking houdende bevel tot verkoop van een onroerend goed, ingevolge art. 1122 B.W. op verzoek van een der eigenaren gegeven, kan de hypothecaire houder niet als belanghebbende in hooger beroep komen. Hof den 925 Haag 31 Oct. (Art. 345. W 94, P.v. W 95 n° 61.

10. Het P. H. kan gelasten, dat een bij rekwest ingesteld hooger beroep van een vonnis, gevallen op een rekwest tot failliet-verklaring, ter rolle van het Hof worde aangebracht, ten einde door de meest haastmakende partij in hooger beroep worde geprocedeerd, zooals in summiere zaken is voorgeschreven, met last dat die praeparatoire dispositie, ter diligentie van den appellant, aan den geïntimeerde worde beteekend.

P. H. v. Groningen, v. 8 Sept. 1848, R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 314 en 315 (1).

idem Hof Arnhem 11 Dec. 1901, W. n° 7759. In cass. verd. H.R. 22 Juni 1900 W. n° 7408. H.R. 26 Januari W 95 b. n° 6644. Hof Amsterdam 22 Mrt. W 95, b. n° 6601. Trib. 7 Febr. 1900, W. 7450. idem Hof Leeuwarden 14 Nov. 1888 P.v.T. 1888 n° 147.

11. In zaken van curateele moet het hooger beroep bij rekwest en niet bij dagvaarding worden aangevangen. Hiertegen kan niet afdoen, dat 's rechters uitspraak in art. 496 B. W. wordt genoemd een vonnis, dewijl het niet valt te betwijfelen, dat dit woord hier niets anders beteekent dan beschikking, zoo als zulks blijkt uit eene vergelijking van dit artikel met het kort voorafgaand art. 494 van hetzelfde Wetboek, waar de rechter gezegd wordt te *beschikken* op het verzoekschrift tot curateele; hoedanige *beschikkingen* dan ook verder bij onderscheidene wetsbepalingen voorkomen, als de generieke benaming van uitspraken, waaronder vonnissen zijn begrepen. Evenzoo Hof Leeuwarden 7 Nov. 1888 P.v.T. 1888 n° 147.

idem Hof den Haag 16 Oct. 1893, P.v. 7 Jan. 1894, Arr. n°.

P. H. v. Groningen, v. 28 Dec. 1848, R., dl. XXXI, § 100; cf. art. 496 B. W. sub n°. 2. Evenzoo Hof Amsterdam 9 Nov. 1888 P.v.T. 1888 n° 145, W. n° 5669; 10 Sept. 1891 P.v.T. 1891 n° 86.

12. Indien het verlangen tot het getuigen-verhoor ontleend is uit een vonnis van een vreemden rechter, kan de aanvrage daartoe bij den rechter, zoowel in eersten aanleg als in hooger beroep, hier te lande niet anders dan bij wege van verzoekschrift, geschieden.

P. H. v. Overijsel, v. 7 Mei 1849, W. n°. 1017; idem Arr.-R. Amsterdam, v. 30 Dec. 1844, W. n°. 569; R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 51 sqq.; R., dl. XXVI, § 100. — Cf. art. 452 B. R., sub n°. 16 en 431 B. R., arrest van hetzelfde P. H. v. denzelfden datum, alsmede art. 10 Alg. Bep., vonnissen van de Arr.-R. Amsterdam, v. 11 Mei 1842 en 22 Maart 1849, sub n°. 6, (dl. II, p. 76 en 77), 2de ed. pag. 231.

13. Al neemt men aan, dat onder de bij dit artikel bedoelde belanghebbenden bij eene beschikking op rekwest gerangschikt moeten worden niet alleen degenen, die daarop in hun belang zijn gehoord,

(1) Later zijn door hetzelfde Hof soortgelijke incidenteele arresten gewezen bij gelegenheid van hooger beroep van curateele en van de bevoegd-verklaring van de voogdij. (Léon.)

Voor het verweerschrift in hooger beroep gelden niet de formele eischen van procedure, voor dagvaardingen en conclusiën voorgeschreven: H.R. 8 Apr. 1904 W. n° 8052.

of als belanghebbenden zijn aangewezen, maar allen, die door de inwilliging van het verzoek kunnen worden benadeeld, — dan toch volgt uit de bepaling van dit artikel wel, dat die belanghebbenden de bevoegdheid bezitten om van die beschikking in hooger beroep te komen, ten einde de handelingen, waartoe vergunning is verleend, te voorkomen, maar daaruit kan nimmer worden afgeleid, dat hij, die eene beschikking op rekwest verkregen heeft, waarin ten zijnen behoeve rechten worden erkend aan derden, die daarop niet zijn gehoord, die beschikking als een gewijsde kan tegenwerpen.

Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 28 Juni 1859, W. n°. 2093.

14. Wanneer de kantonrechter zich dadelijk onbevoegd verklaart om te beschikken op een rekwest, dat gezegd wordt op grond van art 451 B. W. in verband met de wet van 18 April 1874 (*Stbl.* n°. 68) te worden gedaan, is de termijn van beroep tegen die beschikking drie maanden, en niet de bij art. 2 der laatstgenoemde wet voorgeschrevene van 14 dagen.

Arr.-R. Rotterdam, v. 7 Dec. 1883, W. n°. 5046.

Art. 346.

1. Uit de bepalingen van de artt. 138 en 139, j°. art. 346 B. R. volgt dat, wanneer een geïntimeerde eene exceptie van niet-ontvankelijkheid en tevens een antwoord ten principale heeft voorgedragen, alsdan de appellant niet gerechtigd is een uitstel te vragen, om op de voorgestelde exceptie van niet-ontvankelijkheid te antwoorden.

P. H. v. Zeeland, v. 28 April 1846, R. B., jg. 1847, IX, p. 643 en 644.

2. Het middel van onbevoegdheid des eersten rechters, in hooger beroep tot verbetering van het vonnis *a quo* ingeroepen, is een rechtsmiddel, dat men tegen evengemeld vonnis doet gelden, en geenszins eene exceptie, die, zoo als zulks in eerste instantie behoort te geschieden, in hooger beroep afzonderlijk dient te worden beslist.

Hoewel in summiere zaken, ook na het nemen der conclusiën, bedoeld bij de artt. 138 en 139 B. R., zoolang het onderzoek niet is afgeloopen, om gegronde reden, door de rechtbank een termijn kan worden verleend, om, bij nadere conclusiën, nieuwe rechtsmiddelen bij

te brengen, is echter nergens in de wet eene bepaling te vinden, waaruit zoude af te leiden zijn, dat een appellant gerechtigd is te vorderen, dat ingeval een eerste, door hem bijgebracht rechtsmiddel door de Rechtbank mocht verworpen worden, hem worde toegestaan, tot bestrijding van het vonnis *a quo*, nieuwe rechtsmiddelen te doen gelden; daar door zulk eene handelwijze de procedures op eene zeer kostbare wijze tot in het oneindige zouden kunnen gerekt worden, en eene goede rechtspleging daarmede niet zoude overeen te brengen zijn.

Arr.-R. Maastricht, v. 6 Febr. 1851, R. B., jg. 1851, p. 268—271. — Vgl. hiermede een arrest van 't P. H. v. Zeeland, v. 5 Oct. 1852, R. B., jg. 1853, p. 586 en 587, waarbij is beslist dat in hooger beroep in summiere zaken niet meer na de conclusiën van eisch en antwoord, nadere termijnen tot het nemen van conclusiën kunnen worden toegestaan, wanneer de conclusiën des geïntimeerden geene incidenteele vorderingen inhouden. — Zie ook art. 139 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 21 Juli 1846, sub n°. 3.

Vergelijk navolgende beslissing:

Na het nemen der wederzijdsche conclusiën van eisch en antwoord behoort tot de pleidooien te worden overgegaan of van pleidooi te worden afgezien en recht op de stukken te worden verzocht, en komen de kosten der akten van rechtspleging, vervat in het vragen van verlof tot en het nemen van eene bloot persisteerende nadere conclusie ten laste van den procureur, die zich deze akten heeft veroorloofd.

P. H. v. Friesland, v. 12 Dec. 1860, R. B., jg. 1862, dl. XII, bl. 641—657.

3. Wanneer de appellant noch in eersten aanleg, noch bij zijne conclusie in appèl zijne verdediging ten principale heeft toegelicht is het billijk dat de rechter, na beslissing van het incident, hem alsnog daartoe de gelegenheid geve; vermits intusschen meer dan twee conclusiën in appèl niet worden toegestaan (en deze *in casu* reeds genomen zijn) kan den appellant alleen daartoe een nieuwe pleitdag worden gegeven.

Arr.-R. Amsterdam, v. 19 Mei 1876, W. n°. 4010.

Art. 347.

1. Indien er, nadat de procureur van den principalen appellant zich heeft geconstitueerd, en voor hem, ten beteekenden rechtsdage, is verschenen, vervolgens, binnen den termijn, bij de wet bepaald, geene

Als in hooger beroep meer dan twee conclusiën zijn genomen, mag de rechter op de meerdere conclusiën geen acht slaan.
Hof den Haag 30 Apr. 1900, P. v. J. 1900 n° 50; W. n° 7463.
Hof Amsterdam 13 Jan. 1911, W. n° 9203.

Art. 347 al. 1 verbiedt 2° partijen meer dan één conclusie te nemen: HR. 25 Juni 1906, W. n° 9456.

Breda 2 Jan. 1900 W. n° 7483.

Art. 347 staat niet in den weg aan eene conclusie, inhoudende eene incidenteele vordering, nà dat de 2e conclusie is genomen: Hof Amsterdam 22 Nov. 1901, P. v. J. 1902 n° 136.

beteekening van memorie van bezwaren van zijnentwege geschied is, alsdan zijn er geene termen tot het verleenen van verstek en absolutie van de instantie (naardien zulks alleen te pas kwam en had behooren gevraagd te worden bij *non comparitie* van den appellant, door zijnen procureur ten beteekenden rechtsdage), maar moet de zaak contradictoir, alleen op de verwering van den geïntimeerde afgedaan worden.

Arr. v. 20 Oct. 1843, R., dl. XVI, § 46; — anders bij arr. van 't P. H. v. Zeeland, v. 29 Oct. 1839, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 614, waarbij is beslist, dat tegen een appellant, die uitstel tot het nemen van conclusiën heeft bekomen, doch op den bepaalden dag in gebreke blijft zulks te doen en eene nadere remise daartoe verzoekt, welke geweigerd wordt, verstek behoort te worden verleend en de geïntimeerde van de instantie behoort te worden ontslagen.

2. De appellant is niet verplicht, bij de beteekening zijner memorie van bezwaren aan den geïntimeerde op nieuw te vermelden of te beteekenen de stukken, waarvan hij in hooger beroep gebruik zal maken, ten ware in hooger beroep eene *nieuwe* vordering werd gedaan, op *nieuwe* bewijsstukken rustende.

P. H. v. Zeeland, v. 2 Juni 1840, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 618. — Cf. art. 133 B. R., arr. van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 4 Jan. 1842, sub n°. 2.

Wie eischer in hooger beroep geen conclusie neemt, moet het b. b. aanbod hebbe vervallen verklaard worden met veroordeeling v. d. b. in de kosten: Hof den Haag 16 Nov. 1900, W. n° 8079.

3. In hooger beroep is de appellant, na de beteekening van het antwoord des geïntimeerden op de memorie van grieven, nog gerechtigd nieuwe bewijsstukken te produceeren, als zijnde de zaak dan nog niet in staat van wijzen.

P. H. v. Zeeland, v. 11 Juli 1843, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 14 en 15.

4. Wanneer de geïntimeerde, hoewel in rechten verschenen, tegen de conclusie van den appellant tot vernietiging van het vonnis geene tegenspraak doet, kan die conclusie worden toegewezen, zonder onderzoek der grieven.

P. H. v. N.-Holland, v. 24 Juni 1869, W. n°. 3249.

5. De eenvoudige verwijzing naar de voor den eersten rechter aangevoerde middelen kan niet worden aangemerkt als de formuleering der bezwaren tegen het vonnis *a quo*.

Hof Arnhem, v. 17 Oct. 1883, W. n°. 4971.

conclusie in kosten aanleg * Hof den Haag 30 Nov. 1906 W. n° 6917

Hof Amsterdam, v. 23 Jan. 1891, W. n° 6010.

DE NEDERLANDSCHE

RECHTSPRAAK,

GEBRACHT OP DE ARTIKELEN VAN HET

WETBOEK

VAN

BURGERLIJKE RECHTSVORDERING

DOOR

Mr. W. VAN ROSSEM Bz.,

ADVOCAAT, PROCUREUR EN KANTONRECHTER-PLAATSVERVANGER
TE 'S-GRAVENHAGE.

VIERDE DEEL.

(Art. 348—620.)



's-GRAVENHAGE,
GEBR. BELINFANTE.

1887.

Hij, die zich in eerten aanleg ten principale niet heeft verdedigd, is niettemin Verzaakens art. 348 al. 2 Rv. ontvankelijk in zijn hooger beroep. Zie Rb. Amsterdam 19 Mart. 1909, P.v.J. 1909, n°61.

Art. 348.

Het staat den app. vrij aan pre-emptoir middel van niet-ontvankelijkheid voor het eerst in hooger beroep aan te voeren, hoewel hij daarvan in eerken aanleg niet uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft afgezien: Hof den Bosch 26 Sept. 1899, P. n°7428.

1. De oorspronkelijk verweerder, aan wien, op de door hem in eersten aanleg aangevoerde gronden, zijne conclusie tot niet-ontvankelijk-verklaring van den oorspronkelijken eischer is toegewezen en die in hooger beroep tot bevestiging van dat vonnis heeft geconcludeerd, is niet bevoegd om in appèl (bij pleidooi) nog een geheel nieuw middel van niet-ontvankelijkheid tegen den oorspronkelijken eisch te doen gelden, waarover de kennisneming van den eersten rechter niet was ingeroepen.

Arr. v. 30 Mei 1839, W. n^is. 23 en 31; R., dl. II, § 27; v. d. H., *B. R.*, dl. I, p. 4—24. — Vgl. het daartoe betrekkelijk arr. van 't Hof v. Holland, v. 13 Febr. 1839, waartegen de onderwerpelijke voorziening is verworpen, in 't W. n°. 7.

2. De wetgever heeft in art. 348 B. R., met betrekking tot de nieuwe weren van rechten, welke de oorspronkelijk verweerder niet voor het eerst in hooger beroep kan doen gelden, alleen op het oog zoodanige weren van rechten, welke op straffe van verval vóór alle andere weren van rechten, immers vóór het antwoord ten principale, — waaronder echter niet de exceptie *„tibi adversus me non competit actio"*, ook zelfs dan niet, wanneer de excipient ter eerste instantie uitsluitend verdediging *au fond* heeft gedaan — moeten worden voorgesteld.

Rb. den Haag 9 Dec. 1910, W. n°9787.

Arr. v. 11 Dec. 1846, W. n°. 770; R., dl. XXV, § 70; v. d. H., *G. Z.*, dl. V, p. 200—226; idem arr. P. H. v. Overijsel, v. 20 April 1846, bij Mr. Hertzveld, ut supra, blz. 26; idem de Pinto, *B. R.*, dl. II, 1, p. 440 sqq. 2de ed. pag. 492 en Penning, ad art. — Verg. P. H. v. Gelderland, v. 18 Dec. 1872, W. n°. 3573, R. B. jg. 1874, p. 109, ten betooge dat de exceptie *«tibi non competit hucc actio»* een peremptoir middel van niet-ontvankelijkheid is, en mitsdien eene verdediging ten principale oplevert, dat dus niet door een in eersten aanleg gevoerde verdediging *au fond* wordt gedekt. Cf. art. 160 B. R., arrest v. denzelfden datum, sub n°. 5; 't Vorstelijk Besluit v. 23 Febr. 1814, arrest v. denzelfden datum, sub n°. 4, dl. I, p. 11 en v. d. Honert, *Hdb.*, p. 395.

Zie echter navolgende beslissing:

Wanneer de geïntimeerde in eerste instantie wel heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijk-verklaring der vordering, maar ook tevens, op de zaak zelve zich uitlatende, geconcludeerd heeft tot ontzegging en niet

De rechter behoeft aanbrenging van art. 348 B. R. te verzaken en dus nieuwe weren van rechten, nog niet in eerste instantie gedekt, buiten beschouwing te laten, als hij daartoe niet geconcludeerd H. R. 14 Mrt. 1902, W. n°7734.

heeft voorgesteld eene zoodanige peremptoire exceptie, waardoor appellant's actie niet tegen hem geïntimeerde had kunnen worden ingesteld, kan hij dat laatste niet in appèl doen.

P. H. v. Z.-Holland, v. 29 Maart 1858, W. nº. 1951.

3. Een Hof, in appèl de vordering, tot het voldoen waaraan de gedaagde reeds in eersten aanleg veroordeeld was, toewijzende, doch de geldsom naar een anderen maatstaf berekenende, heeft onderzoek en uitspraak gedaan naar dezelfde vordering, die voor de Rechtbank was aanhangig gemaakt. In zoodanig geval kan er geene sprake zijn van een nieuwen eisch.

Arr. v. 4 April 1851, W. nº. 1249; v. d. H., *B. R.*, dl. XIII, p. 1—25. In gelijken zin bij het daartoe betrekkelijk arrest v. 't P. H. v. Limburg, v. 31 Dec. 1849, W. nº. 1088; R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 489 sqq.

4. Art. 348 B. R. geeft een appellant het recht, in hooger beroep een bewijs (*in casu* door getuigen) te doen gelden, waarvan in eersten aanleg *geene kwestie is geweest* en hetwelk aldaar, om welke reden dan ook, is nagelaten.

Arr. v. 2 Dec. 1853, W. nº. 1506; R., dl. XLVI, § 5. — Vgl. art. 348 B. R., arrest v. 15 Oct. 1863 sqq. sub nº. 13.

Vergelijk navolgende beslissing:

Het strookt volkomen met de bedoeling van den wetgever om in hooger beroep het aanvoeren van nieuwe bewijzen als geoorloofd te beschouwen.

P. H. v. Groningen, v. 12 Juni 1866, R. B., jg. 1867, blz. 60.

5. De rechter in appèl mag niet op die gronden tot nietig-verklaring van eene arbitrale uitspraak acht slaan, welke voor het eerst in hooger beroep zijn bijgebracht.

Arr. v. 27 Jan. 1854, W. nº. 1515; R., dl. XLVI, § 89; v. d. H., *B. R.*, dl. XVIII, p. 92—107, bevestigende een arrest v. 't P. H. v. Gelderland, v. 2 Maart 1853, W. nº. 1438; R. B., jg. 1853, p. 320—327.

6. Indien de verweerders, die in eersten aanleg hadden geconcludeerd tot *ontzegging* van den eisch, — in hooger beroep voor het geval, dat het Hof mocht vermeenen het vonnis van den eersten rechter te moeten verbeteren, subordinaat concludeeren, dat het Hof den eischer alsnog

zal verklaren niet-ontvankelijk of wel hem zijn eisch zal ontzeggen, maar geene andere gronden als in eersten aanleg aanvoeren, dan kunnen zij niet geacht worden inderdaad nieuwe weren van rechte te hebben ingebracht.

Arr. v. 13 Juni 1856, W. n°. 1858; R., dl. LIII, § 38; v. d. H., *B. R.*, dl. XX, p. 411—428.

7. De verdediging van den borg dat, alvorens tegen hem recht van verhaal kan worden uitgeoefend, hij tot betaling had moeten worden aangemaand, is aan te merken als een peremptoir middel van niet-ontvankelijkheid, strekkende tot finale afwijzing der ingestelde vordering, en mitsdien eene verdediging ten principale.

Arr. v. 20 Juni 1856, W. n°. 1764; R., dl. LIII, § 43; v. d. H., *B. R.*, dl. XX, p. 428—437; ook vermeld sub hoc art. n°. 73/; verg. ook arr. P. H. v. Overijsel, v. 26 Nov. 1855, bij Mr. Hertzveld, ut supra, blz. 54.

8. Uit de slotbepaling van art. 348 volgt ontegenzeggelijk, dat de oorspronkelijk verweerder in hooger beroep mag aanvoeren in eersten aanleg nog niet bestaande verdedigingsmiddelen.

Arr. v. 4 Dec. 1857, W. n°. 1914; R., dl. LVII, § 41; v. d. H., *B. R.*, dl. XXI, p. 418—434; bevestigend arr. P. H. v. N.-Holland, v. 26 Febr. 1857, W. n°. 1865; R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 529—531; het arrest van den Hoogen Raad besliste dat, waar tijdens de aanvankelijke toestemming in de oorspronkelijke vordering nog niet aanwezig was het feit, waarop de nieuwe verwering was gegrond, geene dekking kan plaats gehad hebben. Cf. ook in denzelfden zin, arr. P. H. v. N.-Holland, v. 25 Maart 1869, W. n°. 3163.

9. De oorspronkelijk gedaagde, eischer in vrijwaring, mag in hooger beroep nieuwe weren van rechten aanvoeren, niet alleen tegen den oorspronkelijk eischer, maar ook tegen den door hem opgeroepen verweerder in vrijwaring.

Arr. v. 11 Dec. 1857, W. n°. 1915; R., dl. LVII, § 44; v. d. H., *B. R.*, dl. XXI, p. 447—467; in zoover vernietigende arrest P. H. v. Limburg, v. 2 Maart 1857, W. n°. 1835.

10. Dit artikel wijkt in zoovele opzichten af van art. 464 C. de Proc. Civ., dat het niet daaruit, maar alleen uit zich zelf mag worden uitgelegd.

Terwijl het *tweede* gedeelte van het artikel uitdrukkelijk betreft alleen den oorspronkelijk verweerder, bedoelt het *eerste* daarentegen

Het verweer tegen eene vordering tot betaling van den koopprijs, dat de dagv. niet is gevolgd door betaling tegen overgifte der waar, maar enkel betaling, is een exceptief verweer, dat niet uitsluit een verdedigen ten principale: Hof Amsterdam 6 Nov. 1900 W. n° 7705.

krachtens zijne bewoordingen, uitzonderingen en tegenstelling met het tweede, alleen den oorspronkelijk eischer. Meer in het bizonder betreft de onder n°. 2 voorkomende uitzondering alleen de vergoeding van nadeel, als accessoir der in eersten aanleg gedane principale vordering, doch eerst na het vonnis des eersten rechters verschuldigd.

Arr. v. 12 Febr. 1858, W. n°. 1935; R., dl. LVIII, § 28; v. d. H., *B. R.*, dl. XXII, p. 44—59; idem arrest v. 30 Dec. 1870, W. n°. 3301; R., dl. XCVI, § 36; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXV, p. 315—327; en arrest P. H. v. N.-Holland, v. 30 April 1857, R., dl. LVII, § 62, ten betooge dat het eerste deel van dit artikel alleen betreft den oorspronkelijk eischer.

Vergelijk ten betooge:

dat de laatste alinea van dit artikel niet van toepassing is op den appellant, die niet oorspronkelijk verweerder, maar oorspronkelijk eischer is.

P. H. v. Limburg, v. 14 April 1852, W. n°. 1345.

11. De exceptie dat de appellant niet de kwaliteit zoude hebben, waarin hij heeft geageerd en dus niet bevoegd zou zijn als zoodanig eene actie in te stellen, levert zonder twijfel eene verdediging ten principale op, welke voor het eerst in hooger beroep kan worden aangevoerd.

Verg. ook hierboven n°. 2.

Arr. v. 12 Maart 1863, W. n°. 2466; R., dl. LXXIII, § 44; v. d. H., *B. R.*, dl. XXVII, p. 312 en volgg.; idem arrest P. H. v. N.-Holland, v. 27 Juni 1861, W. n°. 2313; idem arr. Hof 's-Hertogenbosch, v. 13 Sept. 1881, W. n°. 4741; idem P. H. v. Overijsel, v. 22 April 1844, W. n°. 496; R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 606; R., dl. XIX, § 95; *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 128—130, (bereids vermeld sub art. 160, n°. 5). Anders Arr.-R. Amsterdam, v. 5 Oct. 1869, W. n°. 3176; DE PINTO, dl. II, 1, p. 304; verg. ook arr P. H. v. Zeeland, v. 12 April 1859; R., dl. LXIII, § 71; R. B., jg. 1861, blz. 21—24. — Vgl. hiermede 1°. een arrest v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 1 Oct. 1847, W. n°. 867, waarbij is beslist dat bij gebreke, zoowel van eene bepaalde conclusie van de zijde der appellanten als van incidenteel appèl van de zijde des geïntimeerden, de rechter in hooger beroep niet bevoegd is ambtshalve te treden in een nieuw onderzoek naar de al dan niet-ontvankelijkheid eener voorgestelde exceptie van non-kwalificatie met betrekking tot een vonnis, waarbij met verwerping der exceptie van non-kwalificatie, tevens ten principale is recht gedaan; 2°. ten betooge dat, wanneer het verzet van non-kwalificatie in eersten aanleg slechts tegen één der eischers is opgeworpen, alsdan in hooger beroep niet tegen de overige eischers een ander middel van niet-ontvankelijkheid kan worden aangevoerd, niets gemeens hebbende met dat hetwelk bereids tegen dien eischer was gebezigd, — een arrest v. 't P. H. v. Gelderland, v. 9 Sept. 1846, W. n°. 864; R. B., dl. VIII,

p. 681—685; R., dl. XXX, § 45, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Nijmegen, v. 21 Nov. 1845; 3°. dat een koopman door het verkrijgen van surséance zijne *persona standi in judicio* niet verliezende, hieruit volgt dat bewindvoerders die in eersten aanleg als zoodanig zijn opgetreden, doch na het ingesteld hooger beroep hadden opgehouden die betrekking te vervullen, als zijnde inmiddels de tijd voor de verleende surséance verstreken, niet-ontvankelijk zijn in hunne exceptie van nonkwalificatie en eisch om buiten het geding gesteld te worden vóór de behandeling van het appèl, — een arrest v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 14 Febr. 1850, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 275—278, en 4°. dat indien een geding gevoerd en een vonnis gevallen is in eersten aanleg, tusschen N. N. en de gemeente . . . . . en daarvan wordt gekomen in hooger beroep, nadat inmiddels de nieuwe gemeentewet was ingevoerd geworden, alsdan de burgemeester dier gemeente, in dat hooger beroep gedagvaard zijnde in hoedanigheid van burgemeester en als vertegenwoordigende de gemeente (art. 74 der Gem.-wet) niet met grond de exceptie van nonkwalificatie en van niet-ontvankelijkheid in appèl kan voorstellen, op het beweren, dat hij de hoedanigheid niet zou bezitten van de gemeente te vertegenwoordigen en dat vonnis *a quo* niet tegen hem, maar tegen de gemeente gewezen is — een arrest v. 't P. H. v. N.-Brabant, v. 28 Juni 1853, R., dl. XLVI, § 96.

12. In appèl kan geen verlof worden verleend tot het hooren van dezelfde of van nieuwe getuigen tot bewijs van dezelfde feiten, als waarover in eersten aanleg reeds enquête en contra-enquête hebben plaats gehad[x]

Arr. v. 15 Oct. 1863, W. n°. 2531; R., dl. LXXIV, § 70; v. D. H., *B. R.*, dl. XXVIII, p. 14—24; idem P. H. v. Gelderland, v. 21 Jan. 1863, W. n°. 2455, R. B., jg. 1863, dl. XIII, blz. 764 en van 5 April 1871, W. n°. 3397; idem P. H. v. Z.-Holland, v. 23 Oct. 1865, W. n°. 2741; idem Arr.R. Amsterdam, v. 21 Febr. 1865, W. n°. 2707; idem P. H. v. Limburg, v. 5 April 1852, W. nº. 1345 en van 10 Dec. 1860, W. n°. 2273; idem P. H. v. N.-Brabant, 9 Oct. 1860, W. nº. 2297; idem Arr.-R. Breda, 5 Jan. 1858, W. nº. 1944; idem bij arrest v. 't P. H. v. Overijssel, v. 16 Sept. 1839, R., dl. III, p. 252 sqq. Verg. Hof Amsterdam, v. 9 Nov. 1877, R. B., jg. 1878, *A*, p. 292, W. n°. 4256, waarbij is beslist, dat het niet aannemelijk is, dat de wet aan partijen het recht heeft willen geven om het hooren van getuigen andermaal te eischen, maar het aan 's rechters oordeel is overgelaten, of hij het al of niet oirbaar acht opnieuw getuigen te hooren; idem P. H. v. N.-Holland, v. 26 Jan. 1871, W. n°. 3357, waarbij is beslist dat door partijen niet een tweede verhoor over dezelfde feiten kan gevorderd worden, maar dit wel ambtshalve door den rechter mag worden bevolen.

Anders bij vonnis Arr.-R. Assen, v. 23 Maart 1863, W. n°. 2504; wijders in *Regtsg. Adv.*, dl. VII, blz. 131—133; verg. ook arrest v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 12 Dec. 1867, W. n°. 3028, waarbij is beslist dat wanneer de geïntimeerde zich niet verzet, de appellant kan toegelaten worden om hetzelfde feit dat hem in eersten aanleg te bewijzen was

Hof Leeuwarden 21 Jan. 1903, W. n°. 7987.

Anders: op verzoek van een der partijen kan een nieuw getuigenverhoor door getuigen worden bevolen omtrent feiten waarover reeds getuigen in eersten aanleg zijn gehoord: H. R. 24 Dec. 1909, W. n°. 8954; het verhoor van een reeds in eersten aanleg gehoorde getuige. Hof Amsterdam 7 Jan. 1909, W. n°. 9012.

Een aanbod van getuigenbewijs, bij gelegenheid van het pleidooi in hooger beroep, omtrent feiten, niet gesteld in de dingstalen in eersten aanleg noch in dié van hooger beroep, kan niet worden aanvaard: Hof Amsterdam 6 Nov. 1908, W. n°. 8811

Hof Amsterdam 4 Oct. 1912, W. n°. 9730: dat in 't alg. toelaatbaar, doch dat moet tevens vaststaan dat het feitelijk nuttig zal worden bewezen.

Hof Leeuwarden 8 Nov. 1911, W. n°. 9161: kan in 't alg. toegelaten worden; H. R. 15 April 1910, W. n°. 9161.

↓ 2 Mart. 1914, W. 9651.

↓ Hof den Haag 14 Nov. 1912, W. nº 9458; 17 Mart. 1913, W. 9528; ↓ in niet een nieuwe, maar een voortgezette behandeling van het geding; evenmin ↓

x Aldus Hof den Haag 1 Apr. 1912, W. nº 9390: het hooger beroep ↓ in eersten aanleg niet geheel konden worden; Hof Amsterdam 30 Juni 1910, W. nº 7191.

Rb. Tiel 17 Mart. 1899 W. nº 7317.

Zie ook H. R. 30 April 1915, W. 9844.

Hof Amsterdam 6 April 1892, W. nº 6197.

Hof den Haag 28 Febr. 1896, W. nº 36.

H. nº 7127.

opgelegd, doch waarvoor hij geene getuigen had bijgebracht, door getuigen te bewijzen. Zie wijders *Opm. en Med.*, dl. VIII, p. 152—160. De schrijver van dit artikel beweert, met een beroep zoowel op het Romeinsche recht (l. 4, C. *de temporibus et reparationibus appellationum*, VII 63) en het oud-Vaderlandsche recht (GROENEWEGEN, *Tractatus de legibus abrogatis*, ad h. l. en VOET, ad *Pand.* lib. XLIX, tit. 7, n°. 2), als op de Fransche Jurisprudentie (CARRÉ, *Les Lois de la Proced. Civ.*, op art. 464, *Qu.* 1678), dat zoodanig *tweede* getuigen-verhoor, loopende over dezelfde feiten, waarover reeds in eerste instantie eene enquête heeft plaats gehad, alleszins in hooger beroep admissibel is. Ook Mr. PENNING, ad art. 216 en 348 B. R., helt tot dit gevoelen over, op grond van het beginsel *«in appellationibus non deducta deduci, non probata probari possunt»*, waarop art. 348 geene uitzondering maakt. De Hoogl. M. DES AMORIE V. D. HOEVEN echter, R. B., jg. 1852, p. 474—477, acht de vraag, welke het hier geldt, even *gewichtig* als *moeielijk*. Zonder eene stellige meening te durven uiten, verklaart hij echter meer tot de *ontkennende* beantwoording dezer kwestie geneigd te zijn. Beantwoordende den schrijver in de *Opm. en Med.*, doet de Hoogl. uitkomen, dat CARRÉ, l. l., alleen behandelt de vraag over de bevoegdheid van partijen, om in hooger beroep *nieuwe* feiten aan te voeren, en die *nieuwe* door alle middelen rechtens te bewijzen; geenszins, over het op nieuw herhalen en heropenen, over het aanvullen en verbeteren van eene enquête, die reeds in eersten aanleg over dezelfde feiten heeft plaats gehad, waar hier alles op aankomt; dat CHAUVEAU in zijne bijvoegsels op *Question* 1136 van CARRÉ, wel verre van het gevoelen van den schrijver in de *Opm. en Med.*, te deelen, zich integendeel uitdrukkelijk daartegen verklaart; dat die rechtsleer (gehuldigd door de Prov. Hoven van Overijsel en Limburg) dan ook van oudsher in het algemeen Europeesche recht is aangenomen, enz. — Cf. art. 348 B. R., arrest v. 2 Dec. 1853, sub n°. 4

Vergelijk hiermede in verband navolgende beslissingen:

Eene partij kan in hooger beroep niet worden toegelaten tot het leveren van tegenbewijs, indien hij in eersten aanleg daarvan geen gebruik heeft gemaakt of ervan heeft afgezien

Arr. v. 26 Nov. 1863, W. n°. 2544, R., dl. LXXV, § 28; v. D. H., *B. R.*, dl. XXVIII, p. 111—123; idem arrest v. 11 Maart 1881, W. n°. 4623; R. B., jg. 1882, *A.* p. 104, v. D. H., *B. R.*, dl. XLVI, p. 121—124, ook nog vermeld sub hoc art. en art. 353 B. Rv., waarbij is beslist dat het verboden is in appèl op de contra-enquête terug te komen, zoodat het tegenbewijs in die instantie niet mag worden aangevuld; idem P. H. v. N.-Brabant, v. 27 Jan. 1863, W. n°. 2478; idem Hof Amsterdam, 30 Dec. 1881, W. n°. 4738, R. B., jg. 1882, *A.* p. 106.

Anders vonnis Arr.-R. 's-Gravenhage, v. 9 Jan. 1845, W. n°. 622.

13. Het verzuim van overlegging van het bewijs, dat aan al de bij art. 23 van de onteigeningswet voorgeschreven formaliteiten is voldaan, kan in hooger beroep niet worden hersteld.

Het hooger beroep dient ook om nieuwe beschermiddelen aan te weren. Een beslissende eed kan worden opgedragen ook zonder grieven tegen het vonnis a quo aan te voeren. H. R. 17 Mei 1894 W. n° 6506. Hof Amsterdam 26 Oct. 1900 W. n° 7571.

Arr. v. 2 April 1869, W. n°. 3104; R., dl. XCI, § 39; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXIII, p. 381—394.

14. De bewering dat niet *ex contractu*, maar *quasi ex delicto* had moeten worden geageerd is eene peremptoire exceptie, ontleend aan den grond der zaak, en welke exceptie de bepaalde strekking heeft om de ingestelde vordering finaal te doen afwijzen; eene zoodanige bewering levert mitsdien eene verdediging ten principale op.

Arr. v. 30 Juni 1876, W. n°. 4055; idem bij vonnis Arr.-R. Nijmegen, v. 28 Nov. 1854, W. n°. 1629; waarbij werd overwogen, dat deze stelling ook waar is, al heeft het verdedigingsmiddel veel overeenkomst met de exceptie »*tibi adversus me non competit haec actio*». Wijders werd bij dat vonnis beslist dat hier van gedekt zijn geen sprake kan wezen, omdat het niemand vrij staat toe te stemmen in het instellen van eene actie, die door de wet niet wordt toegekend.

15. Van schending of verkeerde toepassing van dit artikel kan geene sprake zijn, waar de oorspronkelijk gedaagde niet belet is in hooger beroep eene nieuwe weer van rechten in te brengen, maar hem alleen de gelegenheid is geweigerd tot het nader bewijs van feiten.

Arr. v. 11 Maart 1881, W. n°. 4623; R. dl. CXXVII, § 23; R. B., jg. 1882, *A*, p. 104; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVI, p. 121—124; ook aangehaald sub n°. 12.

16. Waar in *factis* vaststaat dat geene nieuwe weren van rechten maar enkel nieuwe *gronden* in hooger beroep zijn bijgebracht, kan de rechter door deze niet te onderzoeken dit artikel niet hebben geschonden.

Arr. v. 6 April 1882, W. n°. 4766; R., dl. CXXX, § 43; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVII, p. 297—304.

17. Al kan bij gemeenschappelijk eigendom de vordering tot scheiding worden ingesteld door elk der gerechtigden, zoo belet zulks niet, dat volgens den stand van een zeker geding de eene gerechtigde als eischer, de andere als gedaagde te beschouwen is.

Arr. v. 19 Jan. 1883, W. n°. 4869; R., dl. CXXXIII, § 5; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVIII, p. 101—116; R. B., 1883, *A*, p. 55; ook aangehaald sub art. 697 B. R.

18. Ook dan wanneer het beweren dat men vreemd is gebleven aan eene akte, welke een derde namens den belanghebbende zou hebben aangegaan, niet als een rechtsgrond maar als een rechtsmiddel te be-

een beroep op het rechtsgezag der uitspr. uitvoerlegging na de dagvaarding tot stand gekomen, is een nieuw weer van recht, een verdediging ten principale op te leveren.

H.R. 25 Mei 1900, W. n° 7771.

schouwen ware, bestaat er geene wetsbepaling, welke de betrokkene partij belet dat middel voor het eerst in hooger beroep te doen gelden.

P. H. v. N.-Brabant, v. 1 Juni 1841, R., dl. IX, § 24.

19. Indien een vonnis, uitvoerbaar verklaard bij voorraad, na de beteekening van het geïnterjecteerd appèl is ten uitvoer gelegd, kan men (hoewel, gelijk uit den aard der zaak volgt, de akte van appèl daaromtrent het stilzwijgen heeft moeten in acht nemen) later in appèl bij behoorlijke conclusie tevens eisch doen om in het bezit der zaak te worden hersteld met vergoeding van kosten, schaden en interessen: als zijnde in dit geval de vordering van den appellant tot reïntegratie en schadevergoeding als een zaaksgevolg te beschouwen van het na de beteekening van het appèl ten uitvoer gelegde vonnis.

Arr.-R. 's Bosch, v. 27 Juli 1841, W. n°. 223; verg. Arr.-R. Utrecht, v. 26 Jan. 1870, W. n°. 3240. — In gelijken zin is beslist bij arrest v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 27 Febr. 1843, W. n°. 392; R. B., jg. 1843, dl. V, p. 289—295; R., dl. XVI, § 22, dat de vordering tot schadevergoeding volgens art. 348 B. R. eerst dan voor het eerst in hooger beroep kan worden ingesteld, wanneer de vergoeding van het geleden nadeel als een accessoir van de in eersten aanleg gedane principale vordering, en als onmiddellijk daarin begrepen, doch eerst *na* het vonnis verschuldigd geworden, beschouwd moet worden en dat mitsdien voor het *eerst* in hooger beroep geene vordering tot schadevergoeding aannemelijk is wegens schade, die evenzeer *vóór* als *na* het vonnis, waartegen appèl, bestond. — Cf. art. 348 B. R., arrest v. 't P. H. v. Z.-Holland, v. 29 Mei 1844.

20. Appellanten welke in eersten aanleg tot niet-ontvankelijkheid tegen een verzet hebben geconcludeerd, kunnen voor het eerst in hooger beroep als middel aanvoeren dat geen derde tot verzet tegen eene beschikking op rekwest kan toegelaten worden.

P. H. v. Z.-Holland, v. 5 April 1843, W. n°. 389, R., dl. XV, § 63.

21. De exceptie, dat de ingestelde actie zou praematuur zijn, levert geenszins eene verdediging ten principale op in den zin van art. 348 laatste al. B. R., maar eene dilatoire exceptie, welke moet geacht worden ter eerste instantie te zijn gedekt en alzoo in appèl niet meer admissibel is, aangezien de strekking daarvan alleen is, dat de hoogere rechter, zonder in de beoordeeling der gedane vordering zelve te treden,

als voorbeeld van
Zie ~~een~~ een nieuwe weer, niet ter eerster instantie gebleken
Hof Arnhem 15 Apr. 1892, W. n° 6309.

den oorspronkelijken aanlegger vooralsnog daarin niet-ontvankelijk zal verklaren.

P. H. v. Overijsel, v. 22 April 1844, W. n°. 496; R., dl. XIX, § 95; *Regt in Nederl.*, dl. IV, 128—130. — Cf. art. 159 B. R., sub n°. 5.

22. Eene gebeurtenis, posterieur aan het vonnis van den eersten rechter (in specie homologatie van een accoord na de ontzetting uit de voogdij wegens faillissement), kan bij de beoordeeling van de uitspraak des eersten rechters in hooger beroep, in geene aanmerking komen, noch daarop van invloed zijn.

P. H. v. Z.-Holland, v. 29 Mei 1844, R., dl. XX, § 85. — Cf. art. 437, al. 5 B. W., n°. 1, arrest van hetzelfde P. H. v. denzelfden datum; art. 348 B. R., vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 27 Juli 1841.

Zie ook navolgende uitspraak:

In eene vordering tot scheiding van tafel en bed ter zake van mishandelingen en grove beleedigingen, welke in eersten aanleg niet-ontvankelijk is verklaard op grond van daarop gevolgde verzoening, kan de eischer in hooger beroep niet worden toegelaten om beleedigingen of mishandelingen te bewijzen, welke na de verzoening zouden zijn gepleegd.

P. H. v. N.-Holland, v. 17 Jan. 1861, R. B. jg. 1862, dl. XII, bl. 680—685.

23. Indien de ingestelde eisch dezelfde is gebleven, kan in appèl een andere beslissende eed dan in eersten aanleg worden opgedragen, vermits in dit geval slechts een nieuw rechts- of bewijsmiddel wordt aangevoerd, bovendien de beslissende eed kan worden opgedragen in elken stand van het rechtsgeding en dus ook in appèl, wanneer zulks in eersten aanleg niet is geschied. Mitsdien staat het opdragen van eenen geheel anderen eed in hooger beroep dan die in eersten aanleg, volkomen gelijk met het geval, dat er ter eerste instantie geenerlei eedsdelatie hoegenaamd was geschied.

Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Oct. 1844, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 32—35.

24. De wet, niet bepaaldelijk de gevallen voorziende, waarin een rechtscollegie ten tweeden male geroepen kan worden om van een rechtsgeding kennis te nemen, moet geacht worden de meeste vrijheid aan partijen

te hebben gelaten, om hare sustenuën toe te lichten door alle die middelen, welke tot staving van haar recht kunnen strekken, met dat gevolg, dat, wanneer bij de cassatie van een arrest de zaak naar het P. H. wordt verwezen, om op de overige middelen van appèl te worden beslist, de appellant nog bevoegd is, andere dan de reeds voorgedragene bij te brengen en nadere bewijzen aan te voeren.

P. H. v. N.-Brabant, v. 9 Febr. 1847, W. n°. 818; R. B. jg. 1847, dl. IX, p. 606 sqq.

25. Indien de introductieve dagvaarding is gegrond op eene bestaande overeenkomst en tevens op eene onrechtmatige daad, dan kan de actie *de in rem verso* geen punt van onderzoek in hooger beroep uitmaken.

P. H. v. Overijsel, v. 21 Juni 1847, W. n°. 875.

26. Het moet gehouden worden voor het instellen van een nieuwen eisch, waarin men alzoo niet-ontvankelijk is, indien eene der partijen in eersten aanleg zeker incidenteel verzoek (in specie tot overlegging van stukken zonder meer, zoo als het door de wederpartij was gedaan) ingewilligd hebbende, dat verzoek door deze laatste op nieuw voor den hoogeren rechter, met veranderingen en uitbreidingen (namelijk de overlegging dier stukken in *forma probanti*, d. i. gezegeld en geregistreerd) wordt voorgedragen.

P. H. v. Zeeland, v. 4 April 1848, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 376 en 377, R., dl. XXIX, § 87; *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 355 en 356.

27. De gedaagden die ter eerste instantie hebben berust in het aanbod van het doen van rekening en verantwoording, mits de rekenplichtigen zouden worden veroordeeld in de daarop gevallene kosten van het geding, zijn, indien hun dit laatste wordt ontzegd en zij worden veroordeeld èn tot ontvangst van rekening èn tot betaling der kosten, in hooger beroep niet-ontvankelijk in hunne exceptieve verdediging, daarop nederkomende dat de gedaagden geene vordering hadden tot het opnemen van rekening, maar slechts tot betaling krachtens contract, — als leverende zulks niet op eene verdediging ten principale terwijl bovendien de exceptie in eersten aanleg is gedekt.

P. H. v. Friesland, v. 21 Juni 1848, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 513—520.

28. Het betwisten voor het eerst in hooger beroep der betrekking,

De exceptie van niet-ontvoegdheid van den Nederl. rechter ratione personae kan niet voor het eerst in hooger beroep worden opgeworpen. Er is daarbij niet sprake van openbare orde. Hof den Bosch 30 Juni 1903, W. n° 7960.

939 Het verweer, dat pp. (Art 348 zonder zijn overeengekomen, de zaak bij scheidsrechters aanhangig te maken, is een peremptoire exceptie, op dien grond te houden moet de bij art. 348 Rv. bepaalde wijze van verzaken, eene verd. ten princ. opleveren, zoodat: Hof Amsterdam 6 Mart. 1916, W. 10022.

waarin eene vordering is ingesteld, levert in *ieder geval* geene termen op tot niet ontvankelijkheid van het beroep zelf.

Arr.-R. Gorinchem, v. 30 Dec. 1848, W. n°. 1013; R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 562—566.

29. Indien een gecommitteerde met zijne mede-gecommitteerden in rechten is aangesproken en laatstgemelden na eenige litis-contestatie met den eischer buiten het geding zijn gesteld, alsdan is de overblijvende gecommitteerde welke daarin heeft toegestemd en verklaard de verantwoordelijkheid der zaak alleen op zich te nemen, niet gerechtigd daartegen in hooger beroep te komen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 31 Juli 1849, W. n°. 1053.

30. Indien de appellant het door hem in eersten aanleg gevoerd sustenu in appèl niet heeft volgehouden, alsdan ligt de beoordeeling van het bestreden vonnis op dat punt geheel buiten de cognitie van den hoogeren rechter.

P. H. v. N.-Holland, v. 17 Jan. 1850, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 90—93.

31. De gedaagden in eersten aanleg, die zich als grond van nietigheid eener gedane brandverzekering, heeft beroepen op de omstandigheid, dat door den verzekerde aan de roerende goederen, in de polis vermeld, eene andere bestemming is gegeven, dan aan de verzekeraars was bekend gemaakt, is ontvankelijk om in hooger beroep dit zijn beweren door nieuwe, hoezeer tot hetzelfde resultaat leidende, middelen van verwering ten principale te staven.

Tacite beslist bij arrest v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 17 Jan. 1850, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 90—93. — Cf. OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed. p. 25 sqq.

32. Men kan, niet-ontvankelijk verklaard zijnde wegens niet bewezen hoedanigheid, in hooger beroep door nieuwe middelen het bewijs leveren, dat men die hoedanigheid werkelijk bezit.

P. H. v. Gelderland, v. 30 Jan. 1850, R. B., jg. 1851, p. 145—161. — In gelijken zin is beslist bij vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Oct. 1853, R. B., jg. 1854, p. 144—146, dat men bij eene rechtsvordering tegen den eigenaar van een hond ter zake van schade door dit zijn dier toegebracht, in hooger beroep admissibel is tot het leveren van het bewijs van het feit, dat de beet is toegebracht door de eigene schuld des gewonden. — In gelijken zin OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed. p. 25, — Cf. art. 134 B. R., sub n°. 6.

Wanneer in eerste aanleg een verweer is gepasseerd omdat op grond daarvan was geconcludeerd tot onbevoegdverklaring van eisch in plaats van tot niet-ontvankelijkverklaring, kan dit verweer in hooger beroep als middel van niet-ontvankelijkheid voor het eerst worden aangevoerd: Hof den Haag 28 Juni 1900, W. n°. 7681.

33. In het algemeen is de rechter in appèl onbevoegd, over eenige zaak te oordeelen, als zij niet door middel van het appèl aan hem is onderworpen. Uit dien hoofde reeds mag de rechter in hooger beroep over geene nieuwe vordering in appèl oordeelen, dan die bij de wet is uitgezonderd, waartoe de garantie niet behoort.

Bovendien is de oproeping in vrijwaring, ten opzichte van den garant eene principale zaak, welke niet van eene eerste instantie mag worden beroofd.

P. H. v. N.-Holland, v. 23 Jan. 1851, W. n°. 1224; *Amsterd. Reglspr.* dl. I, p. 272—276; idem P. H. v. Drente, v. 15 Dec. 1866, W. n°. 2942, R. B., jg. 1868, p. 113. Anders P. H. v. Friesland, v. 23 Maart 1870, W. n°. 3281, waarbij is beslist, dat de eisch in vrijwaring voor het eerst in appèl kan geschieden, en dat ook de oorspronkelijk eischer, geïntimeerde daartoe de bevoegdheid heeft, wanneer de conclusie van eisch in appèl daartoe voor het eerst aanleiding geeft. — Cf. ten betooge dat, indien men in eerste instantie een termijn tot oproeping in vrijwaring heeft bekomen en daarvan geen gebruik gemaakt heeft, men dan niet meer in appèl in die vordering ontvankelijk is — art. 69 B. R., arrest van 't P. H. v. Utrecht, v. 10 Nov. 1845, sub n°. 2. — Vgl. ook DE MARTINI, ad art. 69, *r.* 3 en art. 73 B. R., *r.* 3 en het aldaar geciteerd arrest van 't Hoog Gerechtshof te 's Hage, v. 14 Mei 1819 (v. HAMELSVELD, *Gewijsden*, dl. IV, p. 89), volgens hetwelk eene vordering tot vrijwaring, te gelijk met de zaak ten principale ter eerste instantie ingesteld, ofschoon de zaak ten principale is beslist en partijen in dit vonnis berusten, evenwel nog een punt van onderzoek in appèl kan blijven, niettegenstaande de zaak ten principale, als in kracht van gewijsde gegaan zijnde, niet meer in hooger beroep kan worden gebracht.

34. Hij, die in eersten aanleg zelf den gedaagde voor den rechter heeft geroepen, kan niet diens niet-ontvankelijkheid in appèl beweren, op grond van een gebrek aan administratieve machtiging, welke hij, eischer, in eersten aanleg niet had geprovoceerd.

P. H. v. Friesland, v. 15 Sept. 1852, R. B., jg. 1853, p. 156—174. — Cf in gelijken zin art. 160 B. R., vonnis van de Arr.-R. Utrecht, v. 8 Oct. 1845 sqq., sub n°. 21.

35. Het (bij art. 1491 B. W. gegeven) wettelijk voorschrift, dat, wanneer er tot de nietigverklaring van eene verbintenis wordt geageerd, al de daartoe strekkende gronden te gelijk zullen moeten worden voorgedragen, zou geheel illusoir worden gemaakt, indien het mocht vrijstaan om, nadat één dier gronden bij den eersten rechter was voorgedragen, in appèl nog een tweeden, en daarvan geheel onderscheiden grond, die

Een conclusie tot vernietiging of nietigverklaring kan voor het eerst in hooger beroep worden gedaan, als in eerste instantie wel op de nietigheid der handeling een beroep was gedaan, maar verzuimd was tot nietigverklaring te concluderen. 941 Hof den Bosch 26 Jan. 1892, W. n° 6219. (Art. 348.

in de eerste instantie niet of niet in den behoorlijken vorm was voorgedragen, in het hooger beroep te mogen voorstellen.

P. H. v. Groningen, v. 22 Febr. 1853, R., dl. XLIV, § 91.

36. Het voor het eerst in hooger beroep opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid, dat de door den voorheen eischer, nu geïntimeerde ingestelde vordering zoude zijn buiten doel en belang, levert geene verdediging ten principale op, en kan mitsdien niet meer door den appellant worden voorgedragen.

P. H. v. Gelderland, v. 14 Oct. 1857, W. n°. 1951.

37. De verdediging, voor het eerst in hooger beroep aangevoerd, tegen een eisch tot terugbetaling van geleende gelden, dat de schuld niet zou zijn opvorderbaar bij gebreke van tijdige opzegging, levert wel grond op tot niet-ontvankelijk-verklaring van de ingestelde vordering, doch geene verdediging ten principale. Zij is in ieder geval eene nieuwe were van rechten, gedekt door de in eersten aanleg gevoerde verdediging, dat die gelden niet zijn verschuldigd.

P. H. v. Gelderland, v. 14 Oct. 1857, W. n°. 1934.

38. Volgens dit artikel kunnen door appellanten alleen nieuwe gronden voor een vroeger aangevoerd middel, geen nieuw middel van niet-ontvankelijkheid worden voorgesteld; veelmin een middel dat in eerste instantie is gedekt.

Mitsdien kunnen zij die in eersten aanleg hebben beweerd, dat zij als boekhouders waren in rechten geroepen, en zelfs bij hunne conclusie uitdrukkelijk hebben vermeld, dat zij in hunne gemelde kwaliteit waren gedaagden in het geding, op die houding en dat beweren in hooger beroep niet terugkomen.

P. H. v. Z.-Holland, v. 17 Mei 1858, W. n°. 1981; verg. met deze beslissing de conclusie van den proc.-gen. Mr. VAN GOENS, dd. 20 Juni 1859 voorafgaande aan arrest P. H. v. Overijsel, v. 19 Sept. 1859 in W. n°. 2228.

39. Wanneer in hooger beroep het ter eerste instantie gedaan aanbod van bewijs niet is herhaald, dan behoeft dit aanbod niet verder te worden onderzocht en beoordeeld.

P. H. v. Z.-Holland, v. 31 Oct. 1859, W. n°. 2112.

Exceptien (i.c. van gew. zaak) kunnen in hooger beroep als nieuwe weren worden ingebracht, mits de zaak alsdan verkeert in het zelfde stadium, als in eersten aanleg ten tijde van het antwoord, dus niet als een tusschenvonnis is gewezen, waarvan niet in hooger beroep is gekomen: Rb. Amsterdam 24 Oct. 1905, W. n° 8324.

40. Wanneer de appellanten hun in eersten aanleg gedane vordering hebben gewijzigd ten gevolge van het overlijden van een der gedaagden na het vonnis *a quo*, en er daardoor geene verandering is ontstaan in de rechtsbetrekking tusschen den anderen gedaagde en den appellant, kan er geene sprake zijn van eene nieuwe vordering.

P. H. v. N.-Holland, sine die W. n°. 2205.

41. De verwering — dat, bij onwil eener partij tot het verlijden eener noodzakelijke akte, de rechter wel ontbinding met schadevergoeding uitspreken kan, of wel veroordeeling tot het alsnog verlijden der akte met gepaste poenaliteiten voor het geval van niet-voldoening daaraan, doch geenszins onmiddellijk een vonnis geven kan, dat der plaats der bedoelde akte vervangen zoude — kan, ofschoon in eersten aanleg door den geïntimeerde niet te berde gebracht, nog in hooger beroep worden voorgedragen, omdat zij daartoe strekt, dat de ingestelde vordering niet voor toewijzing vatbaar is, en alzoo behelst eene verdediging ten principale.

P. H. v. N.-Holland, v. 6 Juni 1861, W. n°. 2301.

42. Wanneer de eischer in eersten aanleg verzuimd heeft in de dagvaarding de omstandigheden te relateeren waaruit volgens art. 314 B. Rv. de bevoegdheid van den rechter *a quo* volgt, kan hij dat verzuim in hooger beroep nog aanvullen.

Arr.R. Assen, v. 28 Juni 1861, W. n°. 2338.

43. De exceptie van nietigheid der dagvaarding kan niet voor het eerst in hooger beroep worden voorgesteld.

Arr.-R. Sneek, v. 8 Jan. 1862, R. B., jg. 1862, dl. XII, bl. 544—546, waarbij nog beslist werd dat waar die exceptie niet is voorgesteld, de rechter ze niet onderzoeken mag.

44. De oorspronkelijk eischer kan ook nieuwe weren van rechten inbrengen ten aanzien van een opgeworpen exceptie van verjaring, vermits hij tegen die exceptie als verweerder is aan te merken.

Arr.-R. Amsterdam, v. 25 Nov. 1863, R. B. jg. 1865, p. 371.

45 Het middel van verdediging, daarin bestaande dat eene rauactie tot schadevergoeding zonder voorafgaande ontbinding der bilaterale

overeenkomst, door de wet wordt gewraakt, is niet eene exceptieve verdediging, maar eene judidieke defensie au fond, althans eene zoogenaamde peremptoire exceptie, die met eene verdediging au fond wordt gelijkgesteld, zoodat de appellant bevoegd is dit middel voor het eerst in appèl op te werpen.

Arr.-R. Amsterdam, van 17 Oct. 1865, W. n°. 2756.

16. Een rechtsmiddel, *in casu* de exceptie van gewijsde zaak, door den gedaagde ter eerster instantie voorgesteld, doch bij vonnis verworpen, kan in hooger beroep niet als eene *nieuwe were* worden voorgesteld.

P. H. v. Overijsel, v. 26 Juni 1865, W. n°. 2822, R. B., jg. 1866, p. 725, waarbij nog bovendien werd beslist dat genoemde exceptie, als kunnende alléén voor of met het antwoord ten principale worden voorgesteld, in appèl als gedekt moet worden beschouwd.

17. Wanneer de oorspronkelijk verweerder zich alleen bepaald heeft tot het verdedigen van zijn aangenomen stelling door overlegging van nieuwe stukken in appèl zonder nieuwe weren van rechten is niet art. 348 maar alleen art. 56 B. R., van toepassing.

P. H. v. Gelderland, v. 22 Juni 1865, R. B., jg. 1865, p. 629.

18. Het beweren dat eene in mora-stelling had moeten geschieden levert eene verdediging ten principale op, welke echter *in casu* is gedekt door een interlocutoir tot getuigenverhoor, tot welks uitvoering appellant heeft medegewerkt, en waarvan hij niet heeft geappelleerd, terwijl dat bevolen getuigenverhoor betreft feiten, welke niet als afdoende hadden kunnen beschouwd worden, indien werkelijk de toewijzing der vordering van een ingebrekestelling afhankelijk ware.

P. H. v. Groningen, v. 26 Sept. 1865, R. B. jg. 1867, blz. 47; idem ten aanzien van de beslissing, dat de bewering, dat in verzuimstelling had behooren voorafgegaan eene verdediging ten principale oplevert. P. H. v. Drente, v. 11 Maart 1865, W. n°. 2797.

19. Het beweren, dat de eischer ontbinding vragende met terugkeer van het verkochte in zijn vrijen eigendom, tevens zich had moeten bereid verklaren het genotene terug te geven, levert eene verdediging ten principale op.

P. H. v. Groningen, v. 26 Sept. 1865, R. B., jg. 1867, p. 47.

50. Het beweren, dat art. 456 B. R. niet van dadelijke toepassing is bij een conservatoir beslag onder derden, mag door geïntimeerden in hooger beroep voor het eerst worden aangevoerd, als opleverende eene verdediging ten principale, die *in casu* in het geding ter eerster instantie niet door eenige daarmede strijdige toestemming of erkentenis was gedekt.

P. H. v. Z.-Holland, v. 25 Maart 1867, W. n°. 2903.

51. In hooger beroep kan de uitvoerbaar-verklaring bij lijfsdwang niet worden gevorderd, indien zulks niet in eerste instantie was gevraagd.

P. H. v. N.-Holland, v. 25 Juni 1868, W. n°. 3051.

52. Daar het den oorspronkelijk verweerder bij deze wetsbepaling uitdrukkelijk is vergund in hooger beroep nieuwe weren van rechten in te brengen, moet het aan den oorspronkelijk eischer evenzeer geoorloofd zijn, de rechten, welke voor hem uit die nieuwe weren geboren worden, wederkeerig te laten gelden.

P. H. v. Friesland, v. 23 Maart 1870, W. n°. 3281.

53. Art. 348, n°. 2 B. R., laat slechts nieuwen eisch tot schade in appèl toe, wanneer nieuwe elementen van schade sedert het vonnis *a quo* zijn bijgekomen, maar niet, wanneer die nieuwe eisch moest strekken ter vermeerdering van het gevorderde cijfer van schadevergoeding, wanneer dit door den langen duur van het proces ontoereikend is geworden.

P. H. v. N.-Holland, v. 17 Maart 1870, W. n°. 3213.

54. Het beweren, als zoude de introductieve dagvaarding bevatten eene verboden *cumulatio actionum* is een middel van niet-ontvankelijkheid, hetwelk in eerste instantie niet voorgesteld, in hooger beroep niet meer kan worden opgeworpen, als geene verdediging ten principale opleverende.

P. H. v. Gelderland, v. 14 Dec. 1870, W. n°. 3337.

55. De gedaagde die in eerste instantie in het bewijs van zijn bevrijding is tekort geschoten, mag zich voor het eerst in hooger beroep op de onsplitsbaarheid zijner bekentenis beroepen.

P. H. v. Limburg, v. 27 Dec. 1870, W. 3403.

56. Het tegenwerpen van de voorschriften van artt. 176—198 levert geen nieuwe weer van rechten op.

P. H. v. N.-Holland, v. 4 Juni 1871. R. B., jg. 1872, dl. XXII, p. 37 sqq., ook aangehaald sub art. 176 B. R., sub n°. 5.

57. De door den appellant aangevoerde bewering, die strekt om te doen zien dat het vonnis *a quo* op een onjuisten grond berust, omdat de door den rechter als arbitrale uitspraak vernietigde akte niet dat karakter zou hebben, behelst een rechtsgrond of eene weer van rechten, die een verdediging ten principale oplevert, die *in casu* niet is gedekt.

P. H. v. Groningen, v. 12 Sept. 1871. R. B., jg. 1872, dl. XXII, p. 595.

58. De exceptie *plurium litis consortium* is geenszins een peremptoir middel van niet-ontvankelijkheid en kan dus niet voor het eerst in hooger beroep worden geopperd.

P. H. v. Gelderland, v. 18 Dec. 1872. R. B., jg. 1874, dl. XXIV, p. 109. Bij datzelfde arrest werd het tegendeel beslist ten opzichte van de exceptie «*tibi non competit haec actio*».

59. De appellant mag, voor het eerst in appèl als nieuwe weren van rechten, zich beroepen op eene dading, die, vóór de uitspraak van het vonnis *a quo*, is tot stand gebracht.

P. H. v. N.-Brabant, v. 21 Oct. 1873, W. n°. 3669.

60. De vraag, of de vorm van een bevelschrift van den voorzitter der Rechtbank tot het dagvaarden in kort geding geldig is; kan niet voor het eerst in appèl worden opgeworpen.

Gerechtshof Amsterdam, v. 17 Febr. 1876, W. n°. 3965.

61. De verdediging dat de vordering niet-ontvankelijk is, omdat zij strekt tot ontbinding van een gedeelte van eene één geheel betreffende overeenkomst, is eene defensie ten principale.

Hof Arnhem, v. 17 Oct. 1877, W. n°. 4202.

62. De bewering dat de schuldenaar, die ontslag uit de gijzeling met schadevergoeding vordert, geene schade heeft geleden, betreft eene verdediging ten principale, die voor het eerst in appèl kan worden gevoerd.

Hof Leeuwarden, v. 29 Jan. 1877, W. n°. 4135, ook vermeld sub art. 600, n°. 1 B. R.

63. Al heeft men zich bij de verdediging tegen eene actie tot schadevergoeding wegens het niet laten volgen van verschuldigde tienden, in eerste instantie niet voorbehouden het recht om de tiendplichtigheid zijner gronden te betwisten, zoo staat die betwisting den geïntimeerde toch vrij, als zijnde eene nieuwe weer van rechten ten principale.

Hof 's Bosch. v. 18 Febr. 1878, W. n°. 4356, conf. concl. Proc.-Gen. te vinden in W. n°. 4360.

64. In hooger beroep kan de toepasselijkheid van het middel van lijfsdwang niet voor het eerst worden bestreden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 11 Juni 1878. R. B., jg. 1879, *A*, p. 44.

65. Wanneer de toen gedaagde geopposeerde nu appellant voor het eerst in appèl als verwering tegen den eisch tot opheffing van het door hem gelegd beslag aanvoert dat hij, die den nu geïntimeerde ter zake van zijn gevoerd beheer als secretaris en penningmeester der buurtschap Wissel kwiteerde en dechargeerde, daartoe was onbevoegd en niet gerechtigd, levert deze verwering eene verdediging ten principale op, die niet kan geacht worden in het geding ter eerster instantie te zijn gedekt.

Hof Arnhem, v. 16 October 1878, W. n°. 4341.

66. Vermits de strekking van de zoogenoemde exceptie van minderjarigheid is om de ingestelde vordering geheel en al te doen afwijzen levert zij in zooverre in den zin van dit artikel eene verdediging ten principale op en kan derhalve voor het eerst in hooger beroep worden voorgesteld, wanneer ze in eerste instantie niet gedekt is.

Arr-R. 's-Gravenhage, v. 27 Juni 1879, W. n°. 4412, R. B., jg. 1880, *A*, p. 41, waarbij nog beslist werd dat van het gedekt zijn *in casu* geen sprake kan zijn, daar de minderjarige zelf van de exceptie der minderjarigheid noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend afstand kan doen, en de vader in eersten aanleg niet in het geding was geweest.

Verg. navolgende beslissing:

Een middel van niet-ontvankelijkheid, daarop gegrond dat een der geïntimeerden, oorspronkelijk mede-gedaagden niet *sui juris* is, maar

onder curateele is gesteld, en dus zijn curator qq. had moeten gedagvaard worden, kan voor het eerst in appèl worden opgeworpen.

Hof 's-Hertogenbosch, v. 26 April 1881, W. n°. 4703, R. B., jg. 1881, A, p. 192, waarbij nog werd beslist dat dat middel niet kan opgaan, wanneer intusschen vóór de dagvaarding in appèl, de curateele is opgeheven en de vroegere curandus zelf geen beroep doet op zijne vroegere onbekwaamheid.

67. De bewering dat men ten onrechte in privé is gedagvaard, is geen diskwalificatoire exceptie, maar levert niettemin een den grond der vordering betreffend middel van niet-ontvankelijkheid op, dat mitsdien voor het eerst in hooger beroep kan worden voorgesteld.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 8 Mei 1879, W. n°. 4441.

68. Wanneer in eersten aanleg verzuimd zijn op te geven de daadzaken waarin het geposeerde verborgen gebrek zou bestaan, kan dit verzuim in appèl niet meer worden hersteld, daar het aanvoeren van zoodanige nieuwe feiten niet tot bewijs maar als grondslag der vordering strekkende, als een nieuwe eisch moet worden aangemerkt.

Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Juni 1880, B. B., jg. 1882, A, p. 103; W. n°. 4605.

69. De bewering dat zekere bepalingen der huwelijksche voorwaarden niet tegen derden kunnen werken, omdat niet de lijst der roerende goederen daarin vermeld, ter griffie is ingeschreven, is een verdediging ten principale bij een verzet tegen den executorialen verkoop.

Hof Arnhem, v. 9 (19) Maart 1881, W. n°. 4640 en 4653.

70. Betwisting van in mora te zijn gesteld is eene verdediging ten principale tegen de actie tot ontbinding met schadevergoeding.

Hof 's-Gravenhage, v. 15 Jan. 1883, W. 4946.

71. In hooger beroep kan worden hersteld het verzuim van den gedaagde in eersten aanleg om de conclusie, waarbij een eedsopdracht werd aangenomen, te onderteekenen.

Hof Amsterdam, v. 19 Oct. 1883, W. n°. 4995.

72. De bewering dat eene opgedragen eed niet beslissend is, is niet gedekt, al heeft men zich in eerste instantie omtrent deze vraag aan het oordeel des rechters gerefereerd.

Art. 348 al. 2 is van toepassing in het geding (op verzoekschrift) volgens de merkenwet: Cass. R. 25 Juli 1911, W. nº 9250.

Arr.-R. Utrecht. v. 9 Jan. 1884, W. n°. 4980. ook aangeh. bij art. 334 B. R.

73. Zie ten betooge:

a. Dat een verhoor op vraagpunten, zelfs voor het eerst, in hooger beroep kan worden gevorderd —

art. 237 B. R., arr. van 't P. H. v. Holland, v. 31 Maart 1841 sqq., sub n°. 19.

b. Dat, wanneer eene der partijen tot staving van hare vordering, andere stukken in hooger beroep wil doen gelden, dan waarvan zij zich in eersten aanleg heeft bediend, zij in dat geval van dat recht niet anders dan ten haren koste kan gebruik maken —

art. 133 B. R., arr. van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 4 Jan. 1842, sub n°. 2.

c. Dat, indien geïntimeerden voor het eerst in hooger beroep nieuwe weren van rechten hebben aangevoerd, welke zij reeds in eersten aanleg hadden kunnen inroepen, alsdan art. 348 B. R. termen oplevert om, wanneer de hoogere rechter zich met die weren vereenigt, de kosten te compenseren tot op het voordragen daarvan gevallen, zelfs dan wanneer in appèl niet zijn onderzocht de middelen van verdediging, bij den eersten rechter aangevoerd —

art. 56 B. R., arrest van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 5 April 1843, vermeld op sub *B*, n°. 18, bestreden door DE PINTO, *Holl., B. R.*, dl. II, 1, p. 444, 2de ed. p. 494.

d. Dat er ook in cas van interventie geene redenen bestaan, om, wanneer de hoofdzaak nog niet in staat van wijzen is en partijen zich eenig en alleen bepalen tot het tusschengeschil over de bevoegdheid van den requirant tot interventie, van de algemeene stelregels, dat men ook in hooger beroep nadere bewijzen mag bijbrengen, af te wijken —

art. 286 B. R., arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 28 Mei 1846, sub n°. 5.

e. Dat de rechter in hooger beroep verplicht is zich uitsluitend te bepalen tot het geschilpunt, hetwelk de partijen zelve in eersten aanleg aan het rechterlijk oordeel hebben onderworpen —

art. 48 B. R., arrest van 8 Jan. 1847, sub. nº. 8.

Te weer van niet-ontvankelijkheid der vordering is gedekt, als de ged. in eerste aanleg haar op deze zelfde grond had kunnen aanvoeren, ook niet aangevoerd heeft. De exceptie v. niet-ontvankelijkheid mishdien in appel niet-ontvankelijk. Verf. den Haag 30 Mei 1892, W. n° 6220.

f Dat de bevoegdheid, bij art 134 B. R. aan een eischer gegeven, om zijn eisch bij conclusie te wijzigen of te verminderen, niet alleen is toegestaan in eersten aanleg, maar zich ook tot het hooger beroep uitstrekt —

art. 134 B. R., arrest van 't P. H. v. Drente, v. 8 April 1848, sub n°. 35.

g. Dat ook in hooger beroep het onderwerp van den eisch niet wordt veranderd, indien de *vordering zelve op een anderen grond* is gevestigd —

art 134 B. R., arrest van 12 April 1850 sqq., sub n°. 6.

h. Dat de beslissing, of een in hooger beroep gedane eisch in zich bevat eene nieuwe of andere en vermeerderde vordering, dan die in eersten aanleg was gedaan, is *facti* —

art. 99 R. Org., arrest v. 3 April 1846 sqq., sub *B*, n°. 29, dl. II, p. 31, 2de ed. — Idem, ten aanzien van het onderwerp van den eisch — bij arrest van 12 April 1850, v. D. H., *G. Z.*, dl. X, p. 181—197; W. n°. 1115; R., dl. XXXV, § 44. Verg. ook arr. v. 20 Juni 1856, W. n°. 1761, R., dl. LIII, § 43, (vermeld sub n°. 7) waarbij werd beslist dat eene beslissing, gegrond op eene opvatting der in dit artikel voorkomende uitdrukking: «mits niet gedekt in het geding ter eerster instantie» niet eene feitelijke is.

Zie over de beteekenis der uitdrukking: »mits niet gedekt in het geding ter eerste instantie", navolgende beslissingen:

Het gedekt zijn van een middel van verdediging kan geen andere beteekenis hebben, dan dat de verweerder daarvan uitdrukkelijk of ook stilzwijgend heeft afgezien.

Arr. v. 9 April 1875, W. n°. 3841; R., dl. CIX, § 33; v. D. H., *B. B.*, dl. XL, p. 212—221; (in overeenstemming met de conclusie van adv.-gen. SMITS); waarbij werd beslist dat onder het *stilzwijgend* afzien begrepen zijn alle handelingen, medebrengende de ongetwijfelde erkenning van datgene, wat bij het nieuwe middel wordt betwist, en volstrekt onbestaanbaar is met de verdediging. *In casu* gold het, het inroepen van de nietigheid eener overeenkomst in appèl, terwijl hare rechtsgeldigheid in eersten aanleg tusschen partijen vaststond. Verg. ook hiermede in verband, arresten P. H. v. Overijsel, v. 24 Juni 1844 en v. 21 Oct. 1867 bij Mr. HERTZVELD, ut supra, resp. blz. 20 en 80.

Vergelijk in denzelfden zin, arrest van 13 Maart 1857, W. n°. 1836, R., dl. LV, § 40; v. D. H., *B. B.*, dl. XXI, p. 168—182; conf. concl. Openb. Min. voorafgaande aan arrest van 12 Maart 1863, R., dl. LXXIII, § 44; v. D. H., *B. B.*, dl. XXVII, p. 312—324. Zie ook het hierboven

Verg. Hof te Amsterdam, 26 Oct. 1888, W. n°. 5637. Hof den Bosch 17 Mei 1892 W. n°. 6212.

Eene verdediging, in hooger beroep gevoerd, is niet gedekt in eersten aanleg, indien in deze aanleg de stelling ~~het feit~~, waarlegen de verdediging is gericht, niet is weersproken, omdat niet-tegenspraak niet is een erkenning: Hr. Raad Zaandam 8 Mei 1906, W. n°. 8406.

aangehaald arrest van 20 Juni 1856, ten betooge dat om eene nieuwe were voor gedekt te houden, het niet genoeg is dat de oorspronkelijk verweerder deze in eersten aanleg had kunnen doen gelden, maar dat hij er van moet hebben afgezien.

Zie ook het sub hoc artikel gemeld arrest P. H. v. Gelderland, v. 18 Dec. 1872. cf. Arr.-R. Groningen, v. 7 Maart 1879, W. n°. 4414 en arrest P. H. v. N.-Holland, v. 27 Juni 1861, W. n°. 2313 ook vermeld sub hoc artikel n°. 11, waarbij werd beslist dat een middel van verwering alleen dan gedekt is, wanneer daarvan òf uitdrukkelijk òf met de daad is afgezien. Verg. Arr.-R. Amsterdam, v. 5 Oct. 1869, W. n°. 3176, waarbij is beslist, dat de oorspronkelijk verweerder, aan wien op de door hem in eersten aanleg aangevoerde gronden zijne conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring is toegewezen en die in hooger beroep tot bevestiging van het vonnis heeft geconcludeerd, niet bevoegd is om in appèl nog een *geheel nieuw* middel van niet-ontvankelijkheid te doen gelden, daar dit geacht moet worden te zijn gedekt. Zie ook concl. van Mr. GREGORY, W. n°. 4985.

i. Dat de compensatie, ofschoon in eersten aanleg niet voorgesteld, tot de nieuwe weren van rechten behoort, die de gedaagde in hooger beroep voor het eerst mag opwerpen —

DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 1, p. 443, 2de ed., p. 492; OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed. p. 241; anders bij DE MARTINI, ad art., die echter ten deze reconventie en compensatie op ééne lijn plaatst. Cf. v. D. H., *Hdl.*, p. 395.

j. Dat wanneer er een nieuwe eisch gedaan wordt en de tegenpartij, zonder het verbod, bij art. 348 B. W. vermeld, in te roepen, daarop antwoordt, alsdan de rechter den nieuwen eisch moet onderzoeken en daarop recht doen —

DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 1, p. 439, 2de ed. p. 488. — Vgl. hiermede PENNING, ad art., die zich, met het oog op art. 157 B. R., met het gevoelen vereenigt, indien het appèl is gebracht bij de Rechtbank, maar niet indien het appèl is ingesteld voor het Prov. Hof, o. a. op grond, dat eene *stilzwijgende* prorogatie van rechtspraak aan 't P. H. niet bestaat.

Vergelijk navolgende beslissing:

Waar de rechter in appèl van meening is, dat de in eersten aanleg gedane vordering in hooger beroep is verwisseld met eene andere vordering, behoort hij zelfs ambtshalve die nieuwe vordering voorbij te gaan.

Arr. v. 19 Juni 1857, W. n°. 1863; R., dl. LVI, § 35; ook vermeld sub art. 134 B. R. Verg. aant. 4 van art. 134 B. R.

24. Zie omtrent de vraag, of de niet-ontvankelijkheid op grond van het niet in acht nemen van de termijnen, vermeld in artt. 83 en 84 B. R., nog in appèl kan worden voorgesteld, indien zij niet reeds in eersten aanleg was opgeworpen —

het sub art. 83 B. R., n°. 2, arrest v. 14 Mei 1852, vermeld vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 21 Sept. 1841.

Zie ten betooge dat de exceptie van gewijsde zaak behoort tot „de nieuwe weren van rechten, welke eene verdediging ten principale opleveren, die de verweerder in hooger beroep voor het eerst kan inbrengen".

de conclusie van Mr. H. J. KIST in W. n°. 3807 in de zaak, beslist door Arr.-R. Amsterdam, v. 13 Oct. 1873.

Een vonnis is een onderdeelbaar geheel; hoger beroep gericht alleen tegen de beslissing over eene nevenvordering schort de executie van het geheele vonnis, spec. waar het geldt een vonnis van veroordeeling

Art. 350.

1. Een der gevolgen van de schorsende kracht van het appèl is, dat wanneer een vonnis in hooger beroep wordt bevestigd, de bij die bekrachtigde uitspraak bepaalde termijnen *ipso jure* op nieuw beginnen te loopen.

Arr. v. 30 Oct. 1873, R., dl. CV, § 17.

Rb. Rotterdam 26 Apr. 1895 (J. n° 6682. Gem. Hof den Haag 24 Jn. n° 1895, P. Jr. 1895 n° 65.

2. De bepaling in het arrest, in appèl gewezen, dat eene nadere aanwijzing van een dag voor het getuigenverhoor aan den eersten rechter moet worden gevraagd, *schorst* de procedure bij den eersten rechter niet, maar geeft alleen aan de meest gereede partij de bevoegdheid, om eene aanvrage te doen tot bepaling van dien dag, zoodat de eischer zich wel kan verzetten tegen de voortzetting van het geding zonder die aanvrage, maar niet kan vragen schorsing van het geding.

Arr. v. 5 Nov. 1880, W. n°. 4574; v. D. H., *B. R.*, dl. XLV, bl. 323—327.

3. Door het hooger beroep wordt de executie van een vonnis eenvoudig geschorst, niet gestaakt, zoodat bij de bevestiging van het vonnis *a quo*, de executie niet op nieuw met een bevel tot betaling behoeft te beginnen, maar op het vroeger gegeven bevel wordt voortgezet.

Arr.-R. Groningen, v. 14 Juni 1845, R. B., dl. VII, p. 687; idem OUDEMAN, dl. II, 4de ed., p. 30.

Ook een niet geldig ingesteld hooger beroep heeft schorsende kracht. Aan doorhaling zijn de zelfde rechtsgevolgen niet verbonden; doorhaling van het hooger beroep doet de schorsende kracht daarvan dus niet vervallen. Rb. Maastricht 8 Juli 1900, W. n° 8955.

Indien een vonnis, voor zoveel de beslissing op de reconventie betreft, is geappelleerd, is de tenuitvoerlegging van dit vonnis voor wat de proceskosten die op de reconventie gevallen, zijn gegrepen. Rb. den Haag 30 Jan. 1914 W. n° 9418.

Art. 350.)

952

1. Wanneer een vonnis is verklaard uitvoerbaar bij voorraad, mits stellende zekerheid, en de wederpartij in hooger beroep is gekomen, dan kan de executie niet geschieden, alvorens de *cautie* gesteld zij, daar deze is de voorwaarde, waaronder het vonnis uitvoerbaar bij voorraad is verklaard.

Ten uitvoerlegging van een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis, niettegenstaande verzet, is een onwettig middel indien de verzetting op dat verzet wordt ontzegd: Hof Leeuwarden 1 Mei 1912, W. n° 9397.

Arr.-R. Amsterdam, v. 14 Nov. 1855, R. B., jg. 1856, bl. 278—279.

5. De schorsende kracht van het appèl heeft ten gevolge, dat de appellant, die krachtens het vonnis van den eersten rechter is gegijzeld, weder moet worden in vrijheid gesteld.

P. H. v. Groningen, v. 11 Dec. 1866, W. n°. 2897, waarbij nog werd overwogen dat de bepalingen der artt. 596 B. Rv. en 888 W. v. K. niet kunnen derogeeren aan de bij dit artikel vastgestelde schorsende kracht.

Zie daarentegen ten betooge:

dat als de schuldenaar vóór de onderteekening van de acte van ingevangenisstelling niet heeft geappelleerd, het later ingestelde appèl van geen invloed kan zijn op de gijzeling, omdat dan de tenuitvoerlegging voltooid, het appèl niet meer bestaanbaar, en er dan niet eene loopende executie aanwezig is, welke nochtans voor schorsing noodzakelijk is, —

Mr. B. Cohen, in *Opm. en Med.*, dl. XVII, blz. 193 vlgg. Schrijver betoogt verder dat, wanneer de schuldenaar zich niet verzet heeft tegen de gijzeling, hij geacht moet worden in het vonnis te hebben berust, met dat gevolg dat de akte van appèl daarna uitgebracht hare suspensieve kracht heeft verloren, en zij geen invloed meer uitoefent op de executie. Eindelijk zegt schrijver, dat wanneer het ingesteld appèl invloed had op den toestand van gijzeling, waarin de schuldenaar zich bevindt, die invloed zich zou openbaren in ontslag uit de gijzeling, waarvan het gevolg zou zijn dat het hooger beroep in dit geval het beslag *niet schorste* maar *opheef*.

Art. 351.

Incidenteel appel is niet noodig; eene incidentele conclusie volgende Hof den Haag 16 Nov. 1896, W. n° 6902.

1. De vordering tot voorloopige tenuitvoerlegging, in eersten aanleg ontzegd, kan wel in appèl, conform art. 351 B. R., summierlijk ten dage der eerste terechtzitting worden ingesteld, ten einde die terstond te verkrijgen, doch niets kan beletten die bij de conclusie te vorderen, ten einde daarop bij het definitief gewijsde uitspraak te erlangen.

Arr. v. 8 Dec. 1848, W. n°. 983; R., dl. XXXII, § 27; v. d. H., *B. R.*, dl. X, p. 161—175.

Verg. Arr. v. 20 Mei 1897, W. n° 5440. De voorlopige tenuitvoerlegging mag door beroep niet, in hooger beroep, op de eerste terechtzitting gevraagd te worden.

F Anders bij arr. H. R. 20 Mei 1887, W. 5440. De uitvoerbaarverklaring bij voorraad kan voor het eerst in hooger beroep gevraagd worden, mits dat de daartoe strekkende vordering niet in een apart beroep tegen het vonnis a quo in strijd met een verboden nieuwe eisch, maar een zich bij voorraad in appel gedaan volgen

art. 348 3° Rv.

2. De bevoegdheid, om een eisch of verzoek te doen tot staking der voorloopige tenuitvoerlegging van een vonnis, wanneer zoodanige tenuitvoerlegging buiten de gevallen, bij de wet voorzien, is bevolen, is niet aan hen gegeven, die van het vonnis niet hebben geappelleerd.

Hof v. Holland, v. 25 Sept. 1839, R., dl. VI, § 59.

3. Art. 351 B. R kan alleen (*in casu* in een der gevallen, voorzien bij art. 53 B. R.) toepassing vinden, wanneer de tenuitvoerlegging bij voorraad door den eischer voor den eersten rechter is gevorderd geweest. Mitsdien kan de executie bij provisie van een vonnis niet voor het eerst in appèl worden gevorderd.

Arr.-R. 's Bosch, v. 26 Juni 1850, W. n°. 1308; — F anders (bij arrest P. H. v. Zeeland, v. 15 April 1862, W. n°. 2368, R. B., jg. 1864, dl. XIV, blz. 117—130, waarbij ook werd beslist dat om in die vordering ontvankelijk te zijn slechts twee omstandigheden vereischt worden, 1°. dat de tenuitvoerlegging een geval betreft, waarbij ze door de wet is toegelaten en 2°. dat ze *niet* door den eersten rechter is bevolen; idem Hof Amsterdam, van 18 April 1879, R. B., jg. 1880, *A*, p. 153; idem de conclusie van den adv.-gen. GREGORY voorafgaande aan het arr. Hof 's Hage, v. 16 Mei 1881, in R. B., jg. 1881, *A*, p. 215 sqq., waar het gold een der gevallen voorzien bij art. 52 B. R. en voorts implicte bij dat arrest zelf t. a. p.; vervolgens bij OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed. p. 30, (die tevens, met aanhaling der auteuren, doet opmerken, dat onder de Fransche wetgeving verschillend over dit rechtspunt werd gedacht); idem DE PINTO, *Hdl.*, dl. II, 1, p. 155, 2de ed., p. 160; — anders PENNING, ad artikel.

Vide Hof Amsterdam 21 Febr. 1896 B. n° 0775. 29 Sept. 1911, C. no 9300.

4. Een geheel ander geval, dan bij dit artikel bedoeld, bestaat, indien bij het vonnis des eersten rechters, waarbij bevolen wordt zekerheid te stellen, alleen verzuimd is den termijn te bepalen, binnen welken de bevolen zekerheid moet worden aangenomen of betwist. In dat geval behoort dit verzuim hersteld te worden niet door den rechter, bij wien de zaak in hooger beroep is aangebracht, maar door den rechter, die het vonnis gewezen heeft, op verzoek van de belanghebbende partij.

P. H. v. N.-Holland, v. 6 Maart 1856, R. B., jg. 1856, bl. 276—277.

5. Zie omtrent de vraag of de voorloopige ten-uitvoer-legging bij het vonnis moet worden bevolen, indien het is gewezen uit krachte van een authentieken titel —

art. 52 B. R., arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 15 Jan. 1854, sub n°. 13.

Art. 352.

1. Wat er ook zij van het beweren, dat geene voorloopige ten-uitvoer-legging van een vonnis mag worden bevolen, indien dit niet is gevraagd, is, wanneer de rechter zulks gedaan heeft, de veroordeelde partij niet bevoegd, om van het Hof, ingevolge art. 352 B. R., bij eene eenvoudige akte, verbod van executie te vragen, vermits dan alleen de executie van zoodanig vonnis, ingevolge de bepaling van art. 352 B. R kan worden gestaakt, wanneer die ten-uitvoer-legging buiten de gevallen, bij de wet voorzien, is bevolen.

P. H. v. N.-Holland, v. 16 Maart 1840, W. n°. 85. — In gelijken zin, met een beroep op CARRÉ, *Qu.*, 1666, door DE PINTO, *Hdl.*, II, 1. p. 156, 2de ed. p. 167.

2. In het geval van dagvaarding op korten termijn, bedoeld bij art. 352 B. R., is (bij niet-comparitie van sommige geïntimeerden) de bepaling van art. 79 B. R. toepasselijk.

P. H. v. N.-Holland, v. 1 Aug. 1844, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 713.

3. De zin en strekking van art. 352 B. R. is geen andere, dan dat, wanneer buiten de gevallen, bij de wet voorzien, de provisioneele ten-uitvoer-legging van een vonnis is bevolen, de succumbant bevoegd is, ter voorkoming van schade en kosten, te vorderen, dat aan dit bevel geen gevolg worde gegeven, zonder dat het noodig zij, dat werkelijk reeds met de uitvoering een aanvang zij gemaakt, daar dit bereids een onherstelbaar nadeel zou kunnen toebrengen.

P. H. v. Gelderland, v. 28 Jan. 1846, W. n°. 860; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 486—489; idem P. H. v. Overijsel, v. 1 Mei 1865, W. n°. 2849, en de daaraan voorafgaande conclusie van het Openb. Ministerie te vinden in haar geheel in W. n°. 2677.

4. De naar aanleiding van art. 352 B. R. door den rechter in appèl te beantwoorden vraag, of de provisioneele ten-uitvoer-legging van het vonnis *a quo* al dan niet is bevolen buiten de gevallen, bij de wet voorzien, moet beantwoord worden, afgescheiden van alle onderzoek der zaak ten principale.

P. H. v. N.-Holland, v. 29 April 1847, W. n°. 902; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 169 en 170. — Cf. P. H. v. Z.-Holland, v. 2 Dec. 1857, W. n° 2049, ten aanzien van het onderzoek naar den uitgesproken lijfsdwang.

5. Wanneer buiten de gevallen, bij de wet voorzien, de provisioneele ten-uitvoer-legging van een vonnis zonder borgtocht is bevolen, is de rechter in hooger beroep, bij de schorsing dier provisioneele ten-uitvoer-legging, tevens op nieuw rechtdoende, gerechtigd om, indien er eene erkentenis van schuld bestaat, de uitvoerbaar-verklaring bij voorraad onder borgtocht of aanwijzing van voldoende zekerheid te bevelen.

P. H. v. N.-Holland, v. 15 Juli 1851, W. n°. 1263.

Vergelijk ook navolgende beslissing:

Wanneer volgens dit artikel de appellanten verzoek kunnen doen tot staking van de executie, indien buiten de gevallen, bij de wet bevolen, de provisioneele ten-uitvoer-legging van een vonnis is gelast, dan kan *ex analogia* aan dezelfde appellanten de bevoegdheid niet worden ontzegd om voor de provisie, in de gevallen, bij de wet bepaald, bij de executie het stellen van zekerheid te vorderen, en in zooverre wijziging te vragen van het vonnis des eersten rechters, waarbij, in strijd met de wet, het stellen van zekerheid niet was gelast.

P. H. v. Gelderland, v. 13 Juni 1860, W. n°. 2195; anders in het geval dat de rechter *a quo* geen zekerheid heeft bevolen bij de toepassing van art. 52 B. Rv., Arr.-R. Amsterdam, v. 5 Dec. 1879, R. B., jg. 1880, A, p. 338. — Cf. art. 52 B. R., arrest van denzelfden datum, sub n°. 10.

6. De termijnen van art. 10 B. R. kunnen nooit worden verkort; mitsdien ook niet in cas van dit artikel.

P. H. v. Z.-Holland, v. 2 Nov. 1857, W. n°. 2049, ook vermeld sub art. 7, n°. 2 B. R.

7. Dit artikel schrijft geenszins voor, noch valt daaruit af te leiden, dat eene bevolen voorloopige ten-uitvoer-legging van een vonnis zou worden geschorst, enkel door een verzoek tot staking, in hooger beroep gedaan of door eene tot dat einde bij dagvaarding gedane oproeping der wederpartij.

Integendeel brengt dit artikel mede, dat de staking der gelaste voorloopige ten uitvoerlegging van een vonnis dan eerst plaats heeft, wanneer die staking door den hoogeren rechter is bevolen, zoodat tot zoolang met de ten-uitvoer-legging kan worden voortgegaan.

P. H. v. Overijsel, v. 30 Dec. 1861, W. n°. 2477.

8. Noch de reeds gedeeltelijk aan het vonnis *a quo* gegeven executie, noch het voor den voorzitter der Rechtbank gevoerd kort geding ter zelfder zake, geëindigd met de intrekking van den eisch aldaar, noch de verklaring des geïntimeerde dat hij niet voornemens is de executie van de schade te doen plaats hebben, kunnen den appellant in den weg staan om gebruik te maken van de onvoorwaardelijke bevoegdheid, aan eene veroordeelde partij bij dit artikel geschonken.

P. H. v. N.-Holland, v. 4 Nov. 1875. W. n°. 3931; R. B., jg. 1876, afd. A, p. 42.

9. Het onderzoek naar de innerlijke waarde van de titels moet aan den rechter ten principale worden overgelaten en mag in cas van gevraagde staking der executie niet te pas komen.

Hof Amsterdam, v. 13 Oct. 1876. R. B., jg. 1877, afd. A, p. 44, W. n°. 4093. In laatstbedoeld stadium heeft de rechter alleen de *vormelijke* waarde der door den rechter *a quo* aangehaalde bescheiden te onderzoeken, zonder te mogen letten op het belang der in het ongelijkgestelde partij.

10. Zie ten betooge:

a. dat een vonnis, waarbij wordt verworpen eene exceptie van incompetentie, met last aan partijen om ten principale voort te procedeeren, niet kan worden verklaard uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande hooger beroep —

art. 52 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Dec. 1842, sub n°. 4.

b. dat, indien bij eene arbitrale uitspraak, buiten de gevallen bij de wet voorzien, de provisioneele executie is bevolen, de rechter in appèl, en niet de Rechtbank, door wier Voorzitter die arbitrale uitspraak executoir is verklaard, bevoegd is de staking der executie te gelasten.

Arr. Hof v. Gelderland, v. 11 Nov. 1840 bij Mr. HERTZVELD, ut supra p. 18; verg. hiermede arr. van hetzelfde Hof v. 25 Nov. 1840, t. a. p. bl. 21, waarbij het tegenovergestelde werd beslist, voor het geval dat de staking gegrond wordt op een middel ten principale.

Art. 353.

1. Uit de bepaling van dit artikel (*in casu* betreffende het getuigenverhoor) volgt wel dat de rechter in appèl dezelfde regelen te volgen

heeft als die in eersten aanleg, maar niet, dat hij verplicht zou zijn om over dezelfde feiten, die reeds eenmaal het onderwerp van een getuigenverhoor hebben uitgemaakt, op nieuw gelegenheid tot het leveren van getuigenbewijs te geven.

Arr. v. 11 Maart 1881, W. n°. 4623; R., dl. CXXVII, p. 195—199; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVI, bl. 121—124; R. B., jg. 1882, A, p. 104; verg. arr. v. 15 Oct. 1863 sqq., ad art. 348 B. R.

2. De vordering in hooger beroep gedaan tot het bevelen van een nieuw onderzoek door deskundigen, is praematuur en mitsdien niet-ontvankelijk, zoolang de hoofdzaak bij den eersten rechter nog aanhangig en onbeslist is.

P. H. v. Utrecht, van 17 Mei 1852, W. n°. 1355.

3. De niet-erkenning van een geschrift of van eene onderteekening en het daaruit voortvloeiend gerechtelijk onderzoek kan ook voor het eerst in hooger beroep geschieden.

P. H. v. Zeeland, v. 3 Juni 1862, R. B., jg. 1864, dl. XIV, bl. 121—124.

4. Wanneer de procureur van den appellant ten dienenden dage verklaart, dat hij zich aan de zaak onttrekt, dan heeft de geïntimeerde het recht doorhaling te vragen van de zaak ter rolle. Art. 42 Reglem. is bij analogie hier toepasselijk.

Arr.-R. Nijmegen, v. 15 Sept. 1868, W. n°. 3087.

5. Zie ten betooge:

a. Dat een appellant tegen een mede-geïntimeerde, welke in eersten aanleg met hem is opgetreden als gevoegde partij, niet dezelfde weren en rechten mag inbrengen als tegen den principaal geïntimeerde —

art. 286 B. R., arrest v. 21 Mei 1847, sub n°. 1. — Zie ook art. 339 B. R., arrest van denzelfden datum, sub n°. 2.

b. Dat het verzoek tot voeging, vermeld in art. 158 B. R., niet voor het eerst in hooger beroep kan worden voorgesteld —

art. 158 B. R., arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 9 Maart 1848, sub n°. 16.

c Dat art. 353 B. R. is limitatief, en mitsdien al hetgeen daarin niet uitdrukkelijk vermeld wordt, in hooger beroep niet mag worden toegepast —

DE PINTO, *Hdl. B. R.*, dl. II, 4, p. 455; 2de ed. p. 495.

6. Zie omtrent de vraag:

1°. of, ook met het oog op de *cautio judicatum solvi*, het hooger beroep slechts is de voortzetting van het geding in eersten aanleg —

art. 152 B. R., arrest van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 1 Maart 1842 sqq., sub n°. 8.

2°. of de tusschenkomst of voeging, vermeld in art. 285 en volgg. B. R., ontvankelijk is zelfs in hooger beroep, totdat door partijen conclusiën zijn genomen ter terechtzitting —

art. 288 *in fine*.

~~Hetgeen is voorgeschreven, dat~~

Art. 354.

1. Uit art. 354, n°. 2 B. R., volgt niet, dat de rechter in hooger beroep, die een vonnis vernietigt en de uitvoering zijner uitspraak niet aan zich wil houden, altijd verplicht is daartoe een anderen rechter aan te wijzen, dan dien, van wien het vernietigd vonnis afkomstig is, maar alleen dat hij den rechter moet aanwijzen; derhalve is het geheel aan zijne voorzichtigheid overgelaten, om zulks naar de omstandigheden, hetzij aan den rechter *a quo*, of aan een anderen rechter op te dragen.

Arr. v. 31 Jan. 1845, W. n°. 596; R., dl. XIX, § 78; v. d. H., *B. R.*, dl. VI, p. 329—349; idem arrest van 18 Nov. 1870, W. n°. 3271, ook nog vermeld sub hoc art.; idem Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 32 en Vernede ad art.; idem Pigeau, II. 89; — anders, met een beroep op Carré, *Qu.*, 1698, de Pinto, dl. II, 1, p. 447, 2de ed. p. 497.

2. Ofschoon de stellige wetsbepaling, voorkomende in art. 526 C de Proc. Civ., in onze tegenwoordige wetgeving overbodig geoordeeld, en daarom niet overgenomen zij, volgt echter uit de voorschriften van de artt. 630 tot en met 634 B W. duidelijk, dat thans hetzelfde beginsel moet gelden, en dat er alzoo bij de vordering tot teruggave van genotene vruchten, waartoe iemand is veroordeeld, op dezelfde wijze moet worden geprocedeerd als tot het doen van rekening en verantwoording; met dat gevolg, dat in dien stand van zaken, met afwijking van en bij uitzondering op den regel, in het voormelde art. 354 vastgesteld, de manier van procedeeren, bij art 773 B. R. voorgeschreven, moet worden in acht genomen.

Arr. v. 8 Dec. 1848, W. n°. 985; R., dl. XXXII, § 26; v. d. H., *B. R.*, dl. X, p. 195—212. — Vgl. hiermede het daartoe betrekkelijk en in gelijken zin gewezen arrest van 't P. H. v. Zeeland, v. 22 Febr. 1848, W. n°. 985; R. B., jg. 1850, dl. XII p. 372 en 373, waartegen de onderwerpelijke voorziening is verworpen.

3. Krachtens het beginsel, toegepast en erkend bij de artt 354 en 435 B. R., behoort in den regel de kennisneming van de ten-uitvoerlegging van een gewijsde aan den rechter, door wien het is gewezen. Dientengevolge is ook de Hooge Raad, in geval van cassatie met verwijzing, bevoegd kennis te nemen van de uitvoering van zijn gewijsde, en bijgevolg om dat gewijsde tegen verkeerde uitlegging te handhaven, terwijl zonder die bevoegdheid de bepalingen van de artt. 422 en 424 B. R. geheel ijdel zouden zijn of kunnen worden gemaakt.

Arr. v. 4 Febr. 1859, W. n°. 2035; R., dl. LXI, § 23, (gewezen in strijd met de conclusie van den adv.-gen. Gregory) vernietigende arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 18 Maart 1858, W. n°. 2049. In gelijken zin een arrest van het Hof van Appèl te Brussel, *Belg. Jud.* 1864, p. 885 vlgg. en een arrest van het Hof van Cassatie in Frankrijk van 8 Nov. 1862, in de *Gazette des Tribunaux*, van 15 Nov. 1862.

4. Over het verzet tegen de executie van een arrest, waarbij het in eersten aanleg gewezen vonnis, hetzij voor het geheel of voor een gedeelte, is te niet gedaan, moet de rechter oordeelen, die dat arrest heeft gewezen.

Arr. v. 8 Mei 1868, W. n°. 3004; R., dl. LXXXIX, § 4; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIII, p. 71—87

5. Tot de gevallen, in welke de wet de rechtsmacht opdraagt, in dit artikel bedoeld, behoort ook de rechtsmacht van den Voorzitter ten aanzien van onmiddellijke voorzieningen uit hoofde van onverwijlden spoed bij de ten-uitvoer-legging van executoriale titels. Vrg. Hof 's Hage 6 Apr. 1895 W. n° 6704.

Arr. v. 29 October 1869; W. n°. 3160, R., dl. XCIII, § 12; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXIV, p. 23—44; R. B., jg. 1870, p. 718, ook vermeld ad art. 289 B. R.

6. Het is niet in strijd met art. 354—356 B. R. dat de hoogere rechter gelast dat de uitspraak — zoowel ten aanzien der bewijsvoering als wat na zulks, de verdere en eindbeslissing aangaat — zal worden ten-uitvoer-gelegd bij den rechter *a quo*, die met voorbijgang van het aangeboden bewijs, den eisch ten principale ontzegde.

Arr. v. 18 Nov. 1870, W. n°. 3271; v. d. H., *B. B.*, dl. XXXV, p. 157—171; cf. echter het sub art. 355 B. R., vermeld arrest van 't P. H. v. Overijsel, v. 4 Juni 1863.

7. Indien eene der partijen door het Hof, in hooger beroep oordeelende, met gedeeltelijke vernietiging van het vonnis *a quo* (zonder bepaalde aanwijzing van een rechter om van de uitvoering kennis te nemen, ten gevolge waarvan de eerste rechter van de zaak ten eenemale is gedesaisisseerd) veroordeeld is om binnen zekeren tijd zekere wegruiming te bewerkstelligen, op verbeurte van zekere schadepenning voor iederen dag vertraging, dan kan de competentie van het Hof niet worden betwist om te cognosceeren over de vraag: of er *tempore utili* aan dien last is voldaan geworden, op grond, dat die vraag reeds dadelijk na het ontvangen bevel tot voldoening, en dus vóór den aanvang der eigenlijke executie ontstaan is.

P. H. v. Gelderland, v. 17 Maart 1852, W. n^is. 1335 en 1342; R. B., jg. 1852, p. 570—574; R., dl. XLVI, § 98.

8. Niet het Hof, dat het vonnis *a quo* bevestigde, maar de Rechtbank, die het vonnis heeft gewezen, is bevoegd uitspraak te doen op het verzet tegen de executie van het arrest, waarbij door het Hof de bij het confirmatoir onverelfend gebleven kosten zijn gelikwideerd.

P. H. v. Gelderland, v. 24 Dec. 1856, W. n°. 1839.

9. Het vonnis *a quo* uitvoerbaar zijnde verklaard bij voorraad, is bij bekrachtiging daarvan, de voorloopige uitvoerbaar-verklaring van de uitspraak in hooger beroep overbodig.

P. H. v. N.-Holland, v. 24 Nov. 1864, W. n°. 2699.

10. De lagere rechter is onbevoegd om door zijn uitspraak tot de executie van een beslissing, waarbij het vonnis van dien rechter is vernietigd, als is het ook ten deele, mede te werken.

Arr.-R. Assen, v. 10 Febr. 1868, W. n°. 3136.

11. Zie ten betooge:

1°. Dat na de vernietiging van een vonnis in appèl door een P. H., alleen de President van het Hof, die het vernietigde vonnis heeft gewezen, bevoegd is de vergunning te geven om een exploot van executoriaal beslag, krachtens dat arrest, op Zondag te doen —

art. 14 B. R., sub n°. 2; idem Oudeman, *B. B.*, dl. II, 4de ed. p. 33.

Behalve in de gevallen van artt. 355 – 358 Rv. is de Rechter in hooger beroep verplicht de zaak zelf af te doen: Pb Arnhem 3 Dec. 1903, W. n° 8009.

2°. Dat men in zake van zuivere uitvoering de wetten van de plaats moet volgen, waar, en den tijd in aanmerking nemen, wanneer de uitvoering moet plaats hebben en art. 354 B. R. een uitvloeisel van dit beginsel is —

Mr. L. Oldenhuis Gratama, in de *Opm. en Med.*, dl. VII, p. 195.

12. Zie over den oorsprong van de overbodige, onbeduidende en zinlooze uitdrukking in vonnissen of arresten, in hooger beroep voorkomende, *vernietigt het appèl*, Mr. F. B. Coninck Liefsting in *Tijdschrift van het Ned. Regt.* II, blz. 74 en volgg., alwaar betoogd wordt dat de vernietiging van het appèl ingeval van bekrachtiging van het vonnis *a quo* rechtstreeks van de oude Germaansche rechtsinstellingen afstamt, terwijl de vernietiging van het hooger beroep tegelijk met het vonnis, schijnt afkomstig te zijn uit het tijdvak der bestrijding van het Germaansche kampgevecht.

Art. 355.

1. Art. 355 en zelfs het daarmede in verband staande art. 356 B. R., missen alle toepassing daar, waar (gelijk *in casu*) alleen de rede is van een vernietigd peremtoir middel van niet-ontvankelijkheid *au fond*.

Arr. v. 7 Juni 1850, W. n°. 1135; R., dl. XXXV, § 83; v. d. H., *B. R.*, dl. XII, p. 71—87. — Vgl. het betrekkelijk deze zaak gewezen arrest van 't P. H. v. Gelderland, v. 24 Nov. 1849, W. n°. 1100; R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 660—662.

2. Wanneer op het hooger beroep van een interlocutoir vonnis de zaak ten principale wordt afgedaan, is het daarmede volstrekt niet strijdig, dat de rechter tevens beslisse, of het interlocutoir vonnis in den vroegeren stand van het geding al dan niet juist gewezen was en had moeten gehandhaafd worden.

Arr. v. 14 Nov. 1850, W. n°. 1184.

3. Dit artikel is verkeerd toegepast en art. 357 geschonden door, bij het bekrachtigen van het vonnis, waarbij de rechter van eersten aanleg zich eeniglijk bevoegd had verklaard, de zaak aan zich te houden, zonder daartoe strekkende opdracht van partijen.

Arr. v. 4 Dec. 1863, W. n°. 2542, ook vermeld ad art. 357 B. R.

4. De rechter in hooger beroep kan bij de vernietiging van een vonnis, waarbij een decisoire eed is opgedragen, zonder dat de partij in de gelegenheid is gesteld, dien eed aan te nemen, te weigeren of terug te wijzen, en waarbij bovendien de eed is opgedragen noch door de partij zelve, noch door een daartoe bizonder gevolmachtigden persoon, de zaak aan zich houden en den eed opdragen, indien die regelmatig in appèl wordt herhaald.

Arr.-R. 's Bosch, v. 15 Mei 1844, W. n°. 565. — Cf. art. 1969 B. W., vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum, sub n°. 6.

5. Bij het instellen van hooger beroep tegen een op grond en naar aanleiding der verwerping van alle andere middelen van verzet, gewezen interlocutoir vonnis, is de appellant, met het oog op de artt. 355 en 356 B. R., bevoegd, om behalve zijne bezwaren tegen dat interlocutoir, tevens de zaak ten principale te behandelen.

P. H. v. N.-Holland, v. 17 Juni 1847, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 1—14.

6. Hoewel in eersten aanleg alléén uitspraak mocht zijn gedaan op het voorgestelde middel van niet-ontvankelijkheid, gegrond op de beweerde vereeniging van het petitoir met het possessoir, kan echter de rechter in appèl op de hoofdzaak beslissen, indien partijen, zoowel in eersten aanleg als in hooger beroep, hare middelen ten principale doen gelden, en de zaak alzoo in staat van wijzen is gebracht.

P. H. v. Limburg, v. 11 April 1853, W. n°. 1437.

7. Verwijzing van een in hooger beroep gelast getuigenverhoor naar den eersten rechter kan niet geschieden, wanneer deze de gedane vordering bepaald heeft ontzegd en dus daarop finaal heeft recht gedaan, alhoewel tevens daarbij werd melding gemaakt, dat de eisch zou zijn niet-ontvankelijk.

P. H. v. Overijsel, v. 1 Juni 1863, W. n°. 2571, waarbij nog werd beslist, dat bij dit art. een verwijzing alleen dan wordt voorgeschreven, wanneer nog op de hoofdzaak beslist moet worden. Zie echter arrest v. 18 Nov. 1870, vermeld ad art. 354 B. R.

8. Op grond van het imperatieve voorschrift van dit artikel moet de rechter de verwijzing uitspreken, ook al is daartoe door den geïntimeerde niet geconcludeerd.

Arr.-R. Groningen, v. 22 Juli 1875, W. n°. 4028.

9. Zie ten betooge, dat het oordeel, of in cas van art. 355, al. 2 B. R., het geding in dien staat is, dat daarover en over het tusschengeschil bij een en hetzelfde eindvonnis kan worden beslist, is *facti* —

art. 99 R. Org., arr. v. 9 April 1847, sub *B*, n°. 36, eodem 2de ed.

Art. 356.

1. Bij art. 356 B. R. is aan den hoogeren rechter, die een incidenteel of ook een interlocutoir vonnis te niet doet, alleen dan de bevoegdheid gegeven om de zaak ten principale tot zich te trekken, indien door of na die vernietiging de zaak ten principale in staat van wijzen is, maar niet, wanneer door de executie van dit interlocutoir, de zaak nog eerst in staat van wijzen moest worden gebracht.

Arr. v. 3 Jan. 1845, W. n°. 574; R., dl. XIX, § 67; v. d. H., *B R.*, dl. VI, p. 249—271, vernietigende het daartoe betrekkelijk arrest van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 29 Juni 1844, W. n°. 542; R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 591 en jg. 1845, dl. VII, p. 248—252; R., ut supra; idem arrest P. H. v. N.-Brabant, v. 3 April 1860, W. n°. 2169. — In overeenstemming met voormeld arrest v. 3 Jan. 1845, is dan ook bij arrest v. 9 Febr. 1849, W. n°. 992; R., dl. XXXII, § 54; v. d. H., *B. R.*, dl. X, p. 265—279; beslist, dat, indien de rechter in appèl een incidenteel verzoek tot het hooren van getuigen, hetwelk in eersten aanleg was geweigerd, toestaat, hij dan niet bevoegd is om te bevelen, dat het verhoor voor hem en niet voor den eersten rechter zal plaats hebben, en alzoo zich de zaak aan te trekken, zonder dat partijen er in hebben toegestemd, of ook de zaak ten principale in staat van wijzen was.

2. Nergens is bij de wet voorgeschreven, dat de Hooge Raad, in revisie oordeelende, het volgens art. 374 Rv. verplichte tot zich trekken der zaak *uitdrukkelijk* zou moeten uitspreken en met name te kennen geven.

Arr. (in revisie) v. 8 Nov. 1855, R., dl. LI, § 36.

3. De rechter in hooger beroep, volgens deze wetsbepaling, de zaak tot zich trekkende en ten principale vonnissende, treedt in de plaats van den eersten rechter, naar wien de zaak had kunnen worden verwezen, zonder (behalve de bepaling van hoogste ressort) eenige meerdere of andere bevoegdheid te hebben verkregen dan die eerste rechter bij terugwijzing zou hebben gehad, en derhalve ook onder de verplichting dat de hoofdzaak eerst op eene regelmatige en bij de wet voorgeschreven

wijze na het nemen van conclusiën aan zijne beslissing onderworpen zij, alvorens uitspraak te doen.

Arr. v. 10 Dec. 1858, W. n°. 2191; R., dl. LX, § 37; v. d. H., *B. R.*, dl. XXII, p. 497—513; cf. arrest v. 14 Mei 1875, ad art. 374 Rv.

4. Het vonnis, waarbij de beslissing over een zeker punt wordt uitgesteld tot na die over de hoofdvordering, is geen interlocutoir, noch een vonnis op een tusschengeschil bedoeld bij art. 355 B. R., zoodat de hoogere rechter, die dat vonnis vernietigt, ook de hoofdzaak niet tot zich kan trekken

Arr. v. 6 December 1867, W. n°. 2960, R., dl. LXXXVII, § 35; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXII, p. 95—117; vernietigende vonnis Arr.-R. Leiden, v. 12 Maart 1867. De Hooge Raad bepaalde tusschengeschil als een geschil, opgekomen tijdens de behandeling van de hoofdvordering.

5. Dit artikel heeft alleen betrekking op zaken, waarin nog geene beslissing ten principale is genomen. Eene bepaling toch, als in dit artikel opgenomen, is overbodig, wanneer de eerste rechter de zaak ten principale zelf heeft behandeld en beslist. Bij geene enkele wetsbepaling is voorgeschreven dat de rechter, bij hooger beroep van een eindvonnis, de zaak zoude moeten terugwijzen naar den eersten rechter, alleen omdat deze het overbodig heeft geacht zijn oordeel uit te spreken over een der voorgestelde rechtsmiddelen, (*in casu* de verjaring) hetwelk op zijne beslissing van geen invloed was.

Arr. v. 25 Juni 1869, W. n°. 3131; R., dl. XCII, § 21; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXIII, p. 474—493; R. B., jg. 1870, p. 312 sqq.; Zie echter Hof Arnhem, v. 7 April 1880, W. n°. 4583.

6. Indien de rechter in hooger beroep vermeent dat er geen nader onderzoek, hetzij van deskundigen, hetzij op eenige andere wijze te pas komt, dan kan er, met vernietiging van het vonnis *a quo*, waarbij een onderzoek van deskundigen was bevolen, op de hoofdzaak worden recht gesproken, en zulks te meer, indien dit zoo wel door den appellant als door den geïntimeerde wordt verlangd.

P. H. v. N.-Holland, v. 30 Mei 1842, W. n°. 295.

7. Waar door appellant is geconcludeerd ten principale, voor het geval dat het Hof termen mocht vinden om de zaak aan zich te houden, en de geïntimeerde pleitend heeft te kennen gegeven er niet tegen te

hebben dat het Hof de zaak aan zich trekke, zoo kunnen deze verklaringen niet als *onderlinge vordering* van partijen worden beschouwd.

P. H. v. Groningen, v. 28 Maart 1871, R. B., jg. 1872, dl. XXII, p. 449.

8. Wanneer de partij, aan wie bij interlocutoir getuigenbewijs is opgelegd, in appèl de nietig-verklaring van dat vonnis vraagt en een ander bewijsmiddel — namelijk den decisoiren eed — aanbiedt, kan het Hof met buiten effect-stelling van het voorschreven getuigenbewijs de zaak tot zich trekken en in het hoogste ressort ten principale vonnissen.

Hof Amsterdam, v. 4 April 1884, W. n°. 5090.

Art. 357.

1. Dit artikel is geschonden en art. 355 verkeerd toegepast door, bij het bekrachtigen van het vonnis, waarbij de rechter van eersten aanleg zich eeniglijk bevoegd had verklaard, de zaak aan zich te hebben gehouden, zonder daartoe strekkende opdracht van partijen.

Arr. v. 4 Dec. 1863, W. n°. 2542; zie hetzelfde arrest ad art. 355 n°. 3.

2. Ingeval van vernietiging van een vonnis, waarbij de rechter van eersten aanleg zich verkeerdelijk heeft bevoegd verklaard om van de zaak kennis te nemen en de zaak in eerste instantie bij den rechter in appèl had moeten zijn aangebracht, is de rechter in appèl bevoegd om ten principale recht te doen, althans wanneer de conclusiën van partijen daartoe strekken.

Arr.-R. Amersfoort, v. 26 Febr. 1862, R. B., jg. 1864, dl. XIV, bl. 327—329.

3. Zie over de vraag wat de hoogere rechter doen moet, indien de eerste rechter, na zich bevoegd verklaard te hebben, de hoofdzaak behandeld heeft, welke beslissing ten principale door den hoogeren rechter wordt vernietigd, maar alleen als gevolg van eene vernietiging der competent-verklaring.

Moet hij partijen verwijzen, daar en waar zulks behoort, of mag hij de zaak ten principale tot zich trekken?

R. B., jg. 1880, A. p. 334.

Art. 358.

Bij de wet van 26 April 1876 (*Stbl.* n°. 86) zijn in al. 4 van dit artikel de woorden: «de provincie» vervangen door de woorden: «het rechtsgebied van het gerechtshof»: — en is tevens de *vijfde* alinea vervallen.

1. Wanneer, ingeval van beroep van een vonnis van onbevoegdverklaring, de eene partij niet tegenspreekt het bij conclusie stellig uitgedrukt verlangen harer wederpartij, dat door den hoogeren rechter de zaak tevens ten principale afgehandeld worde, wordt zij rechtens geacht, het judicieel contract, hetwelk uit art. 358, al. 1, volgt, stilzwijgend te hebben aangegaan; zijnde bij dat art. 358, al. 1, geenszins voorgeschreven, op hoedanige wijze van die vordering of dat verlangen zal behooren te blijken, alzoo wordt daartoe geene stellige verklaring of conclusie van de beide partijen vereischt, maar kan die vordering of dat verlangen evenzeer uit de houding der partijen in rechten worden opgemaakt.

Arr. v. 5 Maart 1847, W. n°. 802; R., dl. XXVII, § 6; v. d. H., *B. R.*, dl. VIII, p. 351—377. — Vgl. hiermede 't daartoe betrekkelijk arrest van 't P. H. v. Zeeland, v. 27 Jan. 1846 en 't vonnis der Arr.-R. Middelburg, v. 25 Juni 1845, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 306 sqq. Verg. P. H. v. Drente, v. 21 April 1866, W. n°. 2860, R. B., jg. 1867, blz. 253, waarbij beslist is, dat bij verstek van den geïntimeerde de hoogere rechter de zaak aan zich kan houden, wanneer de appellant bij de akte van appèl daartoe geconcludeerd heeft.

2. Hoe algemeen en gebiedend de bepaling van art. 358 B. R. ook moge zijn, kan zij echter niet worden toegepast, wanneer de rechter, aan wien de zaak ten principale, ingevolge dat artikel, zou moeten worden verwezen, uit anderen hoofde (*in casu ratione personae*) niet bevoegd is daarvan kennis te nemen.

Arr. v. 26 Maart 1847, W. n°. 840; R., dl. XXVI, § 84; v. d. H., *G. Z.*, dl. VI, p. 50—65.

3. De bepaling van dit artikel is *niet* van toepassing, wanneer de eerste rechter zich heeft onbevoegd verklaard op gronden, die slechts kunnen leiden tot niet-ontvankelijkheid.

Arr. v. 2 Maart 1866, W. n°. 2776; R., dl. LXXXII, § 27; v. d. H., *B. R.*, dl. XXX, p. 218—233.

4. Waar de Rechtbank de eischers ontvankelijk heeft verklaard in hunne vordering, maar zich onbevoegd verklaarde om van het tusschen

partijen bestaand geschil kennis te nemen en door het Hof op het appèl van ieder der partijen tegen het punt, waarop zij respectievelijk in het ongelijk zijn gesteld, is beslist dat de Rechtbank bevoegd was, (en de zaak ten principale naar die Rechtbank is gerenvoyeerd), zoo is het gevolg van die uitspraak niet, dat de rechtbank daardoor bevoegd *wordt*, maar dat zij *a limine litis* bevoegd is geweest, en derhalve terecht de voorgestelde niet-ontvankelijkheid heeft onderzocht, en zijn de artt. 154, 155, 156 en 358 n°. 1 door deze beslissing niet geschonden.

Arr. v. 17 Jan. 1873, W. n°. 3553. Zie vooral de daaraan vooraf conclusie van den toenmaligen adv.-gen. RÖMER.

5. De rechter in hooger beroep *vernietigende* het vonnis *a quo*, op grond dat de kantonrechter onbevoegd was van de zaak kennis te nemen heeft geene bevoegdheid de zaak au fond te behandelen, maar behoort zich van de zaak te onthouden en die te renvoyeeren daar waar het behoort.

Beslist de hoogere rechter desniettegenstaande de zaak ten principale, dan is een dusdanig vonnis een vonnis in appèl gewezen, en mitsdien vatbaar voor cassatie.

Arr. v. 27 Mei 1881, W. n°. 4667; R., dl. CXXVIII, p. 146—157; v. D. H., *B. B.*, dl. XLVI p. 381—391; R. B., jg. 1882, A, p. 166, cf. de opmerkingen der redactie van het R. B., t. a. p., blz. 167.

6. De hoogere rechter behoort (*in casu* waar het geldt een geding, waarbij slechts één partij belang heeft en het een speciaal geval betreft) de zaak *au fond* te beslissen, indien eene Arr.-R. zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard kennis te nemen van de bij rekweste aan haar gedane vordering, tot de afgifte van de onder haar berustende goederen van een door den strafrechter vrijgesproken beschuldigde.

P. H. v. Holland, v. 24 April 1839, W. n°. 24. — Cf. art. 53 R. Org., sub n°. 3, dl. II, p. 15, 2de ed. sub n°. 2.

7. Wanneer door den rechter *ad quem* is te niet gedaan een vonnis van den rechter *a quo*, waarbij deze zich had onbevoegd verklaard en de zaak tevens naar denzelfden rechter is teruggewezen, om door hem ten principale te worden afgedaan, dan is voor den rechter *a quo* dit arrest zoodanig verbindend, dat door hem geene andere en nieuwe gronden van onbevoegdheid meer kunnen worden onderzocht.

Ktg. 's Hage, v. 22 Dec. 1842, W. n°. 363.

8. Wanneer de Rechtbank in appèl een vonnis vernietigt van den Kantonrechter, op grond, dat deze zich bevoegd had verklaard in eene zaak, die behoorde tot de competentie van de Rechtbank, dan kan zij (ook met het oog op de artt. 157 en 355 tot en met 358 B. R.) als rechter in appèl de zaak tot zich trekken, op verzoek van beide partijen en ten principale uitspraak doen, zonder dat het noodig zij, dat die op nieuw bij litis-introductieve dagvaarding bij haar aanhangig gemaakt worde.

Arr.-R. Amersfoort, v. 3 Maart 1852. W. n°. 1337.

9. De uitspraak ten aanzien der exceptie „non tibi contra me competit actio" is een *eindvonnis*, gelijk staande met een vonnis op eene *exceptie van incompetentie* gewezen, waarvan dit artikel gewaagt, zoodat de hoogere rechter in zoodanig geval dan alleen de zaak aan zich moet houden, als beide partijen dit vorderen.

P. H. v. Utrecht, v. 6 Dec. 1875. W. n°. 3976.

10. Zie omtrent de gevolgen van de ambtshalve onbevoegd-verklaring van, of miskenning van het recht door den rechter, met betrekking tot de veroordeeling in de kosten —

het aanget. op art. 56 B. R., litt. *G*.

Art. 359.

1. Wanneer de H. R. in eersten aanleg ambtshalve eene niet-ontvankelijk-verklaring heeft uitgesproken, moet dan in revisie het exceptief middel afzonderlijk worden behandeld, dan wel kan dit met de behandeling van de gegrondheid der zaak zelve gepaard gaan? —

Deze bedenking heeft zich voorgedaan in zake C. J. E., contra de erfgenamen van Z. M. Willem II.

In dit geding hebben de Hooge Erfgenamen den heer L. J. E. in eenvoudige vrijwaring geroepen en heeft de H. R., recht doende in eersten aanleg, hen, met veroordeeling tot betaling aan den oorspronkelijken eischer, niet-ontvankelijk verklaard in den eisch tot vrijwaring. Tegen dit arrest zijn de oorspronkelijk gedaagden gekomen in revisie en is in die instantie door de respective partijen, zoowel de niet-ontvankelijkheid, als de zaak der vrijwaring *au fond* behandeld. — Bij arrest van den H. R. in revisie gewezen, dd. 30 Juni 1853, W. n°. 1450, is recht gesproken èn op de vordering van den oorspronkelijken eischer, èn op de niet-ontvan-

kelijkheid, èn op het middel der vrijwaring *au fond*. (Cf. art. 48 B. R., sub n°. 11 en art. 68 ibid, sub n°. 1). — En vermits nu de H. R., recht doende in revisie en daarbij verwerpende het in eersten aanleg ambtshalve opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid, niet tevens de zaak *de novo* naar den H. R., recht doende in eersten aanleg, heeft verzonden, om de gegrondheid van den gedanen eisch in vrijwaring *au fond* te beslissen, moet (bij de wijze van procedeeren, door partijen in deze in acht genomen) de aan het hoofd dezes gestelde vraag geacht worden *tacite* in den *laatstgemelden* zin te zijn beantwoord (LÉON).

Art. 360.

Bij de wet van 26 April 1876 (*Stbl.* n°. 86) is dit artikel gewijzigd als volgt: «Dit beroep in revisie wordt echter niet toegelaten in die zaken, waarin, zoo zij voor den gewonen rechter gebracht hadden kunnen worden, door dezen in het hoogste ressort zou zijn beslist, noch in zake van rechtsweigering.

«In die gevallen oordeelt de Hooge Raad in eersten aanleg bij arrest».

Reeds in 1875 drong prof. J. A. FRUIN in W. n°. 3914 op wijziging van de oorspronkelijke bepaling aan, die volgens dien schrijver door de intrekking van art. 65, n°. 1 R. O. bij de wet van 10 Nov. 1875 (*Stbl.* n°. 204) geen zin meer had: zie echter wat dit laatste betreft, Mr. E. BOAS, in W. n°. 3920.

Art. 374.

De Hooge Raad in revisie, volgens dit artikel de zaak tot zich hebbende getrokken, kan en mag die, hoezeer dan ook nu in het hoogste ressort, alleen berechten even als in eersten aanleg, met inachtneming der wetsbepalingen, betreffende die instantie, voor zooverre daaraan, ten opzichte van de wijze van procedeeren voor den Hoogen Raad, niet bepaald is gederogeerd. Eene zoodanige derogatie aan art. 134 B. Rv. komt in de wet niet voor.

Arr. v. 14 Mei 1875, (in revisie), W. n°. 3856; R., dl. CX, § 12; cf. arr. v. 10 Dec. 1858, vermeld ad art. 356 B. R.

Art. 376.

1. Uit art. 376 B. R. vloeit niet voort, dat iemand, die geene partij in een geding geweest zijnde, wil opkomen tegen een daarin gevallen gewijsde, dit bij middel van verzet zou *moeten*, niet *casu quo*

in de zinsnede „indien zij, welke zij vertegenwoordigen" Verkegenwoordigen" van art. 376 Gelezen: „tot als iemands vertegenwoordiger optreden, zodat diens rechten op hem zijn overgegaan". Hof den Haag 4 April 1901 W. n° 7645, conf.

Art. 376.) verw. H. R. 27 Dec. 1901 970 W. n° 7702.

(in het geval, bij art. 23 C. de Proc. Civ. en bij art. 621, j°. art. 604 en 585 B. W. gesteld) bij aanwending van eene possessoire actie zou *mogen* doen.

Arr. v. 19 Nov. 1841, W. n°. 250; R., dl. XI, § 43; v. d. H., *B. R.*, dl. III, p. 36—66; idem, met een beroep op MERLIN, in voce *opposition (tierce)* § 6, en CARRÉ, *Qu.* 1722, bij DE PINTO, *Hdl.*, II, 1, p. 457 en 458, 2de ed. p. 507.

2. Eene gerechtelijke toewijzing is (ook met het oog op de artt. 522 en 551 B. R.) te houden voor een vonnis in den zin van art. 376 B. R., waaromtrent het (zonder dat daartegen obsteert het bepaalde bij art. 522, met betrekking tot de niet-ontvankelijkheid van zoodanig vonnis in hooger beroep) aan elken derden belanghebbende — en daaronder ook de hypothecaire schuldeischer die bedongen heeft de onherroepelijke machtiging, in art. 1223, al. 2 B. W. vermeld, alsmede de wettige kooper van het goed in geschil vóór de gerechtelijke toewijzing, waarin hij noch in persoon, noch vertegenwoordigd als partij voorkwam — vrij staat in verzet te komen.

Arr. v. 10 Nov. 1848, W. n°. 978; R., dl. XXXII, § 7; v. d. H., *B. R.*, dl. X, p. 96—112. In gelijken zin bij het daartoe betrekkelijk arr. van 't P. H. v. Gelderland, v. 29 Sept. 1847, W. n°. 886; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 772—778; R., dl. XXXVI, § 65, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Nijmegen, v. 12 Maart 1847, R., dl. XXXVIII, § 75. — Cf. art. 541 B. R., arr. v. denz. datum.

3. Een vonnis, waarbij de grenzen worden geregeld tusschen elkander rakende eigendommen, houdt van zelf daadwerkelijk in eene toekenning van recht aan de twistende partijen op die punten, waar de grensregeling plaats heeft en daardoor kunnen mitsdien de rechten van derden zijn benadeeld.

P. H. v. Drente, v. 21 Sept. 1839, W. n°. 66.

4. Eene vordering van verzet als derde, ingesteld door een mede-marktgenoot, is aannemelijk, indien het daarbij geldt de kwestie over een uitsluitend toekomend eigendom, en het arrest, waartegen verzet, ten onderwerp heeft de grensregeling van marktgronden, welke de marktgenooten *onverdeeld* onder elkander bezitten; als kunnende in dit geval de mede-marktgenoot niet geacht worden in den zin der wet geroepen, of partij bij het bestreden arrest te zijn geweest.

P. H. v. Drente, v. 21 Sept. 1839, W. n°. 66.

De borg kan niet in derdenverzet komen tegen het vonnis waarbij de hoofdschuldenaar bij verstek is veroordeeld tot een hooger bedrag dan hij schuldig is. Dit vonnis benadeelt den borg niet: Hof Amsterdam 28 Juni 1900, W. n°. 7502.

5. Het middel van verzet door derden is niet-ontvankelijk tegen eene rangregeling van schuldeischers, door een rechter-commissaris opgemaakt, — uithoofde zijn proces-verbaal niet voor een *vonnis* kan worden gehouden en voorts bij art. 377 is voorgeschreven, dat dezelfde rechter, die het vonnis heeft gewezen, ook het verzet door derden moet beoordeelen, hetgeen in geval van rangregeling onuitvoerbaar zou zijn.

Arr.-R. Amsterdam, v. 17 Nov. 1841. R. B., jg. 1842. dl. IV. p. 117—120. — Cf. art. 376. Mr. DIJKERS *in fine*.

6. Noch bij art. 376 B. R., noch bij eenige andere wetsbepaling is het middel van verzet door derden tegen beschikkingen op rekwest toegelaten; — toonende het voorschrift van art. 377 B. R. van voormeld wetboek, volgens hetwelk het verzet moet worden aangebracht door eene dagvaarding tegen al *de partijen*, tusschen welke het vonnis is gevallen, almede onbetwistbaar aan, dat de wetgever, bij de behandeling van het geheele onderwerp van verzet door derden tegen *vonnissen*, volstrekt niet aan eenvoudige *beschikkingen, op rekwest* van eenigen belanghebbende verkregen, en waarbij geenerlei behandeling der zaak tusschen *partijen* heeft plaats gehad, kan gedacht hebben.

P. H. v. Z.-Holland, v. 5 April 1843. W. n°. 389; R., dl. XV. § 63; idem door den adv.-gen. GREGORY, R., dl. XXXII. p. 188 en 189; OUDEMAN, *B. R.*, dl. II. 4de ed. p. 48, en DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II. 1. p. 460 en 461. 2de ed., pag. 540 sqq.; anders PENNING, ad art. (1). Verg. ook het sub art. 377 B. R. vermeld vonnis der Arr.-R. Rotterdam, v. 29 Juni 1859.

---

(1) De onder de auteuren en in de jurisprudentie betwiste rechtsvraag, of onder vigueur van artt. 474 en 475 C. de Proc. Civ., welke algemeener zijn gesteld dan onze artt. 376 en 377 B. R. (daargelaten nog dat wij, gelijk DE PINTO l. c. opmerkt, de in het Fransche recht onbekende bepaling van art. 345 hebben, die aan derde belanghebbenden tegen zulke vonnissen het middel van hooger beroep geeft), het middel van verzet door derden tegen beschikkingen op rekwest is toegelaten, is, in strijd met de conclusiën van den adv.-gen. GREGORY ut supra, het gezag van PIGEAU, de redevoering van den redenaar van het Gouvernement en CARRÉ *lois de la Proc. Civ.*, blijkens de Brusselsche uitgave van 1849, *Quest.* 1708, *in medio*, *herestigend* beantwoord bij arr. v. 2 Febr. 1849, v. D. H., *G. Z.*, dl. VIII, p. 307—325; W. n°. 993; R., dl. XXXII, § 51, op grond dat bij de gezegde wets-artikelen aan derden in het algemeen de bevoegdheid is toegekend om onder de daarbij vermelde voorwaarden in verzet te komen tegen een vonnis, hetwelk hunne rechten benadeelt, en dat om de vonnissen *op rekwest gewezen*, aan de toepassing van dit

7. Eene bloote kennisgeving van een vonnis sluit het verzet niet uit, maar zou alleen de gevolgen daarvan kunnen wijzigen.

Arr.-R. Breda, v. 2 Oct. 1849, W. n°. 1079, met overneming der motieven bevestigd bij arr. v. 't P. H. N.-Brabant, v. 17 Sept. 1850. — Cf. art. 492 B. R., arr. v. 17 Oct. 1851 en art. 516 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. denz. datum.

8. Om bij verzet door derden tegen een gewezen vonnis te kunnen opkomen, moet de derde partij, die zich van dit middel wil bedienen, door dit vonnis in hare rechten zijn benadeeld.

Arr.-R. Maastricht, v. 20 Maart 1851, W. n°. 1244, cf. P. H. v. Gelderland, v. 26 April 1865, W. n°. 2723, R. B., jg. 1865, p. 534, waarbij beslist werd dat alleen *gekrenkte* rechten aanleiding tot verzet door derden mogen geven.

9. Er kan geene kwestie zijn van benadeeling van belangen, noch van schending van rechten, welke een derde verzet zoude kunnen wettigen, indien het vonnis, waartegen men in verzet komt, niet berust op eigendomsrecht, maar alleen op eene overeenkomst van lastgeving tusschen de derde opposanten en den (bij het eerste vonnis) veroordeelden schuldenaar.

Arr.-R. Amsterdam, v. 22 Febr. 1854, W. n°. 1535; R. B., jg. 1854, p. 290—292, vernietigende het daartoe betrekkelijk en in een tegenovergestelden zin gewezen vonnis van 't Ktg. n°. 3, Amsterdam, v. 21 April 1853, W. ut supra. — Vgl. ook hiermede, ten betooge, dat bij verzet door derden, op grond van mede-eigendom, die mede-eigendom behoorlijk moet zijn bewezen — een vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 21 Febr. 1848, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 319—323.

10. De hypothecaire schuldeischer kan niet geacht worden door zijnen schuldenaar vertegenwoordigd te zijn in het geding over de ontbinding van den koop van het onroerend goed, waarop het zakelijk

---

rechtsmiddel te onttrekken, eene uitzonderende bepaling zou worden vereischt, welke noch in de gezegde artikelen, noch op eene andere plaats in de wet wordt aangetroffen. Het tegendeel echter is beslist bij arr. van 't P. H. v. Utrecht, v. 20 Juli 1846, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 292—296, en v. 6 Nov. 1847, vernietigd bij arr. van den H. R. ut supra, naar luid waarvan een vonnis op rekwest gewezen, alleen den rekwestrant aangaat en zij die daarbij geene partijen zijn geweest of daarop zijn gehoord, door zulk een vonnis niet benadeeld worden in de ongestoorde uitoefening van alle hunne rechten, waarbij zij bewaard zijn gebleven, even als of zoodanig vonnis voor hen niet bestond. (LÉON).

recht is gevestigd. Den grondslag van het vonnis van ontbinding en de rechtmatigheid der uitspraak willende bestrijden, behoort hij het middel van derde verzet te gebruiken, hem bij dit artikel gegeven.

Hof Groningen, v. 15 Nov. 1870, W. n°. 3266.

11. Hij die bij verstek veroordeeld is tot betaling met van waarde verklaring van een derde arrest, kan bij wege van derde verzet opkomen tegen het vonnis waarbij de derde beslagene tot afgifte is veroordeeld.

Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Febr. 1877, R. B., jg. 1877, A. p. 83, ook vermeld ad art. 81 B. R.

12. Zie ten betooge:

a. Dat art. 538 en volgg. B. R niet uitsluiten de bevoegdheid van mede-eigenaren, om ook *na* de uitwinning van hun eigendom, het door middel van verzet door derden op te vorderen —

art. 538 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Febr. 1843. — Vgl. hiermede een arrest van 't P. H. v. Utrecht, v. 25 Maart 1850, W. n°. 1120, waarbij in eene zaak, *waar het echter niet gold een derde verzet tegen de definitieve toewijzing van een onroerend goed, maar de hereditatis petitio*, is beslist, dat het éénig doel van een verzet door derden hierin bestaat, om te beletten dat het vonnis, tegen hetwelk het is gericht, nadeelig zal werken voor de rechten van den opposant, die bij dat vonnis niet was opgeroepen geweest, doch dat dit eenig doel niet meer bestaat met betrekking tot een vonnis dat ten uitvoer is gelegd, vermits *quod factum est fieri infectum nequit*, waarom dan ook, volgens de Fransche rechtsdoctoren, een verzet door derden tegen een ten uitvoer gelegd vonnis, niet denkbaar is. — Vgl. hiermede, in een tegenovergestelden zin, DE PINTO, *Hdl. B. R.*, dl. II. 1. p. 461 en 462. 2de ed. p. 512 en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II. 4de ed. p. 49. — Zie ook art 538 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Febr. 1843 sqq.

Verg. navolgende beslissing:

Onder de algemeene benaming van *rechtsgeding* behoort ook de executie begrepen te worden, zoodat zij, die volgens art. 538 B. R. bevoegd zouden zijn geweest zich vóór de toewijzing als tusschenkomende partij in de executie te stellen, bevoegd zijn zich te verzetten tegen het vonnis van toewijzing.

Arr.-R. Groningen, v. 6 Juni 1856, R. B., jg. 1857, p. 601.

b. Dat appellanten, die in eersten aanleg tot niet-ontvankelijkheid tegen een verzet hebben geconcludeerd, voor het eerst in hooger beroep als middel kunnen aanvoeren, dat geen derde tot een verzet tegen eene beschikking op rekwest kan toegelaten worden —

art. 348 B. R., arrest van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 5 April 1843.

c. Dat zoons en eenige erfgenamen van een overledene niet naar de letter en den geest van art. 376 B. R. als derde personen, vreemd aan het geding, kunnen beschouwd worden —

art. 81 B. R., arr. v. 11 Mei 1848, sub n°. 1.

d. Dat een legataris (met het oog op art. 1058 B. W. en art. 376 B. R.), ten opzichte van den executeur-testamentair, als *derde* moet worden beschouwd —

art. 1917 B. W., arr. v. 14 Nov. 1851, sub n°. 4. — Vgl. ook art. 735 B. R., arrest v. 23 Juni 1843 sqq.

e. Dat het recht van verzet van een schuldeischer tegen de faillietverklaring van zijn debiteur het karakter draagt van derde verzet en is gebonden aan de bepalingen van dezen titel.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 9 Maart 1882, R. R., jg. 1882, *B* p. 263.

Mr. G. F. Dijkers, in zijne dissertatio *de conventione cum creditoribus, quam jure nostro mercatores qui foro cesserunt, ineunt* (Leijden 1845) leert, dat sommige schuldeischers, die niet mede hebben beraadslaagd over het accoord, verzet door derden zouden kunnen doen tegen het vonnis van homologatie. — Deze stelling wordt, vooral in hare algemeenheid, zoo al niet bestreden, dan toch zeer in twijfel getrokken door de Pinto, *Themis*, dl. VIII, p. 142, die de vragen oppert: *a.* of het vonnis van homologatie, dat verbindend is voor alle schuldeischers, ook niet moet geacht worden tegen allen te zijn gewezen; *b.* of niet bovendien het middel van verzet door derden in den regel alleen gegeven wordt aan hem, voor wien een vonnis niet verbindend is, en *c.* of, nu art. 376 B. R. het middel van verzet door derden heeft beperkt tot *rechtsgedingen*, daarvan in eenig geval sprake kan zijn, indien er geen verzet en mitsdien geen rechtsgeding geweest is. — Cf. art. 376 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 17 Nov. 1841, sub n°. 5, alsmede Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 47, die aldaar aanhaalt een arrest van 't P. H. v. Groningen, v. 2 Oct. 1840, waarbij is beslist, dat schuldeischers van een failliet onbevoegd zijn verzet te doen tegen een vonnis, gewezen tegen de curatoren in een geding, door hen in het belang der massa gevoerd, daar deze de schuldeischers vertegenwoordigen.

Rb. Rotterdam, vermeld onder art. 376 n° 10.

Art. 377.

Verzet door derden moet worden aangebracht bij dagvaarding en is dus niet toelaatbaar bij incidentele conclusie.

Hiertegen doet niets af, dat bij dit artikel tevens wordt bepaald, dat verder de algemeene voorschriften wegens de wijze van procedeeren op dit verzet toepasselijk zijn, vermits daaruit niet volgt, dat met omverwerping van het bepaalde beginsel, als in éénen adem bij hetzelfde artikel de bevoegdheid zou zijn gegeven, om *pro lubitu* daarvan af te wijken en de zaak incidenteel aan te brengen volgens art. 141; — zijnde bij het slot van art. 377 alleen aangeduid, dat de zaak, bij dagvaarding aangebracht zijnde, verder wordt behandeld, zooals zaken, op die wijze aangebracht, naar de algemeene voorschriften der wijze van procederen, moeten worden behandeld, terwijl hiertegen niets afdoet het bepaalde bij art. 378 B. R. omtrent het geval, waarin een vonnis aan een derde wordt tegengeworpen in een rechtsgeding, omdat ook dan de aanbrenging wordt gevorderd op den voet van het voorgaande artikel en alzoo bij dagvaarding.

Arr. v. 10 Jan. 1851, W. n°. 1196; R., dl. XXXVII, § 45; v. p. H., *B. R.*, dl. XII, p. 252—264; bevestigende een arrest van het P. H. v. Utrecht, v. 25 Maart 1850, W. n°. 1120; idem vonnis der Arr.-R. Rotterdam, v. 29 Juni 1859, W. n°. 2145; idem Oudeman, dl. II, 4de ed. p. 49; de Pinto, *Hdl., B. R.*, dl. II, 1, p. 462, 2de ed. p. 542 en Penning ad art.

Art. 378.

Dit artikel is ook van toepassing op executiën.

Arr.-R. Rotterdam, v. 31 Oct. 1881, W. n°. 4752; R. B., jg. 1882, 1, p. 163, waarbij is beslist dat het geschil over de rangregeling ook kan worden geschorst tot de uitwijzing van een derde verzet.

Art. 379.

Door de bijvoeging: „in geval daartoe gronden bestaan" heeft de wetgever te kennen gegeven, dat die schorsing niet aan 's rechters willekeur is overgelaten, maar integendeel deze nauwkeurig heeft te

De President v. d. Rechtbank is onbevoegd te oordelen over de valorisatie van de uitvoering van een vonnis waartegen derde verzet is ingesteld, omdat art. 379 dit onderwerp regelt: Rb. Rb. Haarlem 18 Mei 1906, W. n° 8886.

onderzoeken of door de executie van het aangevallen vonnis voor den opposant een toestand worde geboren, waardoor hij in een *dadelijk aanwezend* en *werkelijk belang onherstelbaar* wordt benadeeld. De rechter heeft toch bij beoordeeling van eene gevraagde schorsing, te letten niet alleen op het belang van den opposant, maar ook op dat van den geopposeerde.

Arr.-R. Winschoten, .. Jan. 1869, W. n°. 3108; waarbij werd beslist dat door den opposant die benadeeling moest *gesteld* en zoo noodig bewezen worden. Zie ook in denzelfden geest Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Nov. 1876, W. n°. 4098.

Art. 381.

Dit art. is ingetrokken bij de wet van 7 April 1869, (*Stbl.* n°. 55).

Art. 382.

1. De rechtbank die — in een geval waarin de belanghebbenden teruggave gevorderd hebben van, naar zij vermeenen, te veel betaalde rechten, en het bestuur der registratie daarentegen heeft geconcludeerd tot handhaving en goedkeuring der heffing, — den eischers hun eisch heeft ontzegd, kan *niet* beschouwd worden als *ultra petita*, en als bij afwijking van de conclusiën te hebben gevonnisd, omdat, hoezeer het bestuur niet tevens *uitdrukkelijk* tot ontzegging had geconcludeerd, deze opgesloten ligt in de conclusie tot handhaving en goedkeuring, zoodat de bijvoeging der ontzegging overtollig kan geacht worden.

Arr. v. 15 Febr. 1839, v. p. H., *Z. B.* en *Succ.*, dl. I, p. 18—32; R., dl. I, § 55.

2. Welke ook de beweegredenen zijn, bij een beklaagd arrest aangevoerd, zijn er geene termen tot rekwest-civiel, indien bij het dispositief geene andere uitspraak is gedaan dan omtrent de geëischte zaak.

Arr. v. 26 Juni 1846, W. n°. 728; R. dl. XXV, § 7; v. p. H., *B. B.*, dl. VIII, p. 28—39.

3. Het middel van cassatie en niet dat van rekwest-civiel moet worden aangewend, wanneer men wil opkomen tegen een vonnis, waarbij de rechter — hoezeer slechts het recht wegens de vereeniging

Voorbeeld van request-civiel op grond van art. 382 nr 1: Hof Arnhem 13 Jun. 1877 P.v.J. 1877 nr 16; W. nr 6951.

Voorbeeld van request-civiel door deze in't alg. in het gelijk gestelde partij: Hof den Haag 27 Juni 1882 P.v.J. 1882 nr 57; W. nr 7987.

van de helft van het vruchtgebruik met den blooten eigendom was gevorderd, — van de veronderstelling uitgaande, dat het voor de vereeniging van het geheele vruchtgebruik was voldaan, de teruggave van de helft gelast, zonder het bedrag of de som te vermelden.

Arr. v. 17 Febr. 1848, W. n°. 906 en 915; R., dl. XXX, § 4; v. d. H., *Z. R.* en *Succ.*, dl. III, p. 56—105. — Cf. art. 99 R. O., sub E, n°. 11 dl. II, p. 39, 2de ed., sub D, n°. 11.

4. Er bestaat geen grond tot cassatie, maar wel tot rekwest-civiel, indien de rechter, na verstek en voeging, den defaillant bij het eindvonnis niet veroordeelt in de kosten, door zijn verstek veroorzaakt.

Arr. v. 17 Juni 1851, W. n°. 1245; v. d. H., *B. R.*, dl. XIII, p. 156—171.

5. Men is niet-ontvankelijk in cassatie, wanneer, bij afwijzing van eene vordering in conventie, de rechter het voor alsnog onnoodig heeft geacht op eene reconventioneele vordering uitspraak te doen, maar zou men hiertegen bij rekwest-civiel moeten opkomen.

Arr. v. 5 Dec. 1851, W. n°. 1288; R., dl. XL, § 47.

6. Volgens art. 382, n°. 5 B. R. moeten al de vijf aldaar genoemde vereischten te zamen loopen, om de herroeping eener uitspraak te kunnen verkrijgen, en behoeft alzoo de rechter, na beslist te hebben, dat één dier vereischten ontbreekt, geen onderzoek naar de overige vereischten in te stellen.

Arr. v. 18 Nov. 1853, W. n°. 1491; v. d. H., *B. R.*, dl. XVII, p. 232—254.

7. Er kan *geen* grond bestaan tot rekwest-civiel, wanneer de rechter in appèl, het vonnis *a quo* vernietigende, *ambtshalve* niet-ontvankelijk verklaart eene vordering tot vergoeding der schade door den oorspronkelijk gedaagde voor het eerst in appèl ingesteld, omdat de uitspraak niet betrof eene niet geëischte maar wel degelijk eene uitdrukkelijk gevorderde zaak.

Arr. v. 12 Febr. 1858, W. n°. 1935; R., dl. LVIII, § 28.

8. Wanneer op grond der artt. 1408 en 1409 B. W. is gevorderd 1°. schadevergoeding, 2°. de daar bedoelde verklaring, 3°. de aanplakking en eindelijk de in de wet onbekende openbaarmaking in een

Requet-civiel op grond van art. 382 2° en 4°, Rv. afgewezen: Rb. den Bosch 30 Dec. 1909 (t. n° 6848. idem op grond van art. 382 n° 1 en n° 8: Rb. Breda 30 Mart. 1909 (t. n° 2934.

dagblad, en alles is toegewezen behalve de schadevergoeding, kan niet gezegd worden dat iets anders toegewezen is dan gevraagd was.

Arr. v. 13 Mei 1881, W. n°. 4638; R., dl. CXXVIII, § 9; v. D. H., *B. R.*, dl. XLVI, p. 339—357.

9. Indien de verdediging zich alleen heeft bepaald tot eene niet-ontvankelijk-verklaring *voor als nog*, is de rechter niet bevoegd den eisch niet-ontvankelijk te verklaren en dien bovendien te ontzeggen.

Hof v. Holland, v. 6 April 1840, W. n°. 111. — In gelijken zin bij arr. van 't P. H. v. N.-Holland, v. 23 Nov. 1848, W. n°. 1028; R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 6—10; *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 379 en 380, waarbij is beslist, dat de rechter handelt *ultra petita*, wanneer hij over de hoofdzaak uitspraak doet, terwijl de gedaagde, ofschoon hij ook ten principale heeft geconcludeerd tot opheffing van een gelegd arrest onder derden, evenwel nog geene conclusie ten principale genomen heeft, doch met eene incidenteele vordering om tot getuigen-bewijs te worden toegelaten, den eisch heeft beantwoord.

10. Indien is gevorderd, dat het te interveniëren vonnis zou worden verklaard uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande verzet of hooger beroep, dan blijkt het dat de kennelijke bedoeling des eischers geweest is, om van het beneficie der uitspraak zoo spoedig mogelijk genot te hebben, en kan de rechter in dit geval niet geacht worden *ultra petita* te hebben gestatueerd, door de dadelijk uitvoerbaarheid, bij het vonnis bevolen, nader te omschrijven en op de minuut, zonder voorafgaande registratie, toe te staan.

P. H. v. N.-Brabant, v. 23 April 1844, W. n°. 498; R., dl. XXV, § 85, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 23 Maart 1844, W. ut supra.

11. Daar geen rechter mag oordeelen *ultra petita*, mist een Prov. Hof de bevoegdheid om te treden in een onderzoek, of en in hoeverre sommige daadzaken, waaromtrent een getuigen-bewijs bij het vonnis *a quo* niet is aangenomen (en waarin de geïntimeerde, zonder incidenteel te appelleeren, heeft berust) uithoofde van haar verband en samenhang met die, waarvan het verhoor van getuigen door den eersten rechter is gelast, voor bewijs door getuigen vatbaar zijn.

P. H. v. Utrecht, v. 2 Maart 1846, W. n°. 704; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 219 en 220.

12. Het recht doen op verklaringen, bij pleidooi afgelegd, doch

Requet-civiel staat alleen open tegen eindgewijsden; in het bijz. zijn onder „gedeelten van den eisch" in art. 382 n° 4 Rv. niet begrepen praeparatoire, incidenteele en interlocutoire beslissingen in den loop v. h. geding gegeven: H.R. 11 Juni 1909 W. n° 8879. (Art. 382.

die slechts bij conclusiën konden worden gedaan, is oordeelen *ultra petita*.

P. H. v. N.-Holland, v. 2 Nov. 1848, W. n°. 1030; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 633—639. — Cf. art. 139 B. R., arr. v. denzelfden datum, sub n°. 2.

13. De rechter, die onderzoekt en beslist, of aan een gedaagde in cas van onteigening ten algemeenen nutte, meer als schadevergoeding toekomt dan de gevraagde som, gaat *ultra petita*.

Arr.-R. Leiden, v. 4 Sept. 1849, W. n°. 1051.

14. Het in de dagvaarding vermelden van eene onwaarachtige daadzaak door den gedaagde in cas van rekwest-civiel, welke tot gevolg heeft gehad de veroordeeling bij verstek van den eischer in cas van rekwest-civiel (oorspronkelijk gedaagde en defaillant) en welke onwaarheid door dien eischer uit den aard der zaak niet vóór zijne terugkomst van eene buitenlandsche zeereis, en dus na de uitspraak en ten-uitvoer-legging van dat vonnis kon worden ontdekt, stelt daar bedrog of arglist, in den zin van art. 382, n°. 1 B. R.

Arr.-R. Winschoten, v. 22 Jan. 1851, R. B., jg. 1852, p. 13—15. — Cf. OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 53; DE MARTINI ad art. *ij*, 3 en DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 1, p. 469 en 470, 2de ed. p. 514 sqq.

15. Alléén dan kunnen, in den zin van art. 382, al. 5 B. R., geacht worden twee tegenstrijdige vonnissen gewezen te zijn, wanneer, in de beide zaken de onderwerpen der geschillen dezelfde geweest zijnde, door den rechter twee uitspraken zijn gedaan, die met elkander niet zijn overeen te brengen.

P. H. v. Gelderland, v. 16 Nov. 1852, R. B., jg. 1853, p. 308—312.

16. Wanneer een rechter zich *onbevoegd* verklaart, kan dit wel aanleiding geven tot hooger beroep, indien dit is toegelaten, maar geenszins tot rekwest-civiel of vernietiging.

P. H. v. Gelderland, v. 2 Maart 1853, W. n°. 1438; R. B., jg. 1853, p. 320—327.

17. De woorden in een dictum van een vonnis: „vergunt den eischer het door hem bij dagvaarding gestelde nader te bewijzen" hebben klaarblijkelijk geene andere bedoeling dan die van de gewone

formule: „gelast partijen ten principale voort te procedeeren". Zij kunnen dus nimmer als eene uitspraak, *ultra petita*, gelden.

P. H. v. Drente, v. 21 Juni 1856, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 206 en 207.

18. Het feit op zich zelf dat eene partij stukken, die tegen haar zouden getuigen, niet overlegt, kan niet als bedrog of arglist worden aangemerkt.

Arr.-R. Amsterdam, v. 26 Mei 1876, W. n°. 4013.

19. Wanneer aan de hoofdvordering eene bijvordering voor zooveel noodig is gevoegd, en de rechter die vorderingen toewijzende in zijn *dictum* niet opneemt „voor zooveel noodig", kan niettemin niet beweerd worden dat meer is toegewezen dan geëischt.

Hof Arnhem, v. 9 Febr. 1881, W. n°. 4642.

20. Zie ten betooge:

a. Dat niet het middel van cassatie, maar dat van rekwest-civiel behoort te worden aangewend, indien verzuimd mocht zijn op een gedeelte van den eisch uitspraak te doen —

art. 99 R. Org., arr. v. 25 Juni 1840, sub *E*, n°. 4, dl. II, p. 38; 2de ed., sub *D*, n°. 4; — anders, indien het geen eigenlijken eisch, maar eene geproponeerde exceptie geldt en er in dit geval termen zijn om het er voor te houden, dat de exceptie *virtualiter*, dat is stilzwijgende, is verworpen — bij arr. v. 25 Juni 1841, sub art. 99 R. Org. *E*, n°. 2, 2de ed., sub *D*, n°. 2. Zie de bedenkingen daartegen van DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II, 4, p. 471 en 472, 2de ed., p. 521 en 522 (1).

b. Dat, ook zelfs dan, wanneer art. 48 B. R., kon geacht worden te zijn geschonden, door in hooger beroep de feiten, waarvan het getuigenbewijs was toegelaten, niet op dezelfde wijze als de eerste rechter te admitteeren, maar die te veranderen, zonder dat daartoe zelfs niet subordinaat was geconcludeerd, tegen zoodanige uitspraak het middel van rekwest civiel en niet dat van cassatie admissibel is —

art. 99 R. Org., arr. v. 15 April 1842, sub *E*, n°. 3.

c. Dat, indien al art. 59, al. 3 B. R., jº. art. 173 der Grw. v. 1815,

(1) Alle aanhalingen h. t. p. uit R. O. zijn in de 2de editie op art. 99 onder de hier genoemde nummers sub *D*, te vinden.

moet geacht worden te zijn geschonden, als eene veroordeeling tot schadevergoeding is gegrond op, en gemotiveerd door aanhaling van art. 612 B. R., daardoor wellicht opening is gegeven aan de toepassing van de bepalingen van art. 382 B. R. op het rekwest-civiel, maar geenszins tot cassatie —

art. 99 R. Org., arr. v. 16 Dec. 1842, sub *E*, n°. 4.

d. Dat, indien de rechter in hooger beroep, buiten de *litis-contestatie* tusschen partijen, te niet doet eene incidenteele veroordeeling in de kosten, waarin was berust en waarvan niet incidenteel was geappelleerd, hiertegen door het middel van rekwest-civiel, en niet door dat van cassatie moet worden opgekomen —

art. 99 R. Org., arr. v. 8 Dec. 1843, sub *E*, n°. 5.

e. Dat, wanneer een beklaagd vonnis of arrest geene uitspraak bevat over het eigenlijke geschilpunt, of daarbij geheel iets anders of meer is toegewezen dan gevraagd was, alsdan daartegen het middel van rekwest-civiel en niet dat van cassatie openstaat —

art. 99 R. Org., arr. v. 25 Oct. 1844, sub *E*, n°. 6.

f. Dat de omstandigheid, dat de rechter in hooger beroep, na een vonnis bij interlocutoir arrest te hebben vernietigd, dat bij definitief arrest weder zou hebben bekrachtigd, wel aanleiding kan geven tot het bezigen van het middel van rekwest-civiel, doch geenszins tot eene voorziening in cassatie —

art. 99 R. Org., arr. v. 4 Dec. 1845, sub *E*, n°. 8, dl. II, p. 39.

g. Dat het middel van revisie zóó verschillend is van dat van cassatie, dat niet uit analogie of convenientie van de toepasselijkheid van het eene tot die van het andere middel kan worden besloten —

art. 99 R. Org., arr. v. 4 Dec. 1845, sub *E*, n°. 9.

h. Dat eene rechterlijke uitspraak, die men beweert *ultra petita* te zijn, en die niet vatbaar is voor appèl, geen grond kan geven tot cassatie, maar alleen tot rekwest-civiel —

art. 99 R. Org., arr. v. 9 April 1847 sqq., sub *E*, n°. 10.

i. Dat, indien een in eersten aanleg gevoerd sustenu in appèl niet

rekwest-civiel en cassatie kunnen te gelijker tijd worden inge-
steld: Rb. Utrecht 24 Juni 1908, W. nº 8800. Anders Ct. R. 5 Dec. 1913,
W. nº 9605, cassatie kan niet worden ingesteld als request-civiel opentaat, op grond van art. 105 R.O.

wordt volgehouden, alsdan de beoordeeling op dat punt geheel buiten de cognitie van den hoogeren rechter is —

art. 348 B. R., arr. v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 17 Jan. 1850.

j. Dat het middel van rekwest-civiel niet in ieder geval de gelijktijdige voorziening in cassatie uitsluit —

art. 398 B. R., arr. v. 18 Nov. 1853, sub nº. ~~11~~. 19

k. Dat men zich tegen een vonnis, op een rekwest-civiel gewezen, *niet* in hooger beroep, maar *wel* in cassatie kan voorzien —

Hooger beroep is uitgesloten: Hof Arnhem 24 Jan. 1912 W. nº 9344.

A. O. in de *Opm. en Med.*, dl. VIII, p. 48—52; — anders ten aanzien van het hooger beroep, DE PINTO, *Hdl.*, dl. II, 1, p. 484, 2de ed., p. 535, waartegen echter Mr. A. O. l. c. opmerkt, dat de heer DE PINTO uit het oog heeft verloren, dat in cas van rekwest-civiel steeds de rede is van een vonnis hetwelk voor geen hooger beroep vatbaar is.

l. Dat wel het afleggen van den *suppletoiren*, doch niet van den *decisoiren* eed, waarvan naderhand de valschheid blijkt, het bedrog daarstelt, dat reden geeft tot rekwest-civiel —

OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 53, DE MARTINI, ad art. 9 4 en DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 1, p. 470 en 471, 2de ed., p. 520. Laatstgemelde echter maakt daarbij de m. i. onaannemelijke onderscheiding of de suppletoire eed bij voorafgaand dan wel bij eindvonnis is opgelegd, daar men in het laatste geval niet zou kunnen zeggen, dat het bedrog gepleegd is *in de procedures* die reeds waren afgeloopen, maar vooral niet, dat het vonnis zou berusten op den eed die eerst na het vonnis gedaan is. — De schrijver schijnt daarbij uit het oog te verliezen, dat, wanneer de suppletoire eed wordt opgelegd bij alternatief eindvonnis, het afleggen van den eed is inhaerent aan, en als het ware het complement van het eindvonnis, zoodanig, dat zonder die eedsaflegging de triumphant niet is gebaat en geen bedrog kan plegen, hetwelk later aanleiding zou kunnen geven tot rekwest-civiel. (LÉON.)

m. Dat rekwest civiel ook is toegelaten, wanneer de in nº. 8 van dit artikel bedoelde terughouding van beslissende stukken *door nalatigheid* heeft plaats gehad: opzet wordt in dat nummer dus niet vereischt, op grond van het verband tusschen nº. 1 en nº. 8 van dit artikel, welk laatstgenoemd nummer, nam men de tegenovergestelde leer aan, overbodig zou zijn; en vermits noch de letter noch de bedoeling der wet zich tegen deze opvatting verzetten, die ook bij vergelijking van dit nummer met het voorafgaande de juiste schijnt.

Opm. en Med., dl. XV, bl. 161 en volgg.

Art. 383.

Zie ten betooge, dat het geval, dat een minderjarige rekwest civiel instelt, omdat hij niet verdedigd is, geene uitzondering maakt op de bepalingen der wet, volgens welke rekwest-civiel alleen kan plaats hebben tegen vonnissen in het hoogste ressort gewezen —

Mr. A. O. in *Opm. en Med.*, dl. III, p. 221—226. — Cf. v. d. Honert. *Hdb.*, p. 424.

Art. 385.

1. Wel is waar heeft de wet ten aanzien van het rekwest-civiel niet uitdrukkelijk bepaald dat het na verloop van den termijn niet meer kan plaats hebben, of dat de instelling binnen den termijn moet geschieden op straffe van verval, zooals is voorgeschreven ten aanzien van hooger, revisie en cassatie. Daaruit volgt echter niet, dat het rekwest civiel ook na den daarvoor bepaalden termijn nog is ontvankelijk, vermits elke wettige termijn van zelf medebrengt dat het daartoe betrekkelijke binnen den gestelden tijd moet geschieden en het na verloop daarvan niet meer is geoorloofd.

Arr. v. 4 Nov. 1864, W. n°. 2638; R., dl. LXXVIII, § 19. Zie hetzelfde arrest ad art. 382, n°. 15 *j.* en ad art. 398 B. R., bevestigende arr. v. 't P. H. v. Limburg, v. 18 April 1864. Dit arrest wordt bestreden in W. n°. 2648 door S., die het eenig motief van het arrest «dat iedere termijn van rechtswege fataal is» volstrekt ongegrond acht. Het tegendeel is juist. Overal waar men de termijnen fataal heeft willen maken, heeft men dit uitdrukkelijk gezegd. En de gevolgtrekking is derhalve, dat zij het niet zijn van rechtswege, en dat zij het bij gevolg niet zijn, waar de wet het niet zegt. De artt. 340, 361, 398 en zoo vele andere zijn daar om dit te bewijzen.

2. Lipman, *B. R.*, p. 170, leidt uit art. 385 B. R. af, dat de eischer, bij niet-verschijning van den gedaagde, des verkiezende, diens wettelijke bevoegdheid tot het aanbieden van rekwest-civiel steeds zal kunnen verijdelen, door het vonnis niet ten uitvoer te leggen dan drie maanden na de beteekening; — anders Oudeman, *B. R.*, 2de ed., dl. II, p. 61 en 62, 3de ed., p. 55 en de Pinto, *B. R.*, dl. II, 1, p. 480, 2de ed., p. 529 sqq., volgens wie, hoezeer men zulks duidelijker had moeten en kunnen uitdrukken, voor de vonnissen bij verstek de termijn van drie maanden eerst begint te loopen van af den tijd dat het vonnis niet meer vatbaar is voor verzet. — Vgl. hiermede Penning ad art., die opmerkt, dat, ook dan wanneer de meening van den heer Lipman juist mocht zijn, art. 387 B. R. daartegen het middel van redres aan de hand geeft.

Art. 391.

Dit artikel is ingetrokken bij de wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n°. 55).

Art. 393.

Dit artikel is ingetrokken bij de wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n°. 55).

Art. 394.

Bij de wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n°. 55) is al. 1 van dit artikel aldus gewijzigd: «Indien het rekwest-civiel wordt aangenomen, zal het vonnis worden herroepen en de partijen in denzelfden staat teruggebracht, in welken zij vóór het vonnis waren; hetgeen, tengevolge van de veroordeeling, bij het vonnis uitgesproken, genoten of ontvangen is, zal worden teruggeven».

De wet verbiedt om bij hetzelfde vonnis of arrest, dat het rekwest-civiel aanneemt, de zaak ten principale verder te beslissen.

Ditzelfde geldt wanneer slechts behoeft te worden aangevuld een begaan verzuim.

Arr. v. 22 Nov. 1867, W. n°. 2956; R., dl. LXXXVII, § 28; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXII, p. 52—64; vernietigende arr. v. 't P. H. v. Limburg, v. 8 April 1867, W. n°. 2891.

De Hooge Raad vereenigde zich alzoo, in dit arrest, met het gevoelen, dat het gevolg van een gegrond bevonden rekwest-civiel éénig en alleen is herroeping van het vonnis en herstel der partijen in denzelfden toestand, waarin zij het vóór het vonnis bevonden; en dat de partij, die het rekwest-civiel instelt, niet bevoegd is te vragen, en de rechter niet bevoegd is toe te wijzen aanvulling en verbetering van het vonnis en beslissing van het geschil ten principale, welk laatste eerst kan geschieden, nadat over het rekwest-civiel is gevonnisd, en zulks geheel onverschillig of het rekwest-civiel gevraagd wordt op grond, dat verzuimd zou zijn op een der gedeelten van den eisch uitspraak te doen, of op eenigen anderen grond.

Bij het ontwerp van een nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (in 1865 onder toezicht van Mr. A. A. de Pinto uitgegeven) is hetzelfde gevoelen aangenomen, als door den Hoogen Raad is omhelsd. Blijkens art. 9 toch van den 3en titel van het 3e boek wordt bij het vonnis, dat de herroeping van het aangevallen vonnis inhoudt, de terechtzitting bepaald, waarin partijen zullen moeten verschijnen om op de hoofdzaak voort te procedeeren.

Vergelijk met een en ander de boven geplaatste wijziging van het artikel in 1869.

Art. 396.

Zie ten betooge, dat onze wetgever — tot wegneming van den twijfel, of onder de woorden: *aucune partie*, in art. 503 C. de P. C, ook hij was begrepen, tegen wien het rekwest-civiel was aangenomen, dan of zich het verbod van een tweede rekwest-civiel alleen beperkte tot dengene, die van dat middel had gebruik gemaakt en daarin gesuccumbeerd had — de woorden: *„het zij hetzelve aangenomen zij"*, in het tegenwoordig art. 396 opgenomen heeft —

S. M. in de *Opm. en Med.*, dl. VII, p. 132—134.

Art. 398.

1. Het beroep in cassatie tegen een gewijsde, waarbij het verzoek van schuldeischers om failliet-verklaring is afgewezen, behoort onder de zoodanige, waaromtrent bij uitzondering slechts een kortere termijn dan de gewone, tot het instellen daarvan is toegestaan.

Arr. v. 29 Jan. 1841, W. n°. 165; R., dl. VIII, § 55; v. d. H., *B. R.*, dl. II, p. 107—119.

2. In de berekening van den termijn voor het beroep in cassatie, moet gevolgd worden de tijdsbepaling voor het beroep tegen de hoofdbeslissing toegestaan, ook dan wanneer er slechts tegen eene accessoire beslissing wordt in cassatie gekomen.

Arr. v. 29 Jan. 1841, W. n°. 165; R., dl. VIII, § 55; v. d. H., *B. R.*, dl. II, p. 107—119.

3. De termijns-bepaling voor het instellen van het beroep in cassatie betreft de openbare orde; de rechter is mitsdien verplicht op de nakoming daarvan ambtshalve te letten, zelfs dan wanneer zulks door de wederpartij niet uitdrukkelijk is gevorderd.

Arr. v. 29 Jan. 1841, W. n°. 165; R., dl. VIII, § 55; v. d. H., *B. R.*, dl. II, p. 107—119; idem v. 24 April 1851, v. d. H., *B. R.*, dl. XIII, p. 52—67; R., dl. XXXVIII, § 54. — In gelijken zin door Mr. A. O. in de *Opm. en Med.*, dl. VII, p. 306—311, die aldaar ter toetse brengt en wederlegt de *rationes dubitandi*, omtrent de juistheid dezer beslissing geopperd door DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, II, 1, p. 487, 2de ed., p. 540. De heer A. O. beroept zich daarbij op de omstandigheid, dat de wetgever bij art. 399 B. R., uit het onderwerp van hooger beroep alleen de artt.

334, 336, 337 en 341 en niet art. 338 op het rechtsgeding in cassatie toepasselijk heeft verklaard, hetgeen hij gelooft, ook met het oog op art. 361, opzettelijk te zijn geschied. De schrijver meent hieruit niet zonder grond het gevolg te mogen trekken, dat de verweerder in cassatie niet verplicht is de niet-ontvankelijkheid der cassatie vóór de verwering op de hoofdzaak voor te dragen, welk middel anders voor gedekt moet worden gehouden, en dat zich hieruit een niet onbelangrijk argument voor de leer van den H. R. ontwikkelt, nl. dat deze exceptie, die in elken stand van het geding kan worden voorgesteld, van openbare orde is, en dus, gelijk die van art. 156 B. R., ook door den rechter ambtshalve kan aangevuld worden.

4. Indien bij een arrest de genomene conclusiën van partijen tot afstand en vervallen-verklaring van de instantie zijn ontzegd, en de succumberende partij, in cas van admissie-gratis van een der litiganten, tot betaling der in debet gestelde rechten aan den fiscus wordt veroordeeld, alsdan behoort men, vermeenende daartoe termen aanwezig te zijn, tegen dit arrest zelf te komen in cassatie.

In het bovenvermeld geval kunnen niet dezelfde gronden van cassatie in aanmerking worden genomen tegen een later vonnis, waarbij de succumberende partij tot betaling van de kosten is veroordeeld, indien men in het arrest zelf heeft berust.

Arr. v. 18 Maart 1842, W. n°. 307.

5. De ingang der drie maanden, binnen welke de voorziening in cassatie moet worden ingesteld, vangt aan met den eersten dag na de beteekening en is de bepaalde termijn verstreken, zoodra de bepaalde drie maanden welke op dien dag ingaan, zijn verloopen, — met dat gevolg dat een vonnis, hetwelk is beteekend op 23 Maart, is ingegaan met middernacht tusschen 23 en 24 Maart en de termijn is geëxpireerd of verloopen te middernacht van den 23 op den 24 Juni.

Arr. v. 21 Dec. 1843, W. n°. 461; R., dl. XVII, § 9; v. d. H., *B. R.*, dl. V, p. 110—128; idem arr. v. 6 Nov. 1846, v. d. H., ibid., dl. VIII, p. 174—191; W. n°. 791; R., dl. XXV, § 56. — Cf. omtrent de vraag, of de *dies ad quem* moet worden berekend in den termijn van cassatie, voorgeschreven in art. 398 B. R. — Voet, ad tit. ff. *de feriis et dilationibus*, n°. 14; Merlin, *Répertoire*, in voce *appel*, sect. I, § 5, n°. 14, tom. I, p. 452; Grenier, *Traité des Hypothèques*, tom. I, p. 208 (ed. 1824); Berriat-St.-Prix, *Cours de Procéd. Civile*, Chap. IV, art. 2, quaestio 9, p. 148 en de conclusie van den adv.-gen. van Maanen, v. d. H., l. c., p. 117—127. — Cf. wat het eerste arrest betreft, het daartoe betrekkelijk vonnis der Arr.-R. Nijmegen, v. 7 Maart 1843, W. n°. 391.

6. Bij art. 4, n°. 8 B. R. uitdrukkelijk bepaald zijnde, dat alle exploiten aan hen, die in de koloniën van den Staat wonen, moeten gedaan worden aan den ambtenaar van het Openb. Min. bij het rechterlijk collegie, voor hetwelk de vordering moet gebracht worden, moet dergelijk exploit *eo ipso* geacht worden aan de woonplaats der belanghebbenden te zijn geschied, met dat gevolg, dat ook in dit geval de termijn voor het beroep in cassatie moet worden ingesteld binnen den termijn (van drie maanden), bij art. 398 B. R. voorgeschreven, te rekenen van den dag waarop het arrest aan den geïnsinueerde (*in casu* gevestigd te Batavia) in den persoon van den proc.-gen. bij het Prov. Hof (onder welks rechtsgebied het arrest is gewezen), is beteekend.

In deze kan niet uit de analogie van art. 10 B. R. worden geredeneerd, daar toch niets billijker is dan dat hij, die van zijne woonplaats rauwelijks wordt geroepen, om elders te recht te staan, in staat zij, om van die voor hem dikwijls geheel onverwachte roeping kennis te dragen; gelijke billijkheid vordert echter niet dat, wanneer hij nu met zijne partij buitenslands *in lite* is, aan hem voor elke verdere instantie gelijke termijn worde gelaten, daar hij alsnu in staat is, om, wakende voor zijn recht, orders te stellen tot vervolging zijner rechten, des noods tot in de laatste instantie: door in die gevallen even lange termijnen als voor de dagvaarding te verleenen, zou hij inderdaad op gunstiger standpunt worden gebracht, dan partijen, hier te lande gevestigd.

> Arr. v. 10 Nov. 1848, W. n°. 969; R., dl. XXXII, § 6; v. d. H., *B. B.*, dl. X, p. 112—130; — anders echter bij vonnis van de Arr.-R. Winschoten, v. 10 Sept. 1851, R. B., jg. 1852, p. 393 en 394, waarbij het verleenen van den gewonen termijn van dagvaarding (art. 7 B. R.) in hooger beroep afhankelijk is gemaakt van de omstandigheid, of de vreemdeling bij de beteekening van het (ten zijnen faveure) verkregen vonnis, woonplaats had gekozen binnen het Rijk of de gemeente waar de executie zou moeten geschieden.

7. Omtrent de wijze, waarop de termijn, bij art. 52 der wet v. 28 Aug. 1851 (*Stbl.* n°. 125) voor de voorziening in cassatie in zake van onteigening voorgeschreven (binnen drie dagen na de uitspraak), behoort te worden berekend, is de slotbepaling van art. 14 B. R. van toepassing. Daarentegen moet die wet het richtsnoer zijn in alles, wat betreft de wijze waarop de bedoelde voorzieningen worden ingesteld,

vervolgd en ter cognitie van den rechter gebracht, alsmede omtrent hetgeen aan de partij moet worden medegedeeld en beteekend.

Arr. v. 27 Juli 1852, R., dl. XLII, § 46 (1). Cf. art. 429 B. R., arr. v. denz. datum.

Vergelijk hiermede navolgende beslissing:

De procureur, die voor de partij in eersten aanleg heeft geoccupeerd, is in onteigeningszaken eveneens bevoegd tot het aanteekenen van het beroep in cassatie.

Arr. v. 30 Nov. 1863, W. n°. 2544; R., dl. LXXV, § 29; v. d. H., *B. R.*, dl. XXVIII, p. 123—144. De H. R. overwoog, dat de procureur den eischer vertegenwoordigt tot de beteekening van het vonnis, en dat de aanteekening van cassatie moet geacht worden te behooren tot die handelingen, waartoe de procureur als zoodanig bevoegd is ter bewaring van de rechten des eischers.

Vergelijk in verband hiermede, Mr. W. THORBECKE: «Stelsel en toepassing der Onteigeningswet» p. 255 sq., alwaar o. a. betoogd wordt dat, voor zoover de cassatie-procedure in de Onteigeningswet niet geregeld is, de bepalingen van het Wetboek van Burg. Rechtsvordering, en daaronder ook die van de wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124), hier van toepassing zijn, cf. in denzelfden zin de conclusie van den toenmaligen adv.-gen. POLIS, voorafgaande aan arr. v. 9 Jan. 1877, W. n°. 4077.

8. Eene voorziening in cassatie kan niet worden ingesteld op naam van iemand, die hangende de zaak in appèl is overleden en aan wiens erven het arrest is beteekend; als zijnde het beroep in cassatie een buitengewoon rechtsmiddel en daarstellende een nieuw rechtsgeding, geheel afgescheiden van de instantiën, die daaraan zijn voorafgegaan; waaruit al dadelijk volgt, dat de wetsbepalingen betrekkelijk het schorsen en het hervatten van het rechtsgeding, voorkomende in het 1ste boek, 3de titel, 12de afd. B. R., ten deze alle toepassing missen, en het reeds in den aard der zaak zelve gelegen is, dat geen rechtsgeding kan worden ingesteld of aangevangen door of op naam van een persoon, die niet meer bestaat, hetgeen te minder kan geschieden, nadat de verweerders het beklaagde arrest, waarbij die overledene is in

(1) Artt. 51—54 der voormelde wet v. 28 Aug. 1851 regelen de bespoedigde manier van procedeeren in cas van onteigening Insgelijks de artt. 21—28 der Kieswet v. 4 Juli 1850, (*Stbl.* n°. 37) betrekkelijk kieskwestiën. (LÉON.)

het ongelijk gesteld, hadden beteekend aan de gezamenlijke erfgenamen en in eens.

Arr. v. 30 Sept. 1853, W. n°. 1476; R., dl. XLVI, § 17; v. d. H., *B. R.*, dl. XVII, p. 123—140; anders: arr. v. 9 Oct. 1868, W. n°. 3049, R., dl. XC, § 4; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXIII, p. 11—14. Vgl. hiermede de bestrijding van het eerstgenoemde arr. door K. S. in 't W. n°. 1479, beaamd door J. V. in 't W. n°. 1486, naar luid waarvan de leer dat de cassatie is een buitengewoon rechtsmiddel, onder die machtspreuken behoort, die wij gewoon zijn, op goed geloof onze Fransche naburen en elkander na te praten, zonder ons zelven rekenschap te geven van hetgeen wij daarmede eigenlijk zeggen en zonder te bedenken, dat onze cassatie in ieder geval geheel iets anders is dan die van onze buren. Het arrest van den H. R. echter, overeenstemmende met dat van 't Hof van Cassatie, v. 8 Mei 1820, te vinden bij Dalloz, *Jur. du 19 siècle*, voce *Cassation*, sect. 2, p. 336, wordt verdedigd door S. K. in 't W. n°. 1482, o. a. op grond, dat het beroep in cassatie eene nieuwe instantie is. Zie ook in eerstgemelden zin *Regtsg. Adv.*, Verz. VIII, bl. 106—110. Verg. hiermede de dissertatie van Mr. J. P. Vailiant, *de cassatione, qualis senatui supremo competit* (Utrecht 1847), en de beoordeeling daarvan door Mr. A. de Pinto, in de *Themis*, dl. VIII, p. 610—614. — Ook laatstgemelde beschouwt, even als Oudeman, *Opm. en Med.*, dl. I, p. 149, de cassatie als een buitengewoon rechtsmiddel, dat niet gemakkelijk en vóór dat alle gewone middelen zijn uitgeput, moet worden toegelaten.

9. Wanneer de gronden, door den eischer in cassatie tot herstel van zijne vermeende bezwaren in cassatie aangevoerd, niet dezelfde zijn als waarop door hem rekwest-civiel is of kan worden ingesteld, en hem alzoo voor het op die gronden te zoeken herstel, geen ander middel dan de cassatie openstaat, dan kan hem niet, op grond van het voorschrift van art. 103 der Org. wet, de niet-ontvankelijkheid in cassatie worden tegengeworpen.

Arr. v. 18 Nov. 1853, W. n°. 1586; R., dl. XLVI, § 46; v. d. H., *B. R.*, dl. XVII, p. 214—232; idem de Pinto, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 4, p. 468, 2de ed., p. 518. — Verg. in verband hiermede ten betooge, dat indien een arrest èn voor rekwest-civiel èn voor cassatie vatbaar is, eerst, inzonderheid met het oog op art. 103 R. Org., het rekwest-civiel zal behooren te worden beproefd en in dat geval de termijn van cassatie eerst begint te loopen van de beteekening der uitspraak, bij welke het rekwest-civiel is verworpen — Mr. A. O. in de *Opm. en Med.*, dl. I, p. 147—151 en Oudeman, dl. II, 4de ed., p. 68; — anders bij arr. v. 4 Nov. 1864, (ook vermeld sub art. 385 en onder n°. 20 van art. 398 B. R.), W. n°. 2638; R., dl. LXXVIII, § 19, waarbij werd beslist dat het gelijktijdig aanwenden van beide middelen nergens is verboden, en dat evenmin uit eenige wetsbepaling volgt, dat een van beide middelen zou behooren voorteggaan; voorts Pigeau, t. I, p. 664, die

in dit geval aanraadt te gelijkertijd rekwest-civiel en cassatie in te stellen, ten einde niet gedurende de eerstgemelde procedure de termijn van cassatie verloope.

10. De beteekening van een arrest, overeenkomstig art. 4, n°. 6, B. R., aan de erfgenamen van eene hangende het geding in hooger beroep overleden partij, doet den termijn van cassatie tegen die erfgenamen loopen, ook dan, indien zij, tijdens die beteekening, nog zouden kunnen gebruik maken van het recht van beraad, en dit werkelijk later gedaan hebben.

Arr. v. 19 Mei 1854, W. n°. 1543; R., dl. XLVII, § 61; v. d. H., *B. R.*, dl. XVIII, p. 391—402. — Cf. art. 341 B. R., arr. van denz. datum.

11. Het beroep in cassatie wordt terecht ingesteld door Regenten van een gesticht, met behoud van dezelfde namen als in de introductieve dagvaarding, niettegenstaande verandering in het personeel sedert dien tijd.

Arr. v. 23 Mei 1856, W. n°. 1753; R., dl. LIII, § 20; v. d. H., *B. R.*, dl. XX, p. 366—384.

12. Hij, die bevoegd is te komen in appèl, is ook bevoegd later terzelfder zake te komen in cassatie, indien er geene bepaling bestaat, die het tegendeel te kennen geeft.

Arr. v. 13 Juni 1856, R., dl. LIII, § 39; v. d. H., *B. R.*, dl. XX, p. 411—428.

13. De verweerder in vrijwaring is onbevoegd in cassatie te komen tegen dat gedeelte van een arrest, waarbij de oorspronkelijke eisch werd beslist, wanneer hij in dat geschil geen partij was.

Arr. v. 13 Maart 1857, W. n°. 1837 en 1848 in welk laatste nommer de feitelijke toedracht der zaak is opgenomen.

14. Cassatie van een arrest kan niet volgen daar, waar het beroep eeniglijk is gericht tegen eene geheel ten overvloede aan de hoofdoverweging toegevoegde overweging.

Arr. v. 21 Mei 1858, W. n°. 1971; idem arr. v. 9 Mei 1856, R., dl. LIII, § 9. Cf. arr. 16 Oct. 1868, W. n°. 3050.

15. Degeen, die als belanghebbende, ofschoon geene eigenlijke partij zijnde geweest, in appèl is gekomen van eene beschikking op

rekwest, en als zoodanig in appèl partij in de zaak is geworden, is bevoegd om tegen de uitspraak in appèl in cassatie te komen.

Arr. v. 14 Oct. 1859. R., dl. LXIII. § 21; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIII. p. 358—377.

16. De voorziening in cassatie, ingesteld door het hoofd van het gemeentebestuur, ten tijde dat de gevorderde hoogere goedkeuring nog niet was verkregen, maar wel was aangevraagd is *ontvankelijk*, wanneer die later is verkregen en aan den verweerder is geinsinueerd.

Arr. v. 25 Mei 1860. W. n°. 2173; R., dl. LXIV. § 65; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIV. p. 157—168.

17. Niet-ontvankelijk is in cassatie het beroep tegen eene beslissing van een raadsheer-commissaris, door het Hof benoemd tot het hooren van den verweerder op de door eischers gestelde vraagpunten, zoo lang eischers niet vooraf hunne bezwaren tegen de beslissing van den raadsheer-commissaris hebben doen gelden bij het Hof, hetwelk hem heeft benoemd

Arr. v. 31 Mei 1861. R., dl. LXVIII. § 14; v. d. H., *B. R.*, dl. XXV. p. 270—281.

18. Op de uitlegging eener dagvaarding kan in cassatie niet worden teruggekomen.

Arr. v. 5 Dec. 1862. W. n°. 2438; ook vermeld ad art. 99 B. R. O. aant. 85; welk artikel over deze en dergelijke vragen te raadplegen is.

19. Tegen rechtelijke *dicta*, ter rolle uitgevaardigd ter bevordering van eene behoorlijke rechtspraak en ter verzekering van den geregelden loop eener procedure, staat geen hooger beroep of cassatie open.

Arr. v. 29 Jan. 1864. W. n°. 2560; R., dl. LXXVI. § 11; v. d. H., *B. R.*, dl. XXVIII. p. 271—286. Dit arrest, bestreden door S. in W. n°. 2564, is ook vermeld sub art. 332 B. R.

20. Het voorschrift van dit artikel dat het beroep in cassatie heeft eene schorsende kracht, betreft alleen de ten uitvoerlegging van het vonnis of arrest, geenszins den aanvang van den termijn voor het rekwest-civiel.

Arr. v. 4 Nov. 1864. W. n°. 2638; R., dl. LXXVIII. § 19, ook vermeld ad art. 382 B. R. n°. 15 *j.* en sub art. 385 B. R.

A Cassatie tegen een vonnis van eedsopleggingq, dat als een voorwaardelijk eindvonnis is te beschouwen, moet worden ingesteld binnen drie maanden nadat het is uitgesproken, niet binnen 3 maand. nà de eedsaflegging: (W. R. 29 Art. 398.) Maart 1913, W. nº 992 9428.

21. De beslissing dat door de voorziening in cassatie de uitvoering van de rechtelijke uitspraak niet alleen maar ook van de authentieke akte, die daarvan een uitvloeisel is, wordt geschorst, is juist.

Arr. v. 29 Oct. 1869, W. nº. 3160; R., dl. XCIII, § 12; v. d. H., *B. B.*, dl. XXXIV, p. 23—41; R. B., jg. 1870, dl. XX, p. 718.

22. Wanneer de voorziening is gericht zoowel tegen eene voorloopige beslissing van het beklaagde interlocutoir, als tegen de bekrachtiging daarvan bij het mede aangevallen eindarrest, kan zij, wegens den slechts voorloopigen aard van eerstgenoemde beslissing, alleen tegen het eind-arrest gelden.

Arr. v. 21 Febr. 1873, W. nº. 3565; R. B., jg. 1873, dl. XXIII, p. 429.

23. De bij dit artikel bedoelde beteekening is niet die van dengeen die bij het vonnis of arrest is in het ongelijk gesteld, maar van dengeen, die in het *gelijk* is gesteld en dus belang heeft dat de daar bedoelde termijnen worden afgesloten.

Arr. v. 20 Dec. 1878, W. nº. 4323; R., dl. LXX, § 30; v. d. H., dl. XLIII, p. 406—419; R. B., jg. 1882, A, p. 97. Zie ook ten aanzien van appèl art. 339 Rv. nº. 39 *b*.

24. Het beroep is niet-ontvankelijk tegen dat gedeelte van het vonnis, waarbij aan den eischer zijne eigen conclusiën zijn toegewezen.

Arr. v. 16 Dec. 1884, W. nº. 4722; v. d. H., dl. XLVII, p. 87—95.

25. Hoewel de wet aan het beroep in cassatie eene schorsende kracht toekent, is nergens voorgeschreven dat men met de tenuitvoerlegging van een vonnis of arrest tot na den afloop van den daarvoor gestelden termijn zou moeten wachten.

Arr.-R. Sneek, v. 24 April 1844, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 694. — Cf. art. 339 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 5 Jan. 1842 sqq.

26. Wanneer men in cassatie komt van een arrest, niet bij voorraad uitvoerbaar, waarbij aan eene der partijen is opgedragen het verrichten van eene daad binnen een bepaalden termijn, dan vangt deze termijn niet aan van den dag der beteekening van 's Hofs arrest maar wel van dien van het arrest van den H. R, waarbij de cassatie is verworpen.

P. H. v. Gelderland, v. 17 Maart 1852, W. nº. 1335 en 1342; R. B., jg. 1852, p. 570—574; R., dl. XLVI, § 98.

27. De schorsende bepaling van dit artikel is uit den aard der zaak niet van toepassing op praeparatoire vonnissen.

Arr.-R. Goes, v. 2 Jan. 1863, R. B., jg. 1865, p. 70, ook aangeh. ad art. 46 B. R., sub n°. 12.

28. Het beroep in cassatie schorst ook de uitvoering van het vonnis, voor wat betreft den daarbij opgelegden eed.

Hof Amsterdam, v. 4 Juni 1880, R. B., jg. 1882, *A*, p. 92.

29. Zie ten betooge:

a Dat het middel van cassatie in Nederland niet kan worden toegepast wegens schending van eene buitenlandsche wet, die niet als hier te lande in vigueur, maar als eene vreemde wetgeving is toegepast geworden —

arr. 99 R. Org., arr. v. 9 April 1847 sqq., sub *F*, n°. 7, dl. II, p. 40 en 41, 2de ed., sub *E*, n°. 7; idem bij arr. v. 28 April 1854, W. n°. 1581; R., dl. XLVII, § 53; zijnde bij laatstgemeld arrest tevens beslist, dat de omstandigheid, dat de eischers in hunne memorie hetzij met, hetzij zonder de aangehaalde artikelen uit de vreemde wetgeving, ook nog artikelen uit de Nederlandsche wetgeving hebben aangevoerd, hiertegen kan niets afdoen. Zie ook in denzelfden zin arr. v. 23 Nov. 1860, W. n°. 2226, R., dl. LXVI, § 28 en v. 28 April 1854, W. n°. 1581.

Vergelijk ook navolgende beslissing:

Men kan zich in cassatie niet beklagen over schending of verkeerde toepassing van bepalingen uit de Nederlandsch-Indische wetgeving.

Arr. v. 16 Oct. 1868, W. n°. 3050; 3 Nov. 1893, P. v. J. 1893 n° 98,

b. De niet-ontvankelijkheid in cassatie bij verkeerde toepassing of schending van costumier ongeschreven recht —

art. 99 R. Org., arr. v. 22 Oct. 1847, sub *F*, n°. 5, dl. II, p. 40; 2de ed., sub n°. *E*, n°. 5, anders in de *Regtsg. Adv.*, dl. IV, p. 163—167.

c. Dat tegen het vonnis, bedoeld bij art. 26 der Onteigeningswet (28 Aug. 1851 *Stbl.* 125) geen cassatie is toegelaten.

Arr. v. 30 Juli 1879, W. n°. 4440, idem bij vele andere arresten aangehaald bij Mr. W. THORBECKE, «stelsel en toepassing der onteigeningswet» blz. 168, noot 1.

30. Zie omtrent de vraag of men bij eene voorziening in cassatie verplicht is, zijne mede in het ongelijk gestelde deelgenooten, die in die uitspraak berusten, in het geding te roepen —

art. 159 B. R., arr. v. 21 Maart 1845 sqq., sub n°. 4.

Zie het ontwerp tot wijziging van de bepalingen omtrent de wijze van procedeeren in cassatie in burgerlijke zaken ingediend den 12 Mei 1875 en de Mem. v. Toel. daarvan, respectievelijk in W. n°. 3857 en 3861. Zie eene kritiek over dit wetsontwerp in W. n°. 3986 en Mr. A. P. Th. Eyssell in *Themis*, 3de verz. 1876, bl. 195 sqq. Zie omtrent de wet van 7 April 1869, (*Stbl.* n°. 55) in W. n°. 3101, en naar aanleiding van de discussiën over dat wetsontwerp in de Tweede Kamer, een opstel van Prof. van Boneval Faure, in W. n°. 3096.

Art. 399.

1. Indien een beklaagd arrest ten aanzien van de bevestiging van het definitief vonnis niet behoort vernietigd te worden, dan volgt daaruit, dat het onderzoek, of door de bevestiging van het interlocutoir vonnis eenige wetsbepaling is geschonden of verkeerd toegepast, nutteloos en zonder doel zoude zijn.

Arr. v. 14 Mei 1840, R., dl. V, § 9; v. d. H., *B. R.*, dl. I, p. 135—147.

2. Het beroep in cassatie is ontvankelijk, ook wanneer het slechts is gericht tegen een gedeelte van het dispositief van een interlocutoir vonnis of arrest.

Arr. v. 10 Nov. 1848, (ook vermeld sub art. 46 B. Rv.) W. n°. 977; R., dl. XXXII, § 5; v. d. H., *G. Z.*, dl. VIII, p. 109—130; waarbij werd beslist dat het alleszins is toegelaten om tegelijk te beweren èn dat de wet geschonden is door het bevelen van een getuigenbewijs door zijne wederpartij gevorderd, èn dat de wet daarentegen terecht is toegepast door het toestaan van een getuigenbewijs, waartoe men zelf eisch had gedaan.

3. Een beroep in cassatie van een interlocutoir, niet gericht tegen het dispositief der interlocutoire uitspraak, maar alleen tegen den inhoud der daaraan voorafgaande overwegingen, welke tot de zaak ten principale in verband staan, (waarop dus bij de eind-uitspraak kan worden teruggekomen), — is niet-ontvankelijk.

Arr. v. 7 Maart 1856; R., dl. LII, § 47; arr. v. 12 Febr. 1858; R., dl. LVIII, § 27; W. n°. 1936; arr. v. 12 Maart 1858; R., dl. LVIII, § 42; W. n°. 1940; arr. v. 15 April 1859; R., dl. LXII, § 4; W. n°. 2056; arr. v. 15 Juni 1860; R., dl. LXV, § 9; W. n°. 2179; arr. v. 14 Nov. 1861; R., dl. LXIX, § 19; W. n°. 2329; arr. v. 5 Dec. 1862; W.

Van een interlocutoir kan in cassatie worden gekomen tegelijk met de einduitspraak. De termijn van art. 398 loopt dan, ook voor het interlocutoir, van de betekening van de einduitspraak. H.R. 14 Juni 1895 W. n° 995 en 6600. Idem wat aangaat een provisioneel arrest: H.R. 20 Mei 1897 W. n° 6974. (Art. 399.

n°. 2438; arr. v. 16 Jan. 1863; R., dl. LXXIII, § 8; idem arr. v. 18 Nov. 1870; W. n°. 3271; idem arr. v. 18 Juni 1869; R. B., jg. 1870, p. 171; W. n°. 3129; arr. v. 18 April 1873; W. n°. 3583, ook vermeld sub art. 199 B. R.; arr. v. 17 Maart 1876; R., dl. CXII, § 26; zie ook het hierboven aangeh. arrest v. 10 Nov. 1848; cf. arr. v. 4 Mei 1855, W. n°. 1648, R., dl. L, § 18; waarbij is beslist dat de rechter die ambtshalve een onderzoek van deskundigen heeft gelast, door die interlocutie bij de eindbeslissing niet is gebonden, en dus door dat bevolen onderzoek de aangehaalde wetsbepalingen, die alleen de zaak zelve betreffen, niet kunnen zijn geschonden.

Vergelijk hiertoe betrekkelijk ook het arr. v. 25 Mei 1849; v. D. H., *G. Z.*, dl. IX, p. 81—106; W. n°. 1022; R., dl. XXXII, § 103; waarbij werd beslist dat het beklaagde arrest, hoewel interlocutoir en ofschoon bevattende: «alvorens ten principale recht te doen» wel degelijk moet worden gecasseerd wanneer het Hof *op met het recht strijdige juridieke gronden tot eene interlocutie is gekomen, bij welker dispositief iets als verboden zou aangenomen zijn, waaromtrent geen verbod bestond, en waarop dus de wet niet toepasselijk was.*

Zie ook arr. v. 11 Dec. 1868, W. n°. 3067; R., dl. XC, § 30; v. D. H., *B. R.*, dl. XXXIII, p. 182—194; waarbij *implicite* werd beslist dat het beroep in cassatie gericht tegen het dictum van het interlocutoir in verband met den daarvoor aangegeven beweeggrond, ontvankelijk is.

Vergelijk intusschen met dit alles arr. v. 23 Dec. 1881, W. n°. 4724; R., dl. CXXIX, § 33; v. D. H., dl. XLVII, p. 95—104; waarbij de H. R. zeer in het algemeen heeft beslist, dat het beroep in cassatie tegen een interlocutoir ontvankelijk is, vóór dat het eind-vonnis is gevallen, en waarbij de H. R., niet in overeenstemming met de conclusie van het Openb. Min., twee middelen van cassatie niet gericht tegen het dictum, maar tegen de overwegingen, heeft onderzocht, cf. art. 46 B. R., arr. v. 10 Nov. 1848 sqq., sub n°. 5, en art. 422 B. R., arr. v. 25 Mei 1849.

4. Daargelaten of in eene zaak van openbare orde berusting kan plaats hebben, bestaat geene berusting, indien de handeling waaruit men die wil afleiden, en door den Officier der Rechtbank zou zijn verricht, niet geschied is op last van den procureur-generaal, die zich in cassatie heeft voorzien en daarvan niet heeft gedesisteerd (*in casu* gold het de toelating van een advocaat).

Arr. v. 13 Juni 1856, W. n°. 1762; R., dl. LIII, § 39; v. D. H., *B. R.*, dl. XX, p. 411—428.

5. Indien de rechter in hooger beroep het interlocutoir vonnis des eersten rechters, waarbij een aangeboden getuigen-bewijs was toegelaten, te niet doet en voorts, met verklaring dat de zaak in staat van wijzen is, daarin ten principale recht doet, hoezeer er van de zijde des appellants wel tot vernietiging van het interlocutoir, en voor het geval van

zonder protest
Het niet-verkeren in het verhoor van ouders en verwanten, bepaald in een arrest vonnis tot uitv. van t. en b. is berusting in dat arrest: H.R. 26 Juni 1914 W. 9694.

afdoening der zaak in het hoogste ressort, tot toewijzing van zijnen eisch ten principale was geconcludeerd geworden, doch van de zijde des geïntimeerden alleen tot bevestiging van het interlocutoir en niet ten principale was geconcludeerd, dan kan het besluit door den rechter in hooger beroep, bij het vaststaan dier feiten er uit afgeleid, dat de zaak zich in staat van wijzen bevindt en voor afdoening ten principale vatbaar is, niet als feitelijke beslissing beschouwd worden, aan geen onderzoek in cassatie onderworpen.

Arr. v. 10 Dec. 1858; R., dl. LX, § 37, (gewezen in strijd met de conclusiën van den adv.-gen. GREGORY). Zie echter arr. v. 9 April 1847, R., dl. XXVII, blz. 104 sqq., aangehaald R. O., ad art. 99, B. n°. 36.

6. De exceptioneele bepaling van art. 336 B. R. als uitsluitend betreffende praeparatoire vonnissen, mag niet worden uitgestrekt tot interlocutoire.

Arr. v. 11 Mei 1860, vermeld onder art. 334 B. R. sub n^os^. 17 en 31.

7. Uit de artt. 399 en 334 volgt, dat alleen berusting in het gewijsde waartegen men in cassatie wil komen, een middel van niet-ontvankelijkheid tegen die voorziening oplevert. Berusting in het bij dat gewijsde bevestigde vonnis doet niets af.

Arr. v. 3 Jan. 1862, R., dl. LXX, § 1; v. d. H., *B. B.*, dl. XXVI, p. 118—143.

Wel is voldoende dat in de conclusie de niet-ontvankelijkheid wordt voorgedragen; een bepaalde eind conclusie tot niet ontvankelijkverklaring is niet noodig; voldoende is ten slotte te vragen verwerping der voorziening H.R. 28 Nov. 1913, W. no 9500.

8. Niet-ontvankelijkheid der voorziening in cassatie moet bij uitdrukkelijke conclusie worden gevraagd.

Arr. v. 13 Nov. 1863, W. n°. 2536; R., dl. LXXV, § 20.

9. Waar de eischer in cassatie tengevolge van het verlies van een zijner kwaliteiten te dien opzichte niet-ontvankelijk verklaard moet worden, brengt zulks niet mede de niet-ontvankelijkheid van den eisch, voor wat betreft de andere hoedanigheden, waarin de eischer is opgetreden.

Arr. v. 26 Nov. 1863, W. n°. 2541; R., dl. LXXV, § 28.

10. De partij, die zich in eersten aanleg of hooger beroep niet uitdrukkelijk heeft verzet tegen den gevorderden lijfsdwang, buiten de gevallen, waarin de wet dien toelaat, kan zich daarover nog in cassatie beklagen.

Het medewerken tot het verlies van een getuige zonder protest, na verwerping der voorgestelde wraking, is berusting in die verwerping: Cass. R. 20 Nov. 1913, W. no 9508.

Hiertegen doet niet af, dat de eischende partij bij de beteekening van het vonnis uitdrukkelijk en onvoorwaardelijk verklaart, dat door haar van den lijfsdwang geen gebruik zal worden gemaakt, daar deze verklaring de veroordeeling niet kan teniet doen.

Arr. v. 7 Febr. 1868, W. n°. 2988; in strijd met de conclusie van den adv.-gen. GREGORY.

11. Zie omtrent de vraag, wanneer en onder welke omstandigheden de cassatie niet-ontvankelijk is ter zake van berusting, —

de in onderscheiden zin aangeteekende beslissingen op art. 334 B. R.

Tegen. die zonder de beteekening af te wachten voldoet aan een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis tot uitvoering, kan niet Art. 401. gezegd worden te hebben berust. Cass. R. 13 Juni 1902 W. n° 7788.

Uit art. 401 B. R., hetwelk in verband moet worden beschouwd met het voorafgaande art. 400, volgt, dat onder het woord „defaillant" in eerstgemeld artikel voorkomende, moet worden verstaan de persoon, die bij verstek is *veroordeeld*. Dienovereenkomstig is art 401 niet van toepassing in het geval, dat eene dagvaarding door den rechter ambtshalve is nietig verklaard en in verband met die verklaring en het verbod van art. 92, n°. 2 van het Wetboek, geen verstek is kunnen worden verleend.

Arr. v. 5 Febr. 1847, W. n°. 791; R., dl. XXVI, § 63; v. D. H., *B. R.*, dl. VIII, p. 305—320.

Art. 406.

Dit artikel is gewijzigd bij de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) tot wijziging van de bepalingen omtrent de wijze van procedeeren in cassatie in burgerlijke zaken, — en luidt thans aldus:

Het beroep in cassatie wordt ingesteld bij eene dagvaarding in denzelfden vorm en met dezelfde vereischten als in eersten aanleg, behoudens de volgende wijzigingen:

Art. 5, n°. 3 blijft ten deze buiten toepassing.

De dagvaarding bevat eene omschrijving der middelen van cassatie, met aanwijzing hetzij van de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen of van de wettelijke voorschriften, die de eischer beweert te zijn verzuimd, geschonden of verkeerdelijk te zijn toegepast, hetzij van de beweerde overschrijding van regtsmagt en de daartoe betrekkelijke wetsbepalingen.

De eischer is gehouden in het exploit van dagvaarding een advocaat bij den Hoogen Raad aan te wijzen, die hem in het geding zal vertegenwoordigen, op straffe van nietigheid.

Hij wordt geacht woonplaats te hebben gekozen bij dien advocaat, tenzij het exploit eene andere binnen de gemeente 's Gravenhage gekozen woonplaats uitdrukt».

Vooraf was bij de wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n°. 55) de boete van cassatie afgeschaft: doch de redactie dier wet is door die van de wet van 1876 vervangen.

1. De omstandigheid, dat een rekwirant van cassatie bij zijne conclusie min nauwkeurig heeft geconcludeerd tot geheele vernietiging van een vonnis of arrest, doch slechts ten aanzien van een gedeelte dier uitspraak gronden voor die voorziening heeft aangevoerd en tevens slechts daaromtrent tot eene door den Hoogen Raad te doene uitspraak heeft geconcludeerd, — kan geene aanleiding geven tot eene niet-ontvankelijk-verklaring in die voorziening.

Arr. v. 24 Sept. 1841, W. n°. 230; R., dl. IX, § 10; v. d. H., *B. R.*, dl. II, p. 296—310.

2. Eene niet-ontvankelijkheid in cassatie op grond van beweerde schending van art. 406, n°. 2, B. R., kan niet daaruit worden afgeleid, dat, bij eene beweerde verkeerde toepassing van de Wet v. 27 Dec. 1817, op het recht van successie, op eene oudtijds daargestelde testamentaire beschikking, *in de memorie* van cassatie bepaaldelijk zijn behandeld en aangewezen de daartoe betrekkelijke wets-artikelen op het recht van successie, en niet tevens de artikelen van het burgerlijk recht, welke tijdens de testamentaire beschikking van kracht waren.

Arr. v. 29 Oct. 1841, W. n°. 237; R., dl. IX, § 58; v. d. H., *Z., R. en Succ.*, dl. II, p. 83—103; Cf. art. 406 B. R., arr. v. 17 Dec. 1847 sqq., sub n°. 3.

3. Indien handelingen en verbintenissen haren oorsprong ontleenen aan de wetgeving, gevigeerd hebbende vóór de invoering van het Nederlandsche recht, en mitsdien, overeenkomstig de artt. 3 en 4 van de Wet op den overgang, moeten worden beoordeeld naar de vroegere wetgeving, dan mag in cassatie niet worden gelet op de beweerde schending van wetsartikelen uit het Nederl. Recht, noch van wetsartikelen uit het vroegere recht, waarvan de schending bij de *memorie* van cassatie, ingevolge art. 406, n°. 2 B. R., niet is beweerd.

Cassatie] Beroep in tegen een uitspraak in zake een arbeidsovereenkomst moet worden uiteengezet bij dagvaarding cf. art. 406 Rv.; Hof. R. 1 April 1910, W. nº 8996.

Arr. v. 17 Dec. 1847, W. n°. 867; v. d. H., *G. Z.*, dl. VII, p. 45—68; v. 16 Febr. 1849, W. n°. 1018; R., dl. XXXII, § 57; v. d. H., ibid., dl. VIII, p. 342—359 en v. 6 April 1849, W. n°. 1019; R., dl. XXXII, § 83; v. d. H., l. c., p. 398—415; idem (ten betooge, dat, indien een vonnis is gewezen onder *vigueur* der vorige wetgeving, in cassatie alleen de toegepaste artt. der vorige wetgeving als geschonden kunnen worden opgegeven) bij arr. v. 9 Febr. 1844, W. n°. 472; v. d. H., *B. R.*, dl. V, p. 153—163; idem (in cas van verjaring, aangevangen vóór de invoering van het B. W., wanneer niet mag worden gelet op de in de memorie van cassatie beweerde schending der bepalingen van het B. W.) bij arr. v. 30 Nov. 1849, W. n°. 1101; R., dl. XXXIV, § 49; v. d. H., *B. R.*, dl. XI, p. 76—93; idem (ten betooge, dat, indien de eischers in cassatie in gebreke zijn gebleven het voorschrift der wet aan te toonen, waarbij bepaald is, dat de wettigheid eener voogdij, die bij testament in een vreemd land aan iemand alhier is opgedragen en welke hier te lande rechtsgevolgen moet hebben, naar de bepalingen dier vreemde wet moet beoordeeld worden, er dan, bij het niet aanwijzen van zoodanig voorschrift der wet, hetwelk in deze zoude geschonden zijn, geene sprake kan zijn van verkeerde toepassing van art. 397 C. N. en art. 409 B. W.) — bij arr. v. 25 Jan. 1850, W. n°. 1092; v. d. H., *B. R.*, dl. XI, p. 153—173; idem, wanneer de akten en bescheiden, waaruit de *judex facti* het bewijs van het bestaan van rentplichtigheid heeft geput, anterieur zijn aan de invoering van het B. W. en evenwel artikelen van het N. B. W. in de memorie als geschonden zijn opgegeven — bij arr. v. 3 Juni 1853, W. n°. 1590; R., dl. XLV, § 10, zijnde al verder beslist: 1°. bij arr. v. 17 Nov. 1848, W. n°. 1025; R., dl. XXXII, § 11; v. d. H., *G. Z.*, dl. VIII, p. 192—207; (bereids vermeld in dl. I, p. 214), dat ook dan, wanneer een reglement als eene wet moet worden beschouwd, de verkeerde aanhaling van een artikel (*in casu* 87 in plaats van 90 en 93) de cassatie uitsluit, en 2°. *implicite* bij arr. v. 6 April 1849 ut supra, *dat het in de bij voormelde arresten omschreven gevallen den eischers in cassatie niet kan baten, later bij hunne conclusiën de begane dwaling te herstellen, door ook daarbij als geschonden aan te wijzen de wets-artikelen uit het vroegere recht, tijdens het plegen der handeling in vigueur* (1). — Vgl.

(1) Het beginsel bij voormelde arresten aangenomen (dat m. i. niet van te strenge opvatting is vrij te pleiten, daar de verkeerde aanhaling eener andere geheel gelijkluidende en vroeger gevigeerd hebbende wet, of van het eene wets-artikel in stede van het andere dikwerf alleen aan eene dwaling of vergissing is toe te schrijven), is steeds in zijne algemeenheid bestreden door het Openb. Min. bij den H. R., gelijk o. a. blijkt uit de conclusiën van den voormaligen adv.-gen. (thans proc.-gen.) van Maanen; v. d. H., *Z., R. en Succ.*, dl. II, p. 92 en 93 en *B. R.*, dl. V, p. 158 en 159 en van den adv.-gen. Gregory; v. d. H., *G. Z.*, dl. V, p. 403 en 404 en dl. VIII, p. 410 en 411, hoofdzakelijk op grond (gelijk uit eerstgemelde conclusie blijkt) dat art. 406 B. R. bepaalt, in de eerste plaats, dat de eischer in cassatie bij de memorie moet voordragen alle *middelen* van cassatie en er bijvoegt, dat geene andere dan deze door partijen kunnen worden aangevoerd en hierop het voorschrift volgt dat de wetten, die men beweert geschonden of verkeerdelijk toegepast te zijn,

art. 406 B. R., arr. v. 8 Febr. 1850 sqq., sub n°. 4 en art. 406 ibid., arr. v. 29 Oct. 1841, sub n°. 3. Eenigzins in strijd met dit een en ander, is bij arr. v. 19 Febr. 1847, W. n°. 838; R., dl. XXVI, § 72; v. d. H., *G. Z.*, dl. V, p. 394—420, beslist dat een eischer in cassatie, die, tot staving van eene beweerde grondwetsschennis, ten aanzien van verordeningen, onder de Grondwet van 1815 vastgesteld, in de memorie van cassatie bij wege van dwaling heeft aangehaald de woordelijk overeenkomende artikelen der in 1840 gewijzigde, in plaats van die der oorspronkelijke Grondwet van 1815, *niet* kan geacht worden in overtreding van art. 406, n°. 2 B. R. te hebben gehandeld, noch op dien grond niet-ontvankelijk in cassatie te zijn. — Zie wijders art. 406 B. R., arr. v. 29 Oct. 1841, sub n°. 2.

4. Bij art. 406, n°. 1 B. R. bepaald zijnde, dat de memorie van cassatie alle de middelen moet inhouden, zoo volgt daaruit, dat niet mag worden gelet op die gronden, welke door partijen, hetzij op de terechtzitting, hetzij bij schrifturen worden aangevoerd.

Arr. v. 8 Febr. 1850, W. n°. 1122; R., dl. XXXIV, § 88; v. d. H., *B. R.*, dl. XI, p. 225—242; idem v. 13 Dec. 1850, W. n°. 1186 en v. 11 Dec. 1845, W. n°. 695; v. d. H., dl. VII, p. 214—232. — Vgl. het

---

in de memorie moeten worden aangewezen; dat de wet dus onderscheidt tusschen de *middelen* van cassatie en de aanwijzing der wetten, die men beweert geschonden te zijn; dat de H. R. in cassatie geen acht mag slaan op *middelen* die niet in de memorie zijn aangevoerd, maar de wet niet zegt, dat geene wetten, die niet in de memorie zijn aangewezen, niet bij de pleidooien tot staving van het middel van cassatie zouden mogen worden bijgebracht of invloed mogen hebben op de beslissing der rechten omtrent de gegrondheid van het aangevoerde middel: dat, indien de H. R. bevindt, dat door eene bij de memorie als grond van cassatie voorgedragene verkeerdheid in eene rechterlijke uitspraak, behalve de reeds bij de memorie aangewezene wetten, nog andere zijn geschonden of verkeerd toegepast, hij niet alleen door art. 406, n°. 2 B. R. niet is verhinderd daarop acht te slaan, maar daartoe zelfs, met het oog op art. 48 B. R., verplicht is: dat mitsdien het verzuim van eene geschondene of verkeerd toegepaste wet in de memorie aan te wijzen, het gevolg niet kan hebben, dat het middel van cassatie, hetwelk daartoe betrekking heeft, niet door den Raad worde onderzocht, en het veel min grond kan opleveren om den eischer niet-ontvankelijk te verklaren, en dat slechts dan wanneer bij het pleidooi, vroeger niet aangewezen wetten door den eischer worden aangevoerd als geschonden of verkeerdelijk toegepast en de beweerde schending dier wetten geacht moet worden een nieuw middel van cassatie op te leveren, daarop geen acht zou kunnen worden geslagen; — anders echter, en meer overeenkomstig voormelde arresten van den H. R., de Pinto, *B. R.*, dl. II, 1, p. 497, volgens wien de memorie alleen en volstrekt *moet* inhouden de aanwijzing der *wetten*, welke men meent te zijn geschonden of verkeerd toegepast en eene korte opgave der redenen waarom men dit beweert, terwijl de ontwikkeling dier redenen, de uiteenzetting der gronden die men daarvoor meent te hebben, bij het pleidooi behoort te geschieden. (Léon). — Zie echter de Pinto, *B. R.*, 2de ed., dl. II, 1, p. 553 sq. Vgl. ook Oudeman, *B. R.*, 2de ed., dl. II, p. 82, 4de ed. p. 69.

De dagv. in cassatie behoeft eene duidelijke en bepaalde conclusie (art. 5 n°3) / niet te bevatten: H. R. 6 Dec. 1912, W. n° 9459.

arr. v. 6 April 1849, sub art. 406 B. R., n°. 3 en arr. v. 1 Mei 1868, R. B., jg. 1869, p. 165.

Vergelijk art. 419, zooals dit in 1876 is gewijzigd.

5. Een middel van cassatie moet geacht worden voldoende uit de memorie te blijken, indien de tegen dit middel aangevoerde verdediging ten volle aantoont, dat het genoegzaam overeenkomstig de wet is aangeduid.

Arr. v. 3 Mei 1850, W. n°. 1152; R., dl. XXXV, § 60; v. d. H., *B. R.*, dl. XII, p. 30—38.

6. De Hooge Raad is als rechter van cassatie in burgerlijke zaken zóózeer gebonden aan de memoriën van cassatie, dat hij in *geen* geval ambtshalve mag vernietigen, ook dan niet wanneer het vonnis *a quo* door niet behoorlijke motiveering geene zoodanige feitelijke beslissing inhoudt, als de Hooge Raad zou kunnen in staat stellen de rechtskundige uitspraak aan de wet te toetsen.

Arr. v. 20 Febr. 1874, W. n°. 3693; R., dl. CVI, § 21; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXIX, p. 186—196. — Zie in denzelfden zin een opstel van G. R., in W. n°. 3396.

7. Alhoewel eene beknopte formuleering van het middel wenschelijk is en in overeenstemming met de bedoeling der wet, zoo schrijft zij dit toch niet voor op straffe van niet-ontvankelijkheid.

Arr. v. 23 April 1880, W. n°. 4501; R., dl. CXXIV, § 39; v. d. H., *B. R.*, dl. XLV, p. 168—189; idem arr. v. 7 Dec. 1883; W. n°. 4981, ook vermeld sub art. 457 Rv.; R., dl. CXXXV, § 30; v. d. H., *B. R.*, dl. XLIX, p. 74—86; verg. ook arr. v. 13 Dec. 1861, W. n°. 2342; R., dl. LXIX, § 30; v. d. H., *B. R.*, dl. XXVI, p. 93—104.

8. Waar uit de dagvaarding in cassatie duidelijk blijkt, dat het middel *alléén* gericht is tegen dat gedeelte van het arrest, waarbij de eischer in cassatie is in het ongelijk gesteld, is de voorziening ongetwijfeld voor zooverre ontvankelijk.

Arr. v. 27 Mei 1881, W. n°. 4666; cf. art. 398, aant. 24.

9. De dagvaarding in cassatie mag niet worden gedaan aan het voor vroegere instantiën gekozen domicilie.

Arr. v. 4 Mei 1883, W. n°. 4911, ook vermeld sub art. 94 B. R.

10. Zie ten betooge:

a. Dat de opgave bij een middel van cassatie, dat zekere artikelen zijn geschonden of verkeerd toegepast (d. i. òf geschonden òf verkeerd toegepast) niet verboden is —

Concl. van den adv.-gen. SMITS, voorafgaande aan arr. v. 28 Dec. 1883, W. n°. 5000.

b. Dat de vermelding in de memorie van eenige titels van het burgerlijk wetboek, met overlating aan den Hoogen Raad om na te gaan, welke artikelen in de bedoeling des eischers hebben gelegen, niet geacht kan worden uit te maken de bij art. 406 B. R. bedoelde aanwijzing der wetten, welke men beweert te zijn geschonden of verkeerdelijk toegepast

Concl. van den adv.-gen. KARSEBOOM, behoorende bij het arr. v. 14 April 1870; W. n°. 3212; R., dl. XCIV, § 40; v. D. H., *B. R.*, dl. XXXIV, p. 401—411; verg. ook arr. v. 2 Juni 1876, W. n°. 3997 (1).

Art. 407.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) aldus:

«De verweerder kan den termijn, waarop hij gedagvaard is, verkorten door bij een van de gekozen woonplaats des eischers beteekend exploit dezen tegen een vroegeren dan den in het exploit van dagvaarding opgegeven rechtsdag op te roepen».

De redactie van de wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n°. 55) is daardoor vervallen.

Art. 408.

Dit artikel luidt thans volgens de wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) aldus:

«De advokaat bij den Hoogen Raad, die voor den verweerder optreedt, verklaart dit bij de oproeping der zaak ter terechtzitting.

«Van deze verklaring geschiedt aanteekening in het zittingblad.

«De verweerder wordt geacht woonplaats te hebben gekozen bij zijnen advokaat. Hij kan echter ook eene andere woonplaats, mits binnen de gemeente 's Gravenhage, in het zittingblad opgeven».

---

(1) Sommige arresten, die met de *vroegere* wettelijke bepalingen in verband staan, nam ik niettemin op, omdat de daarbij aangenomen beginselen m. i. ook thans nog van belang kunnen geacht worden.

Als bij beroep in cassatie tegen een interlocutoir en tegen het eindvonnis het eerste niet in beschouwing kunnen worden genomen, is het beroep niet ontvankelijk: H. R. 20 Dec. 1911, W. no 9269.

Verg. H. R. 15 Mei 1911, W. no 9190.

De vraag of een verzuim is een verzuim op straffe van nietigheid voorgeschreven, moet uit de wet worden beantwoord en is alzoo aan het oordeel van den Hoogen Raad onderworpen: H. R. 31 Mei 1912, W. no 9578.

Art. 409.

Dit artikel is thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) aldus gewijzigd:

«De feitelijke grondslag der middelen van cassatie kan alleen worden bewezen door het aangevallen arrest of vonnis en voor zoover zij betreffen vormen, op straffe van nietigheid voorgeschreven, ook door de stukken, waaruit van dat verzuim kan blijken».

1. Wat er ook zijn moge van de redactie van dit artikel (zooals het vroeger luidde) zoo kan nimmer uit dat artikel de bevoegdheid van den Hoogen Raad voortvloeien om te beslissen over rechtsmiddelen of beweringen, waaromtrent in de beklaagde uitspraak geene beslissing voorkomt.

Arr. v. 10 Maart 1853, W. n°. 1418; R., dl. XLIV, § 33; v. D. H., *B. R.*, dl. XVI, p. 108—120; arr. v. 1 Juni 1858; R., dl. L, § 37; arr. v. 22 Oct. 1858; R., dl. LX, § 15. Verg. conclusie van den adv.-gen. RÖMER, gevoegd bij arr. v. 31 Mei 1872, W. n°. 3475; v. D. H., *B. R.*, dl. XXXVII, p. 192—202; cf. arr. v. 21 April 1859 sqq., sub art. 409 B. R.

2. In cassatie kan niet voor het eerst een bezwaar worden opgeworpen, dat in vorige instanties niet is geopperd, en mitsdien geen onderwerp van geschil tusschen partijen bij den *judex facti* heeft uitgemaakt.

Arr. v. 21 April 1859, W. n°. 2060; v. D. H., *B. R.*, dl. XXIII, p. 219—225; ten aanzien van een middel van niet-ontvankelijkheid voor 't eerst in cassatie opgeworpen; idem v. 5 April 1861, W. n°. 2265, R., dl. LXVII, § 48 (ten aanzien van eene beweerde nietigheid van een getuigen-verhoor); idem v. 5 Dec. 1862, W. n°. 2438, (ten aanzien van bezwaren tegen de door den *judex facti* te bewijzen opgelegde daadzaken); arr. v. 18 April 1873, W. n°. 3583, waarbij werd beslist dat in cassatie niet voor het eerst eene exceptie van nietigheid der dagvaarding kan worden voorgesteld.

Vergelijk onder meer de arresten v. 6 Juni 1884, W. n°. 5054, v. 16 Mei 1884, W. n°. 5035 en v. 9 Oct. 1884, W. n°. 5081, bij alle welke arresten is beslist, dat op eene bewering, voor het eerst in cassatie voorgedragen, geen acht kan worden geslagen.

3. Men kan zich in cassatie *niet* beroepen op feitelijke beslissingen voorkomende in een vonnis, dat in hooger beroep is bevestigd, indien door den hoogeren rechter niet uitdrukkelijk de motieven van den eersten rechter zijn overgenomen.

Als bij beroep in cass. van een arrest in hooger beroep, inhoudende dat wat de feiten betreft wordt overgenomen hetgeen dienaangaande wordt overwogen in het vonnis a quo, van dit vonnis een bewijskrachtig afschrift niet wordt overgelegd, is het beroep niet ontvankelijk: H. R. 29 Mei 1913, W. no 9517.

Overlegging van een door een deurwaarder onderteekend afschrift van de grosse van een arrest voldoet niet aan art. 429 Rv., omtrent bepaling van art. 1926 onder 1° B.W. Hooge Raad 8 Mei 1902, W. 9355.

Arr. v. 11 Maart 1864, W. n°. 2571; R., dl. LXXVI, § 28; v. d. H., *B. R.*, dl. XXVIII, p. 394—413; idem arr. v. 9 Mei 1856, W. n°. 1752, R., dl. LIII, § 9; v. d. H., *B. R.*, dl. XX, p. 325—338.

4. In cassatie kan niet worden teruggekomen op beslissingen van den eersten rechter, waartoe de oorspronkelijk appellant zijn beperkt hooger beroep niet had uitgestrekt.

Arr. v. 18 Juni 1869, W. n°. 3129; R. B., dl. XX, jg. 1870, p. 171.

5. De stelling in cassatie, die niet is de grondslag der bij introductieve dagvaarding ingestelde actie, zooals die dagvaarding blijkens het bestreden arrest is opgevat, kan niet in cassatie worden onderzocht.

Arr. v. 23 Nov. 1877, W. n°. 4194; v. d. H., *B. R.*, dl. XLII, p. 421—429.

6. Waar de toewijzing der gewijzigde incidenteele vordering bij het arrest niet berust op eenige wetsbepaling en speciaal niet op de *in casu* als geschonden voorgestelde artt. 148, 133, 139, 143 en 144 B. R., maar alleen op het judicieel contract, dat volgens den *judex facti* tusschen partijen is aangegaan, is geen cassatie mogelijk.

Arr. v. 3 Dec. 1880, W. n°. 4586; v. d. H., *B. R.*, dl. XLV, p. 373 en 374.

7. Zie over den strijd tusschen deze bepaling (zooals die vroeger gelezen werd) en art. 105 R. Org., —

een Hoofdartikel in W. n°. 3535.

Art. 410.

Dit artikel is bij de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) thans aldus gewijzigd:

«De verweerder, van zijne zijde in cassatie wenschende te komen, doet dit op straffe van verval, bij zijne conclusie van antwoord.

«Die conclusie bevat alsdan eene omschrijving der middelen van cassatie met aanwijzing als in art. 406 vermeld.

«De verweerder is in dit incidenteel beroep ontvankelijk ook na verloop van de in art. 398 gestelde termijnen en zelfs na berusting in het arrest of vonnis.

«Art. 409 geldt ook voor het incidenteel beroep.

«De afstand van het principaal beroep doet het ingesteld incidenteel beroep niet vervallen».

De oorspronkelijk verweerder kan niet na afloop der instantie van cassatie, van zijne zijde beroep in cassatie instellen.

Arr. v. 8 Febr. 1884, W. n°. 5008; R., dl. CXXXVI, § 22; v. d. H. *B. R.*, dl. XLIX, p. 193—197.

Art. 411.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) aldus:

«Wanneer de verweerder niet reeds op den eersten rechtsdag zijne conclusie van antwoord neemt, wordt hem tot dat einde, op zijn verlangen, een termijn van hoogstens vier weken verleend.

«Hij is gehouden alle exceptiën met zijn antwoord ten principale te vereenigen, op straffe van verval.

«Alleen de in art. 159, 2e lid bedoelde exceptie wordt ook in cassatie, op straffe van verval, afzonderlijk vóór alle weren van rechten, behalve de vordering tot zekerheidstelling, voorgedragen».

1. Bij pleidooi kan niet worden gedesisteerd van een middel in de memorie van cassatie voorgesteld.

Dit art. verzet zich tegen eene voorafgaande of afzonderlijke beoordeeling eener exceptie H.R.

Arr. v. 28 Maart 1873, W. n°. 3577.

2. Het strijdt met de bepaling van dit artikel om de exceptie van berusting bij pleidooi voor te stellen.

25 Apr. 1895 W. n° 6659.

Arr. v. 7 Jan. 1881, W. n°. 4660; R., dl. CXXVII, § 3; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVI, p. 8—17; cf. het aangeteekende sub art. 139 B. R. n°. 2.

Art. 412.

Dit artikel is thans bij de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) aldus gewijzigd:

«Ingeval van incidenteel beroep, of indien door den verweerder eene exceptie tegen het principaal beroep wordt aangevoerd, wordt den eischer, op zijn verlangen, een termijn van hoogstens vier weken verleend om het incidenteel beroep of de voorgestelde exceptie bij conclusie te beantwoorden.

«Is het een of ander het geval niet, dan wordt onmiddellijk na het nemen der conclusie van antwoord de dag van pleidooi bepaald, ten zij partijen, onder overlegging der stukken, daarop recht vragen».

Art. 413.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124):

«Partijen zijn gehouden de stukken, waarop zij zich beroepen, elkander over en weder mede te deelen in afschrift of door nederlegging van het oorspronkelijke ter griffie gedurende minstens drie dagen».

Art. 414.

Het voorschrift van art. 414 j°. art. 409 B. R. is kennelijk alleen van toepassing op de gronden, die door den gedaagde of verweerder worden aangevoerd ter bestrijding van de middelen van cassatie, en geenszins op eene voorgestelde exceptie van niet-ontvankelijkheid tegen de voorziening in cassatie, welke laatste uit den aard der zaak mede moet kunnen worden gestaafd en bewezen door middel van stukken, die posterieur zijn aan het beklaagde vonnis of arrest, en alzoo bij den rechter *a quo* niet hebben gediend.

Arr. v. 17 Juni 1853, W. n°. 1465; R., dl. XLV, § 22; v. d. H., *B. R.*, d°. XVII, p. 61—68; idem de Pinto, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 1, p. 504 en 505, 2de ed., dl. II, p. 562, en Penning, ad art. Zie ook Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 73 sq.

Art. 415.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124):

«De artt. 152 en 153 zijn van toepassing in cassatie.

«Niettemin is de oorspronkelijke verweerder, eischer wordende in cassatie, niet gehouden tot de in die artikelen bedoelde zekerheidstelling.

«De verweerder in cassatie is daartoe evenmin gehouden, zelfs niet bij het instellen van incidenteel beroep.

«De in vroegere instantiën gestelde zekerheid blijft ook verbonden voor de kosten van cassatie.

«De zekerheidstelling wordt gevorderd vóór alle andere weren van regten».

Art 416.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* 124):

«De vordering tot zekerheidstelling en alle andere incidenteele vorderingen worden ingesteld bij conclusie ter rolle.

«De verweerder op het incident neemt in dezelfde of in eene nadere door den Hoogen Raad te bepalen terechtzitting zijn conclusie van antwoord op het incident, dat door den Hoogen Raad, na partijen, zoo zij dit verlangen, in de mondelinge toelichting harer conclusiën en het Openb. Min. te hebben gehoord, afzonderlijk wordt beslist».

Art. 417.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) aldus:

«Overlegging ter griffie of mededeeling in afschrift van de volmacht van den volgens art. 407 of art. 408 aangewezen advokaat kan door de wederpartij worden gevorderd.

«Hij blijft de partij vertegenwoordigen zoolang door haar geen ander advokaat bij den Hoogen Raad is aangewezen bij aan de wederpartij beteekend exploit, of hij zelf aan deze laatste bij beteekend exploit of ter terechtzitting heeft aangezegd, dat hij zich aan de verdere behandeling der zaak onttrekt».

Art. 418.

Aan het oorspronkelijk artikel is bij de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) een nieuw tweede lid toegevoegd, dus luidende:

«De pleidooien kunnen ook gehouden worden door andere dan volgens de artt. 407 en 408 aangewezen advokaten, zonder dat de daaruit ontstaande vermeerdering van kosten in de uitspraak over de kosten begrepen is».

Art. 419.

Aan het oorspronkelijk artikel is bij de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) een nieuw derde lid van den volgenden inhoud toegevoegd, dus luidende:

«Geen andere middelen van cassatie komen bij de uitspraak in aanmerking dan die, welke overeenkomstig het bepaalde bij de art. 406 en 410 zijn voorgesteld».

Art. 422.

1. Het Hof, aan hetwelk de zaak door den Hoogen Raad was verwezen, ten einde met inachtneming der uitspraak van den Raad de zaak verder te handelen en te beslissen, handelt niet in strijd met die uitspraak, door de zaak naar een lageren rechter te verwijzen, ten einde in eersten aanleg ten principale te worden beslist.

Verklaring van een door een deurwaarder onderteekend afschrift van de grosse van een arrest voldoet niet aan art. 429 Rv., omdat bepaling van art. 1926 onder 4° B. W. Hooge Raad 3 Juni 1926, W. 9855.

Arr. v. 11 Maart 1864, W. n°. 2571; R., dl. LXXVI, § 28; v. d. H., *B. R.*, dl. XXVIII, p. 394—413; idem arr. v. 9 Mei 1856, W. n°. 1752, R., dl. LIII, § 9; v. d. H., *B. R.*, dl. XX, p. 325—338.

4. In cassatie kan niet worden teruggekomen op beslissingen van den eersten rechter, waartoe de oorspronkelijk appellant zijn beperkt hooger beroep niet had uitgestrekt.

Arr. v. 18 Juni 1869, W. n°. 3129; R. B., dl. XX, jg. 1870, p. 171.

5. De stelling in cassatie, die niet is de grondslag der bij introductieve dagvaarding ingestelde actie, zooals die dagvaarding blijkens het bestreden arrest is opgevat, kan niet in cassatie worden onderzocht.

Arr. v. 23 Nov. 1877, W. n°. 4194; v. d. H., *B. R.*, dl. XLII, p. 421—429.

6. Waar de toewijzing der gewijzigde incidenteele vordering bij het arrest niet berust op eenige wetsbepaling en speciaal niet op de *in casu* als geschonden voorgestelde artt. 148, 133, 139, 143 en 144 B. R., maar alleen op het judicieel contract, dat volgens den *judex facti* tusschen partijen is aangegaan, is geen cassatie mogelijk.

Arr. v. 3 Dec. 1880, W. n°. 4586; v. d. H., *B. R.*, dl. XLV, p. 373 en 374.

7. Zie over den strijd tusschen deze bepaling (zooals die vroeger gelezen werd) en art. 105 R. Org., —

een Hoofdartikel in W. n°. 3535.

Art. 410.

Dit artikel is bij de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) thans aldus gewijzigd:

«De verweerder, van zijne zijde in cassatie wenschende te komen, doet dit op straffe van verval, bij zijne conclusie van antwoord.

«Die conclusie bevat alsdan eene omschrijving der middelen van cassatie met aanwijzing als in art. 406 vermeld.

«De verweerder is in dit incidenteel beroep ontvankelijk ook na verloop van de in art. 398 gestelde termijnen en zelfs na berusting in het arrest of vonnis.

«Art. 409 geldt ook voor het incidenteel beroep.

«De afstand van het principaal beroep doet het ingesteld incidenteel beroep niet vervallen».

De oorspronkelijk verweerder kan niet na afloop der instantie van cassatie, van zijne zijde beroep in cassatie instellen.

Arr. v. 8 Febr. 1884, W. n°. 5008; R., dl. CXXXVI. § 22; v. d. H. *B. R.*, dl. XLIX, p. 193—197.

Art. 411.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) aldus:

«Wanneer de verweerder niet reeds op den eersten rechtsdag zijne conclusie van antwoord neemt, wordt hem tot dat einde, op zijn verlangen, een termijn van hoogstens vier weken verleend.

«Hij is gehouden alle exceptien met zijn antwoord ten principale te vereenigen, op straffe van verval.

«Alleen de in art. 159, 2e lid bedoelde exceptie wordt ook in cassatie, op straffe van verval, afzonderlijk vóór alle weren van rechten, behalve de vordering tot zekerheidstelling, voorgedragen».

1. Bij pleidooi kan niet worden gedesisteerd van een middel in de memorie van cassatie voorgesteld.

Dit art. verzet zich tegen eene voorafgaande of afzonderlijke beschikking omtrent een exceptie H.R.

Arr. v. 28 Maart 1873, W. n°. 3577.

2. Het strijdt met de bepaling van dit artikel om de exceptie van berusting bij pleidooi voor te stellen.

25 Apr. 1895 W. n° 6659.

Arr. v. 7 Jan. 1881, W. n°. 4660; R., dl. CXXVII, § 3; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVI, p. 8—17; cf. het aangeteekende sub art. 139 B. R. n°. 2.

Art. 412.

Dit artikel is thans bij de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) aldus gewijzigd:

«Ingeval van incidenteel beroep, of indien door den verweerder eene exceptie tegen het principaal beroep wordt aangevoerd, wordt den eischer, op zijn verlangen, een termijn van hoogstens vier weken verleend om het incidenteel beroep of de voorgestelde exceptie bij conclusie te beantwoorden.

«Is het een of ander het geval niet, dan wordt onmiddellijk na het nemen der conclusie van antwoord de dag van pleidooi bepaald, ten zij partijen, onder overlegging der stukken, daarop recht vragen».

Art. 413.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124):

«Partijen zijn gehouden de stukken, waarop zij zich beroepen, elkander over en weder mede te deelen in afschrift of door nederlegging van het oorspronkelijke ter griffie gedurende minstens drie dagen».

Art. 414.

Het voorschrift van art. 414 j°. art. 409 B. R. is kennelijk alleen van toepassing op de gronden, die door den gedaagde of verweerder worden aangevoerd ter bestrijding van de middelen van cassatie, en geenszins op eene voorgestelde exceptie van niet-ontvankelijkheid tegen de voorziening in cassatie, welke laatste uit den aard der zaak mede moet kunnen worden gestaafd en bewezen door middel van stukken, die posterieur zijn aan het beklaagde vonnis of arrest, en alzoo bij den rechter *a quo* niet hebben gediend.

Arr. v. 17 Juni 1853, W. n°. 1465; R., dl. XLV, § 22; v. d. H., *B. R.*, d°. XVII, p. 61—68; idem DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 1, p. 504 en 505, 2de ed., dl. II, p. 562, en PENNING, ad art. Zie ook OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 73 sq.

Art. 415.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124):

«De artt. 152 en 153 zijn van toepassing in cassatie.

«Niettemin is de oorspronkelijke verweerder, eischer wordende in cassatie, niet gehouden tot de in die artikelen bedoelde zekerheidstelling.

«De verweerder in cassatie is daartoe evenmin gehouden, zelfs niet bij het instellen van incidenteel beroep.

«De in vroegere instantiën gestelde zekerheid blijft ook verbonden voor de kosten van cassatie.

«De zekerheidstelling wordt gevorderd vóór alle andere weren van regten».

Art 416.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* 124):

«De vordering tot zekerheidstelling en alle andere incidenteele vorderingen worden ingesteld bij conclusie ter rolle.

«De verweerder op het incident neemt in dezelfde of in eene nadere door den Hoogen Raad te bepalen terechtzitting zijn conclusie van antwoord op het incident, dat door den Hoogen Raad, na partijen, zoo zij dit verlangen, in de mondelinge toelichting harer conclusiën en het Openb. Min. te hebben gehoord, afzonderlijk wordt beslist».

Art. 417.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) aldus:

«Overlegging ter griffie of mededeeling in afschrift van de volmacht van den volgens art. 407 of art. 408 aangewezen advokaat kan door de wederpartij worden gevorderd.

«Hij blijft de partij vertegenwoordigen zoolang door haar geen ander advokaat bij den Hoogen Raad is aangewezen bij aan de wederpartij beteekend exploit, of hij zelf aan deze laatste bij beteekend exploit of ter terechtzitting heeft aangezegd, dat hij zich aan de verdere behandeling der zaak onttrekt».

Art. 418.

Aan het oorspronkelijk artikel is bij de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) een nieuw tweede lid toegevoegd, dus luidende:

«De pleidooien kunnen ook gehouden worden door andere dan volgens de artt. 407 en 408 aangewezen advokaten, zonder dat de daaruit ontstaande vermeerdering van kosten in de uitspraak over de kosten begrepen is».

Art. 419.

Aan het oorspronkelijk artikel is bij de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) een nieuw derde lid van den volgenden inhoud toegevoegd, dus luidende:

«Geen andere middelen van cassatie komen bij de uitspraak in aanmerking dan die, welke overeenkomstig het bepaalde bij de art. 406 en 410 zijn voorgesteld».

Art. 422.

1. Het Hof, aan hetwelk de zaak door den Hoogen Raad was verwezen, ten einde met inachtneming der uitspraak van den Raad de zaak verder te handelen en te beslissen, handelt niet in strijd met die uitspraak, door de zaak naar een lageren rechter te verwijzen, ten einde in eersten aanleg ten principale te worden beslist.

Arr. v. 24 Oct. 1856, W. n°. 1860; R., dl. LIV, § 18; v. d. H., *B. B.*, dl. XXII, p. 22—37.

2. In den regel behoort de kennisneming van de ten-uitvoerlegging van een gewijsde aan den rechter, door wien het is gewezen; de Hooge Raad is derhalve, in geval van cassatie met verwijzing, bevoegd kennis te nemen van de uitvoering van zijn gewijsde, en bij gevolg om dat gewijsde tegen verkeerde uitlegging te handhaven, terwijl zonder die bevoegdheid de bepalingen van de artt. 422 en 424 B. R. geheel ijdel zouden zijn of kunnen worden gemaakt.

Arr. v. 4 Febr. 1859; W. n°. 2035, R., dl. LXI, § 23; v. d. H., *B. B.*, dl. XXIII, p. 71—87.

3. Door de woorden „verwijzing naar den rechter, die van de zaak heeft kennis genomen" wordt in dit artikel en in art. 424 niet anders bedoeld dan de verwijzing naar hetzelfde rechtscollege, niet naar dezelfde rechters, die bevorens van de zaak hadden kennis genomen.

Arr. v. 17 Nov. 1868, W. n°. 3063; R., dl. XC, § 21; v. d. H., *B. B.*, dl. XXXIII, p. 108—122.

4. Bij arr. v. 25 Mei 1849 (sub art. 399 B. R., n°. 2) is beslist, dat eene interlocutoire uitspraak vatbaar is voor cassatie, wanneer de rechter op met de wet strijdende *juridieke* gronden tot de interlocutie is overgegaan. Op die gronden heeft de H. R. eene interlocutie vernietigd. Met het oog echter op art. 422 B. R., naar luid waarvan geene beslissing der hoofdzaak ten deze bij de vernietiging van het beklaagd arrest mocht, maar alleen eene verwijzing van het geding moest geschieden, heeft zich de H. R., hoezeer hier de ontzegging der vordering ten principale het noodwendig gevolg moest zijn van de uitgesprokene vernietiging, niet de zaak kunnen aantrekken en *ten principale* recht doen, en uit dien hoofde alleen het geding verwezen naar hetzelfde Hof, ten einde, met inachtneming van 's Raads arrest, de hoofdzaak verder te behandelen en te beslissen. — Art. 422 B. R. bevat dus voor die gevallen werkelijk eene uitzondering van den algemeenen regel, bij art. 405 van de Org. Wet (in afwijking van het Fransche Hof van Cassatie) aangenomen. Zou de wetgever daaraan wel bij de vaststelling van art. 422 B. R. hebben gedacht? En zou dan ook niet *in jure constituendo* art. 422 B. R. in overeenstemming behooren te worden gebracht met voormeld art. 405? (Léon.)

Art. 423.

1. De door den verweerder voorgestelde niet-ontvankelijkheid in cassatie, daarop gegrond, dat de eischer goedgevonden heeft zijne in

appèl niet-ontvankelijk verklaarde subordinate conclusie, in cassatie te vernieuwen met zekere wijzigingen en onder zekere vrijlating tot ampliatie, kan niet eerder een punt van onderzoek uitmaken, dan wanneer de H. R., bij eventuele vernietiging van het aangevallen arrest, mocht geroepen zijn om ten principale recht te doen, en kan alzoo dit middel van niet-ontvankelijkheid, indien overigens de voorziening op zich zelve buiten eenigen twijfel ontvankelijk mocht zijn, in geen geval de strekking hebben om het onderzoek in cassatie geheel af te snijden en is het ook daarom ongegrond.

Arr. v. 23 Juni 1854, R., dl. XLVII, § 84; v. d. H., *B. R.*, dl. XVIII, p. 479—495.

2. Zie over de beslissing van den H. R. bij arr. v. 30 Dec 1881, W. n°. 4727, waarbij met vernietiging van het vonnis *a quo*, dat ten principale had recht gedaan en het vonnis des kantonrechters die zich onbevoegd verklaarde, had vernietigd, laatstgemeld vonnis niet werd bevestigd, omdat die bevestiging niet was gevraagd, maar ten principale werd recht gedaan, waartoe was geconcludeerd —

W. n°. 4735, dat deze beslissing in tegenstelling van Mr. B. J. Polenaar, in W. n°. 4742, als verward kenmerkt.

Art. 424.

1. Daar de Hooge Raad niet bevoegd is om, indien door den rechter *a quo* over een punt *in facto* geene uitspraak is gedaan, daarover in cassatie te beslissen, bestaan er evenmin termen om de zaak ter beslissing van dit punt weder naar den eersten rechter te verwijzen, indien de ingestelde vordering daarop niet is gegrond geweest.

Arr. v. 17 Juni 1842, R., dl. XIII, § 65; v. d. H., *Z.. R. en Succ.*, dl. II, p. 173—187; idem v. 17 Oct. 1845, W. n°. 655; v. d. H., *B. R.*, dl. VII, p. 121—142. Verg. hiermede in verband het sub art. 406 B. R. vermeld arr. v. 20 Febr. 1874, W. n°. 3693, waarbij echter het zwaartepunt der beslissing berustte op het feit, dat bij het middel niet geklaagd was over gemis van eene feitelijke beslissing omtrent zeker punt.

2. Art. 424 B. R. bevat niet eenig voorschrift, hetwelk door een Hof of Rechtbank zou kunnen worden opgevolgd of toegepast, maar

alleen eene bepaling wat de Hooge Raad te doen hebbe, indien hij in het daar bedoelde geval een vonnis of arrest casseert.

Arr. v. 16 Dec. 1842, v. d. H., *B. R.*, dl. IV p. 128—147.

3. De Hooge Raad is niet bevoegd de hoofdzaak te beslissen, als bij het bestreden vonnis, blijkens de daarin voorkomende woorden: *daargelaten of door de eerste opposante in dat geval alsdan niet boete zal zijn verschuldigd*, zelfs in 's rechters overwegingen een gedeelte van het eerste middel van verzet der verweerders geheel onbeslist is gelaten.

Arr. v. 16 Mei 1856, R., dl. LIII, § 15.

Art. 425.

Dit artikel is bij de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) als volgt gewijzigd:

«Er wordt geen verzet toegelaten tegen arresten door den Hoogen Raad bij verstek in cassatie gewezen dan alleen wanneer er gronden waren tot nietigverklaring van de dagvaarding, of het beroep was ingesteld na verloop van den wettelijken termijn en mits het verzet geschiede binnen veertien dagen na beteekening van het arrest».

Wet van 1876 maken van het beroep in cassatie bij verzoekschrift en de inschrijving van den *Art.* 428. voorgeschreven termijn zijn bepalingen van openbare orde: H.R. 26 Juni 1914, W. 9694.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) aldus:

«Het beroep in cassatie tegen beschikkingen op request wordt bij den Hoogen Raad insgelijks bij request aangebracht.

«De artt. 334, 336, het eerste lid van art. 337, het tweede lid van art. 345, het tweede lid van art. 398 en art. 409 zijn op dit beroep van toepassing».

De oorspronkelijke redactie van dit artikel was reeds ingetrokken bij de Wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n°. 55).

Art. 429.

Dit artikel luidt thans volgens de Wet van 26 Juni 1876 (*Stbl.* n°. 124) aldus:

«Het verzoekschrift bevat eene omschrijving der middelen van cassatie met aanwijzing als in art. 406 vermeld.

«Geene andere middelen komen bij 's Hoogen Raads beslissing in aanmerking.

«Ten aanzien van die beslissing gelden de bepalingen van artt. 421, 422, 423 en 424».

De oorspronkelijke redactie van dit artikel was reeds ingetrokken bij de Wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n°. 55).

In de *Themis*, 2de verzameling, jaarg. 1854, p. 673—684, vindt men een vertoog: «Over het middel van cassatie in burgerlijke zaken» waarin — ook met het oog op de nadeelige gevolgen, deels in cassatie voortvloeiende uit de onzekerheid wat *facti* dan wel *juris* is — de meerdere voortreffelijkheid van één Hof van appèl, aan hetwelk de kennisneming van *alle* voorzieningen in hooger beroep zou kunnen worden opgedragen, boven de instelling van den Hoogen Raad als Hof van cassatie, wordt uiteengezet. De schrijver acht dan ook, bij de aanstaande herziening der wet op de R. Org., die verandering wenschelijk, en komt die *hem* voor niet in strijd te zijn met art. 162 der Grondwet.

Het behoud van het middel van cassatie in burgerlijke zaken wordt verdedigd in een geschrift, door Mr. J. W. TYDEMAN opgesteld, waarin de meening van de leden der Vereeniging van de Amsterdamsche balie wordt uitgedrukt, getiteld: «Het rechtsmiddel van cassatie, in verband met Rechterlijke Organisatie en Burgerlijke Rechtsvordering», Amsterdam 1856, beoordeeld door Mr. J. VAN HALL, in *N. Bijdr.*, jg. 1857, dl. VII, p. 222 en bestreden door Mr. J. J. L. VAN DER BRUGGHEN: «Advies in zake cassatie», Utrecht, 1860, aangekondigd in *N. Bijdr.*, jg. 1860, dl. X, pag. 496.

De wenschelijkheid van het bestaan van het middel van cassatie wordt bestreden door Mr. J. G. A. FABER in *Themis*, 2de verz. dl. III, p. 388.

Oordeel van een praktisch jurist over de cassatie in burgerlijke zaken, *N. Bijdr.*, jg. 1863, dl. XIII, p. 435 en nog een oordeel daaromtrent, eod. pag. 575.

Zie over de cassatie in burgerlijke zaken:

1°. het advies uitgebracht door Mr. J. KAPPEIJNE VAN DE COPPELLO in de eerste vergadering der Juristenvereeniging (*Handelingen Juristenvereeniging* 1870);

2°. de reeks van dissertatiën en schrijvers, aangehaald in de *Nederlandsche Rechtsliteratuur* van VAN OPPEN en SASSE, Voce: *Cassatie*, bl. 257—266; — vergelijk over de veranderingen in 1876 in het Wetboek van Burg. Rechtsvordering gebracht: VAN DEN HONERT, *Formulierboek*, (3e uitgave), bl. 201—204.

Het verweekschrift in cassatie moet door een advocaat worden onderteekend en ingediend, art. 429 j° art. 406. H.R. 24 Febr. 1899, W. n° 7247, en 4 Apr. 1899, W. n° 7264. Anders H.R. 10 Aug. 1894, W. n° 6847 en Hoofdartikel W. n° 7264.

Nergens is voorgeschreven, dat opdat stuk moet worden vermeld, dat het is uitgegeven voor grosse, noch ook aan wien het is afgegeven. Pres. Arr. Haag 10 Oct. 1916, W. P. N. R. 2447.

Art. 430.

1. Het strookt geenszins met den geest en de vrijgevige bedoeling des wetgevers ter voorkoming van chicane, zoo als dit o. a. in de artt. 90 en 94 B. R uitkomt, eene nietigheid te zoeken in de gebezigde uitdrukking *«In naam en van wege den Koning»* of dergelijke uitdrukkingen, in stede van *«In naam des Konings»*, hetgeen, volgens art. 430, n°. 2, B. R., aan het hoofd der grosse, in dat artikel vermeld, moet voorkomen.

Arr. v. 5 Juni 1846, W. n°. 719; R., dl. XXIII, § 80; v. d. H., *B. R.*, dl. VIII, p. 7—17; — idem DE PINTO, *Hdl.*, dl. II, p. 514, 2de ed., dl. II, 2, p. 571 sqq., OUDEMAN, *B. R.*, 2de ed., dl. II, p. 93, 3de en 4de ed., p. 81 en VERNEDE, ad art. (volgens wien dit beginsel ook in strafzaken toepasselijk is); — anders bij het daartoe betrekkelijk arrest van 't P. H. v. Friesland, v. 15 Oct. 1845, W. n°. 681, bevestigende een vonnis der Arr.-R. Sneek, v. 30 April 1845, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 672. — Vgl. hiermede ten betooge, dat het nergens gebiedend en op straffe van nietigheid is voorgeschreven, dat de formule «in naam des Konings» of «in naam en van wege den Koning» in de *minuten* der rechterlijke gewijsden opgenomen en bij de pronunciatie uitgesproken moet worden — art. 160 der Grondwet van 1840, arr. v. 29 Juni 1844, sub n°. 2, dl. I, p. 59). — Zie ook art. 160 der Grondwet, ut supra, sub n°s. 1 en 3; vergelijk art. 145 Grondwet 1848.

2. Vermits de al of niet-executabiliteit van een vonnis de competentie des rechters niet regelt, en het bovendien in art. 431 B. R. een bizonder geval geldt, waarin de wetgeving, blijkens de geschiedenis onzer wetgeving (vgl. v. d. HONERT, ad art.) uitdrukkelijk zijne bedoeling heeft te kennen gegeven, om onder het Rijk de koloniën te begrijpen, zoo volgt hieruit, dat vonnissen, in onze koloniën gewezen, hier te lande uitvoerbaar zijn en omgekeerd.

Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Dec. 1849, W. n°. 1097; R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 181—186, met de gronden waarvan zich heeft vereenigd het P. H. v. N.-Holland, bij arr. v. 30 Jan. 1851, W. n°. 1232; R. B., jg. 1851, p. 128—132; *Amsterd. Regtspr.*, dl. I, p. 286—290; — idem bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 13 April 1853, R. B., jg. 1853, p. 430—439 waarbij o. a. met een beroep op art. 91, al. 2, R. Org., (waaruit volgt, dat niet appellabele of in kracht van gewijsde gegane koloniale vonnissen of arresten ook in Nederland kracht van gewijsde zaak hebben), is beslist dat ook de hoedanigheid, door eene Nederlandsche autoriteit in Indië wettelijk opgedragen (*in casu* het beheer van een desolaten boedel door den Raad van Justitie te Samarang aan de weeskamer aldaar gegeven), het recht geeft om als zoodanig in Nederland op te treden; idem op denzelfden grond, alsmede op het na te melden motief, ontwikkeld door Mr. J. H. DER KINDEREN, bereids aangevoerd door sommige van de andere autoriteiten ut supra, — bij arrest van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 24 Dec. 1853, W. n°. 1500 (alwaar het gold de grosse eener authentieke akte, door een daartoe bevoegden notaris opgemaakt) en v. 18 Juli 1854, W. n°. 1561, te dien aanzien bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Leiden, v. . . . . 1854, W. n°. 1556 (bij welk laatstgemeld arrest tevens is beslist, dat men om dergelijke vonnissen ten uitvoer te kunnen leggen, moet bewijzen, dat ze aan den procureur van den debiteur zijn beteekend). In gelijken zin ten betooge, dat de grossen van vonnissen en authentieke akten aan het hoofd voerende: «in naam des Konings!» gewezen en verleden in Nederland en in de Nederlandsche overzeesche bezittingen, over en weder executoir zijn — DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 515 sqq., 2de ed., p. 573; OUDEMAN, *B. R.*, 2de ed., dl. II, p. 94, 3de en 4de ed., p. 82; DE MARTINI, PENNING en VERNEDE, ad art. 430 B. R.; door den Hoogl. M. DES AMORIE V. D. HOEVEN in zijne «*Proeve van eene beantwoording der rechtsvraag:* kan een Nederlander, in Ned.-Indië met der woon gevestigd, in personeele rechtszaken, wanneer de eischer op het grondgebied van het Rijk in Europa woont, voor de Rechtbanken van het moederland gedagvaard worden?» — (Vgl. art. 126 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Dec. 1849, sub n°. 8); — idem in de conclusie van het Openb. Min., bij monde van Mr. F. F. KARSEBOOM, welke heeft geleid tot meervermeld vonnis v. 18 Dec. 1849. Bij deze vrij eenstemmige beschouwing over voormelde rechtsvraag is het opmerkelijk, dat de Regeering in het najaar van 1852 aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingediend ontwerp op het beleid der regeering van Ned.-Indië art. 94 heeft opgenomen, luidende: «Vonnissen door den rechter in Nederland gewezen en bevelen door hem uitgevaardigd kunnen in Ned.-Indië worden ten uitvoer gelegd. Zoo ook kunnen vonnissen en bevelen door den rechter in Ned.-Indië gewezen of uitgevaardigd, in Nederland ten uitvoer gelegd worden, «waaromtrent de Oud-Raad van Indië, Jhr. J. P. CORNETS DE GROOT VAN KRAAIENBURG, in zijne Aanmerkingen op voormeld Regeerings-Reglement, ad art. 94, zegt: «dat tot dusver de vonnissen der Rechtbanken in Nederland niet executabel zijn in Ned.-Indië», welk gevoelen wordt gedeeld door den onbekenden oud-Indischen ambtenaar, zijn tegenstander, in diens antwoord op deze aanmerkingen op p. 32. — Vgl. met

dit een en ander een vertoog van Mr. T. H. DER KINDEREN, destijds griffier bij den Raad van Justitie te Soerabaya, *Themis*, XIVde jg., p. 281—295, die meer bepaaldelijk bestrijdende het gevoelen van Mr. A. DE PINTO, ut supra, alsof, ten gevolge der bedoeling des Nederlandsche wetgevers, dat de vonnissen, door de rechters in Nederlands Overzeesche bezittingen gewezen, ook in Nederland zouden kunnen worden ten uitvoer gelegd, ook de woorden: «*het Rijk*» en «*het Koningrijk*», in de artt. 430 en 436 B. R. zouden moeten worden opgevat, als te beteekenen *het Rijk in en buiten Europa*, en met een beroep op FOELIX (*Traité de droit international privé*, Paris, 1848, p. 365), als eenige reden waarom, naar zijn gevoelen, aan de grossen van vonnissen en authentieke akten, gewezen en verleden in Nederland en in de Nederlandsche Overzeesche bezittingen, over en weder executoire kracht moet worden toegekend, doet gelden de woorden: «*in naam des Konings*», die zoowel in Nederland als in Ned.-Indië aan het hoofd staan van de grossen van de vonnissen enz., dewijl de executoriale titels alleen aan de uitvoerende macht in den Staat, bij ons de Koning, hunne kracht ontleenen. Verg. Mr. N. F. VAN NOOTEN, in *N. Bijdr.*, jg. 1868, dl. XVIII, p. 34 (1).

3. De beteekening van het vonnis moet gedaan worden aan de *partij*; zij moet voorts beschouwd worden als de voortzetting van — en als eene akte van procedure behoorende tot — het rechtsgeding, waarin het vonnis is gewezen.

Wanneer de partij als voogd geprocedeerd heeft, en deze voogdij door de meerderjarigheid van den pupil heeft opgehouden, terwijl de verandering van staat niet is beteekend, behoort de beteekening te geschieden aan de partij in denzelfden staat waarin zij geprocedeerd heeft.

Arr. v. 18 Mei 1860, W. n°. 2170; R., dl. LXIV, § 62; v. D. H., dl. XXIV, p. 141—157; bevestigende arr. P. H. v. Overijsel, v. 28 Febr. 1859, W. n°. 2091; idem arrest van hetzelfde Hof v. 16 Jan. 1860, W. n°. 2144, ook aangehaald sub art. 332 B. R.

(1) De wetenschappelijke strijd, over bovengemelde rechts-kwestie gevoerd, heeft thans zijn belang verloren, nu het onderwerp in den zin der gevestigde jurisprudentie is geregeld bij het in 1854 door de wetgevende macht hier te lande vastgesteld Reglement op het beleid der Regeering van Nederlandsch-Indië, waarvan het tijdstip der in werkingtreding aldaar ingevolge art. 131 door den Koning wordt bepaald. — Art. 104 toch van dit Reglement luidt als volgt:

„Vonnissen door den rechter in Nederland gewezen, en bevelen door hem uitgevaardigd, mitsgaders grossen van authentieke akten aldaar verleden, kunnen in Nederlandsch-Indië worden ten uitvoer gelegd.

„Zoo ook kunnen vonnissen en bevelen, door den rechter in Nederlandsch-Indië gewezen of uitgevaardigd, alsmede grossen van authentieke akten aldaar ten overstaan van Europeesche openbare ambtenaren verleden, aan welke gelijke kracht als aan de vonnissen is toegekend, ten uitvoer gelegd worden". (LÉON).

4. Art. 430, al. 3 is *niet* van openbare orde.

Arr. v. 2 Dec. 1881, W. n°. 4717, R., dl. CXXIX, § 26.

5 Aan de woorden: „in naam des Konings," die de grossen der vonnissen, in de Nederlanden gewezen, aan het hoofd moeten voeren, heeft de Nederlandsche wetgever dezelfde kracht verleend als aan het bevel, bij de Fransche wetten onder de vonnissen gevorderd, waarin het bevel van de uitvoerende macht aan alle openbare machten ligt opgesloten, om, des wel en wettig gevorderd, aan de uitvoering der vonnissen den sterken arm te verleenen. Hieruit volgt dat er (in het Nederl. recht) geen wetsartikel wordt gevonden, waarbij bepaald is, dat de rechter zoodanig bevel moet geven.

Arr.-R. Tiel (uitspraak van den president in kort geding) v. 4 Mei 1852, W. n°. 1378.

6. Hoezeer het, ondanks het stilzwijgen daaromtrent bij de wet in acht genomen, met het oog op de artt. 439, al. 2, en 503, j^is^. de artt. 123 en 124 B. R. duidelijk is, dat bij de ontruiming van een huis of land, krachtens de grosse van een vonnis, een termijn moet gelaten worden, is echter de hoegrootheid van dezen termijn niet *expresse* door den wetgever aangegeven, zoodat deze termijnsbepaling, als zijnde een punt van wetgeving, zal behooren te worden afgeleid uit de bepalingen der wet, die de ten uitvoer-legging van vonnissen regelen, waaruit volgt, dat de rechter de bevoegdheid niet heeft, om naar zijn goeddunken dien termijn te bepalen, maar dat hij (doch niet de kantonrechter naar luid van art. 435) eerst bij een gerezen geschil betreffende de hoegrootheid van dien termijn zal moeten beslissen.

Ktg. Wychen, v. 26 Juli 1854, W. n°. 1563.

7. Onder de middelen, om aan een rechtelijk gewijsde gevolg te geven, bij het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorgeschreven, behoort geenszins, dat, wat *in casu* is voorgesteld, nl. om indien de gedaagde mocht in gebreke blijven aan 's rechters uitspraak tot uitlevering van een der duplicaten van een akte te voldoen, het vonnis de plaats te doen vervangen van bedoeld schriftelijk stuk, en daaraan dezelfde gevolgen toe te kennen als aan dat stuk, en het vonnis alzoo te doen gelden als de schriftelijke akte van de overeenkomst.

Arr.-R. Groningen, v. 3 April 1857, R. B., jg. 1857, dl. VII. bl. 635—637.

8. De oproeping van partij om ten principale voort te procedeeren, nadat bij vonnis eene exceptie is verworpen, met bevel om op de hoofdzaak verder voort te procedeeren, is *niet* te beschouwen als eene daad van executie in den zin van dit en de volgende artikelen.

Arr.R. Amsterdam, v. 14 Jan. 1862, W. n°. 2388; idem Ktg. H. Rotterdam, v. 24 Sept. 1875, W. n°. 3917.

9. Dit artikel bepaalt alleen den vorm van vonnissen, zullen zij voor executie vatbaar zijn, maar behelst niets omtrent hunne al- of niet schorsende kracht zoo daartegen rechtsmiddelen aangewend worden.

P. H. v. N.-Holland, v. 10 Nov. 1864, W. n°. 2684; bevestigende vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Sept. 1864, W. n°. 2628.

10. Het bevel van den president, bij art. 290 B. R. bedoeld, schriftelijk gegeven zijnde, vereischt geene afzonderlijke beteekening en valt niet in de termen van dit artikel.

Arr.-R. Amsterdam, v. 2 Oct. 1868, W. n°. 3053.

11. Wanneer een incidenteel vonnis in appèl is bevestigd, is de oproeping om voort te procedeeren *niet* de uitvoering van het *arrest*, (waardoor slechts werd opgeheven de door het hooger beroep ingetreden schorsing der ten uitvoerlegging van genoemd vonnis), maar van het *vonnis;* voorafgaande beteekening van het arrest is dus onnoodig.

Hof Arnhem, v. 21 Mei 1879, W. n°. 4401.

12. Zie ten betooge:

a. Dat ook het bestuur der registratie, rechtstreeks verhalende de in debet gestelde rechten op de succumbeerende partij, gehouden is zich te gedragen o. a. naar de voorschriften omtrent de vereischten ter executie van veroordeelingen —

art. 869 B. R., arr. v. 18 Maart 1842.

b. Dat de grosse eener akte ook tegen de erfgenamen van een debiteur executabel is —

art. 436 B. R., arr. v. 't P. H. v. N.-Holland, v. 17 Juni 1847.

c. Dat de toepassing van het laatste lid van art. 430 B. R. niet wordt vereischt bij den verkoop van een vast goed uit krachte van het beding, vermeld in art. 1223 B. W. —

art. 1223 B. W. vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 4 Juli 1848, sub n°. 6. (2de ed. pro et contra, sub n°. 11).

d. Dat eene grosse niet slechts aan de partij, welke het proces heeft gewonnen, maar aan ieder, die partij in het geding is geweest, mag worden afgegeven —

Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 82.

13. Zie over de middelen van ten-uitvoerlegging van hier te lande gewezen vonnissen, een vertoog van Mr. L. Oldenhuis Gratama, in de *Opm. en Med.*, dl. VII, p. 191—196, volgens wien onze wetgever zich in art. 430 en volgg. B. R. alleen tot het stellen van algemeene voorschriften en verbodsbepalingen heeft bepaald en in vele gevallen de middelen van uitvoering aan den rechter heeft moeten overlaten en ook overgelaten heeft, met dat gevolg, dat alles wat op het stuk van uitvoering van vonnissen niet bij de wetten verboden is, en door den rechter ter zake dienstig en doelmatig wordt geoordeeld, tot dit doel geoorloofd moet zijn en door den rechter kan en mag worden gelast, hetzij ambtshalve, hetzij op de conclusien van partijen; idem ten betooge, dat hetgeen voor ten-uitvoerlegging in art. 430 te houden zij, steeds aan de uitlegging blijft overgelaten, en die uitlegging nagenoeg geen vast standpunt heeft van waar zij zal uitgaan, vermits zij uit den aard der zaak geheel op feitelijke gronden berusten moet — Mr. A. J. Zubli, R. B., jg. 1851, p. 91. — Vgl. ook hiermede een vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 26 Jan. 1848, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 184—186, waarbij is beslist dat het geding op het doen van declaratie door een' derden gearresteerde moet beschouwd worden als executie van het vonnis, waarbij het arrest is van waarde verklaard. — Cf. omtrent dit laatste, art. 82 B. R., sub n°. 9.

Art. 431.

1. De inroeping der wettelijke bepalingen omtrent de gerechtelijke ten-uitvoerlegging van vonnissen en authentieke akten, komt niet te pas, wanneer een buitenlandsch vonnis of authentieke akte blootelijk als bijkomend bewijs (*in casu* eener familie-betrekking) wordt aangevoerd.

Arr. v. 30 Mei 1839, W. n^is^. 23, 31; R., dl. II, § 27; v. d. H., *B. R.*, dl. I, p. 4—24. Verg. arr. v. 23 Nov. 1860, W. n°. 2226, R., dl. LXVI, § 28; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIV, p. 399—417; waarbij is beslist dat dit artikel niet is geschonden, waar het niet geldt executie van een vreemd vonnis, maar het afleiden van een zekere bevoegdheid uit een zoodanige uitspraak. In gelijken

de proceskosten, door een Curator in dien rechtstoege-
weest, kunnen hier te Lande niet in rechte worden
gevorderd. Rb. Roermond 3 Apr. 1902, W. n° 7801.

als het gelde een vonnis van een rechter in een der Rijksdelen (verdrag v. 17 Juni 1905 tusschen beide Staten: Kb. dezes Rijks 15 Mrt. 1914, W. 9716) blijkt mijn overzicht niet ook op art. 431 al. 3 Rv.

zin bij v. d. Honert, *Hdb.*, p. 255; de Pinto, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 2, p. 520; 2de ed., p. 579, en Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 84; idem en mede ten betooge, dat een vreemd vonnis kan gelden als bewijs eener daadzaak (*in casu* het terughouden eener lading in het buitenland), bij arr. v. 7 April 1854, W. n°. 1529; R., dl. XLVII, § 43; idem dat een vreemd vonnis als authentieke akte feiten en erkentenissen kan bewijzen, maar dat de beslissing zelve niet onder de feiten kan worden gerangschikt; Arr.-R. Amsterdam, v. 3 April 1862, W. n°. 2398 en van 4 Juni 1862, W. n°. 2399; Arr.-R. Maastricht, v. 31 Mei 1873, W. n°. 3633; idem waar het gold eene failliet-verklaring, in een vreemd land uitgesproken, en het daartoe betrekkelijk vonnis als bewijs van dit feit is aangenomen, bij vonnis der Arr.-R. Haarlem, v. 26 Juli 1842, W. n°. 340; R. B., jg. 1843, dl. V, p. 829. Het tegendeel is beslist bij vonnis der Arr.-R. Middelburg, v. 21 Sept. 1871, R. B., jg. 1872, p. 780, waarbij de koopman door een buitenlandsch vonnis failliet verklaard, bevoegd is geacht hier te lande op eigen naam te ageeren; idem, met betrekking tot de uitspraken van vreemde autoriteiten, niet alleen voor zooverre zij feiten constateeren, maar ook *personeele hoedanigheden* vestigen, bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Dec. 1850, *Amsterd. Regtspr.*, dl. I, p. 229—232, ook aangehaald sub n°. 15, naar luid waarvan het erkennen hier te lande van een syndic in een buitenlandsch faillissement geene executie van een vreemd vonnis is; zijnde bij dit vonnis beslist: *a.* dat een vreemd vonnis bij ons invloed genoeg heeft, om daaruit de gevolgen eener van onze wetgeving verschillende bepaling van kracht te doen zijn, en *b.* (als een gevolg der reverentie, verschuldigd aan de uitspraken van vreemde autoriteiten, voor zooverre zij feiten constateeren en personeele hoedanigheden vestigen, en der onmogelijkheid om op eene andere wijze vreemde belangen te vereffenen en ten einde het eene volk niet geheel van het andere te isoleren), dat, indien een syndic in een faillissement zijne kwaliteit ontleent aan de uitspraak van een vreemden rechter, dit niet belet dat hij die kwaliteit en personeele hoedanigheid, welke uit dat vonnis voortspruit, overal behoudt en deze, zoolang het vonnis in den vreemde blijft bestaan, niet kan worden betwist. — Vgl. hiermede het sub hoc artikel vermeld arrest Hof Amsterdam, v. 20 Juni 1879 sqq., het aangeteekende op art. 10 der Algem. Bep. van Wetg., sub n°. 6, dl. II, p. 76 en 77, 2de ed., sub n°. 9 en omtrent de toepassing van het personeel statuut, ingeval van faillissement — eene ook voor ons land belangrijke procedure, gevoerd voor het Hof van Cassatie in België, te vinden in de *Belgique Judiciaire*, v. 5 Febr. 1854, t. XII, n°. 11, alsmede in 't R. B., jg. 1854, p. 407—416. — Zie ook het bereids sub art. 430 B. R., aangehaald betoog van Mr. A. J. Zubli, R. B., jg. 1851, p. 91—96, die aldaar de vraag behandelt, of de strekking van art. 431 B. R. is, om daaruit ook andere gevolgen dan een verbod van executie van vreemde vonnissen af te leiden, in hoeverre namelijk een geëxecuteerd vonnis door onze rechters in de gevolgen mag aangenomen worden. De schrijver tracht in dit stuk die vraag op te lossen uit den aard van de *statuta personalia* en *realia*, toegepast op het verschil tusschen executie *van* en bewijs *door* vonnissen, en doet daarbij o. a. uitkomen:

Uit art. 431 Rv. volgt niet dat een authentiek afschrift van een buitenlandsch vonnis niet tot bewijs van de daarin aangenomen feiten en beslissing zou kunnen strekken, wanneer de Nederlandsche rechter zich niet de daarin vermelde bewijsgronden waarmede (i.c. was een Engelsch vonnis overgelegd tot bewijs van schuld bij eene aanvaring). Hof Amsterdam 25 Mei 1899? W. n° 5595. Anders Rb. Middelb. Burg 28 Mrt. 1900, W. n° 7522, in een aanvaringszaak, waarin door den gd. het verslag van een getuigenverhoor in een in Engeland behandelde vordering van gd. tegen E. wegens dezelfde aanvaring in het geding was gebracht. U. R. 8 Jan. 1902, W. 7717: aan de verklaringen in het buitenland gehoorde getuigen kan de rechter alleen feitelijk vermoedens ontleenen.

a. dat personeel statuut alleen dan door de wetten van een vreemd land verloren gaat, wanneer de wetten van beide Rijken daartoe de mogelijkheid doen geboren worden, of wanneer het vonnis op eene wettige wijze ten uitvoer gelegd is, en *b.* dat de bewijskracht (en niet de verbindbaarheid) van vreemde vonnissen (behoorlijk gelegaliseerd en in behoorlijken vorm opgemaakt), volgt uit art. 1905 B. W. Zie ook art. 745 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 22 Maart 1842 sqq., alsmede, ten aanzien van voornoemde arresten van den H. R., het daartoe betrekkelijk arrest van 't Hof van Holland, v. 13 Febr. 1839, W. n°. 7; v. Z.-Holland, v. 4 Mei 1853, W. n°. 1436 en het vonnis der Arr.-R. Rotterdam, v. 11 Juni 1851, W. n°. 1242.

2. De Nederlandsche rechter heeft de bevoegdheid om de vreemde vonnissen, door hem na eene *zelfstandige behandeling en afdoening* juist bevonden, *binnen Nederland uitvoerbaar te verklaren.*

Arr. v. 5 Jan. 1866, W. n°. 2765; R., dl. LXXXII, § 4; v. d. H., *B. R.*, dl. XXX, p. 170—186; idem vonnis Arr.-R. Maastricht, v. 10 Dec. 1863, W. n°. 2585; waarbij nog beslist werd dat bij het op nieuw behandelen en afdoen het onderzoek niet op zich zelf en buiten verband met de vreemde uitspraak moet plaats hebben, maar dat integendeel het onderwerp der nieuwe behandeling is de vraag of het vreemde vonnis juist is gewezen en of mitsdien de uitvoering hier te lande kan bevolen worden, en van 31 Mei 1873, W. n°. 3633; ook vermeld sub n°. 1 van dit artikel. cf. ook Mr. A. P. Th. Eyssell, «De Regtsmagt over vreemdelingen in Nederland», bl. 79 en 80; Mr. de Pinto, 2e druk, 2e ged., 2e stuk, § 301, bl. 577; Mr. Oudeman, *Ned. Wb. v. B. Rv.*, dl. II, 4de ed., p. 83. In tegenovergestelden zin Mr. J. R. Voûte, «Bijdrage tot het vraagstuk der buitenlandsche vonnissen, aant. op art. 431 B. R.» en Mr. J. Freseman Viëtor, «De kracht van buitenlandsche vonnissen» in *Themis*, 2de verz., dl. XIII, blz. 413—415 en in W. n°. 2773. Deze schrijver betoogt, dat al komt de Nederlandsche rechter in de door de wet niet uitgezonderde gevallen na eigen onderzoek tot hetzelfde resultaat als de vreemde rechter, dan nog zijne uitspraak de kenmerken eener geheel op zich zelf staande veroordeeling moet bevatten, en hij het vreemde vonnis niet uitvoerbaar mag verklaren. Zoo ook zullen partijen zich, volgens dien schrijver, (hier afwijkende van het gevoelen van Mr. Voûte) niet eenvoudig mogen bepalen tot het ondersteunen en bestrijden van het vreemde vonnis, maar zal de eischer bij eene met redenen omkleede conclusie den eisch moeten doen voordragen, en de gedaagde de posita des eischers moeten ontzenuwen. Vergelijk over een en ander en in het bizonder over de aangehaalde geschriften van de Heeren Voûte en Freseman Viëtor, Mr. A. A. de Pinto, in *Themis*, 2de verz., dl. XIII, blz. 451 sqq., welke schrijver aldaar op p. 465 sq., de leer van den Hoogen Raad eveneens bestrijdt.

Zie voorts in laatstgemelden zin, vonnissen der Arr.-R. Amsterdam, v. 3 April 1877, R. B., jg. 1877, A, blz. 172 en v. 10 April 1877, W. n°. 4134, in zoover bevestigd bij arr. Hof Amsterdam, v. 28 Dec. 1877, W. n°. 4220; voorts Arr.-R. Goes, v. 30 Juni 1871, R. B., jg. 1872, p. 224; idem arr. Hof 's Hertogenbosch, v. 19 Juni 1883, W. n°. 4913.

Art. 431 al. 2 laat niet toe te oordeelen dat bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad enz. in Nederland zal worden uitvoerbaar verklaard het vonnis" in het buitenland gewezen: Hof Amsterdam 20 Apr. 1906, W. n° 8459, conf. verw. H. R. 1 Mrt. 1907, W. n° 9505. Een vonnis veroordeeling tot betaling waartoe de buitenlandsche rechter heeft verwoordeeld, op grond dezer uitspraak: Rb. Middelburg 21 Febr. 1912, W. n° 9361.

Art. 431.)

3. Uit het verband der *tweede* met de overige zinsneden van dit artikel volgt kennelijk, dat de dáár bedoelde gedingen, betreffende de onderwerpen, waaromtrent reeds door vreemde rechtbanken vonnissen zijn gewezen, in het algemeen en zonder eenige uitzondering of eenig onderscheid, *en ook dan derhalve, wanneer zij uitsluitend betreffen vreemdelingen*, opnieuw bij den Nederlandschen rechter kunnen worden behandeld en afgedaan.

Arr. v. 5 Jan. 1866, W. n°. 2765, R., dl. LXXXII, § 4; v. d. H., *B. R.*, dl. XXX, p. 170—186; idem Arr.-R. Maastricht, v. 10 Dec. 1863, W. n°. 2585; idem Arr.-R. Amsterdam, v. 3 April 1877, R. B., jg. 1877, A, p. 172, en v. 10 April 1877, W. n°. 4134, in zooverbevestigd bij arr. Hof Amsterdam, v. 28 Dec. 1877, W. n°. 4220. Vergelijk ook Mr. Freseman Viëtor in *Themis*, 2de verz. dl. XIII, p. 466, ten betooge dat de voorname beteekenis van de tweede alinea van dit artikel hierin ligt, dat de Nederlandsche rechter door deze bepaling bevoegd wordt recht te spreken ook tusschen hier niet verblijvende vreemdelingen. Is namelijk de natuurlijke rechter van den gedaagden vreemden debiteur gesaisiseerd geweest van de zaak, dan wil onze wetgever den crediteur helpen, wiens schuldenaar hier te lande eigendommen bezit, door hem de gelegenheid te verschaffen een in Nederland executabel vonnis te verkrijgen. Anders, zelfs niet als *hier te lande* is gelegd arrest, Arr.-R. Amsterdam, v. 26 April 1866, W. n°. 2822, R. B., jg. 1866, p. 796, op grond dat de tegenovergestelde meening is irrationeel en in strijd met art. 127 B. R., terwijl voor vreemdelingen geen bevoegde rechter is aan te wijzen en de keuze van den rechter nooit kan zijn overgelaten aan de onbeperkte willekeur des eischers.

Vergelijk het aangeteekende op art. 127 B. R.

4. Een curator zorg dragende voor den onder curateele gestelden persoon, voldoet slechts aan de hem bij de wet opgelegde verplichtingen, doch geeft daardoor geene uitvoering aan het vonnis, waarbij de onder de curateele-stelling is uitgesproken.

Door eene beslissing, deze stelling tot grondslag hebbende, kan dus art. 431 B. Rv. niet zijn geschonden.

Arr. v. 2 Juni 1876, W. n°. 3997.

5. Waar gesproken wordt van uitvoerbaarheid van vreemde vonnissen worden alleen bedoeld de zoodanige die in *een geding* zijn gewezen en die zonder nadere rechtelijke tusschenkomst rechtstreeks kunnen worden ten uitvoer gelegd op de goederen of den persoon van den *veroordeelde*.

Arr. v. 6 April 1882, W. n°. 4758; R., dl. CXXX, § 44; R. B., jg. 1882, A, p. 145; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVII, p. 301—312.

6. Het is onnoodig in eenige beschouwing te treden omtrent de rechtskracht hier te lande van een buitenlandsch vonnis, wanneer bij dat vonnis op de vordering van partijen alleen akte verleend is van eene bevorens door hen getroffen overeenkomst, welke (gelijk *in casu*) ook zonder die sanctie voor partijen verbindend is.

Arr.-R. Amsterdam, v. 28 Juni 1842, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 794—796.

7. Het eenvoudig gevolg geven door eene Arrond.-Rechtbank hier te lande aan een interlocutoir vonnis van den buitenlandschen rechter, in zoo verre daarbij het bewijs door getuigen is bevolen en het ten gevolge daarvan doen hooren der getuigen, kan niet geacht worden eene daad van executie, of van ten uitvoer-legging van een vonnis te zijn in den bepaalden en strengen zin van art. 431 B. R.

In dit geval behoeft niet vooraf verlof van executie te zijn verleend, in den vorm bij de wet voorgeschreven, noch vooraf de wederpartij te worden gehoord, indien het interlocutoir vonnis niet alleen buitenlands contradictoir is gewezen, maar ook aan hem, die zich daarmede bezwaard acht, is beteekend.

In dit geval doet het niets ter zake, of de Arrond.-Rechtbank, dan wel de kantonrechter hier te lande bevoegd was, om van de oorspronkelijke vordering kennis te nemen.

P. H. v. Overijsel, v. 7 Mei 1849, W. n°. 1017. — Een tegenovergesteld gevoelen (omtrent het gevolg geven aan eene rogatoire commissie, door een vreemden rechter verstrekt) is voorgestaan in de conclusie van Mr. M. H. Godefroi, W. n°. 592; R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 56—60, welke heeft geleid tot het vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 30 Dec. 1844, W. n°. 569; R. B., ut supra, p. 54 sqq.; *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 242—246, waarbij echter deze rechtsvraag, uit hoofde van andere redenen van niet-ontvankelijkheid, onbeslist is gebleven. — Cf. artt. 152, sub n°. 16 en 345 B. R., arrest van hetzelfde P. H. v. denzelfden datum.

8. Een arrest onder derden, in een vreemd land gelegd, is geldig en van waarde, met dat gevolg, dat de Nederlandsche schuldenaar, voor de (Nederl.) Rechtbank geroepen, om zich tot betaling van het door hem verschuldigde te hooren veroordeelen en het gelegd arrest geldig te hooren verklaren, niet kan vorderen de nietig- en van onwaarde-verklaring van dat arrest.

Arr.-R. Breda, v. 8 Nov. 1853, W. n°. 1491. — Cf. art. 456 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 20 Juni 1848 sqq., sub n°. 10.

Art. 431 maakt niet uitzondering voor het geval dat partijen zijn overeengekomen eventueele geschillen te doen beslechten door een buitenlandschen rechter:

Rb. Amsterdam 25 Nov. 1904, W. n° 8260.

9. Het onderzoek van den rechter ten deze is in den regel bepaald tot de vraag, of de titel, krachtens welken gehandeld wordt, de uiterlijke vormen van een executorialen titel in zich vereenigt, of aan den inhoud daarvan is voldaan, en of, bij ten uitvoer-legging de wettelijke voorschriften zijn in acht genomen.

Het oordeel over de innerlijke waarde van den titel is daarbij in den regel uitgesloten.

Pres. Rechtb. Nijmegen, v. 26 Dec. 1856, R. B., jg. 1857, dl. VII, p. 429.

10 Vonnissen, door vreemde rechters gewezen, moeten hier als niet bestaande worden beschouwd, en kunnen alzoo niet ten grondslag strekken van saldo's van rekening om die hier in te vorderen, zonder nieuwe behandeling der zaak.

Ook dan, wanneer de partij zelve, tegen wie de vreemde uitspraak wordt ingeroepen, die procedure heeft aangevangen, verbindt haar die uitspraak niet in Nederland.

Arr.-R. Amsterdam, v. 3 April 1862, W. n°. 2398.

11. De Kon. decreten van 17 Jan. en 21 Dec. 1846 toonen ten duidelijkste aan, dat de bevoegdheid der Nederlandsche consulaire agenten in Turkije zich thans niet verder uitstrekt dan tot vereffening in der minne van geschillen.

Geene wet verleent aan eenig Nederlandsch ambassadeur of minister-resident de bevoegdheid om rechters te benoemen of zelfs eenige rechtsmacht uit te oefenen. — Ook de toestemming van partijen kan aan dat beginsel geene afbreuk doen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 4 Juni 1862, W. n°. 2399.

12. Ook in geval van ten-uitvoerlegging van een vreemd vonnis, *na eene nieuwe behandeling en afdoening*, moet die rechter van de zaak kennis nemen, binnen wiens arrondissement het vonnis moet worden ten-uitvoergelegd.

Arr.-R. Maastricht, v. 10 Dec. 1863, W. n°. 2585; ook vermeld sub n°. 2.

13. Dit artikel verstaat onder het woord *gedingen* in de tweede alinea geene andere dan die, waarin door vreemde rechters of rechtbanken vonnissen zijn gewezen.

Arr.-R. Maastricht, v. 10 Dec. 1863, ut supra.

Een door het Gerechtshof te Haagsthard benoemde liquidateur van een onbonden Bank kan hier te lande in rechte optreden, omdat zijne benoeming een extra-judiciele handeling is. Rb. Arnhem 28 Dec '93 W. n° 6514.

14. Alleen in de bij de wet uitdrukkelijk genoemde gevallen kan de Nederlandsche rechter op een eenvoudig verzoekschrift van *belanghebbenden* bij uitzondering verlof verleenen tot de executie van een vreemd vonnis.

Arr.-R. Amsterdam, v. 29 Nov. 1876, R. B., jg. 1877, *A*, p. 7. Verg. ook de noot der Red. t. a. p., p. 8, door wie op de wenschelijkheid eener eenvoudige en onkostbare procedure ten deze wordt aangedrongen.

15. Hij die bij een buitenlandsch vonnis in een vreemd faillissement tot curator is benoemd, moet ook door den Nederlandschen rechter als zoodanig erkend worden, vermits de rechtspersoonlijkheid en rechtsbekwaamheid van den vreemdeling door de wet van zijn land wordt beheerscht, en ook in Nederland moet gelden.

Hof Amsterdam, v. 20 Juni 1879, R. B., jg. 1880, *A*, p. 120, W. n°. 4419, zie ook W. n°. 4386, in de rubriek «Berigten»; idem Arr.-R. Zwolle, v. 19 Dec. 1877, W. n°. 4228, R. B., jg. 1882, *A*, p. 144; idem Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Dec. 1850, *Amst. Rechtspr.*, dl. I, p. 226—232 en v. 22 Nov. 1877, R. B., jg. 1878, *A*, p. 9, contra concl. Openb. Min. t. z. p., p. 13 sq., cf. ook de Red. v. 't R. B., t. a. p., p. 15 sq.

Anders Mr. J. Freseman Viëtor, in *Themis*, 2de verz., dl. XIII, blz. 468 sqq. die betoogt dat een vonnis van failliet-verklaring van een vreemden rechter afkomstig evenmin als ieder ander vonnis (volgens den regel van dit artikel) hier te lande kan worden ten-uitvoergelegd. Het optreden van den bij een buitenlandsch vonnis benoemden curator als zoodanig is begrepen onder het ten-uitvoerleggen van dat vonnis: ergo moet deze in zijne actie, tegen een der debiteuren in het faillissement voor den Nederlandschen rechter ingesteld, worden niet-ontvankelijk-verklaard; idem Mr. Hartogh in zijne conclusie behoorende bij het vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Nov. 1863, *M. v. H.*, dl. V, blz. 281 en dat vonnis zelf in W. n°. 2538, waarbij werd beslist dat in deze niet de vreemde wet zelve, maar de rechtspraak des vreemden rechters de rechtsbevoegdheid vaststelt, zoodat dan van de toepassing van de leer van het personeel statuut geen sprake is, maar van het rechtsgevolg van vreemde vonnissen; idem Arr.-R. Haarlem, v. 6 Nov. 1877, R. B., jg. 1878, *A*, p. 7, W. n°. 4174; idem arr. P. H. v. N.-Holland, v. 23 Febr. 1860, W. n°. 2227, bevestigende Arr.-R. Amsterdam, v. 28 April 1859, W. n°. 2080.

Vergelijk ook navolgende uitspraak:

Het aan dit artikel ontleende bezwaar tegen het optreden hier te lande van een curator in een buitenlandsch faillissement vervalt, wanneer het geldt een trustee in Engeland benoemd in geval van eene liquidation by arrangement on composition, vermits die benoeming aldaar geschiedt door de *crediteuren*.

Arr.-R. Amsterdam, v. 2 Jan. 1880, W. n°. 4502; R. B., jg. 1880, *A*, p. 125. Zie ook vonnis derzelfde Rechtbank v. 9 Mei 1878, W. n°. 4308 en de dissertatie van Mr. D. JOSEPHUS JITTA, «Het vonnis van faillietverklaring in het internationaal privaatrecht», besproken in W. n°. 4506. Zie in verband met dit onderwerp, R. B., jg. 1882, *B*, p. 323 sqq.

16. Een buitenlandsch vonnis, inhoudende een vervroegde dagbepaling van de opening van een buitenlandsch faillissement kan hier te lande geene rechtsgevolgen hebben, zonder dat de beweegredenen tot die dagbepaling door den Nederlandschen rechter op nieuw zijn onderzocht.

Hof Amsterdam, v. 20 Juni 1879, W. n°. 4419, geciteerd in W. n°. 4386, in de rubriek «Berigten».

17. De Nederlandsche rechter is bevoegd in de niet uitgezonderde gevallen het aan zijne kennisneming onderworpen geschil *zelfstandig* te onderzoeken, alsof er geen vreemde uitspraak bestond — en kan dus, wat de Belgische rechter naliet te doen, de onbevoegdheid van den rechter *ratione personae* uitspreken op grond van het tusschen partijen bestaande *pactum de compromittendo*.

Hof 's Bosch, v. 16 Sept. 1879, W. n°. 4448, R. B., jg. 1882, *A*, p. 147. Vergelijk ook Mr. J. FRESEMAN VIËTOR, in *Themis*, 2de verz., dl. XIII, bl. 429 sq.: ten betooge dat de Nederlandsche rechter op daden of toestemmingen voor den vreemden rechter door partijen bedreven of gegeven acht zal mogen slaan, maar dat men te ver gaat, wanneer men het niet aanwenden van een verdedigingsmiddel in den vreemde hier beschouwt als een bewijs dat de gedaagde er van afziet. Immers de wet vordert hier eene *geheel nieuwe* behandeling (nl. in de niet uitgezonderde gevallen) der gedingen; de gedaagde moet dus alle mogelijke middelen van verdediging kunnen voordragen.

18. Zie ten betooge:

a. Dat door de Nederlandsche Rechtbanken in de gedeelten van Limburg, welke weder tot het gebied der Nederlanden zijn teruggekeerd, niet kan geweigerd worden de executoir-verklaring van een vonnis, door eene Belgische Rechtbank in die gedeelten gewezen den 12 Juni 1839 —

art. 23 van het op 19 April 1839 (*Stbl.* n°. 26) met België gesloten tractaat, arr. v. 3 Jan. 1845, sub n°. 2, dl. I, p. 220 en 221.

b. Dat het beginsel, aangenomen bij art. 23 van evengemeld Trac-

taat, ook van toepassing is ten aanzien van crimineele en correctioneele vonnissen —

art. 23 voormeld. arr. v. 22 Sept. 1840 sqq., sub n°. 1.

c. Dat die vonnissen, welke, onder het Belgisch beheer, door eene bevoegde Belgische Rechtbank zijn gewezen tegen ingezetenen van die gedeelten van Limburg, welke, overeenkomstig het Tractaat, den 19 April 1839 tusschen de Nederlanden en België gesloten, onder het gezag van Z. M. den Koning zijn teruggekeerd, behooren tot de zoodanige, wier kracht en werking bij het meergemeld Tractaat zijn gehandhaafd, en met inachtneming van 't Kon. besluit van 20 Juli 1839, hier te lande ter executie mogen worden gelegd —

arr. v. 't P. H. v. Limburg, v. 25 Maart 1843, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 543—545.

d. Dat, indien de verzekerde in het geval, voorzien bij art. 658 W. v. K., niet heeft voldaan aan de voorwaarde, hem bij het slot van dat artikel opgelegd (het aanwenden van middelen enz., om de bij een vreemd vonnis uitgesprokene prijsverklaring van zijn schip of lading af te weren), alsdan dit vreemde vonnis hier te lande voldoende is om den verzekeraar van het betalen der door den verzekerde geleden schade te ontheffen —

OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 85. Zie ook v. d. HONERT, *Hdb.*, p. 455 en *Formulierb.*, p. 376, en DE PINTO, *Hdl. W. e. K.*, dl. II, § 477. Verg. ook VOÛTE: ut supra p. 66.

e. Dat het verlof tot executie van een vreemd vonnis, volgens art. 431, al. 3 B. R., door de Rechtbank van een arrondissement verleend, voldoende is om zoodanig vonnis ook in een ander arrondissement ten uitvoer te kunnen leggen —

v. d. HONERT, *Formulierb.*, p. 378, en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed. p. 86; — anders door DE PINTO, *Hdl. B. R.*, dl. II, 2, p. 521 en 522, 2de ed. p. 580 en *Themis*, jg. V, p. 241, volgens wien, naar de letter der wet, het *exequatur* moet worden gevraagd in ieder arrondissement, waar men het vonnis ten uitvoer wil leggen.

f. Dat èn uit de woorden van de eerste alinea van dit artikel „behalve in de gevallen uitdrukkelijk bij de wet vermeld", èn uit den geest van dit wetsartikel, nl. het wantrouwen van onzen wetgever in vonnissen

van vreemde rechters, blijkbaar uit het feit dat de Nederlandsche rechter de zaak geheel op nieuw moet onderzoeken en beslissen, alvorens een vreemd vonnis hier te lande kan worden ten-uitvoergelegd, moet worden afgeleid dat die ten-uitvoerlegging niet beperkt moet worden tot die welke in het 2de Boek van Burgerlijke Regtsvordering is behandeld, maar dat daaronder moet worden gebracht ieder geval, waarin op eenige wijze aan het vreemde vonnis wordt uitvoering gegeven; zoodat een vreemd vonnis b. v. hier te lande niet de kracht heeft van een gewijsde zaak, en dus de *exceptio rei judicatae* daaraan niet kan worden ontleend —

Mr. J. Freseman Viëtor, in *Themis*, 2de verz., dl. XIII, p. 435 sqq. en in diss.: «de kracht der buitenlandsche vonnissen» pag. 170, en Mr. J. R. Voûte, ut supra, beide beoordeeld door Mr. A. A. de Pinto, in *Themis*, 2de verz. dl. XIII, blz. 151 sqq.; zie eindelijk *Regtsg. Adv.*, dl. VIII, p. 111—115. Verg. het sub n°. 4 en 15 van dit artikel aangeteekende.

19. Mr. N. F. van Nooten in de *N. Bijdr.*, jg. 1868, dl. XVIII, blz. 27 sqq. bespreekt de voorschriften betrekkelijk de ten-uitvoerlegging van vonnissen en authentieke akten in een vreemd land gewezen of verleden voorkomende in ons Wetboek van B. Rv., in den Code de Proc. Civ. en in het Ontwerp van een Wetb. van Burg. Regtsv. — Hij wijst op de wenschelijkheid dat de wetgever, wanneer hij bepaalt dat de uitvoerbaarheid van vreemde vonnissen tusschen de Staten onderling bij tractaat kan worden geregeld, voorschrijve dat die tractaten moeten worden goedgekeurd door de Staten-Generaal. Volgens den schrijver hebben de vonnissen van de Centrale Rijnvaart-Commissie en die der buitenlandsche rijnvaartrechters hier te lande geene kracht van executie *dan met eene uitvoerbaar-verklaring overeenkomstig* art. 431 B. R., (vergelijk art. 85 van de overeenkomst tusschen de Oeverstaten van den Rijn enz. van 31 Maart 1831 *Stbl.* n°. 19). Na de herziening van die overeenkomst bij tractaat van 17 Oct. 1868 (*Stbl.* n°. 75) is volgens art. 40 o. i. schrijvers meening niet meer aan twijfel onderhevig.

Art. 432.

Art. 432 is
Lat alleen op
contradictoire
vonnissen, niet
op vonnissen
bij verstek ge-
weren. Rb.
Rotterdam 18 Apr. 1894
W. n° 6508.

1. Art. 432 B. R. is niet van toepassing, wanneer, na de afwijzing van een verzet tegen eene executie, daarmede wordt voortgegaan, omdat alsdan niet het afgewezen verzet, maar de titel wordt geëxecuteerd, die ten grondslag ligt aan de aangevangen executie.

Arr. v. 26 Nov. 1847, W. n°. 897; R., dl. XXIX, § 31; v. d. H., *B. R.*, dl. IX, p. 166—181.

Art. 432 bevat niet eene uitzondering op de algemeene bepaling van art. 450 Rv.
Uitspraak der Raad van 26 Juni 1912, W. no 9575.

2. De gerechtelijke bewaarder is tegenover den executant te beschouwen als een derde. Op hem zijn bij het ten-uitvoerleggen van een door den arrestant tegen den gearresteerde verkregen vonnis, van toepassing de bepalingen van artt. 86 en 432 B. R., in dier voege echter, dat alleen de gerechtelijke bewaarder en niet de gearresteerde bevoegd is zich op de niet-nakoming der voorschriften van gemelde artikelen te beroepen.

Arr.-R. Groningen, v. 24 April 1846: R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 399—402; — anders door S. M., in de *Opm. en Med.*, dl. IV, p. 255—267, die, met een beroep op DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 543, 2de ed., p. 582 en CHAUVEAU ADOLPHE, in zijne uitgave van *Les Lois de la Proc. Civ.*, par CARRÉ, dl. II, p. 96 (Brux. 1840), in de noot, van meening is: 1°, dat de door den deurwaarder gerechtelijk aangestelde bewaarder tegenover den executant niet als derde is te beschouwen, omdat de deurwaarder altijd en in ieder geval de macht van aanstelling van den executant ontleent, welke geheel naar verkiezing *dien* deurwaarder met de executie belast, die hem goeddunkt, zoodat de deurwaarder, ook met het oog op art. 434 B. R., de lasthebber is van den arrestant, terwijl het waarschijnlijk is, dat door de vermenging van sequester met gerechtelijken bewaarder, ook de Rechtbank te Groningen dezen laatsten niet als contractant, maar als derde heeft beschouwd, en 2°, dat, al ware hij nu ook een derde tegenover den executant, dan nog bij het ten-uitvoerleggen van het door den arrestant tegen den gearresteerde verkregen vonnis, *in casu* op den bewaarder niet van toepassing zijn de bepalingen van de artt. 86 en 432 B. R., omdat de bewaarder in allen gevalle geen derde is, tegen wien een vonnis ten-uitvoergelegd wordt.

Verg. ook het sub art. 475 B. R., vermeld arr. v. 7 Nov. 1873, ten betooge dat in dergelijke gevallen de schuldenaar zich niet kan beroepen op het niet in acht nemen der vormen van een arrest onder derde.

3. Door *derden* in dit artikel worden niet bedoeld alle andere personen hoegenaamd, mits zij slechts geen partij waren, maar alleen zij die òf uit hoofde van hunne hoedanigheid of betrekking, òf ambtshalve, tot de uitvoering van het vonnis moeten medewerken.

Arr.-R. Zwolle, v. 12 Nov. 1862, W. n°. 2604 en 2644, waarbij werd beslist dat de rekening en verantwoording, door den provisioneelen bewindvoerder te doen, niet kan aangemerkt worden als de uitvoering van het vonnis, waarbij de aanvrage tot curateele is niet-ontvankelijk-verklaard.

4. Zie over dit artikel en over de termijnen bij de executie in het algemeen — W. ROMBOUTS in W. n°. 3767.

Art. 433.

Eene aanteekening ter griffie, naar aanleiding van art. 433 B. R. gedaan, dat men zich in hooger beroep voorziet, kan de voortzetting der scheiding en verdeeling eener nalatenschap, op den vroeger door alle belanghebbenden bepaalden dag, niet wettiglijk verhinderen, zoolang niet van een werkelijk ingesteld hooger beroep blijkt.

Wanneer in dit geval, de met sommige belanghebbenden samengekomene onzijdige personen, door de Rechtbank, ter vertegenwoordiging der weigerachtigen of afwezigen benoemd, goedvinden om de afwezigheid der overigen, in verband met bovenbedoelde aanteekening ter griffie, te houden voor een wettig beletsel tot voortzetting der werkzaamheden (en zulks in weerwil der verschenen belanghebbenden), dan kunnen de niet voortzetting en de daardoor vruchteloos aangewende kosten van samenkomst, niet gezegd worden een noodzakelijk gevolg te zijn van de gedane aanteekening ter griffie en van de afwezigheid van sommige der belanghebbenden. Mitsdien zijn in zoodanig geval de verschenen belanghebbenden ongegrond in hun eisch tot veroordeeling der afwezig gebleevenen in de vergeefs aangewende kosten van samenkomst en tot vergoeding van kosten, schade en interessen, door hunne aanteekening ter griffie veroorzaakt.

P. H. v. Zeeland, v. 19 Jan. 1847, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 151—153.

Art. 434.

1. Van de volmacht, waarvan, naar aanleiding van art. 434 B. R., de deurwaarder behoort voorzien te zijn, behoeft niet op het procesverbaal der gijzeling melding te worden gemaakt, noch die tijdens het executeeren van den lijfsdwang te zijn geregistreerd,

Arr.-R. Eindhoven, v. 13 Mei 1839, *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 196—200; idem ten aanzien van art. 156 Code de Pr. Civ. (evenzeer bij de interpretatie van art. 434 B. R. van toepassing), bij arrest van 't Hof van cassatie v. 15 April 1822, te vinden bij Dalloz, dl. XXIV, p. 169, alwaar men leest: «*Cet article ne prescrit, relativement au pouvoir spécial, aucune formalité; il n'exige pas qu'il soit en forme authentique ni qu'il soit enregistré avant la saisie; au contraire, il suffit, pour remplir le vœu de la loi, que l'huissier en soit muni et qu'il*

puisse le représenter à la première requisition du débiteur, etc.» — Vgl. art. 599 B. R., vonnis van de Arr.-R. te Amsterdam, v. 16 Juni 1843 en art. 606 B. R., vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 14 Febr. 1848.

2. Bij de executie van een vonnis treedt de deurwaarder wel als gemachtigde van den executant op, maar hij is persoonlijk aansprakelijk voor de onrechtmatige daden, die hij bij de ten-uitvoerlegging van een vonnis begaat.

Arr.-R. Amsterdam, v. 19 Maart 1880, W. n°. 4548, R. B., jg. 1882, A, p. 148.

Als eene zoodanige onrechtmatige daad werd bij dat vonnis aangenomen het in beslag nemen en executoriaal verkoopen van roerende goederen voor nog niet vereffende proceskosten, en tevens werd beslist dat het niet nakomen van bij de wet voorgeschreven formaliteiten nadeel toebrengt, waartegen niet opweegt de bewering dat door het sparen van gerechtskosten het belang van partij zou zijn behartigd.

Anders betreffende het hoofdpunt arr. Hof Leeuwarden, v. 29 Jan. 1877, W. n°. 4135, waarbij beslist is dat hij die een vonnis bij lijfsdwang executeert, verantwoordelijk is tegenover zijne tegenpartij voor de schade die de deurwaarder tengevolge van verzuimde formaliteiten toebrengt: verg. ook vonnis Arr.-R. Winschoten, v. 24 April 1861, W. n°. 2353.

3. Zie ten betooge, dat eene volmacht tot het in gijzeling stellen van een schuldenaar der massa niet door al de benoemde curators in een faillissement behoeft te worden geteekend —

art. 813 W. v. K., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 22 Jan. 1845, sub n°. 9.

Art. 435.

1. Geschillen over het ten-uitvoerleggen van een vonnis moeten, tenzij die executie eene onverwijlde beslissing en eene voorwaardelijke voorziening vordert, beoordeeld of beslist worden door den rechter, die het vonnis heeft uitgesproken, en niet door dien, in wiens ressort de executie plaats heeft, hebbende de Nederlandsche wetgever dit in het Fransche recht bij art. 554 C. de Proc. Civ. stellig erkend beginsel, o. a. in artt. 354 en 611 B. R erkend en gehuldigd.

Hiertegen obsteert niet de keuze van domicilie door den executant in een ander arrondissement, dewijl die keuze slechts de strekking heeft, om den geëxecuteerde de gelegenheid te verschaffen, aan die gekozen woonplaats alle beteekeningen te laten doen, bij voorbeeld, om hem

De pres. der Rb. kan in kat zaking kennis nemen van een g
sluit over de executoriale legging van een vonnis van kantonrecht
Pres. Rb. Rotterdam 14 Mei 1891, P.v.Z. 1891, n° 58. W. n° 6069.

De vordering tot vaststelling verklaring van een aanbod, gedaan bij antwoord op een beroep om aan een vonnis van een kantonrech. krachtig uitvoer te doen leggen, is niet een executie-geschil. De Rb. is niet bevoegd: Hof v. den Bosch 13 Nov. 1906, W. n° 8592.

bevoegd te maken, om, wanneer het vonnis, uit kracht van hetwelk de executie geschiedt, slechts bij verstek is gewezen, zijn verzet tegen dat vonnis en de dagvaarding aan den oorspronkelijken eischer te doen beteekenen, doch niet om aan den rechter, binnen wiens ressort de executie geschiedt, de bevoegdheid te geven, om over dat verzet en over het vonnis tegen hetwelk het gericht is, te cognosceeren.

Arr.-R. Nijmegen, v. 24 Oct. 1843, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 183—185; R., dl. XIX, § 97; — in gelijken zin bij OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. II, p. 92. Vgl. art. 314 B. R., vonnis van de Arr.-R. Groningen, v. 22 Oct. 1847 sqq., sub n°. 7.

2. De kantonrechter is onbevoegd om een verzoek tot het gratis ten-uitvoerleggen van een vonnis toe te staan.

Ktg. 's Hage, v. 18 Oct. 1844, W. n°. 541.

3. Het verzoek tot zekerheids-stelling in geval van voorloopige ten-uitvoerlegging, benevens het verzoek eens eischers om een bepaald goed voor het bedrag der veroordeeling verbonden te verklaren, behoort (ook dan wanneer dit verband uit de wet zelve mocht volgen) niet tot de bevoegdheid des kantonrechters, nademaal deze verzoeken betrekking hebben op de ten-uitvoerlegging van vonnissen.

Ktg. n°. 1, Amsterdam, v. 29 Oct. 1850, *Amsterd. Regtspr.*, dl. I, p. 168—173. — Cf. art. 646 B. R., vonnis van hetzelfde Ktg. v. denzelfden datum; idem (ten betooge dat de kantonrechter niet bevoegd is kennis te nemen van geschillen over de gegoedheid van een borg, gesteld om te kunnen overgaan tot de ten-uitvoerlegging van een door hem zelven gewezen vonnis, voorloopig uitvoerbaar verklaard, niettegenstaande het daarvan ingesteld hooger beroep) — in de *Regtsg. Ade.*, dl. II, p. 122—124.

4. De kantonrechter kan verwijzen tot vergoeding van schade, nader op te maken bij staat, naar aanleiding van art. 612 B. R.

Ktg. Loenen, v. 28 Sept. 1853, W. n°. 1489; idem bij VERNEDE, ad art.; — anders Arr.-R. Amsterdam, v. 1 Nov. 1842 R. B. jg. 1843, dl. V, p. 236 en bij Mr. C. M. VAN DER KEMP, *Outw.* enz., p. 195 en 196, die meent dat, hoezeer ook de artt. 612—615 in het algemeen bij art. 125 op de kantonrechten toepasselijk zijn verklaard, de verwijzing van art. 125 naar de bepalingen van artt. 612—615 evenwel niet verder kan getrokken worden dan daartoe, dat het bedrag der kosten in het vonnis zelf moet worden uitgedrukt. Met dit gevoelen vereenigt zich de heer v. D. HONERT in 't R. B., dl. I, p. 330—333, op grond, dat de kantonrechter, door het uitspreken van eene veroordeeling tot schadevergoeding, nader op te maken bij staat, lichtelijk, uithoofde der onzekerheid van het

Art. 125 derogeert aan art. 435 Rv. Rb. Alkmaar 1 Mrt. 1894 P. v. R. 1894 n° 35. Zie op art. 125.

Art. 435 Rv. maakt eene uitzondering op den regel van art. 3980 R. O.

Geschillen, waarvan de oplossing wordt gevorderd om de executie van een vonnis te kunnen aanvangen of voltooien, behooren tot die bedoeld in art. 435 Rv. Rb. Rotterdam 6 Sept. 1915, W. 9959. Zie ook Hof Arnhem 30 Mrt. 1897, W. 5562.

bedrag, zijne rechtsmacht zou kunnen te buiten gaan, terwijl de veroordeelde daardoor tevens tot aan de beteekening van dezen staat in onzekerheid zou verkeeren, of dit vonnis al dan niet aan hooger beroep is onderworpen. Zie voorts ten aanzien van de veroordeeling in de proceskosten nader op te maken bij staat, Mr. v. d. Kemp, ut supra, 3de ed., p. 358. Zie ook de Martini, ad art. *x* 4, die het betwijfelt, of een geschil over kosten, schaden en interessen, d. i. over de hoegrootheid der som, door de verliezende partij te betalen, voor een geschil over de ten-uitvoerlegging zij te houden. Verg. met betrekking tot dit laatste het sub hoc art. vermeld vonnis Ktg. Tiel, v. 7 Febr. 1859.

De vraag of de kantonrechter bevoegd is te cognosceeren over een geschil betrekkelijk het stellen van zekerheid of borgtocht, door hem bij eindvonnis opgelegd, is *tacite bevestigend* beantwoord bij vonnis van 't Ktg. n°. 2 Amsterdam, v. 22 Febr. 1844 (vgl. art. 646 B. R., vonnis van 't Ktg., ut supra). Dit wordt echter, en volgens Léon te recht, bestreden door Mr. C. M. v. d. Kemp, *Ontw.*, p. 196, 3de ed., p. 350; de Pinto, *B. R.*, dl. II, 2, p. 678, 2de ed., p. 744 en in de *Regtsg. Ade.*, dl. II, p. 122—124, volgens wie zoodanige vordering voor de Arr.-R. behoort te worden gebracht.

Mr. van der Kemp, *Ontw.*, p. 195, 3e ed., p. 385, meent dat tegen de wijsheid der bepaling van art. 435 B. R., die in het Fransche Recht niet bestond, maar waarvan het tegendeel door de rechtspraktijk scheen aangenomen, gewichtige bedenkingen kunnen gemaakt worden. — Vgl. hiermede de opmerkingen ten aanzien der voormalige vrede- en tegenwoordige kantongerechten, voorkomende in 't W. n°. 136 onder het Mengelwerk, inzonderheid op p. 3, kol. 3.

5. De rechter die eene partij verwijst in de proceskosten is alleen bevoegd van de daarover ontstane verschillen kennis te nemen; waar nu tusschen partijen verschil bestaat over de likwidatie der proceskosten, waarin de eene partij ten behoeve van de andere is veroordeeld bij vonnis van den kantonrechter, is ook deze bevoegd van dat verschil kennis te nemen.

Ktg. Tiel, v. 7 Febr. 1859, W. n°. 2248.

Art. 436.

1. De Arr.-Rechtbanken hebben geene bevoegdheid om authentieke akten, zelfs niet die onder het gebied eener vroegere of vreemde wetgeving zijn verleden, van eene uitvoerbaar-verklaring te voorzien in de gevallen, dat zij daarvan zijn verstoken.

Arr.-R. Gorinchem, v. 22 April 1843 en v. 16 Mei 1846, W. n°. 1043, R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 557—560; — zijnde bij eerstgemeld vonnis

tevens beslist: 1°. dat 's rechters bevoegdheid, volgens de wet, is beperkt tot het teruggeven van de uitvoerbare kracht aan die akten, welke naar de voorschriften der wetten, *onder welker gebied zij zijn uitgegeven*, waren voorzien van eene *naar die wetten geldende uitvoerbaar-verklaring*, indien die kracht is *verloren* gegaan hetzij door de inmiddels voorgevallene verandering in de wetgeving, hetzij door het gebruik maken daarvan onder het gebied eener vreemde wetgeving, hetgeen nader wordt bevestigd door art. 2 van 't Kon. besluit v. 20 Febr. 1816 (*Stbl.* n°. 15), en door het Kon. besluit v. 20 Juli 1839 (*Stbl.* n°. 32); en 2°. dat aan eene akte van schuldbekentenis, hier te lande onder het Oud-Hollandsch recht verleden, en welke voorzien is van eenig destijds gebruikelijk beding van willige condemnatie, door den rechter de gerechtelijke uitvoerbaarstelling kan worden toegevoegd. — Vgl. hiermede een vonnis van de Arr.-R. Utrecht, v. 31 Dec. 1845, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 348—353, waarbij — zonder te treden in een onderzoek of eene akte, in behoorlijken vorm onder eene vroegere wetgeving verleden, onder de tegenwoordige van de executoire formule voorzien en alzoo ten uitvoer gelegd kan worden — is beslist, dat in ieder geval zoodanige uitvoerbaar-verklaring niet gevraagd kan worden ten laste van een derden bezitter, die bij de akte geene partij geweest, noch als de vertegenwoordiger der partij te beschouwen is.

2. De vraag, of het geval aanwezig is waarin aan eene authentieke van eene uitvoerbaar-verklaring niet-voorziene akte, door den Rechter de uitvoerbare kracht zou kunnen worden toegevoegd, is eene vraag van openbare orde, op welker beantwoording dus der partijen houding in rechten van geen invloed kan zijn.

Arr.-R. Groningen, v. 22 April 1843, R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 557—559.

3. Hij, die krachtens de grosse eener authentieke akte ageren kan, is bevoegd zijn recht *ordinario modo* voor den burgerlijken rechter te vervolgen, als zijnde die bevoegdheid alleen gegeven in het voordeel van den houder der grosse, die daarvan al of niet gebruik kan maken, naar mate hij dit in zijn belang raadzaam oordeelt.

Arr.-R. Eindhoven, v. 4 Dec. 1843, W. n°. 465; idem v. Utrecht, v. 15 April 1846, R., dl. XL, § 89; idem Hof Leeuwarden, v. 15 Jan. 1885, W. n°. 5186.

4. Het voorschrift van art. 430 B. R. omtrent de beteekening van grossen vóór de executie, is een algemeen beginsel, toepasselijk op alle executiën, vermeld in de elkander opvolgende titels van het 2de boek van voornoemd Wetboek, aan het hoofd van welke de eerste titel van dat boek, houdende algemeene bepalingen voor alle wijzen van ten-

uitvoerlegging van vonnissen of authentieke akten, geplaatst is. Dien tengevolge moeten ook de grossen van authentieke akten, even als die van de vonnissen, alvorens ten uitvoer te kunnen gelegd worden, op straffe van nietigheid (als geldende het hier eene substantieële formaliteit, zonder welke de gerechtelijke akte van executie *jure* niet geldig kan zijn) aan den schuldenaar beteekend worden.

P. H. v. N.-Holland, v. 17 Juni 1847, W. n°. 934; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 1—14, bevestigd bij arr. v. 12 Mei 1848, W. n°. 916; R., dl. XXXI, § 20; v. d. H. *B. R.*, dl. IX, p. 404—435; idem *implicite* bij vonnis der Arr.-R. Assen, v. 7 Maart 1853, R. B., jg. 1853, p. 520 en 521; de Pinto, *Hdl. B. R.*, dl. II, 2, p. 517, 2de ed., p. 576; Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 89, v. d. Honert, *Hdb.*, p. 454 en Mr. C. H. Henny, in R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 532—544 en in W. n°. 837; — anders bij vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 19 Jan. 1846, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 532, (waarbij is beslist, dat uit kracht der grosse van eene authentieke akte, executoriaal beslag onder *derden* kan worden gelegd, alvorens die grosse aan den schuldenaar is beteekend) en door Mr. G. L. Jansma v. d. Ploeg, in W. n^is. 807, 834 en 835. — Cf. art. 475 B. R., vonnis van de Arr.-R. Alkmaar, v. 2 Nov. 1843 sqq.

5 De hoofdbepaling van art. 877 C. Nap., dat namelijk de executoriale titel evenzeer geldig is tegen de erfgenamen des debiteurs als tegen dezen zelven, ook thans nog rechtens zijnde, hoewel die niet *nominatim* in de Ned. Wetboeken wordt gevonden, zoo volgt hieruit, dat de grosse eener akte tegen de erfgenamen van een debiteur, even als tegen den debiteur zelven, executabel is.

P. H. v. N.-Holland, v. 17 Juni 1847, W. n°. 934; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 1—14, bevestigd bij arr. v. 12 Mei 1848, v. d. H., *B. R.*, dl. IX, p. 404—435; W. n°. 916; R., dl. XXXI, § 20.

6 Bij de artt. 430 en 436 B. R. is wel voor de grossen van vonnissen en van authentieke akten, bedoeld bij art. 1905 B. W., bepaald, dat zij, om ten uitvoer te kunnen gelegd worden, aan het hoofd moeten voeren de woorden: „In naam des Konings", maar ten opzichte der exceptioneele procedure bij dwangbevel in zaken van registratie, wordt nergens voor zoodanig dwangbevel een bepaalde vorm, op straffe van nietigheid, voorgeschreven, en zijn de vereischten daarvoor alleen, dat het door den ontvanger der registratie uitgevaardigd en door den rechter van het kanton, waarin het kantoor is gevestigd, geviseerd en executoir verklaard worde.

Arr.-R. Sneek, v. 12 April 1848, W. n°. 920 (1); idem (o. a. ook op grond, dat een dwangschrift uit zijn aard niet kan gelijk gesteld worden met de authentieke akten, bedoeld bij art. 436 B. R.) bij vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 31 Maart 1854, R. B., jg. 1855, p. 63—73 en v. 26 Oct. 1854, W. n°. 1626.

7. De grosse eener authentieke akte, binnen dit Rijk verleden op 1 Sept. 1838 en uitgegeven vóór de invoering van het thans vigeerend Wetb. van Burg. Rechtsv., ingevolge art. 32 van 't Besl. v. d. Souvereinen Vorst v. 11 Dec. 1813 (*Stbl.* n°. 10), aan het hoofd voerende de woorden: „In naam der Hooge Overheid" en overigens voldoende aan de wettelijke voorschriften, moet beschouwd worden als te zijn voorzien van het wettig executoir, en kan mitsdien nog gerechtelijk worden ten uitvoer gelegd.

Arr.-R. Utrecht, v. 29 Nov. 1848, W. n°. 1005. — Cf. VERNÉDE, ad art. en DE MARTINI, ad art. 430, *q* 3.

8. Het geheele verband der bepalingen onzer wetgeving omtrent de ten-uitvoerlegging van vonnissen en authentieke akten wijst duidelijk aan, dat de wet met ten-uitvoerlegging het oog heeft op het verhalen eener bepaalde geldsom, en nergens om in het bezit te worden gesteld van eenig goed.

Deze opvatting is niet in strijd met art. 529 B. R. maar wordt daardoor veeleer bevestigd.

Arr.-R. Assen, v. 12 Mei 1873, W. n°. 3720. Zie echter arr. v. 14 Mei 1875, vermeld sub art. 437 B. R.

9. Ook de grosse eener notarieële akte, inhoudende eene *eenzijdige* schuldbekentenis is voor ten-uitvoerlegging vatbaar, mits daaruit blijke van het bestaan eener dadelijk opvorderbare inschuld.

Arr.-R. Rotterdam, v. 28 Febr. 1876, W. n°. 3963.

10. Een uittreksel hetwelk voor woordelijk gelijkluidend uittreksel

(1) Dat de dwangschriften niet in naam des Konings behoeven executoir verklaard te worden, is bereids uitgemaakt bij vonnis van de voormalige Rechtbank van eersten aanleg te Amsterdam, v. 15 Dec. 1831; bij arrest van 't voormalig Hoog Gerechtshof te 's Hage, v. 29 Jan. 1835 en bij vonnissen van de Arrond.-Rechtbanken Appingadam en Rotterdam, v. 22 en 23 Juni 1846. (Zie *Periodiek Woordenboek*, dl. II, 1842, p. 27; dl. I, 1831, p. 45; dl. II, 1834, p. 39; dl. II, 1835, p. 109; 1846, n°. 406; 1847, n°. 43; *Tijdschrift voor de Registratie*, 1847, n°. 4, p. 333). (LÉON).

geheel overeenkomstig de wet op het notaris-ambt als eerste grosse is uitgegeven — van een proces-verbaal van een door een notaris, overeenkomstig de bij de wet van 22 Pluviose an VII verleende bevoegdheid gehouden openbare verkooping van roerende goederen, door dien ambtenaar met inachtneming van de voorschriften der wet — ter plaatse waar hij daartoe bevoegd was, — opgemaakt geheel in den vorm en overeenkomstig de bepalingen ten aanzien van het verlijden van akten voorgeschreven bij de wet op het notaris-ambt is een executoriale titel.

Arr.-R. Almelo, v. 13 Maart 1878, W. n°. 4420.

Art. 437.

Dit artikel sluit *niet* uit de ten-uitvoerlegging eener authentieke akte door ontruiming.

Arr. v. 14 Mei 1875, W. n°. 3853; R., dl. CX, § 11 (in overeenstemming met de conclusie van den adv.-gen. Smits); v. d. H., *B. R.*, dl. XL, p. 315—327; verg. het vonnis der Arr.-R. Roermond, v. 16 Jan. 1873, W. n°. 3559, waarbij is beslist dat eene gewelddadige ontruiming zonder vorm van proces krachtens een in executorialen vorm uitgegeven grosse van een notarieele akte, niet oplevert eene onrechtmatige daad. Verg. echter in verband met het arrest de aanteekening sub art. 436 B. R., n°. 8.

Art. 438.

1. Hoewel gewoonlijk in de praktijk, bij afwijzing van een verzet tegen executoriale uitwinning, gevraagd en gegeven wordt bevel, om de aangevangen executie voort te zetten, is zulks eigenlijk overbodig, vermits art. 438, al. 2 B. R. bepaalt, dat de wederspraak of het verzet van den geëxecuteerde niet stuit den aanvang of de voortzetting der executie, en gevolgelijk, bij afwijzing van het verzet, de executie van zelve voortgaat, zonder rechterlijk bevel.

P. H. v. Utrecht, v. 14 Maart 1849, W. n°. 1006.

2. Vermits, volgens art. 438, al. 2 B. R., geen verzet den voortgang der executie stuit, mag de rechter de gevraagde schorsing der bij een vonnis toegelatene provisioneele executie niet bij provisie bevelen,

De geëxecuteerde kan tegen de kennisgeving van de grosse een authentieke akte verzet doen, op grond dat bij de in die akte medegedeelde zelfverpleitering onbekend is. Rb. Amsterdam 9 Oct. 1914, W. 9742.

alvorens hij de gegrondheid of ongegrondheid van het verzet overwogen en beslist heeft.

P. H. v. Utrecht, v. 14 Maart 1849, W. n°. 1006.

3. Met de woorden: *„den aanvang of de voortzetting"* in art. 438 B. R., kan de wetgever geene andere bedoeling hebben gehad, dan de geheele executie tot aan het einde toe, en is dus daaronder ook de verkoop begrepen.

Bij art. 438 B. R. wordt niet gesproken van het geval, dat de geëxecuteerde de zaak in hooger beroep wil doen behandelen, en wordt zonder eenige reserve of uitzondering aan den executant de bevoegdheid tot de executie gegeven.

Arr.-R. 's Hage, v. .. April 1851, W. n°. 1227, bevestigd bij dispositie van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 21 Mei 1851, W. n°. 1230, waarbij het Hof, beschikkende op eene gevraagde admissie, om in het hooger beroep van voormelde uitspraak kosteloos te mogen procedeeren, dit verzoek *ex meritis causae* heeft van de hand gewezen.

4. Zoowel naar den aard der zaak, als naar aanleiding van het in dit artikel voorgeschrevene, is de berechting en beslissing van een geschil over en bij de uitvoering van een executorialen titel niet wel anders *in den regel* te beschouwen dan als van spoed-vereischenden aard, die door de kamer van vacantie moet worden behandeld.

Hiertoe doet niets af dat bereids door den President in kort geding is uitgemaakt dat de zaak voor uitstel vatbaar is, mits de executie geschorst blijve.

Arr.-R. Rotterdam, v. 30 Juli 1856, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 173—175.

5. In dit artikel is geen sprake van verzet tegen het vonnis zelf, maar alleen tegen de *executie* van het vonnis, waarin men overigens berust heeft.

P. H. v. N.-Holland, v. 10 Nov. 1864, W. n°. 2684, bevestigende vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Sept. 1864, W. n°. 2628.

Verg. ook navolgende beslissing:

Het onderzoek van de innerlijke waarde van den titel, krachtens welken geëxecuteerd wordt, is in den regel uitgesloten bij de beslissing in kort geding op een verzoek tot schorsing der executie, uithoofde

De President is niet bevoegd de schorsing der executie uit te spreken, als daarover een proces bij de rechtbank aanhangig is. Pres. Rotterdam 29 Dec. 1894 P. v. J. 1895 n° 15.

Zie Aanteekening over de schorsing door 1037de Rv. Rb. Rotterdam 21 Dec. 1894 (Art 438. P. v. J. 1895 n° 15.

van daartegen gedaan verzet. Het onderzoek van den rechter bepaalt zich tot de vraag, of de titel, krachtens welken gehandeld wordt, de uiterlijke vormen van een executorialen titel in zich vereenigt, of aan den inhoud van dien titel is voldaan, en of bij de ten-uitvoerlegging de wettelijke voorschriften zijn in acht genomen.

Pres. Rechtb. Nijmegen, v. 26 Dec. 1856, W. n°. 1852; zie ook ten betooge dat het woord *verzet* in art. 438, al. 2, is te verstaan in de beteekenis van reclame, *contestatie*, tegenkanting of wel wederspraak tegen den aanvang of de voortzetting der executie zelve en niet tegen het vonnis bij verstek, S. M. in *Opm. en Med.*, dl. I, p. 89—91.

6. Ofschoon bij eene gevraagde schorsing der executie de President niet mag beoordeelen *au fond* de gronden, waarop het verzet tegen de aangevangen executie is gebouwd, behoort deze niettemin in eene algemeene appreciatie van den meer of min gewichtigen aard dier gronden en van hunne strekking te treden, om in verband daarmede, het noodzakelijke of wenschelijke eener schorsing te toetsen.

De President moet beoordeelen of de redenen van verzet van dien aard zijn, dat het wenschelijk is te oordeelen, de executie niet te laten doorgaan. Pres. Amsterdam 25 Juli 1888 P. v. J. 1888, n°96.

P. H. v. Drente, v. 15 April 1872, R. B., jg. 1873, dl. XXIII, p. 72, W. n°. 3551, waarbij nog werd beslist dat de aangevoerde gronden, dat de executie niet enkel mocht geschieden krachtens het ten-uitvoer-gelegd arrest, en dat dit als niet executabel den wettigen grondslag voor de executie miste, alleszins de schorsing rechtvaardigen.

7. Dit artikel legt den geëxecuteerde geene verplichting op om den President in kort geding te adieeren, op straffe van later niet-ontvankelijk verklaard te worden in zijn wederspraak of verzet (*in casu* nietig-verklaring van eene scheiding en deeling bij vonnis bevolen).

P. H. v. Gelderland, v. 18 Dec. 1872, R. B., jg. 1874, dl. XXIV, p. 109.

8. Uit al. 2 van dit artikel is de bedoeling van den wetgever af te leiden, dat het verzet tegen den verkoop van in executoriaal beslag genomen goederen door hem die beweert daarvan eigenaar te zijn, en derhalve door *een derde* de executie van rechtswege schorst.

Pres. Arr.-R. Amsterdam, v. 2 April 1878, R. B., jg. 1879, A, p. 6, waarbij nog beslist werd dat de schorsing der executie niet is opgeheven zoolang de rechter over de geldigheid van het verzet geen uitspraak heeft gedaan of zoolang de termijn van 8 dagen bedoeld in art. 342 B. R. na de uitspraak van het vonnis, waarbij het verzet is afgewezen, niet is verstreken.

9. Wanneer het geschil tusschen partijen betreft de vraag in hoeverre

Hof den Haag 3 Mrt. 1911, W. 9751.

een vonnis, gewezen tegen erfgenamen ter zake van eene schuld van den erflater vóór dat zij verklaard hebben diens nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving te aanvaarden, na die aanvaarding op hun eigen goederen kan worden ten uitvoer gelegd, heeft dit geen betrekking op de al of niet vervulling van de eene of andere formaliteit bij de executie, maar op de rechten en verplichtingen van partijen uit het gewezen vonnis voortvloeiende, en is mitsdien de President der Rechtbank onbevoegd van dat geschil kennis te nemen.

Pres. Arr.-R. Haarlem, v. 6 Dec. 1878, W. n°. 4331.

10. De uitvoering van eene grosse, — waarbij eene crediet-hypotheek met het beding van art. 1223 B. W. is verleend — door verkoop van het verbonden goed, is niet begrepen onder de executie, bedoeld in het tweede lid van dit artikel.

Al ware dit zoo niet, dan brengt die alinea niet noodzakelijk mede, dat bij verzet van den geëxecuteerde eene provisioneele vordering tot schorsing van den verkoop in strijd zou zijn met den aard eener grosse, en dus ontoelaatbaar.

Hof Arnhem, v. 19 Nov. 1879, W. n°. 4492.

11. Het gebruik maken van eene machtiging op de winnende partij bij het vonnis verleend, om bij gebreke van de veroordeelde partij, zelf het werk te verrichten, kan niet gerekend worden onder de bepaling van alinea 1 van dit artikel te vallen; vermits dit artikel alleen geschreven is voor executiën in engeren zin, d. i. op de goederen of den persoon van den schuldenaar.

Hof Amsterdam, v. 3 Febr. 1880, W. n°. 4528.

12. Dit artikel geeft geene aanleiding om de in art. 289 B. R., aan den President gegeven bevoegdheid te beperken tot het geval, dat met eene executie feitelijk is begonnen.

Arr.-R. 's Bosch, v. 25 April 1883, W. n°. 4964. idem Rb. Amsterdam, Pr. 1880, n°. 96.

13. Verzet tegen het exploit, houdende bevel tot betaling, kan, als de executie voorafgaande, niet als verzet tegen de executie worden aangemerkt.

idem Hof 9 dec. 1911 W. 9269: de executie vangt aan met de inbeslagneming.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 17 Jan. 1884, W. n°. 5080; in denzelfden zin Arr.-R. Arnhem, v. 16 Juni 1862, W. n°. 2450; Arr.-R. Amsterdam, v. 14 Dec. 1875, W. n°. 3956; cf. art. 439 B. R., aant. 4.

14. Zie op welke omstandigheden de President te letten heeft, wanneer hem krachtens het 2de lid van art. 438 gevraagd wordt het bevel, dat de executie hangende het onderzoek omtrent het verzet zal worden geschorst.

DE PINTO, dl. II, 2, 2de druk, p. 587 sq. Zie ook OUDEMAN, 4de ed. dl. II, p. 93.

15. Zie ten betooge dat de executie, hangende de procedure in kort geding, bedoeld in het slot van art. 438, al. 2, wordt geschorst —

DE PINTO, dl. II, 2, p. 527 en 528, 2de druk, p. 586, en OUDEMAN, 4de druk dl. II, p. 93, — anders PENNING ad art.

Art. 439.

1. Noch bij art. 439 B. R., noch bij eenige andere wetsbepaling wordt aan het bij gemeld artikel voorgeschreven bevel tot betaling, hetwelk een executoriaal beslag moet voorafgaan, de kracht gegeven om aan den geïnsinueerde het recht te ontnemen, *om op eene wettige wijze (en onverminderd het recht, aan de schuldeischers toegekend bij art.* 1377 *B. W., ingeval er gehandeld wordt* in fraudem creditorum), over zijne alsdan nog niet onder beslag gelegde goederen te beschikken.

P. H. v. Zeeland, v. 21 Mei 1839, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 613; R., dl. III, § 41; idem (ook op de motieven, in het na te melden vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 31 Dec. 1841 sqq. vervat) bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Sept. 1844, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 28—31. — Vgl. ook hiermede art. 1377 B. W., vonnis van de Arr.-R. Utrecht, v. 16 Sept. 1842 sqq., sub n°. 6, 2de ed., sub n°. 8 en art. 777 W. v. K. *in fine* en in verband hiermede, ten betooge, dat door het doen van een bevel, de ten-uitvoerlegging van een vonnis niet gerekend moet worden te zijn begonnen — art. 88 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 31 Dec. 1841 sqq., sub n°. 7. Cf. aant. 13 van art. 438.

2. Hij, bij wien door den executant in een bevel, een executoriaal beslag op roerend goed voorafgaande, woonplaats is gekozen, moet geacht worden door dezen tot de aanneming van een aanbod te zijn gemachtigd, met dat gevolg dat de executant, na zoodanig aanbod, niet meer bevoegd is met de executie voort te gaan.

Arr.-R. Assen, v. 11 Sept. 1843, W. n°. 545; R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 471—473; — anders in het geval, voorzien bij art. 1441, n°. 6 *initio*

De uitdelonaar kan voor den rechter aan de inzage art. 439 gekozen woonplaats tot opheffing van het beslag dagvaarden Hof Arnhem 20 Nov. 1895 W. n° 6779.

B. W., bij DE MARTINI, ad art. *f*. 4 en in een aldaar aangehaald arrest van 't Fransche Hof van Cassatie (DALLOZ, t. XX, p. 503). — Vgl. ook art. 1440—1443 B. W., vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 15 Maart 1850 sqq., sub n°. 17, 2de ed., sub n°. 18.

Anders, de derde die als eigenaar verzet doet moet (alhans kan) betekening aan het in volge art 439 gekozen domicilie R. den Haag 17 Mrt. 1891, W. n° 6014; R. Rotterdam 4 Mrt. 1895 P.v.j. 1895 n° 43.

3. De bij art. 439 B. R. aan den executant opgelegde verplichting, om bij het bevel woonplaats te kiezen binnen de gemeente, waar de executie moet plaats hebben, is ten behoeve van den schuldenaar voorgeschreven, en kan niet zóóver worden uitgebreid, dat aan dat gekozen domicilie alle tot het beslag betrekking hebbende exploiten (en mitsdien, gelijk *in casu*, ook die, gedaan door derden ter zake van reclame of opvordering van eigendom, welke, op straffe van nietigheid, zonder dat daartegen art. 94 B. R. obsteert, moeten geschieden aan den persoon of aan de gewone woonplaats) zouden kunnen worden gedaan.

Arr.-R. Assen, v. 6 Nov. 1843, W. n°. 456; idem (ten betooge, dat, naar de bepaling van art. 456, j°. art. 4 B. R., het exploit van verzet tegen de executie van in beslag genomen goederen niet van waarde is, indien het aan den procureur en niet aan den persoon van den gedaagde is beteekend) bij arrest van 't P. H. v. N.-Brabant, v. (23) 24 Maart 1846, R., dl. XXIX, § 82, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 18 April 1845, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 694—696. — Cf. art. 94 B. R., arrest van hetzelfde P. H. v. denz. datum, sub n°. 16.

4. Indien een (hetzij conservatoir, met het oog op 730 B. R., hetzij executoriaal) beslag wordt gedaan zonder het kiezen van woonplaats, doch dit verzuim bij eene herhaalde inbeslagneming wordt hersteld en de arrestant vervolgens, alleen krachtens laatstgemelde inbeslagneming, de van waarde verklaring vordert, dan kan de rechter geen acht slaan op de nietigheid, welke bij de eerste inbeslagneming is begaan.

Arr.-R. Amersfoort, v. 10 Jan. 1844, W. n°. 544; idem P. H. v. Overijsel, v. 19 Mei 1845, W. n°. 631.

5. Het conservatoir arrest wordt door het vonnis zelf, waarbij het van waarde verklaard wordt, in een executoir arrest veranderd, zoodat in ieder geval *na* het vonnis tot van waarde verklaring, daarbij een voorafgaand en herhaald bevel (zelfs dan wanneer het bij het doen van het conservatoir arrest zou worden gevorderd, hetgeen echter ontkennend is beslist bij na te melden vonnis en bij dat van de Arr.-R.

3× De veroordeelde kan aan de woonplaats, gekozen ingevolge art. 439 Rv., de dagvaarding in hooger beroep betekenen: H. R. 3 Apr. 1908, W. n° 8760, verw. Hof Amsterdam.

Amersfoort, v. 10 Jan. 1844, zie art. 730 B. R., vonnissen van dez. Arr.-Rechtbanken v. dez. data) niet meer kan te pas komen.

Arr.-R. Groningen, v. 24 April 1846, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 398—402.

6. Vermits de termijn, in art. 439, al. 2 B. R. vermeld, kennelijk strekt om den debiteur de gelegenheid te geven, niet alleen tot betalen, maar ook tot het doen van al die beteekeningen aan den executant, die hij noodig oordeelt, volgt hieruit, dat de termijn tusschen het voorafgaand bevel en het beslag op roerende goederen, bij een invallenden Zondag (bij de wet niet bestemd tot betaaldag en evenmin tot het doen van exploiten) met een dag moet worden verlengd. Anders H. R. 1890.

cf. Rb. Amsterdam 31 Mei 1899, P.v.R. 1899, n° 1052, ber. door Hof Amsterdam 20 Maart 1900, W. n° 7054, verw. door H. R. 27 Juni 1900, W. n° 7093.

P. H. v. N.-Holland, v. 17 Juni 1847, W. n°. 934; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 1—14, bevestigd bij arr. v. 12 Mei 1848, W. n°. 916; R., dl. XXXI, § 20; v. d. H., *B. R.*, dl. IX, p. 404—435; — in gelijken zin door Mr. J. de Bosch Kemper, in W. n°. 833; — anders door Mr. G. L. Jansma van der Ploeg, in W. n°. 834 en door S. M. in de *Opm. en Med.*, dl. III, p. 205—210, laatstgemelde met een beroep op een vonnis van de Arr.-R. Roermond, v. 6 en een v. 25 Febr. 1845, W. n^s. 640 en 622, sub art. 106 B. R., n°. 4.

7. Zelfs in geval van een beslag op roerende goederen, kan de wetgever niet geacht worden voldoende te hebben beschouwd een bevel, gedaan bij de beteekening van een vonnis bij verstek gewezen, vermits, wanneer dit kon geschieden, art. 440 in strijd zou zijn met art. 80 van dat Wetboek, daar, volgens eerstgemeld artikel, de ten-uitvoerlegging kan geschieden twee dagen na het bevel, en volgens art. 80, de executie van een vonnis bij verstek eerst acht dagen na de beteekening vermag plaats te hebben.

Art. 80 al. 2 derogeert niet aan art. 439 en 440; ook de verlof om in. een acht dage het verstekvonnis te executeeren, moet 2 dagen nagedaan bevel worden met de executie.

Arr.-R. Tiel, v. 18 Aug. 1847, W. n°. 860; — anders door A. B. H. in 't W. n°. 879, hoofdzakelijk op grond, dat nu, gelijk ook bij voormeld vonnis is beslist, het bevel geene ten-uitvoerlegging is (vgl. art. 439, sub n°. 2), dit bevel ook binnen de acht dagen, gedurende welke het vonnis niet mag geexecuteerd worden, zal mogen geschieden, en dit nu zoo zijnde, het bevel dan ook tegelijk met de beteekening van het vonnis zal kunnen plaats hebben, daar art. 439, al. 3 ook op vonnissen bij verstek gewezen van toepassing is. — Cf. art. 502 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. van denz. datum en art. 88 B. R. aant. 7.

8. In cas van de artt. 430 en 439 B. R. heeft de wetgever, op straffe van nietigheid van het beteekende afschrift en derhalve ook van de daarop gevolgde executie en in beslagneming der (in specie) roerende

Pres. Rotterdam 14 Mei 1891, P.v.R. 1891, n° 58, W. n° 6069.

goederen, geene gedeeltelijke beteekening (ook niet van een staat van kosten zonder inbegrip der posten die door den Raad van discipline doorgehaald of verminderd zijn) gewild, maar vereischt, dat het vonnis of de akte in zijn geheel, zonder eenige weglating hoegenaamd, aan de partij beteekend worde, ten einde deze met den geheelen inhoud daarvan worde bekend gemaakt en in staat zij te weten, zoowel hetgeen ten haren voordeele als ten haren nadeele daarbij is uitgemaakt.

Arr.-R. Maastricht, v. 28 Juni 1851, W. n°. 1257.

9. Het is volstrekt onaannemelijk, dat geen verbod van executie uit krachte van notarieële akten zou mogen plaats hebben, zoo lang die authentieke stukken rechtens bestaan, daar het toch geheel afhankelijk is van de gronden, welke voor het verzet kunnen worden bijgebracht, of de authentieke stukken, waarop de executant zich beroept, rechtens nog bestaan, dan of die het effect en de kracht van executie rechtens hebben verloren, of wel nog niet voor executie vatbaar zijn, hetgeen juist op het gedane verzet kan en behoort te worden uitgemaakt, en alleen de strekking van het verzet zijn kan.

Arr.-R. 's Hage, v. 28 Juni 1853, W. n°. 1450; R., dl. XLVII, § 91.

10. Een vonnis, in kwaliteit gewezen (*in casu* tegen den boekhouder eener reederij, in zijne hoedanigheid van mede-reeder), kan niet in *privé* (op de goederen van dien boekhouder) worden geëxecuteerd, terwijl een bevel in privé gedaan, ten gevolge dier in voormelde hoedanigheid verleende beslissing, informeel is en zoodanige executie niet kan wettigen, vermits anders een vonnis zou worden vervolgd tegen iemand, tegen wien het niet uitgesproken is en het eene verwarring van begrippen daarstelt, bij de executie eene nieuwe partij in het geding te brengen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 1 Aug. 1854, R. B., jg. 1854, p. 536—538. — In gelijken zin bij vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 6 Nov. 1843; R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 501 en 502.

11. Een executoriaal beslag kan niet anders worden gelegd dan uit kracht van een vonnis of van eene authentieke akte in executorialen vorm; als hoedanig niet kan beschouwd worden een uittreksel of gedeelte van een akte, als grosse uitgegeven.

Arr.-R. Arnhem, v. 16 Juni 1862, W. n°. 2450.

Veel beheerden van een vonnis met bevel tot volstrekking maakt niet deel uit van de tenuitvoerlegging, H.R. 17 Nov. 1892, W. n° 6272. Idem Hof den Bosch 13 Nov. 1906, W. no 8592.

12. De aan het beslag voorafgegane exploiten, houdende bevel en herhaald bevel tot betaling zijn niet nietig, omdat, hoewel daarin woonplaats is gekozen in de gemeente waar de executie moest plaats hebben *ten huize* van den in die gemeente jongst aangestelden gemeente-veldwachter, deze woonplaats daarin abusievelijk is aangewezen in eene andere buurtschap van die gemeente, dan waarin die veldwachter woonde.

Arr.-R. Almelo, 13 Maart 1878, W. n°. 4420.

13. Zie ten betooge:

a. Dat, indien in het geval van art. 439, al. 5 B. R., het verzet of het hooger beroep aan het gekozen domicilie geschiedt, *casu quo* de termijn van art. 8, al. 2 B. R. moet worden in acht genomen —

art. 8 B. R., vonnis van de Arr.R. Assen, v. 6 Nov. 1843 sqq., sub n°. 1.

b. Dat bij de bevestiging van het vonnis *a quo* na een geïnterjecteerd appèl, de executie niet op nieuw met een bevel tot betaling behoeft te beginnen

art. 350 B. R., vonnis van de Arr.-R. te Groningen, v. 14 Juni 1845.

c. Dat een eisch, strekkende tot zuivere opheffing van een executoriaal beslag (*in casu* uit hoofde het zou zijn gelegd vóór het bevel tot betaling) niet vatbaar is om in kort geding te worden behandeld —

art. 289 B. R., arrest van het P. H. v. Gelderland, v. 11 Maart 1846, sub n°. 4.

d. Dat, wanneer in eene akte in het algemeen woonplaats gekozen is, die zich, ingevolge art. 81 B. W., zelfs tot de executie uitstrekt, desniettemin door den executant in het bevel op nieuw woonplaats moet worden gekozen —

DE PINTO, dl. II. 2, p. 532, 2de ed. p. 591 sq.; — anders bij OUDEMAN, *B. R.*, dl. II. 4de ed., p. 97; die dit evenwel voorzichtig acht, ten einde allen grond weg te nemen voor het beweren, dat eene op straffe van nietigheid voorgeschrevene formaliteit zou zijn verzuimd.

e. Dat hij, aan wien bevel is gedaan, niet bevoegd is daartegen in verzet te komen —

P. H. v. Overijsel, v. 25 Nov. 1850 bij Mr. HERTZVELD, ut supra blz. 38; cf. aant. 43 op art. 438 B. R.

14. Zie over dit artikel W. ROMBOUTS, in W. n°. 3767.

Art. 440.

1. De schuldenaar, onder wien beslag is gelegd, is niet meer bij machte des schuldeischers onderpand ten zijnen nadeele door nieuwe schuld té verminderen.

Arr. v. 7 Dec. 1883, W. n°. 4984; R., dl. CXXXV. § 30; v. d. H., *B. R.*, dl. XLIX. p. 74—86.

2. Een executoriaal beslag op roerende goederen wordt terecht aangevangen tegen den gearresteerde, indien deze is hoofdbewoner van het huis, waarin de goederen zich bevinden.

Arr.-R. Utrecht, v. 22 Juli 1861, B. B., jg. 1863, dl. 526—529, verg. P. H. v. Gelderland, v. 7 April 1852 bij Mr. HERTZVELD, ut supra, bl. 67, en Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Mei 1870, sub art. 456 B. R.

3. Vermits dit artikel onderstelt, dat het herhaald bevel en het beslag slechts één exploit uitmaken, moet dit plaats vinden dáár, waar de in beslagneming wordt gedaan, om het even, of er al dan niet aldaar een persoon wordt gevonden, aan wien het bevel kan worden geëxploiteerd.

P. H. v. N.-Holland, v. 27 Juni 1872, W. n°. 3501.

4. Zie ten betooge:

a. Dat art. 92 B. R. niet van toepassing is bij de niet-naleving der formaliteiten, in art. 440, refererende tot art. 5, voorgeschreven —

art. 5 B. R., vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 23 Sept. 1846 sqq., sub n°. 24; — anders bij DE PINTO, dl. II. 2. p. 533, 2de ed., p. 592. — Cf. art. 13 B. R., arbitrale uitspraak v. .. .... 1842 en het aangeteekende aldaar.

b. Dat de personen, die volgens artt. 1947 en 1949 B. W. onbekwaam zijn om in rechten getuigenis af te leggen, ook niet als getuigen bij eene beslagneming zouden mogen fungeeren —

DE PINTO, dl. II. 2, p. 535, 2de ed., p. 594; — anders bij OUDEMAN, dl. II, 4de ed., p. 97 en 98.

Art. 441.

1. Al is de hoegrootheid der vordering onbepaald, zoo neemt dit niet weg dat de vordering zelve bepaald kan zijn.

Het onbepaalde bedrag kan alleen aanleiding geven tot vereffening en mitsdien staking van de verdere vervolging, niet tot nietigheid van het beslag. Hof Amsterdam 18 Nov. 1898, P.v.J. 1899 n° 43.

Arr. v. 18 Mei 1860, W. n°. 2170, R., dl. LXIV, § 62; v. d. H., *B. R.*, dl. XXIV, p. 141—157; handhavende arr. P. H. v. Overijsel, v. 16 Jan. 1860, W. n°. 2144; waarbij was beslist dat door eene *bepaalde* vordering wordt aangeduid de zoodanige, waaromtrent geen twijfel bestaat, wie de schuldeischer en schuldenaar is, en wat de een van den ander vordert, terwijl eene vereffende vordering eene zoodanige is, met betrekking tot welke, wanneer de vordering in geld bestaat, het bepaald is uitgemaakt, hoeveel de verschuldigde sombedraagt.

Verg. P. H. v. Drente, v. 8 Sept. 1855, aangehaald sub art. 760 B. R., n°. 5.

2. Indien een gedaagde bij vonnis is veroordeeld tot betaling van eene bepaalde som, onder aftrek nogthans van hetgeen hij zal bewijzen daarop in mindering te hebben betaald of op eenige andere wijze te hebben gekweten en nu van zoodanige betaling of kwijting (hoewel de gedaagde bij het doen van bevel tot betaling van de bij het vonnis vermelde som te gelijk is gesommeerd om bewijs te leveren van hetgeen hij daarop zou vermeenen te kunnen korten en alzoo ten overvloede deswege *in mora* is gesteld) noch ten tijde van het gedaan bevel, noch bij het beslag en den voorgenomen executorialen verkoop, iets is gebleken, dan levert het later gedaan gerechtelijk aanbod van hetgeen de gedaagde beweert *per resto* schuldig te zijn, niet gevolgd van consignatie, geene termen op om de schorsing van den executorialen verkoop te bevelen.

P. H. v. Groningen, v. 3 Oct. 1854, W. n°. 1592. — Cf. art. 5 B. R., vonnis van de Arr.-R. Gorinchem, v. 26 Oct. 1844 sqq.

3. Wanneer de opposant en zijne mede-veroordeelden gezamenlijk zijn verwezen in de kosten, zonder aanduiding van het aandeel van hetgeen ieder zou moeten betalen is de triomferende partij dus alleszins bevoegd om die kosten te verhalen op roerende goederen, welke naar haar beweren aan den opposant en zijne mede-veroordeelden gezamenlijk toebehooren en in onverdeelde gemeenschap worden bezeten, en krachtens dat gewijsde aan hen gezamenlijk bevel te doen en die goederen in beslag te nemen.

Geene wetsbepaling schrijft voor dat zij, op straf van nietigheid van het gelegd beslag, verplicht zoude zijn geweest bij dat bevel die kosten

te splitsen, en bepaaldelijk aan elk hunner en dus ook aan den opposant op te geven, hoeveel hij in die kosten zou moeten betalen.

P. H. v. Overijsel, v. 16 Jan. 1860, W. n°. 2144, hierboven vermeld. Bij het arrest van het Hof werd nog beslist dat, zoo al de opposant kon geacht worden een voldoend aanbod voor zijn aandeel in die kosten te hebben gedaan, daarvan geenszins het gevolg kon zijn, dat het gelegde beslag zoude zijn nietig, doch alleen, dat de opposant zich dan zoude kunnen verzetten tegen den verkoop der in beslag genomen goederen, welke hij bewees, dat hem toebehoorden.

4. Dit artikel verbiedt niet den executorialen verkoop voor niet vereffende executiekosten, wel voor niet gelikwideerde proces-kosten.

Ktg. Groningen, v. 31 Dec. 1883, W. n°. 5020.

Art. 442.

Een beslag kan, zooals volgt uit deze bepaling, ook gelegd worden voor de kosten, en, al ware dit niet het geval, dan zou nog een overigens wettig beslag daardoor nog geenszins worden eene onrechtmatige daad.

Arr.-R. Amsterdam, 20 Febr. 1855, W. n°. 1628.

Art. 443.

Bij dit artikel is het den deurwaarder niet verboden het getal bij schatting te bepalen; en al ware een voorafgaande telling vereischt, dan nog is tegen het niet naleven dezer bepaling geen nietigheid bedreigd.

Hof 's Gravenhage, v. 7 Maart 1881, R. B., jg. 1883, A, p. 179.

Art. 444.

Zie ten betooge:

a. Dat, indien in een der gevallen, bij art. 444 B. R. voorzien, de burgemeester of de commissaris van politie zijne medewerking weigert, de deurwaarder niet op eigen gezag de deuren of het huisraad

mag openen, doch de bedoelde ambtenaren voor de uit hunne weigering voortvloeiende schade aansprakelijk zijn —

DE PINTO, dl. II, 2, p. 537, 2de ed., p. 597 en OUDEMAN, dl. II, 4de ed., p. 99 sqq.

b. Dat onder de *vertegenwoordigers* van een beslagene, in den zin van art. 444 B. R., ook zijne huisgenooten worden bedoeld —

PENNING, ad art.

Art. 445.

Zie ten betooge dat de executant, indien er geene opposanten zijn, de door den deurwaarder bij de in-beslagneming gevonden gereede penningen en het geldswaarde hebbende papier onmiddelijk, en dus zonder voorafgaande overbrenging ter griffie, kan overnemen in mindering van zijne vordering —

V. D. HONERT, *Hdb.*, p. 473, noot 2; — anders bij DE PINTO, dl. II, 2, p. 538, 2de ed., p. 597 sq.; OUDEMAN, dl. II, 4de ed., p. 99 en VERNEDE, ad art.

Art. 447.

1. Zie ten betooge:

a. Dat dit en het volgend artikel ook van toepassing zijn in geval van faillissement, niettegenstaande de bepaling van art. 808*a* van het Wetb. van Kooph.

Opm. en Med., dl. XIII, blz. 252 vlgg.

b. Dat onder de bewoordingen in n°. 2 van dit artikel voorkomende „noch op de kleederen, waarmede de eerstgenoemde en hunne kinderen gekleed en gedekt zijn" *niet* begrepen zijn goud, zilver en edelgesteenten waarmede de bedoelde personen omhangen of versierd zijn, op grond dat de bepalingen in dit artikel, evenals die in het eerste gedeelte van het volgende, zijn uitzonderingen op den algemeenen regel van art. 1178 B. W., en deze uitzonderingen zijn *strictae interpretationis*; terwijl daarenboven, evenals in de dagelijksche beteekenis onder kleederen niet kleinoodiën worden verstaan, onze wetgever blijkens

art. 184 B. W. laatstgenoemde voorwerpen ook niet onder kleederen schijnt te rangschikken.

Opm. en Med., dl. XIV, blz. 18 volgg.

c. Dat deze bepalingen, wijzigende het algemeen voorschrift van art. 1177 B. W., veeleer tot het Burgerlijk recht dan tot de Rechtsvordering behooren —

Adnotatio ad art. 447 et 448 Cod. de meth. proc. in caus. civ., diss. van G. F. C. DE EERENS, Lugd. Bat.

2. Volgens Mr. GODEFROI in *Themis*, 2de verz. dl. X, p. 93, wordt hier het beslag niet onvoorwaardelijk verboden, maar beteekent het verbod dat op de onder dit nummer genoemde voorwerpen wel het executoriaal beslag op onroerend, niet dat op roerend goed toepasselijk is.

Art. 448.

1. Ten onrechte wordt beweerd dat in dit artikel de woorden "echter zullen de zaken in dit artikel opgenoemd" zouden moeten gelezen worden alsof er stond "in dit *en het vorig* artikel.

Arr.-R. 's Gravenhage, v. 29 Juni 1877, W. n°. 4141.

2. Zie ten betooge, dat het handschrift van een schrijver niet kan worden in beslag genomen —

DE PINTO, dl. II. 2. p. 542. 2de ed., p. 602 en DE MARTINI. ad art. *a*, 3.

Art. 450.

1. De gerechtelijke bewaarder moet op zijn verzoek ontslagen worden, na afloop van het geding, en hij kan loon vorderen overeenkomstig art. 60 van het Tarief van justitiekosten en salarissen; zijnde hij ook in dit geval gerechtigd het goed onder zich te houden tot aan de volle voldoening van hetgeen hem ter zake der bewaring verschuldigd is.

Arr.-R. Assen, v. 29 Febr. 1849, W. n°. 1276.

2. Art. 450 B. R. spreekt alleen van een geschikten bewaarder; het duidt in § 2 de personen aan, die niet als bewaarders mogen worden

aangesteld, terwijl het noch een maatstaf aangeeft van solvabiliteit, noch van minderjarigen gewaagt, Bovendien is het aanstellen van een ge[illegible]nikten bewaarder niet voorgeschreven op straffe van nietigheid van het gedaan beslag en zou de aanstelling van een niet geschikten bewaarder wellicht recht geven om een anderen (geschikten) bewaarder te doen benoemen.

Arr.-R. 's Bosch. v. 27 Sept. 1849, W. n°. 1105.

3. Zie omtrent de vraag, of de gerechtelijke bewaarder, in art. 450 B. R. bedoeld, tegenover den executant te beschouwen is als een derde enz. —

art. 432 B. R., vonnis van de Arr.-R. Groningen, v. 24 April 1846 sqq., sub n°. 2.

Zie ten betooge, dat de deurwaarder niet behoeft in te staan voor den door hem gestelden bewaarder —

v. d. HONERT, *Hdb.*, p. 475; OUDEMAN, dl. II, 4de ed., p. 103, en VERNEDE, ad art.; — anders DE PINTO, dl. II, 2, p. 544, 2de ed., p. 604.

Art. 451.

1. De door den kantonrechter ingevolge dit artikel aangestelde bewindvoerder over in beslag genomen vee is tegenover den beslaglegger *niet* als lasthebber tegenover den lastgever te beschouwen.

Ktg. Zwolle, v. 27 Maart 1860, W. n°. 2253.

2. Vruchten te velde, *niet* van den grond gescheiden, zijn *on*roerend; de vormen voor beslag op *roerend* goed kunnen te dien aanzien niet worden in acht genomen.

Arr.-R. Middelburg, v. 26 Sept. 1877, R. B., jg. 1879, A, p. 195, W. n°. 4461.

Verg. navolgende beslissing:

Men kan geen beslag leggen op vruchten die nog te velde staan, ten laste van den *pachter* van den grond als schuldenaar.

Arr.-R. Middelburg, v. 10 Oct. 1877, W. n°. 4464.

Art. 454.

Uit deze en de volgende wetsbepalingen vloeit voort, dat het recht van den bewaarder om loon te vorderen, eerst geboren wordt bij 'len afloop van het beslag.

Arr.-R. Gorinchem. v. 18 Dec. 1860. W. n°. 2540.

Art. 456.

1. De dagvaarding in hooger beroep in cas van reclame of revindicatie van goederen, bij art. 456 B. R. omschreven, behoeft niet aan den bewaarder der in beslag genomene goederen te worden beteekend, vermits die beteekening aan den bewaarder wel bij art. 456 B. R., ten aanzien van het verzet tegen den verkoop der gearresteerde goederen, bij de dagvaarding in eersten aanleg is geboden, maar geenzins gelijke beteekening der akte van appèl of van de dagvaarding in appèl is voorgeschreven.

Arr. v. 26 Nov. 1847. W. n°. 897; R., dl. XXIX, § 31; v. d. H., *B. R.*, dl. IX, p. 166—181; idem bij het daartoe betrekkelijk arrest van 't P. H. v. Friesland, v. 6 Jan. 1847, *Themis*, jg. 1847, dl. VIII, p. 229—231; — anders door Mr. S. W. Tromp, *Themis*, ibid. p. 223—229.

Vergelijk echter navolgende beslissing:

De akte van appèl, niet aan den bewaarder beteekend, kan hoogstens worden nietig-verklaard, maar dit verzuim geeft geen aanleiding tot niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep.

Arr. Hof Leeuwarden, v. 23 April 1883. W. n°. 5039.

2. Noch dit artikel noch art. 458 is, waar de rede is van conservatoir arrest, van toepassing.

Arr. v. 18 Jan. 1856. W. n°. 1717; R., dl. LII, § 44; v. d. H., *B. R.*, dl. XX, p. 157—169; idem Arr.-R. Rotterdam, v. 17 Dec. 1856, W. 2010; R., dl. LXIV, § 76; idem Arr.-R. 's Gravenhage, v. 27 Dec. 1870, W. n°. 3285, waarbij werd beslist: dat hij die eene hem toe behoorende zaak wil opvorderen, welke begrepen is in een ten laste van een ander gelegd en van waarde verklaard pandbeslag, niet volgen moet den weg in dit artikel bedoeld, maar in het geding tot van waarde-verklaring had moeten tusschenkomen, of als derde in verzet komen tegen het vonnis van van waarde verklaring. Verg. met deze beslissing aant. 6 van dit artikel. Idem Arr.-R. 's Gravenhage, v. 1 Febr. 1884, W. n°. 5015. Vergelijk art. 459 sub n°. 1.

Het verzet tegen den verkoop kan worden gedaan vóór dat dag van den verkoop cf. art. 449 Rv. is opgegeven. Rb. Amsterdam 16 Febr. 1897 R.v.J. 1897 n° 66.

3. De gezamenlijke beneficiaire erfgenamen kunnen niet *jure*, op grond van art. 456 B. R., in verzet komen tegen den verkoop van roerende goederen, volgens hun beweren aan den gemeenschappelijken boedel toebehoorende, welke ten huize en ten laste van een hunner zijn bevonden en gearresteerd, indien zij niet tevens het bewijs hebben geleverd, dat zij *bepaald* den eigendom hebben van eenig gearresteerd voorwerp, met uitsluiting van den eigendom der gearresteerde, welke hetzelfde recht, uit krachte der tusschen haar en den erflater bestaan hebbende gemeenschap bezit op elk der gearresteerde of niet gearresteerde, maar op den inventaris voorkomende goederen.

Arr.-R. Sneek, v. 4 Nov. 1840, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 662—664. — Cf. art. 1412 B. W., vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum, sub n°. 2, 2de ed., sub n°. 9.

4. Indien uit eene akte, houdende *nadere* overeenkomsten, blijkt dat bij eene vroegere en oorspronkelijke akte van koop en verkoop geen eigendoms-overgang van goederen had plaats gehad, maar slechts een voorwaardelijk recht van pand of voorrang was toegekend aan hem, die zich ingevolge art. 456 B. R., tegen den verkoop dier goederen, nadat daarop door een ander beslag was gelegd, verzet, dan is, bij het niet vervuld zijn der voorwaarde, de geopposeerde als derde gerechtigd zich op die nadere akte te beroepen en moet de opposant niet ontvankelijk worden verklaard in zijn verzet en in zijn eisch tot uitlevering der goederen.

Arr.-R. Utrecht, v. 28 April 1841, W. n°. 244. — Cf. art. 1910 B. W., vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum, 2de ed., sub n°. 1.

5. Art. 456 B. R. schrijft wel voor, dat het verzet aan den bewaarder moet worden beteekend op straffe van nietigheid, doch bepaalt geenszins het tijdstip waarop zulks moet geschieden: alzoo kan de opposant die beteekening gelijktijdig met het verzet of wel later doen, mits zulks slechts ter bekwamer tijd geschiede; bij verschil daaromtrent is het aan den rechter overgelaten uit den stand der tusschen partijen hangende zaak tijdens die beteekening, te beoordeelen, of die nog wettig en valabel konde plaats hebben, en is het voldoende, dat die beteekening geschiede, vóór dat het rechtsgeding in staat van wijzen is gebracht.

Aan het voorschrift is voldaan door beteekening vóór den dag van den verkoop: Rb. Amsterdam 29 Maart 1900, 1052 W. n°7474.

Art. 456.

Arr.-R. 's Bosch, v. 14 Jan. 1842, W. n°. 313 en v. 29 Nov. 1848, W. n°. 1089: — idem bij OUDEMAN, dl. II, 4de ed., p. 110. — Vgl. hiermede Mr. S. W. TROMP, *Themis*, jg. 1847, dl. VIII, p. 221, die meent, dat de beteekening aan den bewaarder, gelijk de dagvaarding zelve, moet geschieden *vóór het tijdstip tot den verkoop bepaald*; dat, indien de beteekening op dat oogenblik nog niet is geschied, er geen volledig en geldig verzet is, de arrestant tot den verkoop kan overgaan en de bewaarder niet slechts gerechtigd maar ook verplicht is, om aan hem de goederen tot dat einde af te geven — en dat, wanneer de arrestant, in plaats van dadelijk gebruik te maken van de nietigheid van het verzet en den verkoop te doen doorgaan, dezen uitstelt, dit uitstel wel geen afstand van de exceptie van nietigheid medebrengt en de arrestant in die exceptie ontvankelijk blijft, maar de rechter alsdan gebruik zal kunnen maken van de aan hem bij art. 94 B. R. verleende bevoegdheid, de exceptie verwerpen, en bijaldien de opposant zijn verzuim nog niet heeft hersteld, kunnen bevelen, dat de beteekening alsnog zal geschieden. — Cf. art. 456 B. R., arrest van 't P. H. v. Groningen, v. 1 Nov. 1842, sub n°. 6. Zie ook dit artikel sub n°. 15.

6. Hij, die eigenaar beweert te zijn van de onder den schuldenaar bij conservatoir arrest in beslag genomen goederen (en mitsdien een derde) kan zich tegen den verkoop verzetten en de uitlevering vorderen, vóór dat het arrest van waarde is verklaard.

P. H. v. Groningen, v. 1 Nov. 1842, *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 374 en 375, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Groningen, v. 23 Sept. 1842, *Regt in Nederl.*, ut supra; R. B., jg. 1843, dl. V, p. 222. Verg. echter het sub no. 2 aangehaald vonnis der Arr.-R. 's Gravenhage, v. 1 Febr. 1884, waarbij is beslist dat, gesteld dat analogische uitbreiding hier geoorloofd ware, dan nog de toepassing van art. 456 bij conservatoir beslag eerst *nà* de van waarde-verklaring zou kunnen geschieden.

7. Een verzet is niet nietig, wanneer de opposant den arrestant en den gearresteerde wel tegen denzelfden rechtsdag, maar afzonderlijk, bij twee exploiten en op verschillende dagen gedagvaard heeft.

Anders Rb. te Utrecht 16 Oct. 1895 W. n° 6732.

P. H. v. N.-Holland, v. 24 Oct. 1844, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 787—790, vernietigende het daartoe betrekkelijk en in een tegenovergestelden zin gewezen vonnis van de Arr.-R. Hoorn, v. 3 April 1844, W. n°. 501.

8. Art. 16 der Wet v. 22 Mei 1845. (*Stbl.* n°. 22) op de invordering van 's Rijks directe belastingen (welk artikel heeft vervangen de bepaling van art. 4 der Wet v. 12 Nov. 1808, hier te lande executoir verklaard bij Decreet v. 8 Nov. 1810 en welke bepaling, bij vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 7 Febr. 1840, W. n°. 101; R., dl. VI, § 28; van Amsterdam, v. 16 Jan. 1844, R. B., jg. 1844,

De eigenaar behoeft niet te vorderen dat hij worde verklaard eigend-opposant tegen den verkoops en als gevolg daarvan opheffing van het beslag enz.; hij kan volstaan met de opheffing enz. te vorderen: Rb. Amsterdam 29 Mrt. 1900 W. n° 7474. (Art. 456.

dl. VI, p. 585 en 586; *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 136 en van Zierikzee, v. 17 Jan. 1845, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 540—542, verklaard is noch uitdrukkelijk, noch stilzwijgend door de Grondwetten van 1815 en 1840 te zijn afgeschaft), verbiedt aan derden, die op de door den ontvanger in beslag genomen roerende goederen geheel of gedeeltelijk recht meenen te hebben, dadelijk de zaak op de gewone wijze voor de rechtelijke macht te vervolgen, zonder voorafgaande inlevering van een bezwaarschrift bij den Gouverneur der provincie, door tusschenkomst van den ontvanger.

Arr.-R. Gorinchem, v. 23 Jan. 1847, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 55 en 56; idem Amsterdam, v. 26 Jan. 1847, W. n^is. 792 en 842; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 550 en 551; idem bij Resolutie van den Min. v. Fin. v. 3 Sept. 1846, n°. 11, W. n°. 792, naar luid waarvan het woord «*kunnen*», in art. 16, al. 1 der voormelde Wet, niets anders uitdrukt dan het denkbeeld van bevoegdheid en recht en geenszins dat van vrijlating, om hierin naar verkiezing te werk te gaan, zoo als ten overvloede blijkt uit het gebruik van datzelfde woord in het 2de lid, alwaar niemand zich omtrent de bedoeling vergissen kan; idem en ten betooge, dat na eene afwijzing van het bezwaarschrift door den Gouverneur, de dagvaarding, met het oog op het aangehaald art. 16, al. 2, op *straffe van niet-ontvankelijkheid* moet worden gedaan binnen *drie* dagen na de beteekening dier afwijzing — bij vonnis der Arr.-R. Utrecht, v. 8 Aug. 1848, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 502—504.

Verz. Rb. Hof den Boosch 6 Oct. 1894 W. n° 6578.

9. Om roerende goederen aan eene in-beslagneming ten laste van hun bezitter te onttrekken, wordt het volledig bewijs gevorderd, dat men eigenaar van die goederen is. Anders, nimmer bewijs is voldoende:

Arr.-R. Arnhem, v. 25 Nov. 1847, W. n°. 1065 en v. 27 Nov. 1848, W. n°. 1039; R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 396—401, cf. Arr.R. Sneek, v. 7 Mei 1868, W. n°. 3033.

Rb. Rotter. dam 15 Oct. 1894 W. n° 6579.

10. Uit art. 456 B. R. kan niet worden afgeleid, dat een derde, ageerende *ten fine* van reclame en ten wiens laste het beslag niet is gelegd geworden, bevoegd zou zijn om dat beslag uithoofde van nietigheid in de vormen te bestrijden.

Arr.-R. Arnhem, v. 25 Nov. 1847, W. n°. 1065.

wordt voor zich zelven te bezitten. Rb Amsterdam 5 Juni 1888 W. 5581.

11. Aan de bij art. 456 B. R. aan hem, die beweert eigenaar te zijn van de in beslag genomen goederen, toegekende bevoegdheid, om verzet tegen den verkoop te doen, kan geen ander rechtsgevolg worden gegeven, dan dat de verkoop, hangende de beslissing over de opvordering van die goederen, worde geschorst.

9× Indien de opposant een akte overlegt, waarmit blijkt dat de geëxecuteerde de in beslag genomen goederen van hem (opp.) in huur heeft, staat hij daarmede vol. doende zijn eigendomsrecht, immers zijn bezit, en bezit van roerende goederen is volkomen titel, terwijl men ook gezien

Is over het door den verkoper te leveren bewijs van zijn eigendom: een onderhandsche akte van koop en in huishuregeving levert tegen derden niet volledig bewijs; de ~~notaris~~ bewijskracht is aan het oordeel van den rechter overgelaten; i.d.g. ~~het geen~~ de akte bewijst niet: Rb. Rotterdam 6 Mei 1912, W. 9945; - onderhandsche akte levert ook tegen derden bewijs; nu de akte niet een date certaine tegen derden heeft, een uitspraak ook opgelegd contract den koop: Rb. Amsterdam 29 Nov. 1915, W. 9945; - nu de akte van verkoop en huishuur ~~een~~ is aangegaan tusschen vader en ~~dochters~~ inwonende dochters levert zij niet het bewijs van den eigendom der dochters; bewijs van eigendom door getuigen opgelegd: Rb. den Haag 6 April 1916, W. 9945.

hierin de opgeëischte roerende goederen na den beweerden verkoop onder den verkooper — geen geëxecuteerde, zijn bleven berusten, niettemin — met de opposant beweren dat een levering heeft plaats gehad: Hof den Haag 19 Juni 1905 W. n° 8272.

idem, doorgaans met de eene uitzondering tegenstrijdig

Uit het voorschrift (vervat in art. 438, al. 2) dat het verzet van den geëxecuteerde den aanvang of de voortzetting der executie in den regel niet stuit, is de bedoeling des wetgevers af te leiden, dat, bij verzet door derden, de aanvang of voortzetting der executie werkelijk worde geschorst.

Rb. Amsterdam 12 febr. 1891, P.v.R. 1891 n°42.

idem Pres. Rb. den Haag 9 Apr. 1908, W. n° 8555

P. H. v. Gelderland, v. 18 Mei 1853, W. n°. 1455; R. B., jg. 1853, p. 334 en 335; idem Pres. besch. Arr.-R. Amsterdam, v. 2 April 1878, R. B., jg. 1879, *A*, p. 6 en v. 27 Aug. 1881, R. B., jg. 1882, *A*, p. 156.

12 worden aangehaald: Rb. den Haag 5 Jan. 1906, W. 8271, ber. door Hof den Haag 1 Nov. 1906, W. 8361; Rb. Groningen 23 Oct. 1905, W. 8299. Amsterdam 28 Jan. 1909, P. 4 1909, n° 75, W. n° 8665.

12. De derde eigenaar, die zich niet tijdig verzet heeft, behoudt *casu quo* krachtens art. 1401 B. W. recht op schadevergoeding. Verg. n°20.

P. H. v. Z.-Holland, v. 31 Jan. 1859, W. n°. 2042, bevestigende vonnis Arr.-R. Rotterdam, v. 30 Juni 1858, W. n°. 2042.

13. De enkele aanzegging of kennisgeving aan den bewaarder dat eene dagvaarding aan den gearresteerde gedaan is, zonder dat die textueel of copielijk aan den bewaarder is overgegeven, voldoet niet aan de bij dit artikel vereischte beteekening.

P. H. v. N.-Holland, v. 26 Juni 1862, W. n°. 2405, R. B., jg. 1863, dl. XIII, bl. 595—603; idem 2 April 1863, W. n°. 2505.

14. Art. 94 B. R. is ook toepasselijk, wanneer een der formaliteiten, op straffe van nietigheid bij dit artikel voorgeschreven, niet is vervuld.

P. H. v. N.-Holland, v. 26 Juni 1862, W. n°. 2405; R. B., jg. 1863, dl. XIII, bl. 595—603, en v. 2 April 1863, W. n°. 2505; anders Arr.-R. Maastricht, v. 5 April 1879, W. n°. 4607, R. B., jg. 1882, *A*, p. 149, cf. ibid., p. 153, beslissende dat art. 94 alleen van toepassing is op de voorschriften der artikelen vermeld in art. 92 B. R.

15. Het verzuim van beteekening van de dagvaarding aan den bewaarder heeft de nietigheid dier dagvaarding en van het verzet (welke beide niet anders dan als één handeling te beschouwen zijn) ten gevolge.

P. H. v. N.-Holland, v. 26 Juni 1862, W. n°. 2405; R. B., jg. 1863, dl. XIII, bl. 595—603 en v. 2 April 1863, W. n°. 2505; anders Hof 's Hertogenbosch, v. 28 Juni 1879 in strijd met de conclusie van het Openb. Min., W. n°. 4495, R. B., jg. 1882, *A*, p. 150, vernietigende vonnis Arr.R. Maastricht, v. 5 April 1879, W. n°. 4607, R. B., jg. 1882, *A*, bl. 149. — waarbij als voren was beslist dat, indien de beteekening niet is gedaan vóór den dienenden dag, het bij de dagvaarding gedaan

Verg. over verzet op grond van verkoop met voorbehoud van eigendomsrecht (constitutum possessorium) tevens beslissende dat in dit geval door het beslag schade aan den eigenaar niet kan zijn toegebracht: Rb. Haarlem 15 Dec. 1908, W. n° 8055.

verzet nietig is. Het Hof besliste, dat er geene enkele reden bestaat, waarom voor de nalating der beteekening het verzet ten opzichte van arrestant en gearresteerde nietig zou zijn; en dat de bedoeling van den wetgever alleen is om het verzet ten opzichte van den bewaarder alléén als niet bestaande te verklaren.

16. Beneficiaire erfgenamen, wier privé goederen in executoriaal beslag genomen zijn krachtens een bij verstek tegen de gezamenlijke erfgenamen gewezen vonnis, moeten wanneer ze in den eigendom van hunne eigen goederen willen gehandhaafd worden, niet in verzet komen tegen dat vonnis, doch zich, krachtens dit artikel, tegen den executorialen verkoop hunner goederen verzetten. Zij toch zijn ten opzichte van de ten-uitvoerlegging van het vonnis te beschouwen als derden, wier goederen zijn in beslag genomen.

Arr.-R. Zwolle, v. 13 Jan. 1864. W. n°. 2662.

17. Eene dagvaarding, die niet inhoudt de opgave van den titel, waarop het eigendomsrecht berust, is nietig.

Arr.-R. Groningen, v. 19 Oct. 1866. R. B., jg. 1868, p. 674.

18. Hoezeer ook deze bepaling niet van dadelijke toepassing moge zijn in het geval, dat is gelegd niet een executoriaal beslag onder den schuldenaar maar gelijk hier, een conservatoir beslag onder derden, — zoo volgt daaruit niet, dat de eigenaar, die door een beslag onder derden ten laste van zijn goed gelegd, belemmerd wordt in de beschikking over hetgeen hem toebehoort, hiertegen niet onmiddelijk zou kunnen opkomen en herstel eischen van dengeen door wiens toedoen die belemmering werd veroorzaakt.

P. H. v. Z.-Holland, v. 25 Maart 1867. W. n°. 2903.

19. In geval van verzet tegen een vonnis, waarbij een executoriaal beslag is nietig verklaard, bij verstek gewezen tusschen den geopposeerde als eischer, den arrestant en den gearresteerde als gedaagden, moet de opposant (de gearresteerde) ook zijn vroegeren mede-gedaagde (den arrestant) *in lite* brengen, al blijkt ook, dat deze zijnerzijds in het vonnis heeft berust en het arrest opgeheven.

Arr.-R. Amsterdam, v. 9 Juli 1867. W. n°. 2946.

20. De executant is schadevergoeding verschuldigd, wanneer hij

Rb. Alkmaar 14 Oct. 1896, W. n° 5468.

had kunnen en moeten weten dat hij goederen in beslag nam, die den schuldenaar niet toekwamen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Mei 1870, R. B., jg. 1871, p. 269 sqq.; cf. aant. 22c.

21. Deze bepaling is ook van toepassing op hem, die *pro indiviso* mede-eigenaar is van de gearresteerde goederen.

P. H. v. Gelderland, v. 5 Jan. 1870, bij Mr. HERTZVELD, ut supra blz. 102; idem Arr.-R. 's Hertogenbosch, v. 4 Aug. 1881, W. n°. 4753, R. B., jg. 1882, A. p. 158; waarbij tevens werd beslist dat tegelijk met het verzet tegen den verkoop (*in casu* van *al* de goederen) de vervallen-verklaring van het beslag kan gevraagd worden, vermits een executoriaal beslag, waarop geen verkoop volgen kan, volkomen doelloos is.

22. Zie ten betooge:

a. Dat het in cas van art. 739 B. R. niet, even als in dat van art. 456, noodig is dat de persoon, tegen wien het beslag is gelegd, in het geding worde gebracht —

art. 739 B. R., arrest v. 30 Mei 1839.

b. Dat de bepaling ten behoeve van den schuldenaar, op wiens goederen executoriaal beslag is gelegd, in de laatste zinsnede van art. 439 B. R. voorkomende, niet vatbaar is voor uitbreiding in het geval, voorzien bij art. 456 B. R., —

art. 439 B. R., vonnis van de Arr.-R. Assen, v. 6 Nov. 1843 sqq., sub n°. 3.

c. Dat de schuldeischer, die executoriaal beslag heeft doen leggen op roerende goederen, gevonden in het bezit van zijn schuldenaar en gearresteerde, niet aansprakelijk is voor schadevergoeding, wanneer hem eerst *na* het arrest is kenbaar gemaakt, dat die goederen aan een ander in eigendom behoorden en zich bij den gearresteerde in bruikleen bevonden, zijnde in dit geval, ondanks den regel *qui agit certus esse debet*, deze dwaling van den arrestant een *error facti alieni tolerabilis*, welke hem rechtens niet kan worden geïmputeerd —

art. 1401 B. W., vonnis van de Arr.-R. Sneek, v. 30 Juni 1846, sub n°. 22, 2de ed., no. 38, in denzelfden zin Ktg. Z.-Bommel, v. 3 Juni 1863, aangeh. eod. sub n°. 80, en Arr.-R. Amsterdam, v. 21 April 1840, aangeh. eod. sub n°. 26; anders Hof Holland, v. 4 Nov. 1840 ter laatstgenoemde plaatse. — Vergelijk P. H. v. Z.-Holland, v. 31 Jan. 1859, W. n°. 2042, (ad art. 1401 B. W. sub n°. 75) ten betooge dat hij die *wist* dat de

goederen door hem in beslag genomen zijn *niet* aan zijn schuldenaar behoorden, een onrechtmatige daad pleegt, cf. Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Mei 1870, hierboven vermeld sub n°. 20. — Vgl. ook het aanget. op art. 478.

d. Dat de verkooper van roerende en nog onbetaalde goederen, die recht van terugeisching heeft, zich tegen verkoop daarvan kan verzetten —

OUDEMAN, dl. II, 4de ed. p. 109 sq., — anders bij PENNING, ad art., volgens wien de verkooper die goederen moet terugvorderen van den beslagene als kooper, daarbij oproepen den arrestant en de opposanten om die afgifte te dulden en zijne vordering aan den bewaarder beteekenen.

23. Zie omtrent de wijze, waarop, als het geldt eene reclame van in beslag genomen goederen, uit krachte van art. 456, door den intervenient de daadzaak van den *anterieuren* koop en verkoop kan worden bewezen —

art. 1494 B. W., vonnis van de Arr.-R. 's Bosch. v. 25 Febr. 1842, sub n°. 4, 2de ed., sub n°. 6.

Art. 456, 3e lid is *niet* ingetrokken bij de wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n°. 55), ofschoon de intrekking daarvan bij het ontwerp werd voorgesteld.

Art. 457.

1. De schuldeischer wiens vordering ontstaan is *nà* het beslag, heeft *niet* het recht van verzet tegen de afgifte der kooppenningen.

Arr. v. 7 Dec. 1883, W. n°. 4981, ook vermeld sub art. 406 B. R. n°. 7.

2. Welke beginselen ook vroegere wetgevingen, omtrent de rechten van den verhuurder op de meubelen van den huurder, mochten hebben aangekleefd, stellen het de bepalingen van art. 457 B. R. buiten twijfel, dat ook de verhuurder, voor de door hem verschuldigde huurpenningen, wanneer de goederen des huurders zijn in beslag genomen, niets anders dan oppositie tegen de afgifte der kooppenningen kan doen.

Arr.-R. 's Bosch, v. 14 Jan. 1842, W. n°. 313. — Cf. art. 667 B. W., n°. 3, 2de ed., sub n°. 5 en art. 1188 ibid., n°. 4, vonnis van dezelfde Arr.-R. v. dezelfden datum.

3. Hij, die als crediteur in eene failliete massa, ten opzichte van een beslag, vroeger op eenige goederen van den failliet gelegd, zou

willen opkomen, kan zijne actie niet doen strekken tot vernietiging van het beslag, maar kan alleen ontvankelijk zijn in eene oppositie tegen de afgifte der kooppenningen, ingevolge art. 457 B. R.

P. H. v. N.-Brabant, v. 28 Maart 1848, R., dl. XXXVI, § 64.

4. Deze bepaling strekt blijkbaar om het maken van noodelooze onkosten door het opeenstapelen van inbeslagnemingen te voorkomen, doch daaruit vloeit tevens voort, dat de opposanten voor hunne onkosten van oppositie en de latere plaatsing op den staat, op ééne lijn moeten gesteld worden met den executant, en hunne oppositie een integreerend deel uitmaakt met de door hem aangevangen uitwinning.

Arr.-R. Amersfoort, v. 17 Febr. 1858, W. n°. 1998.

5. Eene beslissing van den rechter-commissaris over de wettigheid eener oppositie staat niet gelijk met een vonnis van de rechtbank, zoodat voorziening daartegen niet bij den hoogeren rechter, maar bij de rechtbank moet ingesteld worden.

Arr.-R. Assen, v. 21 Dec. 1868, W. n°. 3236.

6. Eene beteekening aan de gekozen woonplaats van den arrestant en niet aan hem in persoon of aan zijne werkelijke woonplaats gedaan, is in strijd met dit artikel en brengt de algeheele nietigheid der oppositie met haar gevolg te weeg.

Arr.-R. Assen, v. 21 Dec. 1868, ut supra.

7. Er bestaan geene termen om den deurwaarder tot vergoeding van schaden en interessen aan te spreken, wanneer hem noch boos opzet noch onachtzaamheid, noch onbekwaamheid te wijten is; maar wanneer er integendeel een vermoeden is, dat de deurwaarder in last heeft gehad de beteekening der oppositie juist zoo te exploiteeren als hij heeft gedaan, zoo dat de schade niet aan zijn toedoen kan worden toegeschreven.

Arr.-R. Assen, v. 21 Juni 1869, W. n°. 3244.

— Zie ten betooge (met een beroep op de geschiedenis der wetgeving, v. D. HONERT, *Hdb.*, p. 479 en 480), dat oppositiën, door schuldeischers tegen de afgifte der kooppenningen, *gedurende* den verkoop der goederen gedaan, van kracht en van waarde zijn — S. M., in de *Opm. en Med.*, dl. II, p. 75 en 76; idem OUDEMAN, dl. II, 4de ed., p. 112, en onder vigueur van 't Fransche recht,

PIGEAU, dl. II, p. 98 en BONNIN, ad art. 609; — anders bij DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 538 en 547, 2de ed., p. 607 sq., volgens wien het verzet slechts ontvankelijk is tot *aan* of *vóór* den verkoop der in beslag genomen goederen; idem LIPMAN, *B. R.*, p. 197.

Art. 459.

1. Het verbod van dit artikel geldt *niet* voor conservatoir maar is beperkt tot executoriaal beslag. Idem R. Zwolle 14 Febr. 1894, W. n°6465.

Arr. v. 6 Mei 1870, W. n°. 3247; R., dl. XCV, § 2; v. D. H., *B. R.*, dl. XXXIV, p. 440—452; ook aangehaald sub art. 305 B. R., idem Arr.-R. Amsterdam, v. 22 Maart 1878, R. B., jg. 1879, *A*, p. 187, waarbij is beslist, dat de van waarde-verklaring van een proces-verbaal van vergelijking betreffende conservatoir beslag niet kan gevraagd worden, vermits het proces-verbaal zelf als eene krachteloze handeling moet worden beschouwd. Verg. ook art. 456, sub n°. 2.

2. Alleen dan, wanneer het aan den deurwaarder, die belast is met het doen van het arrest, wettelijk blijkt van eenig vroeger gelegd beslag (hetgeen o. a. niet het geval is, indien de over dat arrest aangestelde bewaarder zich als zoodanig niet aan den deurwaarder heeft bekend gemaakt noch hem het proces-verbaal van inbeslagneming heeft vertoond) is hij verplicht te recolleeren, terwijl hij anders gerechtigd is op nieuw beslag te leggen.

Arr.-R. Assen, v. 28 Mei 1844, W. n°. 542. In gelijken zin bij DE PINTO, dl. II, 2, p. 549, 2de ed., p. 609, volgens wien, bij het leggen van een tweede beslag door den deurwaarder, bij verzuim van aan hem gedane bekendmaking door den bewaarder van het bereids gelegd beslag, het tweede beslag geldig zou zijn, doch de meerdere kosten daarvan moeten komen voor rekening van den bewaarder, door wiens verzuim zij veroorzaakt zijn.

3. De regel, dat geen arrest op arrest gelden kan, heeft slechts dezen zin dat op voorwerpen, waarop beslag kleeft niet feitelijk meerdere arresten kunnen worden ten uitvoergelegd; de wet echter behoudt wel bepaaldelijk aan meerdere schuldeischers het recht van beslag leggen voor en voorziet in hunne onderlinge rechtsverhouding en in de regeling tot verhaal hunner vorderingen.

P. H. v. Zeeland, v. 21 Dec. 1869, R. B., jg. 1871, dl. XXI, p. 569.

Art. 461.

Zie ten betooge, dat nu de opheffing van het hoofdbeslag, ter zake van nietigheid in den vorm, naar het Nederlandsch recht (overeenkomstig den regel: *„quod ab initio non valet"*) alle oppositiën vernietigt (en daardoor heeft opgehouden de twistvraag, daarover ontstaan onder den C. de Proc. Civ., die geene uitdrukkelijke bepaling hieromtrent had, vgl. OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 113,) daaruit voor de opposanten eene actie wordt geboren tegen den deurwaarder, die de nietigheid heeft veroorzaakt, tot vergoeding van de *casu quo* door hen geleden schade —

VERNEDE, ad art.

Art. 467.

De aanteekening van den gedanen aanslag der billetten in geval van inbeslagneming, door den deurwaarder aan den voet van zijn proces-verbaal van arrest te plaatsen, is aan de registratie onderworpen en zal, wanneer aan dat proces-verbaal een exemplaar van het aangeslagen billet is gehecht, ook dit exemplaar aan die formaliteit zijn onderworpen.

Decisie van den Minister van Financien v. 22 Maart 1839, n°. 43, R., dl. III, § 50.

Art. 471.

Zie over de vraag of nog niet opvorderbare gelden vatbaar zijn voor beslag onder derden —

Arr.-R. 's Hertogenbosch, v. 30 Dec. 1874, W. n°. 3840 sqq., sub art. 475 B. R.

Art. 474.

Zie ten betooge, dat de deurwaarder die na gedanen executorialen verkoop, den koopschat noch ter griffie noch op eene andere plaats ter bewaring overbrengt, maar in strijd met de wet, de geheele opbrengst

Het beslag eindigt door den verkoop der in beslag genomen goederen, waardoor onherroepelijk wordt beschikt of en in hoeverre de schuldeischer zijne inschuld zal kunnen verhalen op de goederen van zijn schuldenaar. De griffier zal den koop 1061 aanzeggen aan den curator van den in- (Art. 474.
middels in staat van faillissement verklaarden schuldenaar

der executie in zijn bezit en onder zijn beheer houdt, moet geacht worden vrijwillig en zonder last eens anders zaak te hebben waargenomen, en als zoodanig rekening en verantwoording schuldig is —

art. 1390 B. W., vonnis van de Arr.-R. Gorinchem, v. 11 Dec. 1847, sub n°. 6, 2de ed., n°. 16.

— Bij arrest van 't P. H. v. Groningen, v. 22 Juli 1841, *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 239 is, in tegenstelling van het daarbij vernietigd vonnis van de Arr.-R. Winschoten, v. 27 Nov. 1840, *Regt in Nederl.*, ut supra, beslist, dat de daad van hem, die zijne eigene roerende in beslag genomen goederen, waarover hij zelf als bewaarder was aangesteld, heeft verduisterd, niet valt in de termen van art. 408 van den toen nog vigeerenden Code Pénal, welk gevoelen volgens Léon te recht, blijkens Oudeman, *B. R.*, 2de ed., dl. II, p. 136, (4de ed., p. 116, 3de ed., p. 115), ook door de Arr.-R. Groningen wordt gedeeld. — Vgl. hieromtrent v. d. H., *Hdb.*, p. 489 en Oudeman ut supra, welke laatste herinnert, dat bij het destijds gedeeltelijk aangenomene *Nederl.* Wetboek van Strafrecht, in den 2den titel van het 2de boek, in die gaping is voorzien, gelijk vroeger in Frankrijk bij de herziening van den Code Pénal in het jaar 1832.

Het feit is thans ook hiertelande strafbaar krachtens art. 198 Ned. Wetb. van Strafrecht.

Art. 475.

1. Wanneer het beslag is gelegd onder een anderen persoon dan den schuldenaar, heeft alleen de derde onder wien het beslag is gelegd, en niet de *schuldenaar* belang en recht te beweren, dat de executie slechts moet plaats hebben overeenkomstig de voorschriften der wet met betrekking tot het executoriaal arrest onder derden.

Arr. v. 7 Nov. 1873, W. n°. 3654; R., dl. CV, § 22; idem het daartoe betrekkelijk arrest P. H. v. N.-Holland, v. 27 Juni 1872, W. n°. 3501.

2. Het goed dat onder een gerechtelijk bewaarder is opgeslagen kan ten opzichte van den eigenaar niet gezegd worden onder een derde te berusten.

Arr. v. 7 Nov. 1873, ut supra.

3. Bij gebreke van een voorafgaand *bevel* tot betaling aan den eigenlijken schuldenaar, is de eischer met het oog op art. 439, al. 2, B. R. niet-ontvankelijk in zijn executoriaal beslag onder derden.

Arr.-R. Alkmaar, v. 2 Nov. 1843, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 334 en 335; idem bij Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 120 en de Pinto, *Hdl. B. R.*,

dl. II, 2, p. 555, 2de p. 616, welke beide in dit geval niet alleen vorderen het doen van het bevel, maar ook de voorafgaande beteekening aan den schuldenaar; — anders echter bij vonnis der Arr.-R. Assen, v. 7 Maart 1853, R. B., jg. 1853, p. 520 en 521, waarbij is beslist, dat, wanneer, gelijk *in casu*, het vonnis uit kracht waarvan beslag was gelegd, vóór dit beslag was beteekend, er alsdan tot een executoriaal beslag onder derden geen voorafgaand bevel noodig is: idem bij arr. P. H. v. Z.-Holland, v. 16 Jan. 1860, W. n°. 2181, hoofdzakelijk op grond dat de wet, waar zij een bevel wil, dit uitdrukkelijk bij ieder bizonder geval bepaalt, als in art. 439, 502 en 599 B. R., terwijl een algemeene regel deswege niet is voorgeschreven; idem Arr.-R. Leeuwarden, v. 23 Maart 1882, W. n°. 4814; R. B., jg. 1882, A, p. 160. Zie pro et contra, W. n°s. 807 en 837. — Vgl. hiermede art. 436 B. R., arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 17 Juni 1847 sqq., sub n°. 4, en meer in het bizonder het aldaar vermelde vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 19 Jan. 1846.

4. De regel, dat men niet gelijktijdig op twee onderscheidene wijze van beslag op dezelfde goederen executie mag dirigeeren, verhindert niet dat men goederen, die men in conservatoir beslag genomen heeft, met ter zijde stelling van dat beslag, bij executoriaal arrest onder derden op nieuw in beslag neme.

P. H. v. N.-Holland, v. 17 Juni 1847, W. n°. 934; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 1 sqq.

5. De bepalingen omtrent *executoriaal arrest* onder derden, voorkomende in artt. 475 en volgg. B. R., moeten gevolgd worden, als men beslag wil leggen op inschulden, die een debiteur, als er beslag op zijne roerende goederen gelegd is en hij zoodoende geëxecuteerd wordt of is, van derden mocht te vorderen hebben, of in dat geval op goederen van zoodanigen debiteur, welke onder derden mochten berusten, zoo als het woord *geëxecuteerde* en de plaatsing dier bepalingen in den titel van genoemd Wetboek, handelende *over de gerechtelijke tenuitvoerlegging op roerende goederen*, waarvan dat executoriaal beslag een gevolg is, duidelijk aantoonen; terwijl het arrest onder derden, waaromtrent de vorm van procedeeren is voorgeschreven bij artt. 735 en volgg. van datzelfde Wetboek, voorkomende in het 3de boek, 4den titel, te pas komt in het geval, als er van *zoodanige executie* geene kwestie is, zoodat een crediteur niet naar zijn welgevallen een dezer middelen mag kiezen, maar de conditie, waarin hij zich bevindt, moet toetsen aan deze beide middelen, en *dat middel* bezigen, *hetwelk op hem van toepassing is*, althans executoriaal beslag onder derden niet

ten uitvoer leggen, als hij niet reeds bezig is, zijn debiteur in diens losse goederen te executeeren.

Arr.-R. Groningen, v. 28 Juni en 13 Dec. 1850, R. B., jg. 1854, p. 360—362 en 367—369. — Vgl. hiertegen de bedenkingen van A. D. V. in 't R. B., ut supra, p. 504 en 505, die aldaar doet uitkomen, dat bij dit vonnis schijnt te zijn aangenomen, dat een *executoriaal* arrest onder derden niet mag worden aangewend, tenzij er reeds een beslag onder eigen handen van den schuldenaar, een *geëxecuteerde* en een *geëxecuteerd wordende boedel* besta. Te recht m. i. is de heer A. D. V. van meening, dat men door den *geëxecuteerde*, in art. 475 bedoeld, eenvoudig moet verstaan *hem, wiens goederen onder derden, ten fine* van executie in beslag genomen worden en mitsdien de executie onder derden van de 2de afdeeling des titels niet afhankelijk is van de executie, onder handen van den schuldenaar in de 1ste afdeeling vermeld. Evenzeer leert OUDEMAN, *Opm. en Med.*, dl. VI, p. 246—251 en Mr. PENNING, ad art., dat ook uit art. 471 B. R. niet kan worden afgeleid, dat tot het leggen van een executoriaal beslag onder derden noodzakelijk eene executie op de roerende goederen van den geëxecuteerde zou moeten voorafgaan, maar dit beslag alleen is een middel van executie, den schuldeischer gegeven, die van een executorialen titel is voorzien, gelijk hij, zoodanigen titel niet hebbende, onder derden conservator beslag kan leggen volgens de bepalingen van artt. 735 en volgg. Dat dan ook het executoriaal arrest onder derden in laatstgemelden zin moet worden beschouwd, wordt geleerd door OUDEMAN, *B. R.*, 2de ed., dl. II, p. 140; 4de ed., p. 149 sq., 3de ed., p. 118 sq., DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 555; 2de ed., p. 645 sqq.; DE MARTINI, ad art., litt. *m*, enz. — Vgl. hiermede een vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 19 Jan. 1846, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 532 en v. 21 Juli 1846, W. n°. 791; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 559 sqq., waar deze vraag wel niet opzettelijk behandeld, maar het beslag steeds in dien zin is toegepast. (LÉON.)

6. Met het oog op art. 4, n°. 3, B. R. kan men volstaan met op van gemeentewege aan een derde verschuldigde gelden executoriaal arrest te leggen onder den burgemeester en ook laatstgemelden alleen (en niet tevens de wethouders) op te roepen tot het doen van verklaring.

Arr.-R. Amsterdam v. 27 Nov. 1850 W. n°. 1497; *Amsterd. Regtspr.*, dl. I, p. 176—178. — Cf. art. 4 B. R., vonnis van de Arr.-R. Nijmegen, v. 6 Jan. 1854, sub n°. 3 (1).

7. Uit art. 21, al 3 der wet van 7 Mei 1856 (*Stbl.* n°. 32) volgt dat op scheepsgage *onder geene voorwaarden beslag* kan gelegd worden,

(1) LÉON betwijfelt ten sterkste de juistheid dezer beslissing en vereenigt zich veeleer met het bovenaangehaald vonnis van de Arr.-R. Nijmegen.

want hetgeen daar omtrent bloed- en aanverwanten van den schepeling vermeld staat, ziet alleen op cessie.

Arr.-R. Amsterdam, 5 Oct. 1864, W. n°. 2642.

8. Bestuurders van een zedelijk lichaam, tevens medeleden van dat zedelijk lichaam, kunnen als derden beschouwd worden, onder wie executoriaal beslag mag gelegd worden ten laste van dat zedelijk lichaam.

Arr.-R. Rotterdam, v. 15 Febr. 1865, W. n°. 2684.

9. Geen executoriaal beslag onder derden kan gelegd worden op hetgeen den geëxecuteerde in zoodanige betrekking of kwaliteit competeert, dat hij daarvan jegens anderen verantwoording schuldig is.

Arr.-R Amsterdam, v. 26 Jan. 1870, W. n°. 3225, R. B., jg. 1870, p. 246 sqq.

10. Executoriaal beslag onder derden vordert in geen geval, ook niet wanneer het is gelegd krachtens een dwangschrift voor registratierecht, eene van-waarde-verklaring

Arr.-R. Maastricht, v. 2 Maart 1871, W. n°. 3312. Zie over de kenmerken van een zoodanig beslag in tegenstelling van het conservatoir beslag, dezelfde beslissing

11. Uit de bepaling van art. 471 B. R kan wel worden afgeleid, dat, wanneer de executant de hand reeds gelegd heeft op titels van nog niet opvorderbare inschulden, hij niet een tweede dan geheel doelloos middel van verhaal ten koste van zijn schuldenaar mag aanwenden, maar daaruit volgt niet noodwendig, dat, wanneer die nog niet opvorderbare titels *niet* liggen onder executoriaal beslag, het middel van beslag onder derden verboden is.

Arr.-R. 's Hertogenbosch, v. 30 Dec. 1874, W. 3840, cf. art. 735 B. R., Arr.-R. Amsterdam, v. 20 Oct. 1845 sqq. Bij het vonnis werd nog overwogen, dat de juistheid van die uitspraak nog wordt bevestigd door de wet van 24 Jan. 1815 (*Stbl.* n°. 5), waarbij ook het beginsel, dat op nog *niet* verschenen termijnen beslag kan worden gelegd is aangenomen, welk beginsel is gehandhaafd bij de wet van 9 Mei 1846 (*Stbl.* n°. 24) en bij de herziening daarvan, in de wet van 21 Mei 1873 (*Stbl.* n°. 64).

12. De vordering tot betaling moet worden toegewezen ook dan, wanneer executoriaal derde arrest onder den debiteur ten laste van den

crediteur is gelegd, wanneer niet blijkt, dat eerstgenoemde nog niet tot het doen van verklaring is gedagvaard.

Arr.-R. Amsterdam, v. 25 April 1882, R. B., jg. 1882, *A*, p. 162.

Art. 476.

Zie ten betooge, dat geen executoriaal beslag onder derden mag worden gelegd op de in de artt. 756 en 757 B. R. opgenoemde goederen en gelden, doch wel op die, welke in de artt. 447 en 448 B. R. zijn vermeld. —

DE PINTO, dl. II, 2, p. 555 en 556, 2de ed., bl. 616 sq.; — anders, voor zooveel het laatste punt betreft, bij PENNING, ad art.

Art. 477.

1. Uit de bepaling der wet, dat het verzet tegen een executoriaal beslag onder derden moet worden gebracht voor den bevoegden rechter van den geëxecuteerde, vloeit niets anders voort dan eene relatieve onbevoegdheid van andere rechters, waarop zich alleen de geëxecuteerde, ten wiens behoeve zij is bepaald, kan beroepen: met dat gevolg dat deze bepaling geene onbevoegdheid *ratione materiae* kan teweeg brengen.

Arr. v. 12 Mei 1848, W. n°. 916; R., dl. XXXI, § 20; v. D. H., *B. R.*, dl. IX, p. 404—435. Vgl. hiermede het vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Juli 1846, W. n°. 791; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 559 sqq., bevestigd bij arrest 't P. H. v. N.-Holland, v. 17 Juni 1847, W. n°. 934; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 1 sqq., alsmede P. H. v. Z.-Holland, v. 16 Jan. 1860, sub hoc art.

2. De exceptioneele proces-orde, door de Wet van 22 Frimaire, an VII en 27 Ventôse, an IX der Fransche Republiek in het leven geroepen, alleen betrekking hebbende tot het invorderen van registratie- of andere door het bestuur der registratie te heffen rechten en tot de geschillen welke zich, met betrekking tot de heffing der rechten, mochten opdoen, volgt hieruit, dat het bestuur der registratie, in verzet komende tegen een beslag, te zijnen laste onder derden gelegd, procureur moet stellen.

Arr.-R. Maastricht, v. 9 Nov. 1848, W. n°. 998; R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 426 en 427.

De geëxecuteerde kan reeds vóór de betekening geldig in verzet komen: Rb. Rotterdam 9 Nov. 1900 W. n° 9244.

3. Uit de bepaling dat het verzet moet worden gebracht voor den bevoegden rechter van den geëxecuteerde vloeit niet voort, dat dit altijd en alleen zoude zijn de rechter van diens woonplaats.

Wanneer de geëxecuteerde geen woonplaats heeft binnen het Koninkrijk, maar buitenslands is gevestigd, is de rechter van de door den executant bij het beslag gekozen woonplaats alleszins bevoegd van het verzet kennis te nemen.

P. H. v. Z.-Holland, v. 16 Jan. 1860, W. n°. 2181 waarbij bovendien werd beslist dat vermits het voorschrift van de 3de al. van dit artikel kennelijk is gegeven in het belang van den geëxecuteerde, de executant zich op het niet nakomen van die bepaling niet tegen hem kan beroepen.

4. Ofschoon bij dit art. de geëxecuteerde gezegd wordt binnen acht dagen na de beteekening van het beslag daartegen te kunnen in verzet komen, is hieruit niet af te leiden, dat dit later niet meer zou kunnen geschieden, daar toch, eensdeels, aan het laten verloopen van den gestelden termijn geen zoodanig gevolg bij de wet is verbonden, en anderdeels uit den samenhang van dit art. met art. 479 duidelijk is, dat de termijn van acht dagen is bepaald om de voortzetting der executie gedurende dien tijd te doen schorsen, ten einde den geëxecuteerde gelegenheid te geven er tegen op te komen, doch niet om dezen te verhinderen, ook nog daarna in verzet te komen, zoolang de executie nog niet is voortgezet, en de derde gearresteerde niet is gedagvaard tot het doen zijner verklaring.

P. H. v. Z.-Holland, v. 16 Jan. 1860, W. n°. 2181, verg. echter vonnis der Arr.-R. Zwolle, v. 21 Maart 1877, sub hoc art.

5. Geen ander dan de geëxecuteerde kan volgens dit artikel in verzet komen tegen het onder derden gelegd beslag; — de echtgenoot des geëxecuteerden, ook al beweert zij, dat het beslag op haar privaat eigendom is gelegd, evenmin als ieder ander derde. Bij zoodanig verzet, ware het ontvankelijk, zoude niet alleen de arrestant, maar evenzeer de geëxecuteerde in het geding moeten worden gebracht.

Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Sept. 1867, W. n°. 2981; R. B., jg. 1868, p. 327.

6. Het verzet is vervallen, wanneer niet tevens binnen den voorgeschreven termijn voor den bevoegden rechter is gedagvaard.

Arr.-R. Zwolle, v. 21 Maart 1877, W. n°. 4157; R. B., jg. 1879, *A*, p. 199; waarbij nog werd beslist dat de hier geregelde competentie is *ratione personae*.

7. Wanneer de kennelijke strekking van de vordering niet is een verzet als bedoeld bij dit artikel, noch ook de opschorting eener aangevangen executie beoogt, maar wel de nietig-verklaring van een onrechtmatig gelegd beslag (*in casu* zonder voorafgaanden executorialen titel), missen de bepalingen van dit artikel geheel hare toepassing.

Arr.-R. Leeuwarden, v. 5 Juni 1879, W. n°. 4442, R. B., jg. 1882, *A*, p. 161.

8. Zie omtrent de redenen, welke den wetgever hebben geleid om aan den geëxecuteerde het vermogen toe te kennen, in verzet te komen tegen een executoriaal arrest, dat te zijnen laste onder derden wordt gelegd en de gevallen waarin daartoe termen kunnen bestaan —

v. d. Honert, *Hdb.*, § 477 en Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 122 sqq.

Art. 478.

Dit artikel is *niet* ingetrokken bij de wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n°. 55), ofschoon de intrekking daarvan bij het ontwerp werd voorgesteld.

Zie ten betooge, dat de schadevergoeding, waarvan in art. 478 B. R. gesproken wordt, niet altijd van zelve volgt uit het gegrond bevinden van het verzet en ook dan niet kan worden toegewezen, wanneer de executant te goeder trouw het beslag heeft gedaan, b. v. indien hij onbewust is geweest, dat hetgeen hij onder derden heeft beslagen, niet aan den geëxecuteerde *in zijn privé* behoorde —

v. d. Honert, *Hdb.*, § 478; — anders bij de Pinto, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 558 en 559, 2de ed., p. 620 en Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 123 en 124, die volgens Léon te recht opmerken, dat het genoeg is, dat de daad in zich, *objective*, onrechtvaardig is en schade veroorzaakt en de geëxecuteerde dus alleen heeft te bewijzen, dat de executant had kunnen en mitsdien behooren te weten, dat zijn beslag onwettig was en hij daardoor is benadeeld. — Cf in gelijken zin, art. 1401 B. W., arrest van 't P. H. v. Holland, v. 4 Nov. 1840, sub n°. 8, 2de ed., sub n°. 26, alsmede omtrent de vraag, of bij gegrond-bevinding van het verzet, ter zake der niet nakoming van het bepaalde bij art. 476 B. R., de in art. 478 B. R. vermelde schadevergoeding bij lijfsdwang kan worden toege-

wezen — het sub art. 585 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 11 Mei 1842, vermelde arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 17 Juni 1847. — Zie ook art. 1401 B. W. sub n°. 22, 2de ed., n°s. 38 en 80 en art. 456 B. R. sub n°. 22*c*.

Art. 479.

1. Een executoriaal beslag, gelegd op het loon of tractement van een stedelijken ambtenaar, kan zich niet uitstrekken tot de termijnen of kwartalen, welke tijdens de verklaring van den derden gearresteerde niet zijn verschenen, — daar een vonnis door middel van het executoriaal beslag wel kan worden ten uitvoer gelegd op de gelden en inschulden, welke de veroordeelde tijdens het beslag, tot op den dag der verklaring toe, van derden heeft te vorderen, onaangezien die inschulden geheel of ten deele, eerst na de verklaring betaalbaar en opvorderbaar mochten worden, maar zoodanig beslag zich niet kan uitstrekken op inschulden, die op het tijdstip der verklaring nog niet zijn geboren, waarvan het geheel onzeker is, of zij wel ooit zullen bestaan, en die nog niet in den eigendom van den schuldenaar of gearresteerde zijn.

Deze op zich zelve zoo duidelijke stelling wordt nog ten overvloede bevestigd door onderscheidene positieve wetsbepalingen in materie van beslag; dat toch zelfs daargelaten, dat de wet enkel gewaagt van beslag op inschulden, welke de geëxecuteerde van derden mocht te vorderen hebben, of op goederen van hem, welke onder derden mochten berusten, — altijd tegen den derden gearresteerde, wanneer hij geene negatieve verklaring uitbrengt, desnoods na tegenspraak, een vonnis *moet* worden gewezen, houdende onvoorwaardelijke veroordeeling tot afgifte of betaling eener vastgestelde en bepaalde geldsom of zaak, welke veroordeeling tegen dien gearresteerde op de gewone wijze kan worden ter executie gebracht.

Zoodanige veroordeeling kan ten deze met betrekking tot de toekomstige kwartalen niet worden uitgesproken, omdat boven alle bedenking de derde gearresteerden de vrijheid behouden, om de bestaande overeenkomst met den gearresteerde te wijzigen en te veranderen, waardoor de veroordeeling krachteloos zoude worden gemaakt, hetgeen niet is overeen te brengen met de onvoorwaardelijkheid en bepaald-

heid, welke eene rechterlijke veroordeeling moet aankleven: terwijl al verder het daardoor steeds onzeker zou blijven, wat en hoeveel er is verschuldigd, en daarover dus later nog geschil zoude kunnen rijzen, hetwelk in strijd is met de wet, die juist beveelt, dat het *quantum* van het verschuldigde, des noods na tegenspraak tusschen den arrestant en den gearresteerde, door den rechter bepaald zal worden vastgesteld, — terwijl al verder de arrestant ook volgens de wet een uitsluitend recht op het gearresteerde verkrijgt, indien geene meerdere arresten, vóór dat het vonnis tot afgifte is gewezen, zijn gedaan; waaruit insgelijks volgt, dat executoriaal beslag alleen op die zaken kan worden gelegd, welke reeds in den eigendom van den schuldenaar zijn, omdat toch zijne andere schuldeischers, die verzuimd of niet verkozen hebben, om ook hun recht op het gearresteerde uit te oefenen, in hun geheel moeten blijven, om later te deelen in het hun verschuldigde, te verhalen op hetgeen in het vervolg door hunnen schuldenaar in eigendom mocht worden verkregen.

Arr.-R. Breda, v. 2 Maart 1847, W. n°. 853; — anders, met betrekking tot het arrest onder derden, bij vonnis der Arr.-R. Zwolle, v. 2 April 1851, vermeld op art. 735 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 20 Oct. 1845 sqq.

2. De executanten kunnen door het gelegd executoriaal beslag onder derden niet meer recht bekomen, dan de geëxecuteerde zelf zou hebben kunnen uitoefenen.

Hieruit volgt dat, indien een geëxecuteerde recht heeft op een hem eerst bij ontslag uit zekere betrekking of aan zijne erven of rechtverkrijgenden bij overlijden uit te keeren aandeel in de gedeclareerde bezittingen van zekere spaarkas, dit recht, als eene *waarde hebbende onlichamelijke zaak*, tot zijne goederen behoort, die als gemeenschappelijke waarborg voor zijne schuldeischers bij executie aansprakelijk zijn, doch waarvan in dit geval door den executant geene dadelijke af- of overgifte kan worden gevorderd, maar eerst op het oogenblik der opvorderbaarheid na ontslag of overlijden.

Arr.-R. Utrecht, v. 22 Sept. 1852, R. B., jg. 1853, p. 77—81. — Vgl. hiermede de artt. 742 en 744 B. R., vonnis van denzelfden datum en een vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 14 April 1847, W. n°. 858; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 77—81.

Artt. 756 en 757 Rv. zijn van toepassing op het executoriaal derden-beslag: Rb. 's-Gravenhage 10 April 1903, W. P. N. R. 2266.

3. Hij, die een tweede of later beslag onder eenen derde legt is verplicht dezen te dagvaarden tot het doen van verklaring, — ook wanneer reeds verklaring op een vorig beslag gedaan is.

Rb. 's-Gravenhage 29 Juni 1892 W. n° 6246.

Arr. v. h. voorm. Prov. Ger. van Utrecht, v. 19 Oct. 1857, vernietigende een vonnis der Arr.-R. Utrecht, v. 31 Juli 1857, R. B., jg. 1858, dl. VIII, p. 209—226, alwaar ook de conclusiën van het Openb. Min. te vinden zijn. Het arrest wordt op pag. 222 aldaar door een inzender bestreden, en verdedigd door J. J. v. L., in *N. Bijdr.*, jg. 1858, dl. VIII, pag. 276.

4. Zie ten betooge:

Kons. (Iz.) Rb. 's-Gravenhage 2 Mrt. 1901 W. n° 8045

a. Dat, hoewel nergens is bepaald dat de executant gebonden is aan een termijn tot dagvaarding van den derden gearresteerde om verklaring te doen, men hier echter zal moeten toepassen den termijn, in de artt. 740 en 741 B. R. bepaald en bij analogie moeten aannemen, dat die begint te loopen van af den dag, in art. 477 vermeld, indien er geen verzet is gedaan en, indien dit wel is gedaan, van af den dag van het vonnis, waarbij het verzet is afgewezen —

PENNING ad art.

b. Dat de executant, bij de oproeping van den derden beslagene tot het doen van verklaring ingevolge art. 479, zal moeten bewijzen, dat hij het beslag aan den geëxecuteerde tijdig (art. 476) heeft doen beteekenen, en bij gebreke daarvan de derde beslagene zal mogen weigeren verklaring te doen, op grond der nietigheid van het beslag, als hebbende laatstgemelde zelf (daar hij tegenover den geëxecuteerde aansprakelijk blijft voor eene verklaring, maar vooral voor eene betaling, krachtens een onwettig beslag gedaan) een persoonlijk en onmiddellijk belang bij de exceptie —

DE PINTO, *Hdl.. B. R.*, dl. II, 2, p. 556 en 557, 2de ed., p. 617.

Zie omtrent de wijze en de gevolgen ook van een executoriaal beslag onder derden, het aangeteekende op de artt. 740 en volgg. B. R.

Art. 480.

Betalingen aan opposanten gedaan, zonder inachtneming van deze artikelen behoeven door den geëxecuteerde niet erkend te worden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 21 Dec. 1859, W. n°. 2184.

Art. 481.

Mr. H. Verloren stelt in W. n°. 1721 eene wijziging voor van dit artikel, ten doel hebbende om den invloed van den geëxecuteerde op de onderhandsche verdeeling der penningen te beperken, en zoodoende vele kostbare rangregelingen te voorkomen.

Art. 482.

Zie ten betooge dat, ondanks de letter van art. 484, niet alleen de opposanten tegen de verdeeling der opbrengst van bij executie verkochte roerende goederen, maar ook de executant en geëxecuteerde de bevoegdheid hebben bij den rechter-commissaris wederspraak te doen tegen den staat van rangregeling der schuldeischers —

Regtsg. Arbe., dl. III, p. 128—132: Oudeman. *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 128 en de Pinto, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 2, p. 568 en 569, 2de ed., p. 630. — Vgl. hiermede v. d. Honert, *Hdb.*, § 484, en een vonnis van de Arr.-R. 's Hage, v. 17 Jan. 1845, W. n°. 609, waarbij die rechtsvraag wel is behandeld, maar niet uitgemaakt, uit hoofde de geëxecuteerde niet het wettig middel, om tegen de rangschikking zijner schuldeischers op te komen, had aangewend.

Art. 485.

Met het oog op de artt. 485 en 489 B. R., kan er alsnog geene sprake zijn van afgifte van borderellen, wanneer nog niet blijkt, dat er geene wederspraak of beroep in cassatie is gedaan.

Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Aug. 1849, W. n°. 1063.

Art. 486.

1. De wet schrijft nergens bepaaldelijk voor, dat, in geval van tegenspraak tegen eene rangregeling, de opposant verplicht is al zijne gronden van tegenspraak onmiddellijk op te geven en op het procesverbaal van verzet te doen opteekenen. Het is voldoende dat er tegenspraak bestaat, om de zaak door den rechter-commissaris naar de terechtzitting der Rechtbank te verwijzen, ten einde aldaar op akte van procureur tot procureur te worden beslist.

Indien de verkeerde aanhaling in het proces-verbaal door den rechter-commissaris van art. 558 in plaats van art. 486 B. R., geen den minsten invloed heeft gehad op den vorm of inhoud van dat proces-verbaal of op de verdere behandeling der zaak, welke is voortgezet en behandeld, even alsof art. 486 ware aangehaald geworden, dan is door geene der partijen eenig nadeel door die verkeerde aanhaling ondervonden, noch eene harer in hare rechten van verdediging benadeeld.

Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Aug. 1849, W. n°. 1063.

2. Wanneer de rechter-commissaris partijen niet tot tegenspraak heeft in de gelegenheid gesteld, veelmin hen naar de terechtzitting heeft verwezen, is het alleszins geoorloofd, dat de meest gereede partij bij gewone dagvaarding de zaak voor de rechtbank aanhangig maakt.

Arr.-R. Assen, v. 21 Dec. 1868, W. n°. 3236.

Art. 487.

Zie ten betooge:

a. Dat in cas van art. 487 de ontvankelijkheid van het hooger beroep moet worden afgeleid uit de hoegrootheid niet van de geheele som, welke moet worden verdeeld, maar alleen van de betwiste vordering —

DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 2, p. 570, 2de ed., p. 632 en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 130; — anders CARRÉ op art. 669 Code de Proc. Civ., *Qu.*, 2492.

b. Der bestaande tegenstrijdigheid (met betrekking tot de beteekening van het beroep en de uitdrukking der bezwaren) tusschen de artt. 343 en 487 B. R. —

een hoofd-artikel in 't W. n°. 555.

c. Dat de bij dit en art. 558 B. Rv. voorgeschreven termijnen niet van toepassing zijn bij de rangschikking in het faillissement —

Hof Amsterdam, v. .. Mei 1883, W. n°. 4975.

Art. 490.

De Pinto, *Hdl., B. R.*, dl. II, p. 573, 2de ed., p. 634; Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 130, en de Martini, ad art. *h* 2, leiden uit het woord «*onderling*» voorkomende in art. 490 B. R., met het oog op art. 559, af, dat de interessen wel ophouden te loopen tusschen de belanghebbenden onderling, maar geenszins ten opzichte o. a. van den schuldenaar of geexecuteerde; — anders, op grond dat nergens uit blijkt, dat onze wetgever heeft willen afwijken van art. 672 C. de Pr. Civ. — Penning, ad art.

Zie eenige opmerkingen over dezen titel en vergelijking van sommige harer bepalingen met die van buitenlandsche wetboeken, Mr. M. H. Godefroi in *Themis*, 2de verz., dl. X, bl. 76—100.

Art. 491.

1. Door de beslissing dat eene crediet-hypotheek, in verband met het bewijs der schuld, ten opzichte der executie met eene gewone hypotheek gelijk staat is dit artikel niet geschonden.

Arr. v. 22 Dec. 1871, W. n°. 3414; R., dl. XCIX, § 33; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXVI, p. 326—345.

Zie echter navolgende beslissing:

Eene gerechtelijke uitwinning kan niet worden beproefd op grond van eene notariëele akte, welke niet de schuld zelve vestigt, maar alleen strekt om zekerheid te geven bij hypotheek voor eene eventueel ontstane schuld, welke schuld *in casu* geconstateerd wordt bij de onderhandsche akte.

Arr.-R. 's Hertogenbosch, v. 15 Maart 1871, W. n°. 3494.

2. Wat er ook zij van de juridische natuur van den verkoop krachtens onherroepelijke volmacht, hetzij die worde beschouwd als een vrijwillige of als eene executie, zoo is die verkoop in allen gevalle niet de gerechtelijke verkoop, welke in boek II, titel 3 afd. 2 B. Rv. wordt geregeld, zoodat art. 536, als alleen geschreven voor den gerechtelijken verkoop, niet op den verkoop volgens art. 1223 B. W. van toepassing is.

Arr. v. 19 Nov. 1880, W. n°. 4579, bevestigende vonnis Hof Justitie Suriname, v. 23 Mei 1879, W. n°. 4413, waarbij de verkoop krachtens onherroepelijke volmacht als een *vrijwillige* verkoop werd aangenomen. idem Arr.-R. Amersfoort, v. 6 Febr. 1867, W. n°. 2898, ook vermeld sub art. 555 B. R.

Verg. navolgende beslissing:

Het gebruik maken van het beding van art. 1223 B. W. is eene uitwinning zonder tusschenkomst des rechters, dus geene gerechtelijke uitwinning, zoodat daarop niet toepasselijk zijn de bepalingen van den 3den titel van het tweede boek van Burg. Rechtsvordering.

Arr.-R. 's Hertogenbosch, v. 24 Maart 1871, W. n°. 3495; waarbij werd beslist dat hier de voorafgaande beteekening der grosse niet noodig is: idem Arr.-R. Amsterdam, v. 30 Oct. 1857, conf. conclusie Openb. Min. R. B., jg. 1858, dl. VIII, blz. 253—257. Verg. anders: art. 500 B. R., aant. 4 en art. 1223 B. W. sub n°. 11 *in utramque partem*.

Art. 492.

1. Art. 492 B. R. is niet van toepassing op een bizonder legaat, aan een mede-erfgenaam besproken.

Dit artikel, blijkens het woord *nietteminder*, eene uitzondering behelzende op den algemeenen regel, vervat in het onmiddellijk voorafgaand art. 491, houdt eene verbodsbepaling in voor het geval, dat er sprake is van het ter koop aanslaan van het aandeel van een mede-erfgenaam in de onroerende goederen eener nalatenschap, en kan dus, noch naar de letter noch naar den geest, eenige toepassing vinden in het geval dat voor het geheel zijn uitgewonnen eenige vaste goederen, behoord hebbende tot de nalatenschap van zekeren persoon, welke die goederen onder zekere voorwaarden aan zijn zoon in eigendom had gelegateerd.

Arr. v. 17 Oct. 1851, W. n°. 1272; v. d. H., *B. R.*, dl. XIII, p. 199—212. — Cf. het daartoe betrekkelijk vonnis van de Arr.-R. Breda, v. 2 Oct. 1849, W. n°. 1079, met adoptie der motieven bevestigd bij arrest van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 17 Sept. 1850, waarbij de *judex facti* des eischers niet-ontvankelijkheid in hun verzet als derden tegen een vonnis van definitive toewijzing hierop heeft gegrond, dat zij ter rechtvaardiging van dit hun verzet, geenszins kunnen volstaan met hunnen mede-eigendom in zekere onverdeelde erfgoederen te bewijzen, maar zij, alvorens de nietigheid van den gedachten verkoop te doen uitspreken, zouden moeten doen blijken bij scheiding op de betwiste goederen een beter en uitsluitend recht te hebben verkregen (de juistheid van welke overweging bij het voormeld arrest van den H. R. onbeslist is gebleven).

2. Art. 492 B. R. sluit geenszins in zich, dat de aldaar vermelde vordering der schuldeischers tot scheiding, van het oogenblik waarin

vr a.492: Rb. Amsterdam 20 Febr. 1893 Cen. Tijdschr. of Amsterdam 22 Febr. 1895
P. v. J. 1895 n°39.

de vordering is ingesteld, niet anders dan met voorkennis en medewerking van den schuldeischer zal kunnen geschieden.

Voormeld artikel heeft, in afwijking der bepaling van het Fransche recht, alleen de strekking, om, zoo in het belang der mede-eigenaren, als in dat van den schuldeischer, vóór de uitwinning de voorwerpen te doen aanwijzen, waartoe de schuldenaar uitsluitend gerechtigd is en die alzoo het onderpand zijner crediteuren zijn; met dat gevolg, dat aan het oogmerk des wetgevers en aan het doel der door hem toegekende actie is voldaan, zoodra die aanwijzing is geschied.

Mitsdien kan het instellen dier actie de principale belanghebbenden niet obsteren, wanneer zij vrijwillig tot eene scheiding en verdeeling zullen overgaan en verplicht dit hen ook niet den schuldeischer, die hen heeft gedagvaard, daarbij te roepen, althans niet zoo lang deze niet, hetzij door hunne eigene daad, hetzij bij rechterlijke gewijsde, als partij in de scheiding is erkend.

Arr.-R. Breda *sine die*, W. n°. 345; idem Arr.-R. Assen, v. 19 Maart 1855, W. n°. 1739, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 34. — In gelijken zin Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 133. — Zie ook Arr.-R. Nijmegen, v. 12 April 1870, W. n°. 3245 en v. 7 Maart 1871, W. n°. 3396, waarbij het beginsel wordt gehuldigd dat schuldeischers zich zoo min mogelijk met de scheiding en deeling tusschen hunne debiteuren zullen inlaten. Vgl. ook Voorduin, dl. IV, p. 273 en Asser, § 559.

3. Een schuldeischer kan geene scheiding en deeling vorderen van een door hem in beslag genomen onroerend goed, voor een deel aan zijn schuldenaar, doch voor een ander deel aan een derde toebehoorende, kunnende echter dit gebrek aan voldoenden rechtsgrond door de toestemming van dien derde worden gedekt, zoodat de rechter alsdan den gedanen en in rechten gegronden eisch niet kan ontzeggen.

De vordering is evenzeer in rechten ongegrond, indien het pand den schuldenaar, ten deele uit eigen hoofde, ten deele mandeelig met minderjarigen toebehoort. In dit geval is zijne toestemming ongenoegzaam om het gebrek aan rechtsgrond aan te vullen, en moet de onsplitsbaarheid der vordering, bij de noodwendige ontzegging van den eisch tegen den eersten gedaagde, ook de ontzegging tegen de overigen ten gevolge hebben.

Arr.-R. Groningen, v. 5 Jan. 1844, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 530—532.

4. Dit artikel kent den executant alleen het recht toe om de daár bedoelde scheiding en deeling te vorderen, doch niet om tevens te doen bepalen, dat de aldus gevraagde boedelscheiding onder zijne medewerking en toezicht, althans in zijne tegenwoordigheid, zal plaats hebben.

Arr.-R. Maastricht, v. 11 Nov. 1869, W. n°. 3261. De gedaagden hadden *in casu* in de geheele vordering toegestemd.

5. De schuldeischer van een der deelgenooten, die, na het onverdeeld aandeel van dezen in onroerende goederen in beslag te hebben genomen, gebruik maakt van de bevoegdheid, hem bij dit artikel verleend, om eene scheiding en verdeeling te provoceeren, doet dit niet als uitoefenende de rechten van zijnen schuldenaar, maar *suo jure*, dat is als derde, en is bij gevolg niet gehouden de schikkingen of verbintenissen, door dien schuldenaar met of jegens zijne deelgenooten aangegaan te eerbiedigen, tenzij de rechten, daardoor verkregen, een zakelijk karakter dragen.

Arr.-R. Breda, v. 21 Maart 1871, W. n°. 3448.

6. Het voorschrift dat de arrestant-crediteur scheiding mag vorderen, is alleen *beperkt* tot *onroerende* goederen.

Arr.-R. 's Hertogenbosch, v. 4 Aug. 1881, W. n°. 4753.

7. Zie ten betooge:

a. Dat het verbod van art. 492 B. R., (zoo als in het geval, beslist bij vonnis van de Arrond.-Rechtbank te Breda, sub n°. 2), toepasselijk is op iedere onverdeelde gemeenschap, op grond van analogie van rechten en van artt. 1129 en 183 B. W. —

Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 433: idem Arr.-R. Groningen, v. 3 Juli 1846, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 405, waarbij is beslist dat dit artikel ook van toepassing is op een gemeenschap tusschen erven van een overleden man en diens overgebleven echtgenoote. — Cf. Arr.-R. v. Breda, 21 Maart 1871, sub hoc art. — anders Penning, ad art. en vonnis Arr.-R. Maastricht, v. 25 Juni 1881, W. n°. 4872; R. B., jg. 1883, *A*, p. 1, cf. ib. p. 11, waar de beslissing juist wordt geacht, maar de gronden bestreden.

b. Dat de cessionaris van onverdeelde aangeduide goederen in eene

Art. 492 verbiedt niet de uitbetaalgrenning van onverdeeld onroerend goed, wel het ten verkoop aanslaan: Hof den Haag 5 Mart. 1907, W. n° 8540.

nalatenschap, ook uit analogie van art. 492 B. R., bevoegd is de scheiding en deeling daarvan te vorderen —

art. 1112 B. W., vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 20 Jan. 1845, sub n°. 12, 2de ed., sub n°. 19.

Art. 493.

Indien men wettelijk met hypotheek heeft bezwaard zijn onverdeeld gedeelte in eene nalatenschap, met overige mede-erven bezeten wordende en die eigendommen bij latere akte van scheiding voor het geheel aan codivideuten zijn toebedeeld, dan kan de hypotheekhouder aan zijn titel kracht van executie geven en overeenkomstig art. 2166 C. Nap. en art. 493 B. R. zijn hypotheek-recht vervolgen tegen de mede-erfgenamen, die in het bezit der vaste goederen zijn gekomen.

P. H. v. Friesland, v. 30 Sept. 1840, W. n°. 153.

Art. 498.

De kennisneming eener vordering, strekkende tot schorsing eener aangevangen executie op onroerend goed, behoort aan de rechtbank van het arrondissement, waarin het in beslag genomen goed gelegen is.

Arr.-R. Groningen, v. 13 April 1860, W. n°. 2479; R. B., jg. 1862, dl. XII, bl. 81—83.

Art. 499.

1. Ook het *beslag* op onroerend goed is nietig, wanneer het voor een nog niet verevende schuld is gelegd. Idem Rb. Amsterdam 29 Juni 1899 P.v.J. 1899 n° 92.

Arr. v. 29 Maart 1877, waarbij bevestigd werd arrest Hof 's Hertogenbosch, v. 17 Oct. 1876, R., dl. CXV, § 48; v. d. H., *B. R.*, dl. XLII, p. 170—179; W. n°s. 4038 en 4105; R. B., jg. 1879, A, p. 497 sqq.

2. Wanneer na het aanbod, vermeld in art. 1441, n°. 3 B. W., waaronder ook consignatie van eene som voor proces- en executiekosten onder voorbehoud van nadere vereffening, de executant geene schorsing noch termijn tot likwidatie van kosten vraagt, moet de voor-

(geldmenel)

zie art. 499
Hof den Haag 10 Apr. 1900, W. n° 7462, bev. Rb. Rotterdam 21 Nov. 1899, Gerde P.v.J. 1900, n° 96. W. n° 7317.

genomen gerechtelijke verkoop niet slechts gestaakt, maar ook het arrest opgeheven worden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Juni 1852, R. B., jg. 1852, p. 350—362.

Art. 500.

1. De verkoop van een verhypothekeerd goed, krachtens onherroepelijke volmacht, overeenkomstig art. 1223 B. W., is met der daad eene vereenvoudigde soort van uitwinning, en dus art. 500 B. R. ook daarop toepasselijk.

Arr.-R. Amsterdam, v. 8 Juni 1853, W. n°. 1529, R., dl. L, § 95; zie echter arr. v. 19 Nov. 1880 sqq. sub art. 491 B. R.

2. Aan de hier voorgeschreven formaliteit is genoegzaam voldaan, ook al zijn in de insinuatie, aan den vader of voogd als zoodanig gedaan, niet de namen van *alle* zijne kinderen of pupillen genoemd.

Arr.R. Tiel, v. 8 Juni 1855, W. n°. 1740.

3. De kennisgeving, bij dit artikel bedoeld en het bevel van betaling kunnen, mits de eerste aan het laatste voorafgaande, in één exploit worden vereenigd.

P. H. v. N.-Holland, v. 2 Maart 1865, W. n°. 2722.

Art. 501.

De bepaling van dit artikel geldt ook bij tenlastelegging van roerend goed. Rb. Amsterdam 27 Juni 1899 P.v.J. 1899 n° 75.

1. Uit dit artikel volgt, dat, al kon de schuldenaar bewijzen, dat van het bedrag der schuld, waarvoor het beslag is gelegd, een gedeelte was betaald, de gerechtelijke uitwinning niet kon worden verhinderd.

Arr.-R. Tiel, v. 25 Jan. 1856, W. n°. 1741.

2. Zie ten betooge dat het beginsel van art. 134 B. R. ook is gehuldigd in dit artikel —

P. H. v. N.-Holland, v. 22 April 1875, sub art. 134 B. R.

Art. 502.

1. Het beslag op onroerend goed moet (met het oog op de artt. 1243 en 1279 B. W., bij vergelijking met de artt. 2161 en 2176 C. N., de artt. 439, 493, 502, 505, 515 en 563 B. R. en in verband met de geschiedenis der wetgeving) worden voorafgegaan door een bevel alléén aan den schuldenaar en *niet* tevens aan den derden bezitter te beteekenen, gelijk zulks o. a. blijkt uit de bepaling van art. 502 B. R., waar alleen wordt gesproken van de beteekening van een bevel *aan den schuldenaar*, als hoedanig de derde bezitter, volgens de beginselen van de Nederlandsche wetgeving, niet wordt beschouwd; terwijl ook de inhoud van een bevel, gelijk die bij hetzelfde artikel wordt voorgeschreven, in geenen deele overeenstemt met de verplichtingen, die volgens de Nederlandsche wetgeving op den derden bezitter rusten

P. H. v. Gelderland, v. 15 Oct. 1845, W. n°. 686; R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 789—792. — Cf. v. d. Honert, *Hdb.*, § 502.

2. Uit de artt. 80 en 502 B. R. volgt, dat de beteekening van het vonnis (*in casu* bij verstek gewezen) en het bevel twee onderscheidene akten zijn, in strekking verschillende, het eerste om het vonnis bekend te maken, en het tweede eene laatste waarschuwing om *in mora* te stellen, terwijl in de bepaling van art. 502 B. R., om in het bevel melding te moeten maken van den titel, blijkbaar de bedoeling der wet ligt, dat een afzonderlijk bevel na de beteekening van het vonnis moet gedaan worden.

Hoezeer een bevel geene ten-uitvoer-legging is (vgl. daaromtrent art. 88 B. R., sub n°. 7), blijkt de noodzakelijkheid daarvan voor een beslag op onroerende goederen (op poene der vernietiging van die inbeslagneming, zonder dat hiertegen obsteert art. 94 B. R., uit hoofde er hier geene kwestie is van eene nietigheid in de akte van inbeslagneming) ten duidelijkste uit de omstandigheid, dat de bepaling van art. 439, al. 3 B. R. niet gevonden wordt in art. 502.

Arr.-R. Tiel, v. 18 Aug. 1847, W. n°. 860, ook vermeld sub art. 439 B. R.; anders Arr.-R. Tiel, v. 3 Juli 1867, W. n°. 2959, Hof v. Justitie Suriname, v. 29 Sept. 1877, W. n°. 4233 en door A. B. H. in 't W. n°. 879, volgens wien men uit de bijvoeging in art. 502 B. R. wel eenigzins het gevolg zou kunnen trekken, dat het melding maken van den titel, uit kracht waarvan de vervolging plaats heeft, niet behoeft te geschieden bij

bevel op roerende goederen, hetwelk echter ook niet juist zoude zijn, — doch geenszins dat het bevel niet bij de beteekening van het vonnis kan geschieden en vooral niet dat de wet beteekening en bevel als twee afzonderlijke akten beschouwt, die niet te gelijk zouden mogen plaats hebben, waaromtrent art. 439 het tegendeel leert; dat overigens de omstandigheid, dat de bepaling van art. 439, al. 3 niet gevonden wordt in art. 502, hier geene aanleiding kan geven tot toepassing van den regel: *qui de uno dicit, de altero negat*, daar art. 439 te dien aanzien geene exceptioneele bepaling inhoudt en hier veeleer, bij het bestaan van eene volkomene *paritas rationis*, de regel: *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*, kan worden ingeroepen. — Eveneens is OUDEMAN, dl. II, 4de ed., p. 140, met een beroep op v. D. HONERT, *Hdb.*, § 502, van gevoelen, dat de Regeering eene uitdrukkelijke vermelding van het voorschrift, dat de beteekening van het vonnis of van de akte, krachtens welke de vervolging geschiedt, met het bevel of vroeger moet geschieden, hier ter plaatse niet noodig schijnt geoordeeld te hebben.

3. Ofschoon ook het voorschrift van art. 439, laatste al. B. R., om aan de bij een *bevel* gekozene woonplaats alle beteekeningen, zelfs van *werkelijk aanbod of verzet* te laten doen, niet moge zijn opgenomen in art. 502 ibid., kan toch aan hem, aan wien een bevel, een beslag van laatstgenoemden aard voorafgaande, wordt beteekend, het recht niet worden ontzegd, om de nadeelen, die uit zulk een beslag voor hem zouden kunnen voortvloeien, in tijds zoo mogelijk te voorkomen, door voor het geval dat hij mocht meenen niets schuldig te zijn, de nietigheid van het bevel bij den bevoegden rechter (in specie het Prov. Hof, op grond van welks uitspraak het bevel gedaan is) te vorderen.

P. H. v. Gelderland, v. 17 Maart 1852, W. n^is. 1335 en 1342; R. B., jg. 1852, p. 570—574; R., dl. XLVI, § 98. — Cf. echter 438 B. R., n°. 13, art. 439 B. R., sub 13*c*, art. 88 B. R., sub n°. 7, en art. 604 ibid., arrest van 't P. H. v. Zeeland, v. 26 Mei 1840.

4. Bij het bevel van betaling is behoorlijk woonplaats gekozen, wanneer dit geschied is in het hoofd van het exploit van beteekening met bevel, en bij dit laatste naar dat hoofd verwezen wordt.

Arr.-R. Tiel, v. 3 Juli 1867, W. n°. 2959, ook vermeld sub n°. 2 van dit artikel.

5. De domicilie-keuze hier bedoeld, is niet op straffe van nietigheid voorgeschreven.

Arr.R. Nijmegen, v. 11 Febr. 1868, W. n°. 3043; anders Hof Suriname, v. 23 Juni 1876, W. n°. 4060, ook vermeld sub art. 533 B. R., en DE PINTO, *B. R.*, dl. II, 2, 2de ed., p. 642.

6. De bepaling van art. 439, al. 5 mag niet uitgestrekt worden tot het beslag op onroerend goed of op den persoon, zoodat de uitvoering van het vonnis ten dezen aanzien niet geschorst wordt door de beteekening van de akte van appèl aan het gekozen domicilie.

Arr.-R. 's Hertogenbosch, v. 12 April 1871, R. B., jg. 1872, dl. XXII, p. 502.

Art. 503.

Het exploit van bevel, den familienaam van den gesommeerde onjuist vermeldende, is, met de daarop gevolgde executie, nietig.

Arr.-R. Groningen, v. 14 Juni 1861, W. n°. 2456, R. B., jg. 1862, p. 449, waarbij nog beslist werd, dat in cas van executie verzet met dagvaarding en niet met rekwest het wettig rechtsmiddel is; verg. met trekking tot dit laatste art. 533 B. R. aant. 3.

Zie de aanteekening op art. 502 al. 2 vermeld. Conform de gelaste stranden vermelden en meer. Arr. Lissa, 14 Dec. 1911, P. 3. 10/12, n° 10.

Art. 504.

1. De naam van den schuldenaar is behoorlijk vermeld in het proces-verbaal van beslag, wanneer hierin gesproken wordt van *na te melden schuldenaar*, en diens naam uitdrukkelijk voorkomt in het slot van het stuk.

Arr.-R. Tiel, v. 3 Juli 1867, W. n°. 2959.

2. Zie ten betooge, dat, het doen eener keuze van woonplaats, in cas van art. 504 B. R, een wezenlijk en substantieel vereischte is, ook van het exploit van inbeslagneming van onroerende goederen en mitsdien het verzuim daarvan het gelegd beslag nietig maakt, hetgeen niet het geval is, indien het beslag gedaan wordt zonder voorafgaand bevel (art. 502 B. R.) —

DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 580 en 581, 2de ed., p. 644 en OUDEMAN, dl. II, 4de ed., p. 139 sq.; — anders, met betrekking tot het bevel, PENNING, ad art.

3. B. in een ingezonden stuk in W. n°. 2138, was van oordeel, dat dit artikel niet op de door de *Regeering* in 1860 (in het wetsontwerp op de wijze van overdracht van onroerende goederen en daarmede in verband staande verbeteringen van het hypothecair stelsel) voorgestelde wijze kan worden aangevuld, zoolang het kadaster geen waren maatstaf van den eigendom aangeeft, tenzij men eene wijde deur wil openen voor de reclames, vermeld in art. 538 eod.

Zie over art. 505 al. 4: Mr. J. H. Mulder, in Themis 1894 bl. 70 v.

Art. 505.

1. Zie ten betooge, dat indien, in cas van art. 505, al. 1 B. R., de schuldenaar niet tegenwoordig of althans niet ter plaatse der inbeslagneming woonachtig is, alsdan, naar analogie van art. 453 B. R., het proces-verbaal afzonderlijk moet worden beteekend aan den persoon, tegen wien het beslag gedaan is of te zijner woonplaatse —

OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 141; DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 2, p. 583, 2de ed., p. 644; V. D. HONERT, *Formulierb.*, 3de ed., p. 243 in de noot. — Eerstgemelde voegt er bij, dat, aangezien hier geene sprake is van het openen der deuren door een ambtenaar, bij niet tegenwoordigheid van den geëxecuteerde, de algemeene bepaling van art. 2 B. R. zal moeten worden in acht genomen.

2. Volgens Mr. PENNINK (aant. op verschill. artt. van het Wetb. van Burg. Rechtsv.) verbiedt de wetgever in de vierde alinea van dit artikel *onvoorwaardelijk* het vervreemden, verhypothekeeren of verhuren van in beslag genomen onroerende goederen, als achtende de wet die handelingen *altijd* ten nadeele des inbeslagnemers.

Anders *Opm. en Med.*, dl. XIV, blz. 75 vlgg.

3. Zie ten betooge dat de vordering tot doorhaling der overschrijving van het beslag valt binnen de competentie van den rechter, onder wiens ressort de onroerende goederen gelegen zijn.

P. H. v. Overijssel, v. 10 Jan. 1870 bij Mr. HERTZVELD, ut supra, blz. 93.

Art. 506.

Zie ten betooge, dat het verzoek, vermeld in art. 506, al 3 B. R., behoort te geschieden bij verzoekschrift en niet bij dagvaarding —

OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 145; DE PINTO, *Hdl. B. R.*, dl. II, 2, p. 591, 2de ed., p. 652 sq.; V. D. HONERT, *Formulierboek*, 3de ed., p. 244 en VERNEDE, ad art.; anders V. D. HONERT, *Formulierb.*, 4e ed., p. 461.

Art. 509.

De koop krachtens het beding van art. 1223 al. 2 B. W. is geldig ook dan, wanneer de hypothecaire schuldeischer, die van zijne onherroepelijke volmacht gebruik maakt, in gebreke blijft de formaliteit te vervullen, bij art. 509, al. 2 B. R. voorgeschreven.

Het feit dat de eene hypothekaire schuldeischer van zijn recht gebruik maakt en den verkoop conform art. 509 al. 2 heeft beteekend, belet den eigenaar niet tot vrijwilligen verkoop over te gaan, mits niet ten nadeele van den beslaglegger. Rb. Maastricht 25 sept. 1890, W. n° 5978.

Arr. v. 21 Nov. 1873, W. n°. 3662; R., dl. CV, § 30, in overeenstemming met de conclusie van den adv.-gen. Smits, vernietigende arrest P. H. v. Gelderland, v. 11 Dec. 1872, W. n°. 3565, waarbij werd vernietigd het vonnis der Arr.-R. Tiel, v. 29 Maart 1872, W. n°. 3574; de drie beslissingen zijn ook opgenomen in R. B., jg. 1874, p. 13 sqq.

Art. 510.

1. De voorschriften der artt. 509, al. 2 en volgg. B. R., waaronder het overbrengen der opbrengst van het verkochte voorwerp ter griffie van de Rechtbank, ingevolge art. 510 B. R., zijn voor den hypothecairen schuldeischer, die uit kracht van art. 1223 B. W. ageert, niet verplichtend, indien de executant, vermeld in art. 508 B. R., verzuimd heeft het door hem gedaan beslag binnen vier dagen na de overschrijving aan den hypothecairen schuldeischer te beteekenen, althans in gebreke is gebleven om het bewijs daarvan ten processe over te leggen.

De hypothecaire schuldeischer, in dien stand van zaken onverplicht en ongehouden zijnde om, na aftrek van het aan hem verschuldigde, de gelden van den verkoop ter griffie der Rechtbank neder te leggen, volgt hieruit, dat ook dan, wanneer hij al de ten zijnen behoeve met hypotheek bezwaarde goederen, krachtens de aan hem verleende volmacht, verkocht heeft voor eene som, zijne schuldvordering verre te boven gaande, en alleen door den kooper van het eerste perceel de gerechtelijke rangregeling tot verdeeling van den koopprijs is verzocht (art. 1256 B. W.), in deze van geene andere rangregeling de rede kan zijn, dan alleen van de verdeeling van den koopprijs van dit eenige perceel onroerend goed, en mitsdien de rechter-commissaris, tot de plaatsing der geproduceerd hebbende crediteuren overgaande, te recht na de plaatsing der proces-kosten, met inachtneming van het beginsel der ondeelbaarheid van de hypotheken, den (*in casu* eersten) hypothecairen schuldeischer voor deze zijne vordering naar de dagteekening der inschrijving heeft geplaatst, ook dan wanneer van de te verdeelen som niets voor den executant, die niet al de onroerende goederen van zijn schuldenaar in executoriaal beslag heeft doen nemen, overblijft.

P. H. v. Gelderland, v. 10 Maart 1847, W. n°. 867; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 468—471, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Tiel, v. 26 Sept. 1845, W. ut supra.

2. Uit art. 510 in verband met art. 509 B. R., evenals uit art. 859 in verband met de artt. 858 en 855 W. v. K. volgt, dat indien de verkoop van het hypothecair verbonden goed door den hypothecairen schuldeischer uit kracht van het bij art. 1223 B. W. vermeld beding, plaats heeft na voorafgaand executoriaal beslag, daarop gelegd door een anderen schuldeischer, of nadat de eigenaar van het hypothecair verbonden goed is verklaard te zijn in staat van faillissement, de koopprijs moet worden betaald in handen van den hypothecairen schuldeischer en zulks in zijn geheel, en niet slechts ter concurrentie van het beloop van diens vordering met de interessen en kosten.

Arr.-R. Maastricht, v. 31 Juli 1873, W. n°. 3071. Zie hetzelfde vonnis aangeh. sub art. 1253, n°. 6 B. W.

3. Zie ten betooge:

a. Dat, in cas van 510 B. R., eene rangregeling alleen kan aanwijzen aan wien het gedeponeerde geld moet worden uitgekeerd, indien de belanghebbenden zich onderling niet kunnen verstaan, maar in dit geval de crediteur-mandataris (*in casu* waar de executant heeft voldaan aan het voorschrift van art. 508 B. R.) niet in die rangregeling moet worden begrepen, die, wanneer hij meer van den koopprijs afhoudt dan hem toekomt, op dezelfde wijze kan genoodzaakt worden zijn depôt te verbeteren, als men hem tot het deponeeren zelf zou kunnen dwingen, indien hij alles onder zich hield —

een vertoog van Mr. P. A. DE LANGE, in de *Themis*, jg. 1844, dl. V, p. 138—140; idem DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 590, 2de ed., p. 652.

b. Dat, in cas van art. 510 B. R., de kooper gerechtigd is, dadelijk na de betaling (of na het depôt) de doorhaling der inschrijvingen te vorderen en hij niet door de rangregeling, welke aan de belanghebbenden moet worden overgelaten, het gekochte perceel van de hypotheken behoeft te doen zuiveren —

Mr. P. A. DE LANGE, *Themis*, ut supra, p. 140—147, en v. PUTTKAMMER in na te melden advies, p. 62—70; anders in de *Regtsg. Adv.*, dl. III, p. 132 en 133; DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 587—590, 2de ed., p. 649 sqq. en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 140. — Vgl. VOORDUIN, ad art. 1259 B. W. en ASSER, *B. W.* § 643.

c. Dat uit de bepaling van art. 510 B. R. volgt, dat van het oogenblik dat de kooper betaalt, tot op dat wanneer de crediteur-

Over art. 510 in verband met art. 551 Rv. : W. in Wkk. Not. en Reg. nº 1536.

mandataris deponeert, het recht der later ingeschrevene crediteuren alleen bestaat in de personeele actie, „dat hij zal deponeeren" —

Mr. P. A. DE LANGE, ut supra, p. 146 en 147.

d. Dat onder de kosten, bedoeld in art. 510 B. R., welke de crediteur-mandataris van den koopprijs kan afhouden, niet alleen zijn begrepen die welke door hem zijn aangewend, maar al de kosten van executie, welke ingevolge art. 1195 B. W. bevoorrecht zijn, zelfs boven hypotheek en welke dus allen door hem aan den schuldeischer, die de executie heeft begonnen, moeten worden uitbetaald, alvorens hij zich zelven voldoen kan —

A. H. B., in *Regt en Wet*, dl. II, p. 48—54; Mr. P. A. DE LANGE, ut supra, p. 147; DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 589 en 590, 2de ed., p. 651 en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed. p. 149. — Anders VAN PUTTKAMMER in zijn advies over de voorgestelde vraag: *Hoe zonder gevaar geld op hypotheek kan worden geplaatst* (Leeuwarden, 1845), p. 13—18, volgens wien de hypothecaire schuldeischer bevoorrecht zou zijn boven de kosten van uitwinning en hier dus eene uitzondering zou bestaan op art. 1195 B. W.; cf. vonnis Ktg. Enschedé, v. 17 Oct. 1872, W. nº. 3533, waarbij is beslist dat de executant van onroerend goed de door hem aangewende executie-kosten, welke volgens art. 527 B. R. bij voorrecht worden betaald uit den koopprijs, niet bij rau-actie kan terugvorderen van den hypotheekhouder met onherroepelijke volmacht, die de in beslag genomen goederen verkocht, en den koopprijs daarvan ontvangen heeft; maar dat hij den weg bij art. 551 B. R. sqq. voorgeschreven, volgen moet.

e. Dat de termijn van vier dagen, vermeld in art. 510 B. R., begint te rekenen na de overbrenging van de opbrengst enz. ter griffie —

OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 148, daarbij bestrijdende de meening van v. d. HONERT, *Formulierb.*, p. 481 en DE MARTINI, ad art. *ij*, 2, volgens wie die termijn, daar voor de overbrenging ter griffie geen dag is bepaald, een aanvang zou nemen van den dag des verkoops.

f. Dat de bepaling van art. 510 B. R., die in strijd is met de algemeene beginselen, betreffende de verdeeling der opbrengst van executie, daarom in ons Wetboek niet goed is, of, als uitzondering beschouwd, beter ontwikkeld en met de overige wetsbepalingen in verband had moeten worden gebracht —

Mr. P. A. DE LANGE, ut supra, p. 139.

Art. 511.

1. Het verzuim van opvolging der formaliteiten, voorgeschreven bij art. 511 B. R., kan geenszins voor den hypotheekhouder het verlies ten gevolge hebben van zijn bij art. 1223 B. W. omschreven recht, vermits de poenaliteit bij art. 512 B. R. voor een ander geval is bepaald, dan in art. 511 is aangewezen.

Arr. v. 10 Nov. 1848, W. n°. 978; R., dl. XXXII, § 7; v. d. H., *B. R.*, dl. X, p. 96—112; zijnde bij het daartoe betrekkelijk arrest van 't P. H. v. Gelderland, v. 29 Sept. 1847, W. n°. 886; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 772—778; R., dl. XXXVI, § 65, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Nijmegen, v. 12 Maart 1847, R., dl. XXXVIII, § 75, beslist, dat de verzuimde opvolging van gemeld art. 511 slechts aan den procureur van den executant de bevoegdheid geeft, om met de executie voort te gaan, doch in dit geval de eerste hypothecaire schuldeischer, die de daarbij bevolen kennisgeving heeft nagelaten, en desniettegenstaande nog *tempore utili* zijn recht tot openbaren verkoop wil doen gelden, persoonlijk de kosten zal moeten dragen welke de procureur des executants, tengevolge van diens onderstelde onbekendheid met het voornemen des schuldeischers, na verloop van 14 dagen, sedert de beteekening van het beslag, tot bevordering daarvan heeft aangewend; zijnde wijders bij dit arrest, te dien aanzien vernietigende het vonnis van de Arr.-R. Nijmegen, ut supra, beslist, dat de hypothecaire schuldeischer en wettige kooper tevens van het goed in geschil vóór de gerechtelijke toewijzing, waartegen hij later door middel van het derde verzet opkomt, indien zijn derde verzet tegen die latere gerechtelijke toewijzing wettig is verklaard en hij, met vernietiging van dit vonnis, in zijne rechten van eigendom wordt gehandhaafd, te dier zake niet op schadevergoeding kan aanspraak maken. — Cf. art. 376 B. R., arrest van denzelfden datum en art. 511 B. R. sub n°. 2.

2. Het door den hypothecairen schuldeischer niet in acht nemen van den termijn, voorgeschreven bij art. 511, kan de partij tegen wie het beslag is gedaan, niet versteken van haar recht, om ook na den dag der overschrijving, bij art. 505 B. R. vermeld, het in beslag genomen onroerend goed ook door een gemachtigde te vervreemden, mits zulks niet zij geschied ten nadeele van den in beslagnemer.

Arr.-R. Nijmegen, v. 12 Maart 1847, R., dl. XXXVIII, § 75.

3. De termijn, bedoeld bij dit artikel, is alleen bepaald voor het regelen der rechten tusschen den hypothecairen schuldeischer en den beslaglegger, doch heeft op de rechten van den schuldenaar geenerlei betrekking.

Arr.-R. 's Hertogenbosch, v. 24 Maart 1871, W. n°. 3495.

Hof Arnhem 3 Dec. 1902, W. n° 7923: de vordering van a. 512 Rv. is niet een maatregel van executie maar een incident in de executie-procedure; de kosten van dit incident zijn niet executiekosten. De vorde-

ring moet bij dagvaarding aanhangig gemaakt worden. Art. 513.

Rb. Rotterdam 2 Mei 1903, W. n° 7934: de vordering van a. 512 is een eigenlijke eischvordering, niet een verzoek.

Art. 513.

Eene nalatigheid van den eersten beslaglegger kan slechts dan een tot subrogatie wettigen, wanneer zij posterieur is aan het later door een ander gelegd beslag.

In de kosten moet worden vereffend bij de beslissing van het geding noodzakelijk heeft gemaakt.

Arr.-R. Assen, v. 28 Mei 1866, W. n°. 2915.

Art. 515.

Zie ten betooge dat de woonplaats, waarvan art. 514, n°. 4 spreekt, is de *werkelijke* of *gewone* en niet de *gekozene* woonplaats —

Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 152 en 153; de Pinto, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 591 en 592, 2de ed., p. 653 sq.; de Martini en Vernede, ad art. en G. D. in de *Opm. en Med.*, dl. II, p. 308 en 309; — anders in een vertoog in 't R. B., jg. 1839, dl. I, p. 40 en 41, naar luid waarvan men onder *woonplaats* te verstaan heeft, de woonplaats die de arrestant *als arrestant* heeft, en die hij reeds bij het bevel (art. 502 B. R.) binnen het arrondissement kiezen moet, welk gevoelen echter door de schrijvers ut supra, op de gronden aldaar ontwikkeld, volgens Léon te recht, wordt wederlegd.

Art. 516.

De beteekening in art. 516, al. 2 B. R. kan, indien ze aan de mede-eigenaren van een onroerend goed is gedaan, voor dezen niet anders dan als eene bloote kennisgeving gelden, welke voor hen, als daardoor geen partij in het geding geworden zijnde, de bevoegdheid niet uitsluit in verzet te komen ingevolge art. 376 B. R., maar zou alleen de gevolgen van dat verzet kunnen wijzigen.

Arr.-R. Breda, v. 2 Oct. 1849, W. n°. 1079, met adoptie der motieven bevestigd bij arrest van 't P. H. v. N.-Brabant, v. 17 Sept. 1850.

— Uit het extract uit het register der Resolutiën van den Minister van Financiën van 17 Juli 1840, n°. 85, afd. reg., (Bijv. *Stbl.* v. 1840, n°. 192), blijkt dat op de akte van depôt, opgemaakt ter griffie van de Rechtbanken, van de stukken in zake van gerechtelijke uitwinningen, bedoeld in art. 516 B. R., naar aanleiding van art. 1, n°. 2, al. 9, van het Keizerlijk Decreet, v. 12 Juli 1808 j°. het Kon. besluit van 3 Sept. 1830 (*Stbl.* n°. 57), voor redactierecht verschuldigd is eene somma van *f* 1.50.

De griffierechten, en in het bizonder voormeld Keizerlijk Decreet, bestaan thans niet meer, maar zijn afgeschaft bij de wet van 31 Dec. 1856 (*Stbl.* n°. 165).

Art. 520.

Aan het voorschrift van de eerste alinea van dit artikel is voldaan, wanneer slechts binnen den gestelden termijn de dagvaarding is *beteekend*.

Arr. v. 17 (10) Nov. 1882, W. n°. 4843; R., dl. CXXXII, § 10; v. d. H., *B. B.*, dl. XLVIII, p. 20—26.

Art. 522.

1. Zie ten betooge, dat het vonnis van verkoop of toewijzing, hoewel, krachtens de bepaling van art. 522 B. R., niet onderworpen aan hooger beroep, evenwel, gelijk ook blijkt uit art. 551 B. R., door den wetgever als met alle andere rechterlijke uitspraken op gelijken voet staande beschouwd en mitsdien ook vatbaar is voor verzet door derden —

art. 376 B. R., arr. v. 10 Nov. 1848, sub n°. 2; idem en mede met een beroep op art. 551 B. R., dat dit vonnis is vatbaar voor cassatie — een arrest van 't P. H. v. Zeeland, v. 7 Maart 1848, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 375; idem ten aanzien der cassatie, Lipman, *B. R.*, p. 220 en Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 163.

2. Door Mr. H. Verloren wordt in W n°. 1721 de wenschelijkheid aangewezen, dat de verkoop van in beslag genomen onroerend goed ter audientie worde afgeschaft. De schrijver meent, dat die verkoop behoorde te geschieden op dezelfde wijze als bij art. 857 W. v. K. voor faillissementen en bij art. 453 B. W. voor minderjarigen is bepaald.

Art. 523.

Ten aanzien der kosten van uitwinning van onroerend goed, komt geene executoir-verklaring of beteekening van een staat van kosten, maar alleen taxatie te pas.

Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Juni 1852, R. B., jg. 1852, p. 350—362.

Art. 524.

Om het laatste gedeelte van het tweede lid van dit artikel toetepassen is in verzuimstelling onnoodig.

Hof Amsterdam, v. 11 Maart 1881, W. n°. 4661.

Art. 529.

1. Hoe duister ook het laatste lid van art. 529 B. R. moge zijn, ten gevolge van het daarin voorkomende woord «gehuurde", kan die bepaling, in verband gebracht met het algemeen in de wet opgenomen beginsel, dat de wettelijk bestaande huren van kracht blijven, zoowel bij gerechtelijken als bij willigen verkoop, geene andere strekking hebben, dan om de *wijze* te regelen, waarop een geëxecuteerde tot de ontruiming kan worden genoodzaakt.

Arr.-R 's Bosch, v. 24 Febr. 1841, W. n°. 173; idem OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 165; idem en ten betooge tevens, dat art. 529, al. 2, den kooper krachtens het vonnis van toewijzing de bevoegdheid geeft, om zonder verder voorafgaand vonnis tot ontruiming over te gaan, in een vertoog van den procureur H. L. TROOST, *Themis*, dl. XIII, p. 611—623; — anders PENNING, ad art., volgens wien, het vonnis van toewijzing de ontruiming niet gelastende, de kooper daartoe vonnis zal moeten vragen en wel bij de Rechtbank. — Vgl. hiermede ten betooge, dat het woord «gehuurde» in art. 529, al. 2, B. R. zal moeten zijn *«gekochte»* L... in 't R. B., jg. 1839, dl. I, p. 58 en 59; *Themis*, dl. II, p. 376; DE MARTINI, ad *h. a.*, *p.* 2, en PENNING ad art. — Vgl. wijders LIPMAN, *B. R.*, p. 238 en v. D. HONERT, *Hdb.*, § 529, in de noot.

2. Zie ten betooge:

a. Dat eene gerechtelijke toewijzing, bedoeld in art. 529 B. R., te houden is voor een vonnis in den zin van art. 376 B. R., waartegen het aan elken derden belanghebbende, — waaronder ook de hypothecaire schuldeischer, die bedongen heeft de onherroepelijke volmacht in art. 1223, al. 2, B. W. vermeld en die wettige kooper was van het goed in geschil vóór de gerechtelijke toewijzing, waaraan hij vreemd is gebleven — vrijstaat in verzet te komen —

art. 376 B. R. arrest v. 10 Nov. 1848, sub n°. 2. Zie ook art. 511 B. R., arrest van denzelfden datum, sub n°. 1.

b. Dat zoowel naar de woorden als naar den geest van art. 529, aan den griffier, alvorens door hem het vonnis van toewijzing van gerechtelijk uitgewonnen onroerende goederen afgegeven wordt, niet het bewijs moet geleverd worden van de betaling van den koopprijs. —

Mr. E. I. ASSER, R. B., jg. 1839, dl. I, p. 209—216; — anders echter DE MARTINI, ad art. *a.* 2; OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 163 sqq. en DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 2, p. 600, 2de ed., p. 662, die meenen, dat men ten deze behoort te onderscheiden en het gevoelen van den heer ASSER dan alléén gegrond is, wanneer in de veilconditiën niets omtrent den tijd der betaling is vastgesteld.

c. Dat de getuigen die den deurwaarder bij de ontruiming, vermeld in art. 529, al. 2, zullen bijstaan, door de Rechtbank die het vonnis van toewijzing heeft gewezen, op een daartoe ingediend verzoekschrift zullen worden benoemd, —

een betoog van den procureur H. L. TROOST, *Themis*, jg. 1852, dl. XIII, p. 611—623; — anders door Mr. A. O. in de *Opm. en Med.*, dl. VIII, p. 253—256, volgens wien die benoeming door den kantonrechter zou moeten geschieden; verg. ook OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. II, p. 465.

Art. 532.

De vordering tegen den gebrekigen kooper, waarbij het provenu der herveiling wordt gereclameerd, moet gebracht worden voor den rechter van de woonplaats van den debiteur, niet voor dien rechter te wiens overstaan de executie heeft plaats gehad.

P. H. v. Z.-Holland, v. 28 Febr. 1859, W. n°. 2078, bevestigende vonnis Arr.-R. 's Gravenhage, v. 29 Dec. 1857, W. n°. 1956, ook vermeld ad art. 156 B. R.

Art. 533.

1. De vordering tot nietigverklaring en opheffing van het gelegd beslag met schadevergoeding, verschilt geheel van die, bedoeld bij dit artikel, welke alléén strekt tot herstel van verzuimde formaliteiten.

Mitsdien is dit artikel verkeerd toegepast door de niet-ontvankelijkverklaring uittespreken op grond dat eerstgenoemde actie volgens art. 533 B. Rv. te laat zou zijn ingesteld.

Arr. v. 5 Juni 1863, W. n°. 2493; R., dl. LXXIV, § 25; v. D. H., *B. R.*, dl. XXVII, p. 388—398, waarbij vernietigd werd het arr. P. H. v. Groningen, v. 6 Mei 1862, hierna sub n°s. 3 en 4 vermeld, edoch zonder uitspraak omtrent de daar opgenomen beslissingen.

2. Indien niet alle formaliteiten, voorgeschreven voor eene gerechtelijke uitwinning van onroerende goederen, zijn nageleefd en noch de geëxecuteerde noch de ingeschrevene schuldeischers de vervulling daarvan gevorderd hebben binnen den termijn, bepaald bij art. 533 B. R., dan heeft het Openbaar Ministerie niet de bevoegdheid om te vorderen, dat de verzuimde formaliteiten zullen worden vervuld.

Arr.-R. Nijmegen, v. 17 Juni 1848, W. n°. 932.

3. Het verzet tegen het beslag hier bedoeld kan bij den rechter worden aangebracht bij dagvaarding.

P. H. v. Groningen, v. 6 Mei 1862, R. B., jg. 1864, p. 450; cf. het daartoe betrekkelijk vonnis der Arr.-R. Groningen, v. 14 Juni 1861 sub art. 503 B. R. — Verg. het sub n°. 4 medegedeeld arrest v. 9 Juni 1863.

4. Onder de bij dit en het volgend artikel bedoelde formaliteiten behoort ook het bevel tot betaling, waarover in de artt. 502 en 503 B. Rv. gehandeld wordt.

P. H. v. Groningen, v. 6 Mei 1862, R. B., jg. 1864, p. 450, waarbij met vernietiging van het vonnis der Arr.-R. Groningen, v. 14 Juni 1861, W. n°. 2456, R. B., jg. 1862, bl. 149, werd beslist dat verzet op grond van het verzuim van het bevel tot betaling ook binnen den hier voorgeschreven termijn moet geschieden. — Verg. het sub n°. 4 medegedeeld arrest v. 9 Juni 1863.

Zie echter navolgende beslissing:

De wetgever heeft bij dit artikel (art. 480 Wb. B. Rv. voor Suriname) alleen op het oog de formaliteiten *na* het beslag.

Hof Suriname, v. 23 Juni 1876, W. n°. 4060, ook vermeld sub art. 502 B. R. n°. 5.

Art. 536.

Zie over de vraag of dit artikel van toepassing is op den verkoop volgens art. 1223 B. W. —

Arr. v. 19 Nov. 1880 sqq., sub art. 491 B. R.

— Zie een betoog van Mr. H. J. VAN LIER, in W. n°. 3458, waarin het ongegronde wordt aangetoond van de bewering, dat de opposant schuldeischer de aanteekening van zijn verzet eerst zou kunnen vorderen, nadat de executant de executie bij de Rechtbank heeft aangebracht.

Art. 537.

1. Ingevolge onze hedendaagsche wetgeving ligt het buiten de bevoegdheid der Rechtbank, aan de belanghebbende partijen, wier vaste goederen in executoriaal beslag zijn genomen, verlof te verleenen, om de gerechtelijke uitwinning te staken en een notaris te benoemen, ten einde tot een vrijwilligen verkoop over te gaan, al waren ook alle de

belanghebbenden het dienaangaande eens, meerderjarig en hun eigen meester.

Arr.-R. Maastricht, v. 14 Oct. 1847, W. n°. 939; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 805 en 806. — Cf. v. d. Honert, *Hdb., B. R.*, § 537.

2. Deze bepaling legt in verband met art. 458, den schuldeischers, die verzet doen, *niet* de verplichting op vonnis te nemen tegen den geëxecuteerde, maar is geschreven om het maken van overbodige gerechtskosten te voorkomen, zonder den schuldeischer te verhinderen in zijn recht om tegen den schuldenaar een executorialen titel te nemen, welke voor hem van belang kan zijn, om nog andere redenen dan om zijn verzet te staven.

Arr.-R. 's Hertogenbosch, v. 24 Jan. 1866, W. n°. 2827.

3. Het onderzoek naar de wettigheid der oppositie mag uit den aard der zaak niet verder gaan, dan over de vraag of de schuld bestaat, zoodat het onverschillig is wanneer de schuld ontstaan is.

Arr.-R. Assen, v. 20 Nov. 1876, W. n°. 4094.

Art. 538.

1. Een huis, in het gemeen behoorende aan eene moeder en hare minderjarige kinderen, tegen de moeder in haar privé zijnde geëxecuteerd, zonder dat daartegen de toeziende voogd, hangende de procedure tot executorialen verkoop, incidenteel is opgekomen, kunnen de minderjarigen die in deze procedure niet waren vertegenwoordigd (als een gevolg van hun zakelijk recht en met het oog op art. 731 C. d. Pr. Civ., letterlijk overgenomen in art. 535 B. R. en op de facultatieve bepaling vervat in art. 538 B. R.) ook *na* de definitieve toewijzing van het perceel, nog hun aandeel daarin door middel van verzet door derden reclameeren.

Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Febr. 1843, W. n°. 366, bevestigd bij arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 18 Sept. 1845, W. n°. 672; — idem bij de Martini ad art. en Lipman, *B. R.*, p. 222, die mede van gevoelen zijn, dat de regelen omtrent de opvordering van eigendom, voorgeschreven in art. 727 C. de Pr. Civ. en art. 538 B. R., niet gelden de eigenlijke revindicatie, maar de vordering tot onttrekking van goed aan het beslag, *la demande en distraction* volgens de Fransche procedure; idem o. a. bij

Art. 538. Indien beslag gelegd op den vollen eigendom, kan de medeeigenaar, naar zijn eigendom opvorderen en moet het beslag nietig verklaard worden voor zoo verre het is gelegd op zijne onverdeeld aan deel in den eigendom; voor het overige, ze heeft het in stand: Hof den Haag 5 Mart. 1907, W. n° 8540, Rb. Rotterdam 19 Apr. 1907, W. n° 7657.

De vordering van art. 538 heeft tot grondslag het aandeel in den eigendom; zij kan worden ingesteld in den vorm van eene vordering tot nietig- en nietverklaring van het beslag, Hof Amsterdam 1093 20 Dec. 1901, W. n° 7740.

CARRÉ, ad art. 727 C. de Pr. Civ. en bij een arrest van 't Hof van Cassatie van Parijs, v. 9 Maart 1841, bij SIREY, t. XV, 2de part., p. 467. — Zie ook art. 376 B. R., arr. v. 19 Nov. 1841, sub n°. 1 en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 168.

2. De uitoefening van het recht tot opvordering van eigendom, is door geenerlei wetsbepaling uitgesloten ten opzichte van vaste goederen, die ter invordering van deswege, krachtens executoir verklaard kohier, door een derde verschuldigde grondbelasting, tegen dezen zijn in beslag genomen.

Arr.-R. Utrecht, v. 11 April 1855, R. B., jg. 1855, p. 375 sqq.

3. Men mag bewijzen dat er werkelijk iets anders is beslagen dan hetgeen door de kadastrale nummers zou worden aangeduid.

Arr.-R. Utrecht, v. 11 April 1855, ut supra.

4. Zie ten betooge dat in het geding van ten uitvoerlegging op onroerend goed geen andere tusschenkomst is toegelaten dan die bij dit artikel bedoeld.

Arr.-R. Maastricht, v. 26 Febr. 1881, aangehaald sub art. 285 B. R.

Art. 539.

1. Eene opvordering van eigendom (*revindicatio*) bedoelt in den zin van de art. 539 en volgg. B. R. altijd tusschenkomende personen, dat is: derden buiten den gearresteerde en den arrestant.

P. H. v. Friesland, v. 30 Sept. 1840, W. n°. 153, idem Arr.-R. Tiel, v. 8 Juni 1855, W. n°. 1740, waarbij werd beslist dat de bedoeling van art. 538 sq. niet is, dat de schuldenaar zijn in beslag genomen eigendom zou kunnen opvorderen, hoezeer ook bij de in beslagneming de vereischte formaliteiten niet mochten hebben plaats gehad.

2. Bij eene terugvordering van gearresteerd vast goed door een derden bezitter, moet aan alle gearresteerden het verzoekschrift van tusschenkomst, de reclame behelzende, worden beteekend.

Arr.-R. Assen, v. 22 Juni 1846, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 522 en 523

Zie het hoogere beroep ook bij verzoekschrift worden ingesteld: Hof Amsterdam 20 Dec. 1901 Pr. 1902 n° 134, W. n° 7740.

Art. 543.

Art. 543, 2e lid is *niet* ingetrokken bij de wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n°. 55), ofschoon de intrekking daarvan bij het ontwerp werd voorgesteld.

Zie art. 551 in verband met art. 510 B. W. en W. Kbl. Not. en Reg. n° 1536.

De koper bij executie houdt de kooppenningen onder zich, om die uit te keeren aan de schuldeischers, die er bij zijn gerang.

Art. 551.

1. De wijze van procedeeren tot doorhaling van hypothecaire inschrijvingen geldt niet ten aanzien van die tot opheffing van een krachteloos geworden executoriaal beslag; te dezen aanzien moet de gewone wijze van procedeeren gevolgd worden.

Uitsl. Rb. Amsterdam 25 Jan. 1900, W. n° 7437.

Arr. v. 4 April 1884, W. n°. 5024, R., dl. CXXXVI, § 51; v. d. H., *B. R.*, dl. XLIX, p. 310—315; ook vermeld ad art. 554 B. R., idem het daartoe betrekkelijk arrest Hof Leeuwarden, v. 12 Sept. 1883, waarbij vernietigd werd het vonnis der Arr.-R. Assen, v. 15 Jan. 1883, beide opgenomen in W. n°. 4967.

Vergelijk navolgende beslissing:

Nergens in de wet wordt aan den kooper van in executoriaal beslag genomen vast goed, die — gelijk in casu, als eerste hypotheekhouder met het beding van onherroepelijke volmacht zelf het goed heeft verkocht en met de opbrengst nog niet eens zijne geheele hypothekaire schuldvordering met renten en kosten, kan dekken — de verplichting opgelegd, om ter verkrijging van de doorhaling der overschrijving van het gelegd beslag, rangregeling te vragen, te minder waar geen geschil over regeling van voorrang of verdeeling van den koopprijs bestaat. Die doorhaling kan dus bij rau-actie worden gevorderd.

P. H. v. Gelderland, v. 18 Maart 1874, W. n°. 3780; waarbij ook werd beslist dat in het algemeen onder doorhaling van inschrijvingen hier niet te verstaan is, de doorhaling van de overschrijving van een beslag.

Indien een hypothecaire schuldeischer verkocht krachtens art. 509 W. jo art. 1220 B. W. zijn de art. 551 vlg. W. niet toepasselijk. H. R. 6 Febr. 1891, Pr. L. 1891, n° 18; W. n° 5490.

2. Indien door een schuldeischer, krachtens eene hypotheek met onherroepelijke volmacht, is verkocht het gehypothekeerde goed van zijnen schuldenaar, die in staat van faillissement is verklaard, dan kan de kooper van dat goed geene rangregeling vragen volgens dit artikel.

Anders Hof Amsterdam 20 Sept. 1894, Pr. L. 1894, n° 90; W. n° 6107.

Arr.-R. Assen, v. 22 Nov. 1858, R., dl. LXII, § 88; R. B., jg. 1859, dl. IX, bl. 191, W. n°. 2021.

Verg. ook Hof Leeuwarden 4 Febr. 1891, W. n° 6034.

3. Zie ten betooge dat er geene tegenstrijdigheid bestaat tusschen art. 1256 B. W. en art. 551 B. R. en de wetgever door beide artikelen heeft willen bepalen, dat het verzoek tot rangregeling uiterlijk na verloop van één maand moet geschieden —

Het verzoek tot benoeming van een rechter-commissaris moet plaats hebben na verloop van één maand.

Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 173 sqq., die, ook met een beroep op den Hoogl. v. Hall, de *rationes dubitandi* ter toetse brengt en wederlegt, omtrent die kwestie geopperd in 't R. B., jg. 1841, dl. III, p. 65—67. — Vgl. hiermede het aanget. op art. 1256 B. W., sub n°. 2.

Hof den Haag 12 Febr. 1890, Pr. L. 1890, n° 28. W. n° 5846.

Zie over de wenschelijkheid dat de rangregeling bij onroerend goed op dezelfde wijze worde geregeld als Mr. VERLOREN dit voorstelt voor de rangregeling bij roerend goed, Mr. H. VERLOREN in W. n°. 1721 en de aant. sub art. 481 B. R.

Art. 554.

1. Dit artikel heeft niet de strekking om het recht der schuldeischers om in de rangregeling begrepen te worden, afhankelijk te stellen van de oproeping, die hun zal worden gedaan, maar bedoelt alleen, dat aan de schuldeischers kennis zal worden gegeven dat er voor hen gelegenheid bestaat om hun rechten bij de rangregeling te doen gelden.

Arr. v. 4 April 1884, W. n°. 5024, ook vermeld ad art. 551 B. R.

2. Deze bepaling, waarbij voorgeschreven wordt, dat de schuldeischers hunne bescheiden aan den rechter-commissaris moeten inleveren, brengt *niet* mede, dat ieder hunner verplicht is een schriftelijk bewijs zijner vordering over te leggen, en wel een zoodanig, dat daardoor die vordering niet alleen tegen den schuldenaar, maar ook tegen derden bewezen worde.

Arr.-R. 's Hertogenbosch, v. 24 Jan. 1866, W. n°. 2827.

Voor de inlevering der bescheiden is kwijtschenkomst van een prouveur niet vereischt. H. R. 10 Mei 1894 W. n°6502.

Art. 555.

1. Het staat den rechter-commissaris niet vrij bij het opmaken der rangregeling, de innerlijke waarde der stukken te beoordeelen, bijaldien zij naar de bepalingen der wet zijn opgemaakt.

Arr.-R. Utrecht, v. 1 Febr. 1850, W. n°. 1130, ook vermeld ad art. 1226 B. W.

Zie ten betooge dat het den rechter-commissaris wel degelijk vrij staat te onderzoeken of de schuldeischers zich behoorlijk hebben bekend gemaakt, en mitsdien of zij al of niet-ontvankelijk zijn in hun verzoek om in de rangregeling te worden begrepen.

Hof Suriname, v. 23 Mei 1879, W. n°. 4413.

2. In de artikelen 555 en volgende wordt gehandeld over rangregeling na gerechtelijke uitwinning, waarbij, op grond van art. 533

B. R., geene sprake kan zijn van tegenspraak tegen het opmaken der rangregeling wegens verzuim van formaliteiten, die hadden moeten voorafgaan aan den gerechtelijken verkoop.

Arr.-R. Amersfoort, v. 6 Febr. 1867, W. n°. 2898, ook vermeld sub art. 558 B. R., waarbij voor de rangregeling na verkoop krachtens art. 1223 B. W., het tegendeel werd beslist, op grond dat alsdan art. 533 B. R. niet van toepassing is en waaromtrent geene andere overeenstemmende bepaling wordt gevonden; verg. aant. 2 op art. 491 B. R.

Art. 556.

De wet schrijft niet voor dat bij eene rangregeling, welke het gevolg is van de gerechtelijke uitwinning van een onroerend goed, de executant, welke niet tevens is de vervolgende partij, moet worden opgeroepen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 17 Nov. 1841, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 117—120; — anders echter DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 2, p. 610, 2de ed., p. 673, wien deze beslissing in strijd voorkomt zoowel met de woorden als met den geest der wet. — In gelijken zin OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 477. — Cf. LIPMAN, *B. R.*, p. 224 en VERNEDE, ad art. 559, noot 3.

Art. 557.

1. Zoolang eene rangregeling niet definitief is gesloten, komt het recht van verzet en tegenspraak toe aan de schuldeischers die zich bezwaard rekenen, doch dit middel is bij de wet onbekend na de definitieve sluiting

Arr.-R. Amsterdam, v. 13 Jan. 1847, W. n°. 817; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 439.

2. Zie ten betooge:

a. Dat het middel van verzet door derden niet ontvankelijk is tegen eene rangregeling van schuldeischers, door een rechter-commissaris opgemaakt —

art. 376 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 17 Nov. 1841, sub n°. 5. — Vgl. de bedenkingen daartegen in 't R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 119, in de noot.

NOTARIAAT-BIBLIOTHEEK VOOR PRIVAATRECHT

6. Dat wanneer bij eene rangregeling, uit krachte van art. 557 B. R., geene contestatie is gerezen, de kosten wegens de tusschenkomst van een advocaat, ter zake van werkzaamheden door hem verricht, niet in rekening kunnen worden gebracht —

art. 57 B. R., beschikking van de Arr.-R. Groningen, v. 19 Juni 1846, sub n°. 6.

Art. 558.

1. De nietigheid eener geopende rangregeling kan niet opgeworpen worden bij gelegenheid van de verschijning voor den rechter-commissaris, bestemd tot het doen van tegenspraak der gedane plaatsing.

Arr.-R. Maastricht, v. 28 Maart 1850, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 508—514.

Vrg. Rb. Assen, 29 Oct. 1890, W. n° 6752.

2. Bij de tegenspraak van eene rangregeling, bepaalt zich de bevoegdheid des rechters uitsluitend tot de kennisneming van die geschilpunten, welke in het proces-verbaal van verwijzing van den rechter-commissaris zijn opgenomen. Anders Amsterdam 30 Sept. 1893, W. n° 7123

Arr.-R. Maastricht, v. 28 Maart 1850, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 508—514, idem Arr.-R. Deventer, v. 12 Nov. 1856, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 516—519.

3. Personeele schuldeischers hebben, evenzeer als hypothecaire, het recht om de door den rechter-commissaris gedane plaatsing tegen te spreken.

Arr.-R. Maastricht, v. 28 Maart 1850, R. B., jg. 1850, dl. XII, p. 508—514.

4. De kortere termijn van hooger beroep, voorgeschreven in art. 558, al. 3 B. R., is toepasselijk voor *alle* vonnissen (en mitsdien ook voor opkomende incidenten of uitvloeisels van hoofdgeschillen) in eene instantie van rangregeling gewezen.

P. H. v. Limburg, v. 24 Febr. 1851, R. B., jg. 1851, p. 247—249.

5. De bevoegdheid der Rechtbank bepaalt zich uitsluitend tot de kennisneming van die geschillen welke in het proces-verbaal van den Rechter-Commissaris zijn opgenomen, zoodat voor de Rechtbank geene

Alleen tegen de gedane plaatsing van tegenspraak worden gedaan, niet het recht tot rangregeling worden betwist, bij de verschijning voor den Rb. Alkmaar 16 febr. 1893, W. n° 6503.

andere geschillen kunnen worden gebracht, noch andere personen toegelaten, dan die naar de openbare terechtzitting zijn verwezen.

Arr.-R. Deventer, v. 12 Nov. 1856, R. B., jg. 1857, p. 516.

6. Uit de bepaling van dit art. volgt, dat een geëxecuteerde, die geene tegenspraak tegen de rangregeling voor den rechter-commissaris gedaan heeft, en alzoo niet verwezen is, nimmer partij is in het geding, en het geding alleen gevoerd wordt tusschen die partijen, welke de plaatsing op de rangregeling hebben tegengesproken en tot handhaving daarvan zijn opgetreden.

Arr.-R. Deventer, v. 18 Febr. 1857, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 565—570; in denzelfden geest, dezelfde Rechtbank, v. 12 Nov. 1856, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 516, vermeld sub hoc art.

7. Dit artikel is blijkens art. 1256 B. W. ook van toepassing wanneer na willige verkooping van een bezwaard goed, de kooper het gekochte wil doen ontlasten van de hypothecaire lasten, die den koopprijs te boven gaan.

De tegenspraak hier bedoeld kan ook mondeling geschieden bij den rechter-commissaris ten tijde en plaatse bij art. 556 B. Rv. bedoeld.

Het strijdt zeker niet met de bedoeling der wet, indien reeds vóór de zitting van den rechter-commissaris aan dezen van die tegenspraak bij rekwest wordt kennis gegeven en daarna, tijdens die zitting, daarbij wordt gepersisteerd.

Arr.-R. Amersfoort, v. 6 Febr. 1867, W. n°. 2898, ook aangehaald sub art. 555 B. R., waarbij tevens werd beslist dat de rechter-commissaris de tusschen partijen ontstane geschillen niet zelf mag beslissen, maar die, althans naar den regel, naar de terechtzitting der Rechtbank ter beslissing moet verwijzen.

8. De appellabiliteit van een vonnis naar aanleiding van dit artikel gewezen, hangt niet af van de hoegrootheid der betwiste vordering in haar geheel, maar alleen van het bedrag der som, waarover de twist loopt. Wanneer b.v. de collocatie van eene vordering van f 500 betwist wordt, omdat hij tot f 300 moet worden verminderd, is appel niet toegelaten, omdat het eigenlijk geschil loopt over *f* 200,—

Mr. M. H. Godefroi, in *Themis*, 2de verz., dl. X, p. 88; zie ook *Themis*, 2de verz. dl. VII, p. 357 en de Pinto, «Handl. tot het Wetb. v. B. R., 2de ed., dl. II, 2, p. 675. Zie over de tweeledige uitlegging van de woorden van laatstgenoemde, Mr. Godefroi, t. a. p., bl. 89.

In het geval van art. 558 al. 3 Rv. gelden de gewone regelen van appelabiliteit. Hof 's-Hertogenbosch 27 Dec. 1899 P. en J. 1900 [illegible], W. n° 7400.

9). Zie ten betooge dat de termijnen van hooger beroep, bij de artt. 487 en 558 B. R. voorgeschreven, niet van toepassing zijn bij verzet tegen de rangschikking in een faillissement.

Hof Amsterdam, v. ... Mei 1883, W. n°. 4975.

Art. 559.

Art. 559 B. R. bepaalt wel, dat na de rangregeling, de interessen der schuldeischers, die batig geplaatst zijn, ophouden tusschen hen onderling te worden berekend, behoudens elks recht tegen den schuldenaar, doch deze bepaling heeft alleen de strekking om het recht en de personeele actie der hypothecaire schuldeischers voor hun achterwezen jegens hunnen hypothecairen schuldenaar te bewaren, maar niet om den kooper van met hypotheek bezwaard goed met verdere rente te belasten, dan tot den tijd, waarop na rangregeling de som is bepaald, welke oogenblikkelijk van hem kan worden opgevorderd, en die hij alzoo moet beschikbaar houden, om op de eerste aanvrage des crediteurs, echter tegen bewijs van doorhaling van de hypotheek van diens zijde, te worden uitbetaald, zoodat hij daarvan na dien tijd geen genot kan nemen, en alzoo ook na de rangregeling geene renten meer kan verschuldigd zijn, dan in geval van nalatigheid en alzoo *ex mora*.

Arr. v. 2 Dec. 1842, W. n°. 365; R., dl. XIII, § 54; v. d. H., *B. B.*, dl. IV, p. 77—94. — In gelijken zin bij 't daartoe betrekkelijk arrest van 't P. H. v. Holland, v. 1 Dec. 1841, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 180, vernietigende een vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 19 Mei 1841; R. B., ut supra. — Cf. art. 1374 B. W., arrest van denzelfden datum sub n°. 1.

Art. 560.

Nadat de rangregeling van een bepaald bedrag kooppenningen zonder tegenspraak bevolen is, is men niet meer ontvankelijk om te vorderen, dat daarin ook verkoopskosten zullen begrepen worden.

Arr.-R. Groningen, v. 1 Oct. 1852, R. B., jg. 1854, p. 390—392.

— Lipman, *B. B.*, p. 224, merkt op, dat noch in het Fransche noch in het Nederlandsche recht is beslist, welken weg een niet behoorlijk opgeroepen en alzoo uitgesloten schuldeischer zal moeten inslaan, om zijne rechten alsnog te

doen gelden en geeft ten deze de voorkeur aan een verzet door derden (tierce-opposition) boven het recht van hooger beroep, dat de Fransche jurisprudentie hem te dien aanzien toekende: — anders Arr.-R. Amsterdam, v. 17 Nov. 1841, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 117, Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 180 en 181, die aan het middel van hooger beroep de voorkeur geeft. De Pinto, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 614—616, 2de ed., p. 676 sqq., beschouwt de rangregeling voor de schuldeischers, welke daartoe niet zijn opgeroepen, als eene *res inter alios*, zoodat zij uit kracht van art. 551 eene nieuwe rangregeling zouden kunnen vorderen. — Volgens Penning echter, ad art., hebben de schuldeischers ook dan, wanneer zij niet zijn geroepen, geen rechtsmiddel tegen de definitief gesloten rangregeling, maar hebben zij in het laatste geval tegen den verzoeker, die volgens art. 554 verplicht was hen op te roepen en zulks heeft nagelaten, krachtens de artt. 1401 en 1402 B. W., eene actie tot schadevergoeding.

Art. 561.

Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 181, merkt op, dat art. 561 B. R. eene afwijking bevat van het bepaalde bij art. 1240 B. W., als zijnde bij eerstgemeld artikel de hypotheekbewaarder tot de doorhalingen gehouden op het bloote vertoon, terwijl bij 't B. W. voor deze doorhaling de *overlegging* der authentieke akte of van een authentiek afschrift van zoodanige, of van het vonnis daartoe strekkende, gevorderd wordt. Hij meent dat daartegen art. 3 van 't Kon. besluit, v. 11 Maart 1840 (*Stbl.* n°. 6), hetwelk voor de doorhaling van de overschrijving der processen-verbaal van inbeslagneming de *overlegging* van de akte of het vonnis, of van een afschrift vereischt, niets kan afdoen, uit hoofde hier niet hetzelfde geval is bedoeld als in art. 561 en ook een besluit geene verandering kan maken in de bepaling der wet. — Vernede, ad art., merkt hiertegen op, dat hoewel art. 561 B. R. is vastgesteld en herzien na art. 1240 B. W., en daaruit zou kunnen worden afgeleid, dat art. 1240 B. W. door art. 561 B. R. is gewijzigd, art. 3 van het voormeld Kon. besluit slechts strekt om uitvoering te geven aan het beginsel, dat bij de uitvoering zal moeten worden opgevolgd. — Zou men hier niet kunnen bijvoegen, dat de latere vaststelling van een wets-artikel, afwijkende van eene vroeger aangenomene wetsbepaling, tot juist verstand van het geheel, hetwelk het onderwerp beheerscht, minder afdoende is, nu èn het B. W. èn 't W. v. B. R. gelijktijdig zijn ingevoerd? (Léon.)

Art. 562.

1. Hoewel bij eene rangregeling de hypotheken op *andere* goederen kunnen worden geplaatst, dan waarop die zijn ingeschreven, is echter hieruit (*in casu* naar de beginselen van het Fransche recht, onder vigueur waarvan de hypotheken zijn genomen), geenszins af te leiden, dat die hypotheken, juist op *al* de panden, waarop zij gevestigd zijn,

moeten worden geplaatst, wanneer ze door plaatsing op *sommige* panden volledig kunnen worden voldaan.

Indien evenwel op goederen, in gemeenschappelijken eigendom bezeten, eerst ten laste van de beide eigenaren voor het geheel en later ten laste van den eenen eigenaar, op de door hem verkregene helft in den eigendom dier goederen, hypothecaire inschrijvingen genomen zijn, dan kunnen de eerstgenoemde inschrijvingen geenszins *voor het geheel* op de *niet afzonderlijk bezwaarde wederhelft* van de gezegde panden worden geplaatst.

P. H. v. Gelderland, v. 9 Febr. 1842, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 161—167; *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 228—232. — Cf. art. 510 B. R., arrest van hetzelfde P. H. v. 10 Maart 1847.

2. De verwijzing in art. 1256 B. W. omvat ook art. 562 B. Rv. Uit laatstgemeld art. blijkt dat personeele schuldeischers, zonder dat gevorderd wordt dat ze zijn ingeschreven, het recht hebben om verzet te doen tegen de rangregeling, en dat dit verzet de voorwaarde is, waarvan hun aanspraak op de verdeeling van het overschot der kooppenningen na de betaling dier hypothekaire schulden en der kosten, afhankelijk is.

P. H. v. N.-Holland, v. 4 Febr. 1858, W. n°. 1984, R. B., jg. 1858, dl. VIII, bl. 426—436.

Art. 563

1. Voor de opheffing van een executoriaal beslag zijn geene vormen voorgeschreven. Het ontslag van de bewaarders, zonder in de plaats stelling van andere en het feitelijk vrijgeven van het schip, brengt van zelve die opheffing mede, zonder dat daartoe eene schriftelijke acte wordt vereischt.

Arr.-R. Rotterdam, v. 2 Oct. 1871, W. n°. 3397.

2. Zie omtrent de vraag, of de bepalingen, vervat in den 4den titel van het tweede boek Wetb. v. B. R., zijn limitatief, dan wel of bij het stilwijgen der wet, en daar waar zij niet uitdrukkelijk naar de bepalingen van den 2den en den 3den titel verwijst, de voorschriften van die beide titels kunnen worden gevolgd —

art. 576 B. R., arrest van 't P. H. v. Groningen, v. 13 Nov. 1849 sqq.

Art. 564.

Veroordeelingen tegen den schipper tot schadevergoeding, ter zake van eene aanzeiling, kunnen als verbindend voor den eigenaar van het schip beschouwd en bij wijze van executoriaal beslag worden verhaald op het schip, door den schipper gevoerd geweest zijnde, zonder dat de eigenaar in de gevoerde rechtsgedingen partij geweest is.

Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Sept. 1840, W. n°. 160. — Cf. art. 321 W. v. K., vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum, sub n°. 3.

Art. 567.

Uit dit art. kan niet worden afgeleid dat in zaken van arrest de schipper als vertegenwoordiger van den buitenlandschen of onbekenden reeder of boekhouder zou worden beschouwd.

Arr. Hof 's-Gravenhage, v. 18 Juni 1877, W. n°. 4133.

Art. 576.

De wet voor de executie van schepen afzonderlijke regelen gesteld en voorschriften gegeven hebbende, en mitsdien de in het Wetb. v. B. R. voorkomende afdeeling: „van opvordering van eigendom," daarbij niet in aanmerking kunnende komen, zoo volgt hieruit, dat de termijn ten aanzien der ontvankelijkheid in hooger beroep vastgesteld bij art. 542 B. R. niet van toepassing is bij reclame van schepen.

P. H. v. Groningen v. 13 Nov. 1849, R. Bijbl., jg. 1851, p. 297—302, zijne bij dit arr. tevens op gelijke rechtsgronden beslist: *a.* dat bij eischen tot reclame van schepen niet zijnde voorgeschreven, dat de eischer dengene, tegen wien het beslag gelegd is, voor den rechter behoort te roepen, bij daartoe niet verplicht is, terwijl in allen gevalle wel de niet voor den rechter geroepene, doch geenszins de arrestant daarbij belang kan hebben, welke laatste niet gerechtigd was om op het mogelijk bezwaar van een derde, niet geroepene, een middel van niet-ontvankelijkheid te gronden, en *b.* dat hij, die ten onrechte een eisch tot reclame van een schip instelt, behalve de proceskosten, niet nog bovendien kan veroordeeld worden tot vergoeding van kosten, schade en interessen. — De beslissing echter van beide rechtspunten heeft eene krachtige bestrijding gevonden in S. M., in de *Opm. en Med.*, d. VI, p. 468—476. De vraag, of men bij de actie tot reclame van schepen ook verplicht is dengene op te roepen, tegen

wien het beslag gelegd is, beantwoordt de schrijver bevestigend, o. a. op grond, dat volgens den rechtsregel: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, de wetsbepalingen opzichtelijk reclame van goederen, bij het stilzwijgen der wet, ook hier bij reclame van schepen hare toepassing behooren te vinden; dat overigens de vraag, of men in dit systeem te volgen hebbe de voorschriften voor reclame van roerend, dan wel van onroerend goed, nutteloos mag geacht worden, daar de rechtsbepalingen omtrent beide soorten van reclames, door gelijksoortige voorschriften, ook dezelfde beantwoording opleveren; dat het gemis van eenig voorschrift tot oproeping van dengene, tegen wien het beslag gelegd is, te veel bewijst, vermits men op denzelfden grond zou kunnen beweren, dat, aangezien bij den eisch tot reclame van schepen niet is voorgeschreven, dat men den arrestant behoorde op te roepen, ook daarom de eischer daartoe niet verplicht was en er alzoo op deze wijze niemand meer zou zijn die behoefde opgeroepen te worden, enkel en alleen op grond, dat de artt. 576 en 577 B. R. dit niet uitdrukkelijk voorschrijven; dat overigens de arrestant bij die oproeping wel degelijk belang heeft, aangezien hier twee andere partijen over den eigendom van het goed twisten en niemand meer dan de gearresteerde bevoegd en geschikt kan worden geoordeeld, de twistende partijen voor te lichten omtrent het punt in geschil, terwijl men zelfs mag betwijfelen of de arrestant, zonder zoodanige oproeping, wel gerechtigd is om het schip, hetwelk hij als den eigendom van een gearresteerde in beslag heeft doen nemen, aan den eersten den besten, die dit als zijn eigendom komt reclameeren, over te geven, zonder gevaar te loopen zich deswege jegens den gearresteerde aansprakelijk te stellen, enz. — De tweede vraag, of hij, die ten onrechte een eisch tot reclame van een schip instelt, behalve de proceskosten nog bovendien kan veroordeeld worden tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, beantwoordt de schrijver bevestigend, niet alleen op grond van analogie van recht en bepaaldelijk naar aanleiding van de art. 456 en 543 B. R., maar ook op de algemeene beginselen van recht en billijkheid, ingevolge art. 1401 B. W.

Ten blijke al verder tot welke moeielijkheid men geraakt, indien men aanneemt geene uitbreiding te mogen toelaten der vormen, met betrekking tot het executoriaal beslag *op* en den verkoop *van* schepen, en ten aanzien der bestaande lacunes (behalve in cas van verwijzing, in de artt. 573, 581, 582 en 584 B. R. uitdrukkelijk vermeld) niet te mogen recurreeren tot de bepalingen van den 2den en 3den titel van hetzelfde boek, vergelijke men een vonnis der Arr.-R. Groningen v. 14 Sept. 1849, R. B., jg. 1851, p. 140 en 141, waarbij is beslist, dat, ofschoon de wetgever in den 4den titel van het 2de boek B. R., handelende over executoriaal beslag *op* en verkoop *van* schepen, niet voorschrijft, dat, wanneer de verkoop vertraagd is door een eisch tot reclame, men met den verkoop niet kan voortgaan, dan na vernieuwde bekendmaking en aanplakking der billetten, zooals zulks uitdrukkelijk is bepaald bij art. 543 (2de boek, 3de titel) van gezegd Wetboek, opzichtelijk opvordering van eigendom van onroerend goed, het evenwel regelmatig en onvermijdelijk is, dat die vernieuwde bekendmaking en aanplakking bij afwijzing van den eisch

plaats hebbe, waartoe noodwendig kosten moeten worden aangewend, waarvan de eischer, in zijne reclame in het ongelijk gesteld wordende, de oorzaak is, terwijl hij den gedaagde daardoor schade heeft toegebracht, welke dus, naar rechten, door hem gedragen moet worden.

Dit bezwaar echter schijnt, althans in zijne algemeenheid, niet te worden gedeeld door DE PINTO. *Hdl. B. R.*, dl. II, 2, p. 648 en 649, 2de ed., p. 680 sqq., die aldaar, — bestrijdende een arrest van het P. H. Zeeland, v. 9 April 1839, W. n°. 41; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 641; R., dl. I, § 40, waarbij (met vernietiging van het daartoe betrekkelijk en in een tegenovergestelden zin gewezen vonnis van de Arr.-R. Middelburg, v. 27 Febr. 1839, W. en R. ut supra) is aangenomen, dat, ingeval van een executoriaal beslag op en verkoop van schepen, niet alleen de bepalingen van den 4den titel van het 2de boek van het Wetb. v. B. R. van toepassing zijn, maar dat men ook verplicht is, om, in hetgeen bij zoodanig executoriaal beslag en verkoop voorkomt en in dien titel geen voorschrift vindt, tevens na te komen de bepalingen van den 2den titel van hetzelfde boek, handelende over de gerechtelijke ten-uitvoerlegging op roerende goederen en mitsdien de opvolging van art. 576 en volgg. B. R. *niet uitsluit* de inachtneming der bepalingen bij artt. 456 en 457 (*in casu* de beteekening ook aan den *bewaarder* van de gedane revindicatoire oppositie tegen den verkoop van het in beslag genomen schip), ingeval van reclame of oppositie, bij eene executie van *roerende* goederen voorgeschreven, — de meening ontwikkelt, dat de wet een volledig samenstel van bepalingen voor het beslag op schepen geeft en dit onderwerp daarbij op eene geheel eigenaardige en op zich zelve staande wijze wordt geregeld; dat het beslag op schepen is *sui generis* en men alleen daar, waar dit volstrekt noodig is, bij analogie, zijne toevlucht mag nemen tot de bepalingen, hetzij van den 2den, hetzij, en dat wel meestentijds, van den 3den titel, naarmate het te verkoopen schip tien lasten of meer bedraagt (artt. 573, 581 en 582 B. R.), zonder dat men ooit kan vorderen de nakoming van formaliteiten, welke in een dezer twee titels worden voorgeschreven, *doch hier voor het bizondere onderwerp niet herhaald*. — Het gevoelen van den heer DE PINTO wordt, althans wat betreft de ontkennende beantwoording der vraag, of ook bij het in beslag nemen van schepen de beteekening aan den bewaarder, ingevolge art. 456 B. R., wordt gevorderd, bevestigd bij vonnis van de Arr.-R. Groningen, v. 26 Juni 1854, R. B., jg. 1854, p. 372—374; R., dl. XLVII, § 97 (aldaar onder dagteekening v. 13 Juni), op grond, dat de wetgever schepen niet in allen deele behandelt als andere roerende goederen, en speciaal over executoriaal beslag op, en verkoop van schepen niet handelt in den 2den titel, 2de boek, maar, na in den 3den titel over de gerechtelijke uitwinning van onroerende goederen gesproken te hebben, eerst in den 4den titel komt tot de executie van schepen, daarvoor eigene vormen voorschrijft, afwijkende van die, welke de roerende goederen betreffen, en in art. 584 B. R. wel verwijst naar den 3den titel over onroerende, maar niet naar den 2den over roerende goederen, en dat de beteekening der reclame aan den bewaarder wel nuttig en noodig is bij roerend goed, hetwelk niet ter rolle der Rechtbank wordt verkocht, maar doelloos wordt bij een schip,

welks verkoop, hangende het geding over de reclame, wordt verhinderd door het inbrengen der reclame ter griffie, volgens art. 576 B. R., en mitsdien noch uit de wet, noch uit de *ratio legis* blijkt, dat de wetgever art. 456, 4ste lid B. R. heeft willen toepasselijk maken op reclame van in beslag genomen schepen, maar bij integendeel geacht moet worden die toepasselijkheid niet te hebben gewild. — Vgl. wijders OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 190 sqq., die, hoewel in het algemeen instemmende met het gevoelen van DE PINTO uit supra, echter meent, dat, zoo er aanvulling noodig is, de toepassing der bepalingen opzichtelijk het beslag van roerend of onroerend goed afhankelijk is van de grootte van het schip, al of niet beneden de tien lasten, met welk gevoelen zich ook vereenigt VERNEDE, ad art. 563.

2. Dit voorschrift is alléén van toepassing op schepen van meer dan tien lasten.

Arr.-R. Utrecht, v. 23 Sept. 1864, W. n°. 2667. Zie eene bestrijding van dit vonnis door Mr. A. O. in *Opm. en Med.*, dl. XVII, p. 29 sqq., zie ook OUDEMAN, *B. R.*, 4de ed., dl. II, blz. 192, waar betoogd wordt dat dit en het volgend artikel op *alle* schepen zonder onderscheid van toepassing zijn.

Art. 582.

1. Onverminderd de vraag of de huurprijs van een schip behoort onder de bevoorrechte schulden, bij art. 582 B. R bedoeld, volgt uit het verband van laatstgemeld artikel en art. 748 W. v. K., dat een zeilree schip, oorspronkelijk de rivieren en binnenwateren bevarende, doch hetwelk beweerd wordt ook soms wel eene buitenlandsche reis gedaan te hebben, niet vatbaar is voor arrest, indien het niet laatstelijk van buiten 's lands is gekomen of derwaarts is bestemd.

Arr.-R. Amsterdam, v. 23 Juli 1844, W. n°. 521.

2. Een schip kan niet gezegd worden zeilree te zijn, indien nog ontbreekt de laatste formaliteit, van welker vervulling het vertrek des schippers afhankelijk is (*in casu* waar de luiken en openingen van het vaartuig door de ambtenaren nog met lood of cachet moeten worden voorzien, en de schipper, om te kunnen vertrekken, zich nog moest vervoegen tot de Rijks-beambten, ten einde nader te doen invullen een der kolommen *in dorso* van het consent of de consenten gedrukt, en door welker invulling eerst de noodige formaliteiten zijn vervuld, om zich ter uiterste wacht te vervoegen en aldaar zee te kiezen).

Arr.-R. Amsterdam, v. 31 Jan. 1845, W. n°. 583; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 293 en 294. Verg. ook vonnissen Arr.-R. Alkmaar, v. 9 Maart 1876 vermeld ad art. 582 B. R., en van 27 April 1876, R. B., jg. 1876, afd. *B*, p. 130 sqq., W. n°. 4000 en de opmerkingen der redactie van het R. B., t. a. p., p. 138.

3. Op grond van de bepaling van art. 9 der wet houdende A. B. betreft dit artikel niet alleen inlandsche, maar ook vreemde schepen.

P. H. v. Z.-Holland, v. 21 April 1873, W. n°. 3591.

Anders: Rb. te Rotterdam, 26 Dec. 1888 P. v. J. '88, n°. 96. W. n°. 5604; idem Rb. Middelburg 20 Sept. 1911, W. n°. 9200.

4. Deze wetsbepaling moet geacht worden mede van toepassing te zijn op het conservatoir beslag.

Het bewijs dat een schip zeilree lag, berust op hem, die de opheffing van dat beslag vordert.

Arr.-R. Alkmaar, van 9 Maart 1876, W. n°. 4000, R. B., jg. 1876, afd. *B*, p. 130; idem redactie R. B., t. a. p. bl. 185.

5. Daargelaten of het verbod, in dit artikel vervat, zoowel bij conservatoir als bij executoir beslag van toepassing is, — is het nooit toepasselijk op schepen, die uit eene vreemde haven vertrokken, over Nederlandsch grondgebied komen.

Arr.-R. Middelburg, v. 21 Juni 1876, W. n°. 3992, R. B., jg. 1876, afd *B*, blz. 172 sqq.

De pleidooien zijn opgenomen in W. n°. 3990 en in R. B., t. a. p. — Dit vonnis is bevestigd bij arrest Hof 's Gravenhage, v. 25 Juni 1877, W. n°. 4131, R. B., jg. 1878, *B*, p. 271.

Het Hof heeft ook de vraag onderzocht of dit verbod bij conservatoir beslag van toepassing is, en deze vraag ontkennend beantwoord.

Zie in anderen zin, wat dat laatste betreft, aant. 4.

Art. 585.

1. Op grond van n°. 8 van dit artikel kan lijfsdwang alleen worden uitgesproken tegen hem, die het misdrijf of de onrechtmatige daad heeft begaan, en niet tegen anderen, die met den dader voor de schade aansprakelijk zijn.

Arr. v. 17 Dec. 1858, W. n°. 2022, R., dl. LX, § 38, v. d. H., *B. R.*, dl. XXII, p. 513—528, in zoover vernietigende (in strijd met de conclusie Openb. Min. in W. n°. 2040). arrest P. H. v. N.-Holland, v. 10 Nov. 1857, W. n°. 1918; idem Arr.-R. Leeuwarden, v. 29 Juni 1875, W. n°. 3983; cf. vonnis Arr.-R. Rotterdam, v. 12 Jan. 1870, W. n°. 3192; idem P. H. v. Gelderland, v. 31 Oct. 1860, R. B., jg. 1861, dl. XI, bl. 385—386, W. n°. 2234.

2. Waar lijfsdwang in strijd met de wet is uitgesproken (*in casu* met n°. 8 van dit artikel, als doelende dit niet op schadevergoeding wegens niet nakoming eener overeenkomst) kan de eischer in cassatie daartegen opkomen, ook dan, wanneer hij, in eersten aanleg en hooger beroep, de vordering daarvan niet opzettelijk heeft bestreden.

Arr. v. 7 Febr. 1868, W. no. 2988; v. d. H., *B. B.*, dl. XXXII, p. 203—214; in strijd met de conclusie van den adv.-gen. GREGORY; bij welk arrest nog, mede in strijd met de conclusie van het Openb. Min., werd beslist, dat aan de ontvankelijkheid van het cassatiemiddel evenmin in den weg staat het feit, dat de verweerder verklaard heeft onvoorwaardelijk van den uitgesproken lijfsdwang afstand te doen.

3. Lijfsdwang is niet toegelaten voor proceskosten.

Arr. v. 24 Nov. 1882, W. n°. 4844; R., dl. CXXXII, § 46; v. d. H., *B. B.*, dl. XLVIII, p. 26—30; ook vermeld ad art. 55 B. R. Zie ten betooge dat deze uitspraak, althans ten aanzien van vreemdelingen, minder juist is, Mr. J. ROMBACH in W. n°. 4849; idem in handelszaken bij arrest P. H. v. Limburg, v. 2 Maart 1857, W. n°. 1835; cf. Arr.-R. Arnhem, v. 12 Febr. 1855, W. n°. 1642, ook vermeld sub artt. 586 en 590 B. R., idem Arr.-R. Maastricht, v. 30 Oct. 1845, R. B., jg. 1846, p. 510—514. Anders dan het arrest van den Hoogen Raad, vonnis Hof v. Justitie Suriname, v. 30 Dec. 1881, W. n°. 4888. Verg. aant. 18. Zie ook omtrent deze vraag, Mr. BICHON VAN IJSSELMONDE, in zijn hieronder vermeld proefschrift, p. 218, noot.

4. Voor eene vordering wegens berg- of hulploon ten laste van een vreemdeling, die geene vaste woonplaats binnen dit Rijk heeft, kan noch op grond van art. 585, n°. 10, noch op grond van art. 586, n°. 4 B. R. het middel van lijfsdwang verleend worden, vermits zoodanige vordering niet kan gezegd worden te zijn *eene schuld, door een vreemdeling ten behoeve van Nederlanders aangegaan*, noch ook bij de wet met een contract van zeehandel gelijk gesteld te zijn, terwijl er overigens voor dat geval bij geene wet uitdrukkelijk lijfsdwang is toegelaten.

P. H. v. Zeeland, v. 13 Oct. 1840, R., dl. XI, § 31; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 649. — Cf. art. 5 W. v. K., arrest van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 17 Jan. 1849.

5. Ook de kantonrechter is bevoegd, den lijfsdwang tegen een gedaagde uit te spreken, wanneer die is inhaerent aan de vordering, welke aan zijne kennisneming en beslissing is onderworpen.

Arr.-R. Sneek, v. 6 Jan. 1841, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 668 en 669; *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 15 en 16 (vernietigende een vonnis van 't Ktg. Lemmer, v. 9 Sept. 1840, *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 391); idem Ktg. Oldenzaal, v. 20 Juli 1844, W. n°. 540; idem OUDEMAN, 4de ed., dl. I, p. 151 sq.; v. d. KEMP, *Ontw.*, p. 173 en 174, 3de druk p. 351 en LIPMAN, *B. R.*, p. 259, welke laatste doet opmerken, dat de wetgever alleen de *ten-uitvoer-legging* van den lijfsdwang, gelijk van alle andere vonnissen, aan den kantonrechter heeft onthouden.

6. Een veldwachter, die, zonder het bestaan van een rechterlijk vonnis, eene ontruiming ten uitvoer legt, pleegt eene onrechtmatige daad in den zin van art. 585, n°. 8 B. R., met dat gevolg, dat de lijfsdwang afhankelijk is van het bedrag der uit te wijzen schadevergoeding.

Ktg. Alphen, v. 9 Juni 1841, W. n°. 196. — Cf. art. 1401 B. W., vonnis van hetzelfde Ktg. van denzelfden datum, sub n°. 9; 2de ed., p. 27, waar abusievelijk het vonnis als afkomstig van het kantongerecht van *Gouda* is aangehaald.

7. Lijfsdwang maakt minder een gedeelte van de veroordeeling uit, maar stelt veeleer het middel daar, om de uitvoering daarvan te verzekeren.

P. H. v. Gelderland, v. 27 April 1842, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 564—566; idem *implicite*, bij vonnis van 't Ktg. Oldenzaal, v. 20 Juni 1844, W. n°. 540 en bij VAN DER KEMP, *Ontw.*, p. 174, 3de druk p. 351 sq.

8. Onder de woorden *misdrijf of onrechtmatige daad* in art. 585, n°. 8 B. R. zijn alleen begrepen de delicten of quasi-delicten, kunnende mitsdien ter zake van de niet-nakoming eener burgerlijke overeenkomst, ook dan wanneer de schade *f* 150 mocht te boven gaan, de lijfsdwang niet worden verleend.

Arr.-R. Amsterdam, v. 11 Mei 1842, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 854 en 855, alwaar het gold eene vordering tot schadevergoeding ter zake van de niet-uitlevering van graan, ingesteld tegen eene niet-commerciele vennootschap van molenaars voor het bemalen van graan; — idem v. 18 Juli 1843, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 85—87 (waarbij is beslist, dat hetgeen de aanbesteder ten gevolge der wanprestatie voor het maken of op nieuw bearbeiden van het aanbestede moet betalen boven den aanbesteden prijs, van den oorspronkelijken aannemer niet terug gevorderd kan worden door middel van lijfsdwang, indien die som *f* 150 te boven gaat) idem (ten aanzien van de niet-nakoming eener overeenkomst van huur en verhuur) bij vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 9 Sept. 1844, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 721—724 en bij vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Dec.

1873, W. n°. 3683. Hetzelfde beginsel wordt gehuldigd bij vonnis Arr.-R. Arnhem, v. 31 Jan. 1878, W. n°. 4277; idem wegens schadevergoeding ter zake van de niet-afgifte van eenen titel, als zijnde niet het gevolg van eene onrechtmatige daad in den zin van art. 585, n°. 8 B. R., bij vonnis van de Arr.-R. 's Hage, v. 2 Jan. 1846, W. n°. 674; idem (ten aanzien eener burgerlijke overeenkomst van lastgeving) bij vonnis van de Arr.-R. Utrecht, v. 17 Mei 1850, W. n°. 1142; idem bij arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 17 Juni 1847, W. n°. 934; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 1—14 en bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Juni 1854, R. B., jg. 1854, p. 486—488, waarbij, mede als een gevolg der stelling, dat onder de woorden *misdrijf of onrechtmatige daad* in art. 585, n°. 8 B. R. alleen zijn begrepen de delicten of quasi-delicten, is beslist, dat, bij opheffing van een onwettiglijk gelegd arrest en veroordeeling te dier zake tot schadevergoeding uit krachte van art. 478 j°. art. 476 B. R., de lijfsdwang niet kan worden toegewezen; idem (alwaar het gold de opheffing van een arrest onder derden) bij arrest van hetzelfde P. H. v. 23 Dec. 1847, W. n°. 933 (te dien aanzien vernietigende het in een tegenovergestelden zin gewezen vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 22 April 1846, W. n°. 737); — idem vonnis Arr.-R. Nijmegen, v. 3 Juni 1862, W. n°. 2402 en arrest P. H. v. Utrecht, v. 5 Sept. 1870, R. B., jg. 1872, p. 141; — anders echter (en volgens LÉON onjuist) bij vonnis der Arr.-R. 's Bosch, v. 5 Mei 1844, W. n°. 551, waarbij is beslist, dat ter zake van een uit krachte van art. 456 B. R. ingesteld verzet tegen een beslag voor verschuldigde huurpenningen, welke in rechten ongegrond is bevonden, de lijfsdwang kan en behoort te worden uitgesproken, indien de schade de *f* 150 te boven gaat. Zie ook arrest Hof Leeuwarden, v. 20 Jan. 1879, W. n°. 4338, waarbij de lijfsdwang wordt uitgesproken ter zake van schadevergoeding tengevolge van wanpraestatie in eene koopovereenkomst, welke beslissing bestreden wordt in W. n°. 4340, door Mr. H. J. VAN LIER. — Cf. art. 585, vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Jan. 1854, sub n°. 12, en art. 1401 B. W. aant. 2 en 3.

9. De conducteur eener onderneming van algemeene postwagendienst, is ten behoeve van de onderneming niet bij lijfsdwang aansprakelijk voor onder hem vermiste en niet opgeleverde gelden of goederen aan zijne bewaring toevertrouwd, als spruitende de vordering voort uit de verplichting, welke hij als verhuurder van zijnen dienst als conducteur en bewaarnemer jegens de ondernemers had op zich genomen en als zijnde die geenszins gegrond op een misdrijf of eene onrechtmatige daad.

Arr.-R. Utrecht, v. 5 Juli 1842, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 752 (1).

(1) Zou hier niet kunnen geacht worden dezelfde *ratio legis* aanwezig te zijn als in het geval, voorzien bij art. 1746 B. W.?

10. De voogd is tot de uitkeering van het goed slot zijner rekening niet bij lijfsdwang gehouden, indien de rechter van oordeel is, dat daartoe geene termen bestaan.

Arr.-R. Gorinchem, v. 22 Oct. 1842, W. n°. 357; — anders en volgens LÉON zeer te recht, door de redactie van 't W. ut supra; DE PINTO, *B. R.*, dl. II, 2, p. 641, 2de ed., p. 704 en 705 en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 200 sq.

11. Het wederrechtelijk wegnemen eener waterloozing is zoodanige onrechtmatige daad, als bij art. 585, n°. 8 B. R. is bedoeld.

Arr.-R. Amsterdam, v. 17 Nov. 1847, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 22 en 23.

12. De niet-betaling van het gekochte levert geene onrechtmatige daad op in den zin van de art. 1401 B. W. en 585, n°. 8 B. R.

Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Jan. 1854, R. B., jg. 1854, p. 453—455. — Cf. art. 585 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 11 Mei 1842 sqq., sub n°. 8.

13. Lijfsdwang, zijnde een middel van executie op den persoon, kan uit dien hoofde niet tegen een zedelijk lichaam (*in casu* de weeskamer *qua talis*) worden toegepast, te minder, omdat de leden in den regel niet in hun privé aansprakelijk zijn voor de verbintenissen van het zedelijk lichaam.

Raad van Justitie Batavia, v. 30 Juni 1854, W. n°. 1601; cf. aant. 15.

14. Uit het voorschrift van art. 585, n°. 10 B. R. volgens hetwelk lijfsdwang tegen vreemdelingen alleen plaats heeft voor schulden, ten behoeve van Nederlanders aangegaan, volgt dat voor schulden, door hen aangegaan ten behoeve van vreemdelingen en derhalve door deze laatsten als schuldeischers, de *overige rechtsmiddelen* hier te lande evenzeer kunnen aangewend worden, als dit door Nederlanders kon geschieden.

P. H. v. Z.-Holland, v. 29 Sept. 1857, W. n°. 1895. Vgl. ook art. 127 B. R. n°. 1.

15. De algemeene commissie van likwidatie der zaken van de voormalige wees- en momboirkamers, welke niet als een zedelijk lichaam is te beschouwen, is, bij lijfsdwang harer individueele leden, aansprakelijk en gehouden tot het doen van rekening en uitkeering van het saldo.

Toepasing art. 17 van het internationaal verdrag van 1896 (wet v. 31 dec. 97, d. n° 275): Rb. Rotterdam 17 Jan. 1900, T. v. j. 1900 n° 26.

P. H. v. Z.-Holland, v. 21 Febr. 1859, W. n°. 2049, bevestigende Arr.-R. 's Gravenhage, v. 8 Sept. 1857, W. n°. 2049; idem ten aanzien van de af- en overgifte van het saldo, arrest van voorm. Hof v. 28 Juni 1858, W. n°. 1990, in zoover vernietigende vonnis Arr.-R. 's Hage, v. 21 Nov. 1856, W. n°. 1942; idem arrest van voorm. Hof v. 10 April 1865, W. n°. 2687; cf. aant. 13.

16. Krachtens art. 585, n°. 9 B. R. kan lijfsdwang *niet* worden toegepast tegen den vader, die niet als voogd, maar als bewindvoerder, tot rekening en verantwoording wordt geroepen

Arr.-R. Roermond, v. 27 Oct. 1859, W. n°. 2188.

17. Wanneer in eene procedure tegen eene maatschappij lijfsdwang is gevraagd zonder opgave van den persoon, tegen wien die gevorderd wordt, kan de rechter dit verzuim niet aanvullen, en alzoo den lijfsdwang niet uitspreken.

Arr.-R. Amsterdam, v. 23 Juni 1864, W. n°. 2613.

18. Hoe algemeen art. 585, n°. 10 B. R. lijfsdwang moge toelaten tegen alle vreemdelingen, die geene vaste woonplaats binnen het Koninkrijk hebben, voor alle schulden zonder uitzondering, ten behoeve van Nederlanders aangegaan, kan toch die bepaling niet gelden voor de proces-kosten, waarin een vreemdeling ten behoeve van een Nederlander veroordeeld wordt.

Arr.-R. Maastricht, v. 29 Juni 1865, W. n°. 3167, idem P. H. v. Overijsel, v. 11 Juni 1860 bij Mr. Hertzveld, ut supra p. 64, anders Mr. S. J. Cohen in *Themis*, 2de verz. dl. XIII, blz. 700 sqq., die betoogt dat hetzij men de betaling der proceskosten schadevergoeding noeme tengevolge van eene onrechtmatige daad, en dus eene verbintenis, die uit kracht der wet tengevolge van 's menschen toedoen ontstaan, hetzij dat men die proceskosten betalen moet tengevolge van een judicieel contract, doordien men de beslissing des rechters over een of ander geschilpunt van burgerlijk recht inroept, altijd zullen die kosten, tot de betaling waarvan de vreemdeling veroordeeld wordt, wel onder de benaming van *schulden* ten behoeve van Nederlanders aangegaan moeten gerangschikt worden; het is toch niet aan twijfel onderhevig dat onder schulden in dit artikel ook verbintenissen begrepen zijn, die zonder 's menschen toestemming zijn ontstaan. Zie in denzelfden zin Mr. W. C. Mees, in zijn sub hoc art. vermeld proefschrift, pag. 23 sqq. en Mr. C. J. A. Bichon van IJsselmonde, in zijn mede hieronder vermeld proefschrift, p. 179 sq. Vgl. aant. 3.

19. Waar alleen *verzuimen* maar geene onrechtmatige *handelingen*

Kracht van art. 585 n°8 moet lijfsdwang worden verbeurd bij verwijzing tot schadevergoeding wegens aanranding. Hof Arnhem 25 Oct. 1893 W. n° 6417.

worden te laste gelegd, kan geen sprake zijn van toepasselijkheid van art. 585, n°. 8 B. R.

Arr.-R. Gorinchem, v. 4 Dec. 1866, W. n°. 2914, cf. Ktg. Leeuwarden, v. 23 Juni 1869, W. n°. 3138.

20. De al dan niet toepasselijkheid van den lijfsdwang, als zijnde een punt van materieel recht, moet beoordeeld worden naar hetzelfde recht als de schuld, waarvoor dit middel van executie zou plaats hebben.

P. H. v. Gelderland, v. 15 Dec. 1869, W. n°. 3178, in zoover vernietigende vonnis Arr.-R. Tiel, v. 14 Mei 1869, W. n°. 3156; verg. Arr.-R. Breda, v. 16 Febr. 1875, aangehaald sub art. 588 B. R.

In anderen zin, Arr.-R. Arnhem, v. 15 Oct 1883, W. n°. 4956; Hof 's Bosch, v. 6 Juni 1876, R. B., jg. 1878, p. 20, W. n°. 4173.

21. De vervulling van een poenaal beding, aangegaan tot meerdere zekerheid der uitvoering van het tusschen partijen gesloten bodemerijcontract, als geldende de uitvoering van een contract van zeehandel, kan door lijfsdwang verzekerd worden.

Arr.-R. Winschoten, v. 16 Maart 1870, W. n°. 3248.

22. Wanneer bepaald is dat de kooppenningen in handen van den verkooper of diens gemachtigde ten kantore van den notaris moeten worden voldaan, is art. 585, 7°. niet van toepassing, bij de opvordering dier gelden van den notaris, die ze als gewoon gemachtigde heeft ontvangen.

Arr.-R. Arnhem, v. 5 Jan. 1874, W. n°. 3693.

23. Lijfsdwang kan niet worden uitgesproken (met name niet op grond van n°. 8 van dit artikel) wegens aan de revindicatie toegevoegde vordering tot vergoeding der schade, door den houder van onroerend goed aan den eigenaar toegebracht, tengevolge van het blijven bezitten na geëindigden huurtijd.

P. H. v. Gelderland, v. 26 Mei 1875, W. n°. 3897.

24. Lijfsdwang wegens vergoeding van kosten, schaden en interessen kan niet worden uitgesproken, vóór dat door de vereffening bewezen is, dat het verschuldigde bedrag de som van *f* 150 te boven gaat.

P. H. v. Limburg, v. 7 Juni 1875, W. n°. 3871.

25. Zie ten betooge:

a. Dat de niet-toepassing van den lijfsdwang een individueel recht betreft, waaromtrent, bij afstand of berusting dienaangaande, geene aanvulling door den rechter ambtshalve kan plaats hebben —

artt. 48, sub n°. 28, 588 sub n°. 4 en 590, sub n°. 2 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Juli 1843. — Vgl. in verband hiermede, ten betooge, dat ook in die gevallen waarin de wet den lijfsdwang veroorlooft, de rechter *ultra petita* zou oordeelen indien hij den lijfsdwang uitsprak, waartoe door partij niet was geconcludeerd — DE PINTO, *B. R.*, dl. II, 1, p. 471, 2de ed., p. 521 en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 208.

b. Dat het vragen van lijfsdwang bij conclusie ter rolle, ofschoon die niet bij de dagvaarding was gevorderd, geene vermeerdering, maar wel eene wijziging van de ingestelde vordering is —

art. 134 B. R., arrest van 't P. H. v. Zeeland, v. 23 April 1850 sqq.

c Dat onder de personen, vermeld in art. 585, n° 7 B. R. ook de procureurs zijn begrepen —

OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 202, en v. d. HONERT, p. 573, volgens wien deze bepaling ook op de advocaten ziet; — anders, wat dit laatste betreft, bij VERNEDE ad art.

d. Dat een amanuensis en rentmeester, aan wien door de beheerders van een gesticht bij instructie werkzaamheden zijn opgedragen, noch taal- noch rechtskundig te beschouwen is als *beheerder* vallende in de termen van art. 585, n°. 9 —

P. H. v. Gelderland, v. 15 Nov. 1848 bij Mr. HERTZVELD, ut supra, blz. 59.

e. Dat de bepaling van art. 585, n°. 10 B. R., (overeenkomstig den regel: *„nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*) alleen toepasselijk is op de schulden, die oorspronkelijk ten behoeve van een Nederlander zijn aangegaan, doch niet op die welke door een vreemdeling aan een Nederlander zijn afgestaan —

DE PINTO, *B. R.*, dl. II, 2, p. 642, 2de ed., p. 706; OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 201. — Cf. v. d. HONERT, p. 575.

— Ten aanzien van het recht verstand van hetgeen in een rechtskundigen zin eene onrechtmatige daad oplevert, is zeer belangrijk een arrest v. 18 Febr. 1853, R., dl. XLIV, § 18, waarbij is beslist dat eene daad kan zijn rechtmatig en geoorloofd en niettemin de dader verantwoordelijk, en tot schadevergoeding

verplicht kan zijn, wanneer hij daarbij onvoorzichtelijk heeft gehandeld, zoodat een ambtenaar, met het opsporen der misdrijven belast, en als zoodanig de rechtmatige daad van opmaking van proces-verbaal uitoefenende, niettemin *terecht* tot schadevergoeding verwezen wordt, indien hij door onnauwkeurige opgaven in dat stuk *onvoorzichtelijk* de aanleidende oorzaak is van de onrechtmatige aanhouding en gevankelijke wegvoering van een persoon.

Verg. over deze afdeeling Mr. W. C. Mees, in zijne dissertatie, (Leiden 1881) «de gevallen, waarin volgens het Wetboek van Burg. Rechtsv., lijfsdwang kan worden toegepast».

Mr. M. C. C. Melchers in het sub art. 127 B. R. n°. 1, vermeld proefschrift blz. 163 sqq., alwaar op p. 166 sq. worden opgenoemd de verschillende Staten, waar de lijfsdwang in *civilibus* is afgeschaft.

Zie over de vraag of het behoud van den lijfsdwang al of niet wenschelijk is, het praeadvies van Mr. Levy in de Ned. Jur.-Ver. en de daarover gevoerde discussie, *Hdl.*, 1874, dl. I, p. 34, dl. II, p. 17 sqq.

Zie over de wenschelijkheid van het behoud van het middel van lijfsdwang in *jure constituendo*, *Opin. en Med.*, dl. XV, blz. 193—223, alwaar echter wordt voorgesteld vermindering van en wijziging in de gevallen, waarin ze kan toegepast worden; alsmede dat de rechter niet gedwongen moet zijn den lijfsdwang uit te spreken, maar dat dit facultatief moet worden gelaten.

Zie over de hardheid, welke gelegen is in den duur van den lijfsdwang en de wijze, waarop hij wordt uitgeoefend, een artikel van Mr. J. Potter van Loon in W. n°. 1625.

— Zie over lijfsdwang een opstel van d. P. in W. n°. 3758, beantwoord door Mr. J. A. Levy in W. n°. 3769 en de dissertatie van den heer C. J. A. Bichon van IJsselmonde, «De afschaffing van den lijfsdwang" (Utrecht, 1885), alwaar de lotgevallen van den lijfsdwang ook in andere landen worden medegedeeld.

Art. 586.

1. Waar nog niet eene veroordeeling veel min eene bij lijfsdwang is uitgesproken, kan geene sprake zijn van verkeerde toepassing van art. 586 B. R.

Arr. v. 18 Mei 1872, W. n°. 3463; R., dl. CI, § 5; v. d. H., *B. B.*, dl. XXXVII, p. 123—142.

2. De achtereenvolgende vermelding van kooplieden, bankiers, kassiers en makelaars in art. 4 W. v. K. toont, ook met het oog op de artt. 62, 64, 66 en 77 W. v. K., aan, dat het woord «kooplieden" in art. 586, n°. 1, B. R. in een ruimen zin moet worden opgevat en alzoo mede op bankiers, kassiers en makelaars moet worden toepasselijk geacht.

Verb. koop en verkoopen van een schip voor de vaart is een handelsdaad; uit dien dien de verplichting om het te leveren en de voor die verpl. in de plaats getreden schadevergoeding een handelsschuld in de zin van art. 1115 Rv. (Art. 586. 17 Jan. 1900 W. 7297. 1900 n° 26.

Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Juni 1842, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 638—640; R., dl. XIV, § 70. — Cf. ten betooge, dat een makelaar, een orderbillet teekenende, met vermelding van genotene waarde zonder verdere schuldoorzaak, geacht moet worden het ter zake van zijn beroep te hebben geteekend en hij mitsdien bij wanbetaling aan den lijfsdwang is onderworpen — art. 65 W. v. K., vonnis van dezelfde Arr.-R. van denzelfden datum, sub n°. 4 en art. 586 B. R., vonnis van de Arr.-R. Assen, v. 31 Mei 1847, sub n°. 4.

3. De lijfsdwang kan worden gevorderd en uitgesproken tegen een koopman, die met zijne echtgenoot eene acceptatie heeft onderteekend.

Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Juli 1843, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 83—85.

4. Het is niet genoeg dat men koopman zij en een orderbillet geteekend hebbe, om aan lijfsdwang onderworpen te zijn, indien de oorzaak, in het billet uitgedrukt, aan den handel van den ondergeteekende (zijnde *in casu* een aardappel-geneverstoker of brander, terwijl, naar luid van het orderbillet, de waarde in houtwaren is geleverd) vreemd is.

Arr.-R. Assen, v. 31 Mei 1847, W. n°. 976; R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 126 en 127. — Cf. art. 586 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Juni 1842, sub n°. 2.

5. Een orderbriefje, door een koopman onderteekend, luidende: "waarde in contanten ontvangen" moet geacht worden voor zijn handel te zijn aangegaan, zoodat die woorden niet kunnen gezegd worden eene andere oorzaak dan handelsschuld uit te drukken.

Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Aug. 1847, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 728. — Vgl. hiermede ten betooge, dat de schuldenaar mag bewijzen, dat er eene *civiele* schuldoorzaak bestaat en dat hij door dat bewijs van den lijfsdwang wordt ontslagen — DE PINTO, dl. II, 2 p. 644, 2de ed., p. 708 sq. en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II. 4de ed., p. 203; anders: Arr.-R. Leiden, v. 2 Mei 1854, W. n°. 1542, R., dl. L. § 93; en Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Juni 1842, sub 2 aangehaald; Hof Den Bosch 3 Dec. 1872, W. n° 6216.

6. De lijfsdwang, gevorderd wegens handelsschulden, kan niet worden betwist, op grond, dat de persoon, tegen wien de lijfsdwang wordt gevraagd, heeft opgehouden koopman of koopvrouw te zijn. 16 R. 29 Dec. 1875 W. n° 6754.

Arr.-R. Gorinchem, v. 28 Oct. 1848, W. n°. 1043; R. B., jg. 1849, dl. XI, p. 560; idem Ktg. 's Gravenhage, v. 5 April 1853, W. n°. 1473, bevestigd bij vonnis der Arr.-R. 's Gravenhage, v. 14 Nov. 1853, W. n°. 1488; idem Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Oct. 1863, W. n°. 2547; Arr.-R. Hk. 's-Hage 3 Mei 1876 W. n° 6330. Hof Arnhem 14 Juli 1876 W. n° 6341.

Arnhem, v. 27 Maart 1865, W. n°. 2692; idem Mr. W. C. Mees in het sub art. 585 B. R. aangehaald proefschrift, bl. 31 sqq.; en Mr. Bichon van IJsselmonde in zijn mede sub art. 585 B. R. vermeld proefschrift, p. 207.

Anders Mr. F. A. T. Weve, als pl.-kantonrechter, zie vonnis Ktgr. 's Gravenhage, v. 8 Sept. 1856, W. n°. 1793 en als schrijver in *Themis*, jg. 1856, p. 283 sqq. in hoofdzaak op grond dat lijfsdwang alléén dan kan worden toegepast in de gevallen *uitdrukkelijk* bij de wet genoemd en men alleen door analogische uitbreiding van art. 586, 1° er toe kan komen, onder kooplieden ook *gewezen* kooplieden te verstaan. Daarenboven merkt schrijver aan dat, hadde de wetgever ook *gewezen* kooplieden bedoeld, hij het artikel zou hebben doen luiden: «ter zake van handelsschulden, door een koopman aangegaan». In denzelfden zin bepleitte Mr. Weve deze vraag als advocaat in de zaak voor de Arr.-R. 's Hage, hierboven aangehaald: idem Ktg. Alphen, v. 24 Aug. 1864, W. n°. 2615 (kantonrechter Mr. A. A. Weve), R. B., jg. 1865, p. 249. Vgl. hiermede in gelijken zin, ten aanzien van het alsnog in staat van faillissement kunnen stellen van hem die opgehouden heeft koopman te zijn, ter zake van handelsschulden, aangegaan toen hij koopman was — een vonnis der Arr.-R. Leiden, v. 12 Maart 1843, sub art. 764, n°. 5, W. v. K., en de aldaar aangehaalde plaatsen.

7. Ten aanzien van den expediteur, die zich tevens belast met het vervoer van brieven, is bij vermissing en opvordering van de waarde daarvan bij wege van schadevergoeding, met het oog op art. 86 en volg. W. v. K. en de verplichtingen van den expediteur aldaar omschreven en de bestaande wet op de posterijen, art. 586, n°. 1, B. R. niet van toepassing, terwijl het hier ook niet geldt het geval bij art. 585, n°. 8 bedoeld.

Arr.-R. Utrecht, v. 17 Mei 1850, W. n°. 1142. — Cf. art. 585 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 5 Juli 1842, sub n°. 9.

8. De bloote te kennengeving in de introductieve dagvaarding van een rechtgeding en in sommige exploiten, dat eene vrouw zou zijn handelsvrouw, levert daarvoor geen bewijs op, als behoorende de te kennengeving van het beroep van een gedaagde of geëxploiteerde niet tot het onderwerp van akten van exploit.

Arr.-R. Amsterdam, v. 30 Juni 1852, W. n°. 1351.

9. Wanneer lijfsdwang gevorderd is, voor zooverre de schade *f* 150 te boven gaat, en dus blijkbaar krachtens art. 585, 8° B. R. en de rechter beslist, dat hij krachtens art. 586, 1°. als tegen kooplieden behoort te worden uitgesproken, moet hij nochtans slechts verleend

worden, *voor zooverre de schade* f 150 *te boven gaat*, daar anders meer zou worden toegewezen dan gevraagd werd.

Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Nov. 1855, R. B., jg. 1856, dl. VI, p. 64—66.

10. Hij die zich tegenover derden als koopman voor eigen rekening handeldrijvende gedraagt, kan ter ontkoming aan den lijfsdwang, geen beroep doen op gemis van patent of op de bewering dat hij slechts tot bijstand van zijne vrouw handelt.

Arr.-R. Arnhem, v. 12 Febr. 1855, W. n°. 1642, ook vermeld sub art. 585 B. R., n°. 3.

11. Wanneer een orderbriefje gehouden moet worden geteekend te zijn voor en namens eene firma, en ten dienste van den handel dier firma zijn alle hare leden bij lijfsdwang verbonden.

Ktg. Alphen, v. 9 Jan. 1856, W. n°. 1768.

12. Er bestaat geen grond om den lijfsdwang toe te passen, welke door den eischer is gevraagd tegen een smid, die slechts voorwerpen hem niet toebehoorende, herstelt of verwerkt.

Ktg. Dordrecht, v. 12 Febr. 1856, W. n°. 1734.

13. Lijfsdwang kan niet worden toegewezen, wanneer wel de eischer voor den gedaagden koopman eene handelsschuld heeft betaald, maar de daarvoor door den gedaagde ten behoeve van den eischer geteekende schuldbekentenis, waaruit de tegenwoordige vordering tot betaling voortspruit, *niet* betreft eene handelsschuld tusschen den eischer en den gedaagde, in hunne betrekking van kooplieden, ter zake van hunnen handel als zoodanig.

Ktg. n°. IV, Amsterdam, v. 9 Juni 1857, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 429—431.

14. Het woord *contract* in art. 586, n°. 4 B. R. heeft de beteekenis van *verbintenis*, ook die *ex lege*.

P. H. v. Z.-Holland, v. 4 Juni 1860, W. n°. 2200. Anders Arr.-R. Leeuwarden, v. 29 Juni 1875, W. n°. 3983, en K. in W. n°. 2212.

15. Lijfsdwang heeft *niet* plaats tegen personen, geen kooplieden zijnde, die orderbriefjes hebben geteekend, wanneer niet blijkt uit het orderbillet zelf of van elders, dat zij zich ter zake van koophandel hebben verbonden.

Ktg. 's Gravenhage, v. 28 Aug. 1865, W. n°. 2759; cf. Arr.-R. Assen, v. 27 Febr. 1865, W. n°. 2773; bij vonnis der Arr.-R. Deventer, dd. 11 Jan. 1865, R. B., jg. 1865, p. 117 is beslist dat geen lijfsdwang tegen den gedaagde kan worden uitgesproken, wanneer het den rechter ook ambtshalve blijkt dat de lasthebber, die voor gedaagde een accept heeft afgegeven, daarin *zonder machtiging* heeft geplaatst de woorden: «waarde ten dienste van mijn handel genoten».

16. Waar de handeling in geschil door de partij is verricht in zijn hoedanigheid van deelgenoot in eene handeling voor gemeene rekening kan met recht de toepassing van den lijfsdwang worden gevraagd.

P. H. v. Gelderland, v. 14 Juni 1865, R. B., jg. 1866, p. 374.

17. Voor het toepassen van lijfsdwang is het niet voldoende dat des eischers handeling is eene daad van koophandel, maar behoort het te blijken dat de gedaagde een daad van koophandel heeft verricht, als hoedanig niet is aan te merken het koopen van scheepstuigage.

Arr.-R. Assen, v. 27 Febr. 1865, R. B., jg. 1866, p. 495.

18. De landbouwer, die een orderbillet heeft geteekend, waarin staat «waarde in contanten ten dienste van *mijnen handel* ontvangen" kan *niet* krachtens art. 586, 3° K. bij lijfsdwang veroordeeld worden.

P. H. v. Drente, v. 26 Mei 1866, W. n°. 2828, B. R., jg. 1867, p. 257. Het Hof overwoog dat «ter zake van mijn handel» in het algemeen (en zoo ter zake van een landbouwer) niet gelijk staat met «ter zake van mijn *koop*handel», en dat daarenboven uit bovengemelde woorden niet blijkt dat de oorzaak van verbintenis in eene daad van koophandel is gelegen.

Verg. P. H. v. Drente, v. 16 (9) Mei 1866, W. n°. 2862, R. B., jg. 1867, p. 255, dat besliste dat waar dezelfde woorden «ter zake van mijn handel» zijn gebezigd, maar de onderteekenaar (*in casu* molenaar) een patent als koopman heeft, die uitdrukking, in verband met het nemen van patent geacht moet worden gelijke beteekenis te hebben als «ten dienste van mijn *koophandel*».

19. De borg voor den koopman, die geld heeft geleend, is als zoodanig niet bij lijfsdwang aansprakelijk.

Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Maart 1868, W. n°. 3015.

20. De man, die geen koopman is, kan niet op grond van de handelsverbintenis zijner vrouw bij lijfsdwang veroordeeld worden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Dec. 1870, W. n°. 3285; ook dan niet wanneer bij een accept heeft geteekend betrekkelijk eene handelsschuld zijner

vrouw, met wie hij in algeheele gemeenschap is gehuwd, Ktg. Nijmegen, v. 24 Dec. 1877, W. n°. 4498, R. B., jg. 1882, *A*, p. 165; anders vonnis Ktg. Dordrecht, 22 Juli 1873, W. n°. 3743.

21. De verplichting van den eenen vennoot tegenover den anderen voortvloeiende uit de handelsvennootschap en uit de aan eerstgenoemden bij overeenkomst opgedragen likwidatie, is te beschouwen als eene *handelsschuld*, waarop art. 586, al. 1 B. R. toepasselijk is.

P. H. v. N.-Holland, v. 5 Febr. 1874, W. n°. 3705, R. B., jg. 1875, *B*, blz. 51, waarbij is beslist dat de verplichting tot het geven van inzage der boeken is een handelsschuld, anders Arr.-R. Amsterdam, v. 14 Dec. 1864, W. n°. 2668, R. B., jg. 1865, p. 624, waarbij werd beslist dat de vorderingen welke vennooten over en weer jegens elkander mochten hebben, geene *handels*-schuldvorderingen zijn.

22. Het vonnis, waarbij een in een faillissement gehomologeerd accoord, wegens niet nakoming, wordt ontbonden verklaard en de gedaagde tot schadevergoeding ten beloope van de oorspronkelijke vordering, die eene handelsschuld betreft, wordt veroordeeld kan bij lijfsdwang worden uitvoerbaar verklaard.

Arr.-R. Rotterdam, 7 Febr. 1883, W. n°. 4870.

23. Zie ten betooge:

a. Dat in onze wet tegen de erfgenamen van den wisselschuldenaar geen lijfsdwang verleend wordt —

Mr. D. Polak Daniëls (te dien opzichte bestrijdende de dissertatie van Mr. H. M. van der Sande) in *Themis*, jg. XI (1850), p. 320.

b. Dat ter toepassing van art. 568, n°. 3, B. R. niet vereischt wordt, dat het stuk zelf eene handelsverbintenis als schuldoorzaak vermelde, maar dat het voldoende is, dat de onderteekenaar zich ter zake van koophandel hebbe verbonden —

de Pinto, *Hdl. B. R.*, dl. II, 2, p. 645, (2de ed., p. 709 sqq.)

24. Zie omtrent de vraag:

a. Of de leden eener handels-firma, wanneer zij individueel voor hun privé acceptatiën hebben onderteekend, beschouwd kunnen worden als kooplieden te hebben gehandeld —

art. 2 W. v. K., sub n°. 8.

b. In hoe verre bestuurders van naamlooze vennootschappen, bij wege van lijfsdwang kunnen worden gedwongen tot nakoming van de verbintenissen der vennootschap jegens derden —

art. 45 W. v. K., arrest van 't P. H. v. N.-Holland. v. 17 Jan. 1850 sqq., en arbitr. uitspr. v. 29 Dec. 1848.

Art. 587.

De vorderingen, door den toezienden voogd ten behoeve van de minderjarige kinderen van den vader en voogd ingesteld, tot het opmaken van boedelbeschrijving, hypotheek-stelling enz., vallen onder het bereik van art 587 B. R. en kan mitsdien te dier zake de lijfsdwang niet worden uitgesproken.

Arr.-R. Amsterdam, v. 6 Jan 1847, W. n°. 847; R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 541—547; *Regt en Wet*, dl. II, p. 446—454; zie over dit artikel uit een oogpunt van zedelijkheid en recht, W. n°. 1987.

Art. 588.

1. Wel is verboden bij art. 588 B. R. zich te onderwerpen aan een lijfsdwang, bij de wet niet vastgesteld, immers wordt daarbij de submissie van rechtswege nietig verklaard, doch dit is niet zoo zeer geschied, ten gevolge van art. 14 der Algem. Bep. van wetgeving, maar deze exceptieve bepaling is gemaakt ten gunste der persoonlijke vrijheid, zelfs voor hem die lichtvaardig van die vrijheid zou afzien, doch nergens in de wet komt eene bepaling voor, inhoudende, dat de bij de wet voorgeschrevene, door eene partij in acht te nemen en door de wederpartij te vorderen formaliteiten, bij de uitvoering van een wettigen lijfsdwang, ook bij afstand van de vordering door de wederpartij, door den rechter zouden moeten worden aangevuld, dáár waar de gegijzelde zich niet daarop beriep; verblijvende dan ook dit punt van rechten onder de toepassing van den algemeenen regel: "dat een ieder afstand kan doen van een recht, te zijner gunste ingevoerd".

Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Juli 1843, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 577—592; R., dl. XVII, § 103. — Cf. art. 48, sub n°. 28 en 590 B. R., sub n°. 2, vonnis van denzelfden datum sqq.

2. Uit dit artikel volgt dat de Nederlandsche wetgever den lijfsdwang niet wilde beschouwd hebben als een geoorloofd onderwerp of als een gevolg eener contractueele verbintenis, maar als een middel van bedwang door de wet, uit hoofde van haren aard, aan zekere verbintenissen verbonden.

Arr.-R. Breda, v. 16 Febr. 1875, W. n°. 3857.

— Zie ten betooge, dat ook krijgslieden kunnen worden gegijzeld — DE PINTO, dl. II, 2, p. 655, 2de ed., p. 720; OUDEMAN, dl. II, 4de ed., p. 212 en VERNEDE, ad artikel, die het betwijfelt of thans nog geldig is art. 63 der wet van 10 Juli 1791 (FORTUYN, dl. I, p. 170) bepalende, dat de militair in werkelijken dienst, tegen wien lijfsdwang is uitgesproken en die binnen twee maanden na die uitspraak aan zijne verplichtingen niet heeft voldaan, geacht wordt zijn ontslag uit den dienst te hebben genomen.

Art. 589.

Onder de vonnissen, bedoeld in art. 589 B. R., zijn ook de uitspraken van scheidslieden begrepen, die ook in de bij de wet bepaalde gevallen lijfsdwang kunnen uitspreken, zooals uit art. 653 blijkt: —

OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 207.

Art. 590.

1. Een vonnis, waarbij de gedaagde tot het doen van rekening en verantwoording bij lijfsdwang is veroordeeld, kan voorloopig bij lijfsdwang, ook zonder het stellen van zekerheid, worden ten uitvoer gelegd, indien er wel van sommige dispositiën van zoodanig vonnis, doch niet van de veroordeeling bij lijfsdwang zelve tot het doen van rekening en verantwoording is geappelleerd geworden.

Arr.-R. Eindhoven, v. 13 Mei 1839, *Regt in Nederl.*, dl. II, p. 196—200.

2. Bij art. 590 B. R. wordt gevorderd het stellen van zekerheid, niet absoluut en zonder beperking, maar onder de *mits* van *dit*, met andere woorden, van het *aldaar bepaalde* geval.

De woorden: «dit geval" doelen — gelijk dit volgt uit de natuurlijke afscheiding met twee deelen van het artikel, volgens de gestelde

leesteekenen — niet bij tegenstelling op het geval van het aanwezig zijn van een vonnis, *of* uitvoerbaar bij voorraad, *of* niet uitvoerbaar bij voorraad, maar, bij tegenstelling, op het geval, *of* van het aanwezig zijn van verzet, hooger beroep of cassatie *of* van het niet aanwezig zijn daarvan, gelijk dit nader wordt aangedrongen door de vergelijking met art. 2068 C. N, tot aanvulling van welk beginsel de tweede zinsnede van art. 590 schijnt daargesteld te zijn.

Hieruit volgt, dat iemand, die, veroordeeld zijnde bij een vonnis, dat uitvoerbaar is verklaard bij lijfsdwang, mits stellende zekerheid, die zekerheidstelling niet heeft gevorderd en zich alzoo zonder inroeping daarvan heeft laten gijzelen, gedurende de gijzeling niet meer daarop kan terugkomen en de nietigheid vorderen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Juli 1843. R. B., jg. 1843, dl. V, p. 577—592; R., dl. XVII, § 103; — idem ten betooge, dat indien een vonnis, bij lijfsdwang bij verstek gewezen is executabel verklaard, niettegenstaande verzet of andere voorziening, maar alleen onder cautie, alsdan, zoolang de gedaagde en defaillant tegen dit vonnis niet is gekomen in verzet, noch in eenige andere voorziening, het gewezen vonnis, ook zonder het stellen van borgtocht of voldoende zekerheid, kan worden ten uitvoer gelegd — bij vonnis der Arr.-R. Hoorn, v. 4 Aug. 1843, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 625—633; idem (mede in cas van lijfsdwang), bij vonnis der Arr.-R. Arnhem, v. 3 April 1843, W. n°. 399 en v. 14 Febr. 1848, W. n°. 903; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 450—472; idem ten betooge dat de woorden «in dit geval» alleen het geval bedoelen, wanneer de veroordeelde van verzet of hoogere voorziening heeft gebruik gemaakt, Jhr. Mr. VAN TEYLINGEN, in *Themis*, 3de verz. 1875, p. 256 sqq; idem OUDEMAN, 4de ed., dl. II, blz. 208; idem het hieronder aangehaalde vonnis der Arr.-R. Arnhem, v. 12 Febr. 1855; — anders in de conclusie van Mr. C. H. B. BOOT (welke, hoewel in een tegenovergestelden zin, heeft geleid tot het vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Juli 1843), hoofdzakelijk op grond, dat een vonnis, uitvoerbaar verklaard bij voorraad, niettegenstaande verzet of appèl, mits stellende cautie, waarvan alleen in art. 590 B. R. kwestie is, nooit en in geen geval uitvoerbaar bij voorraad zou zijn, zoo lang aan die *mits*, waaronder de provisie werd toegestaan, niet is voldaan, en die mits toch de conditie *sine qua non* zou zijn van de toegestane provisie, zoo als, wanneer een gedaagde veroordeeld is, mits de eischer zwere, vóór dat de eischer den eed heeft afgelegd enz. — Vgl. omtrent de (met deze kwestie in een nauw verband staande) vraag, of de rechter, die niet alleen in het cas van de artt. 152 en 153, maar ook van de artt. 52 en 53 B. R., zijn vonnis bij voorraad uitvoerbaar verklaart tegen het stellen van borgtocht of zekerheid, bij datzelfde vonnis gehouden is den termijn te bepalen voor het stellen en aannemen of betwisten van die zekerheid — art. 616 B. R., vonnis van 't Ktg. n°. I, Amsterdam, v. 29 Oct. 1850 sqq.

3. Wanneer het vonnis bij voorraad uitvoerbaar het stellen van zekerheid niet heeft bevolen, daar waar het behoort (en de rechter kan in cas van artt. 315 en van 590 B. R. daarvan geene vrijstelling verleenen) dan behoeft bij verandering van dat vonnis op het daartegen gericht verzet niet alle uitvoering worden tenietgedaan, wanneer niettemin zekerheid is gesteld.

Arr.-R. Arnhem, v. 12 Febr. 1855, R. B., jg. 1855, dl. V, blz. 450, W. n°. 1642, ook vermeld sub artt. 585 n°. 3 en 586 B. R.

4. Omtrent den termijn van het stellen van zekerheid komt in de wet geen bepaald voorschrift voor. Daartoe behoort een redelijke termijn te worden vergund, voor het geval het verzet of de hoogere voorziening plaats heeft.

Arr.-R. Arnhem, v. 12 Febr. 1855, R. B., jg. 1855, dl. V, blz. 450, W. n°. 1642, ook vermeld sub artt. 585 en 586 B. R., waarbij werd beslist dat het stellen van cautie binnen drie dagen na het verklaarde en tenzelfden dage herhaalde verzet niet als te laat gedaan, kan worden beschouwd; anders Mr. VAN PERSYN, in *N. Bijdr.*, jg. 1855, dl. V, p. 339 sqq., volgens wien de zekerheid dadelijk na het verzet of de hoogere voorziening moet gesteld worden.

5. Wanneer de rechter bij uitvoerbaar-verklaring bij voorraad ontheft van de verplichting tot het stellen van den bij art. 53 B. R. bedoelden borgtocht, dan volgt hieruit geenszins vrijstelling van den borgtocht, bij art. 590 B. R. bedoeld, welke laatste integendeel krachtens de wet zelve, altijd door den veroordeelde kan worden gevorderd vóór de tenuitvoerlegging van den lijfsdwang bij voorraad.

P. H. v. Z.-Holland, v. 2 Dec. 1857, W. n°. 2049, ook vermeld sub art. 53 B. R. aant. 9.

Art. 591.

Zie ten betooge, dat in het geval van dit artikel het ontslag, indien de schuldeischer het weigert, niet door den cipier op eigen gezag kan worden verleend, maar door den schuldenaar op de wijze, bij art. 611 B. R omschreven, moet worden gevraagd —

OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 221 en v. d. HONERT, p. 583; — anders betrekkelijk het ontslag na vijf jaren, DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 2, p. 651, 2de ed., p. 715.

Art. 592.

1. De gegijzelde heeft nimmer eene actie tegen den schuldeischer tot betaling van de som tot onderhoud, in art. 592 B. R. bedoeld, met dat gevolg dat, bij volstrekt en erkend onvermogen van een gegijzelden schuldenaar, deze ook geene actie heeft tegen zijn schuldeischer, om hem de onmisbare kleedingstukken te verschaffen.

Een gegijzelde, bewerende dat de cipier hem het noodige onderhoud (waaronder ook de onmisbare kleedingstukken schijnen te zijn begrepen) niet verschaft, kan tegen hem te dier zake geene vordering in rechten instellen, maar moet zich tot bekoming van herstel aan die autoriteit adresseeren, die met de administratie van het huis van verzekering is belast, als zijnde het toezicht over de behandeling en het onderhoud der gegijzelden, alsmede de beoordeeling der klachten te dien aanzien, van een geheel administratieven en huishoudelijken aard (1).

Arr.-R. 's Hage, v. 8 Oct. 1839, W. n°. 59; R., dl. V, § 32. — In gelijken zin bij DE PINTO, dl. II, 2, p. 664, 2de ed., p. 730 en OUDEMAN, 4de ed., dl. II, p. 207.

2. Het ontslag uit de gijzeling moet volgens dit artikel gevraagd worden bij rekwest, en niet door middel van eene dagvaarding.

Arr.-R. Middelburg, v. 23 Oct. 1879, W. n°. 4517; R. B., jg 1882, *A*. p. 167. — Intusschen zag de rechtbank er geen bezwaar in om het bij dagvaarding gevorderde ontslag toe te staan, vermits tegen de inwilliging van het verzoek geen bezwaar was ingebracht.

— Bij Kon. besluit v. 11 Nov. 1843, n°. 45, (*Bijv. Stbl.* v. 1843, n°. 328), is (met intrekking van het vroegere Reglement, vastgesteld bij Kon. besluit v. 15 Sept. 1841) gearresteerd een nieuw Reglement op het onderhoud en de verpleging van om schulden gegijzelden in de gevangenissen. Naar luid van dit

(1) In de zitting van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 24 Juli 1849 is door de Commissie voor de petitiën rapport uitgebracht over het adres van zekeren persoon, (toen) sedert December 1844 civiel gegijzeld in het huis van arrest te Gorinchem, die zich beklaagde zoowel over de hoogst gebrekkige inrichting van dat gebouw, als over de slechte voedingsmiddelen, en inzonderheid over de harde behandeling die hij van den cipier ondervond, terwijl zijne reclames, naar hij beweerde, bij de autoriteiten steeds onverhoord waren gebleven. — De Commissie, die overigens gaarne in een breedvoerig onderzoek dier klachten zou zijn getreden, adviseerde om over te gaan tot de orde van den dag, omdat het adres op ongezegeld papier was gesteld, waarmede de Kamer zich vereenigde (Bijbl. 1848—1849, 2de Kamer, vel 179). (LÉON.)

Besluit zal (onder anderen): 1°. indien een gegijzelde onvermogend of ongenegen is om zelf voor zijne kleeding te zorgen, doch alleen bij het bestaan van dringende behoefte, daarin, op uitdrukkelijke machtiging der Commissie van Administratie of van het Collegie van Regenten, uit den Rijks-voorraad worden voorzien; 2°. de gegijzelde, ingeval van ziekte, des verlangende door den geneesheer van het gesticht worden behandeld, en de voorgeschrevene geneesmiddelen hem, op de voor de andere gevangenen gebruikelijke wijze, ten koste van het Rijk worden verstrekt; 3°. de begrafenis van een overleden gegijzelde, indien zijne nabestaanden daarvoor niet op eigene kosten wenschen te zorgen, plaats hebben op den voor de gevangenen gebruikelijken voet en zullen de kosten daarvan, in zoodanig geval, als eene uitgave ten laste van het Rijk worden geleden; 4°. de gegijzelde, die zijn ontslag vordert, uit hoofde dat de schuldeischer in gebreke is gebleven binnen den bepaalden termijn het voorschot voor het onderhoud te vernieuwen, indien hij onvermogend of ongenegen is, ten eigen koste in zijn onderhoud te voorzien, gevoed worden uit de algemeene schaffing voor de gevangenen, behoudens het verhaal deswege voor het Rijk op den schuldeischer; 5°. de cipier aan de Commissie van Administratie, ten behoeve van 's Rijks schatkist, uitkeeren tien ten honderd van hetgeen hij voor het onderhoud van elken gegijzelde geniet, als eene vergoeding voor de bijdragen, welke het Rijk tot huisvesting en onderhoud der gegijzelden verstrekt.

— Het Kon. besluit v. 29 Dec. 1842, n°. 95 (*Bijv. Stbl.* v. 1842, n°. 388), R., XV, § 42, bepaalt (met afwijking van het voorschrift, vervat in de Circulaire v. 25 April 1828, n°. 388, te vinden in de *Verzameling van Arresten, Vonnissen en Decisiën in registratiezaken*, dl. XXII, art. 1842, n°. 19, p. 406), dat, wanneer het onvermogen van den gegijzelde door eene verklaring van het plaatselijk bestuur zal zijn bewezen, alsdan vrij van zegel zullen zijn, zoowel het verzoek, als het getuigschrift, bedoeld in art. 592 B. R. en het daaropvolgende bevel van den rechter tot ontslag uit de gijzeling, alsmede dat de twee laatstgemelde stukken in die gevallen gratis zullen worden geregistreerd. Zie ten aanzien van het zegel ook art. 27, *A*, n°. 19 der wet van 3 Oct. 1843 (*Stbl.* n°. 47).

Bij Kon. besluit v. 25 Aug. 1843 (*Stbl.* n°. 36), is voor kosten van onderhoud van gegijzelden bepaald 70 cents per dag, in de maanden April tot September en 80 cents per dag gedurende de overige maanden. Dit Kon. besluit, reeds gewijzigd bij Kon. besluit v. 27 Juli 1856 (*Stbl.* n°. 40) is vervangen door Kon besluit v. 15 Maart 1873 (*Stbl.* n°. 40) waarbij de kosten van onderhoud zijn bepaald op *f* 1.20 per dag gedurende de maanden April, Mei, Juni, Juli, Augustus en September, en op *f* 1.40 per dag gedurende de overige maanden van het jaar.

Zie ten betooge, dat het Keizerl. Decreet v. 4 Maart 1808, *concernant les alimens des débiteurs de l'état détenus en prison* (*Bulletin* n°. 184; Rondonneau, dl. I, p. 435; Fortuyn, dl. III, p. 10), niet bij de Wet v. 16 Mei 1829 (*Stbl.* n°. 33) is ingetrokken of vervallen — 't Keizerl. Decreet v. 4 Maart 1808, arrest v. 13 Nov. 1846, dl. I, p. 235 en 236 en de Circulaire van den Min. van Financiën, v. 17 Juli 1843, n°. 13 (*Bijv. Stbl.* v. 1843, n°. 214), houdende (in het algemeen) nadere inlichtingen nopens de toepassing van 't Wetb. v. B. R. op de aanwending van den lijfsdwang ter uitvoering van strafvonnissen; bij welk arrest tevens is bevestigd dat van 't P. H. v. Gelderland, v. 16 April 1845, W. n°. 644; R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 468—473, waarbij is beslist, dat de bepa-

lingen, ten aanzien van de ten-uitvoer-legging van den lijfsdwang in het Wetboek v. B. R. gemaakt, *met uitzondering van de bij art.* 606, 5*de lid B. R. vastgestelde consignatie van de kosten van onderhoud, uit krachte van het Keizerl. Decreet v.* 4 *Maart* 1808, mede van toepassing zijn wanneer het rechtsmiddel van lijfsdwang in strafzaken geldt; — anders echter bij vonnis der Arr.-R. Utrecht, v. 29 Nov. 1850. R. B., jg. 1851, p. 549—551, naar luid waarvan het Keizerl. Decreet v. 4 Maart 1808, waarbij de Staat van het consigneeren van de noodige gelden tot onderhoud van zijne schuldenaren wordt vrijgesteld, zou zijn vervallen, welk gevoelen evenwel wordt bestreden door den Hoogl. v. Hall, in 't R. B., ut supra, p. 551 en 552.

Art. 596.

Noch dit artikel noch art. 888 Kooph. kunnen geacht worden van de in art. 350 B. R. vastgestelde schorsende kracht iets te derogeeren.

P. H. v. Groningen, v. 11 Dec. 1866, W. n°. 2897, waarbij werd beslist dat mitsdien het gevraagd ontslag uit de gijzeling op grond van de supensieve kracht van art 350 B. R. behoort te worden toegestaan.

Art. 597.

Buiten de twee hier genoemde gevallen kan een schuldenaar wegens dezelfde schuld alleen dan op nieuw worden gegijzeld, wanneer bij het ontslag de crediteur zich daartoe het recht heeft voorbehouden, en de schuldenaar uitdrukkelijk dit voorbehoud heeft aanvaard.

Arr.-R. Breda, v. 23 Maart 1883, W. n°. 4883.

Art. 599.

1. Het bevel tot betaling bij de beteekening van een vonnis, waarbij macht tot lijfsdwang is verleend, is geene akte of begin van uitvoering, maar moet slechts worden beschouwd als eene laatste waarschuwing om, zoo mogelijk, de executie zelve te voorkomen, weshalve art. 316 B R., als alleen sprekende van de uitvoering van het vonnis (en waaruit men in deze heeft trachten af te leiden, dat het bevel tot betaling niet gelijktijdig met de beteekening van het vonnis bij verstek, in eene handelszaak gewezen, naar de voorschriften der wet zou hebben

Nl. het vonnis op Interdag uiterl. betekend, dan op Maandag, tot de gijzeling worden overgegaan. Er is dan „een dag" verloopen tusschen betekening en gijzeling-stelling: Rb. Amsterdam 11 Dec. 1900, W. n° 8915.

mogen geschieden, maar dat tusschen die beteekening en het bevel minstens een termijn van éénen dag had behooren te loopen) in deze van geene toepassing kan zijn.

> P. H. v. Gelderland, v. 31 Mei 1843, W. n°. 421; R. B., jg. 1843, dl. V, p. 657—659; R., dl. XVI, § 21, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 3 April 1843, W. n°. 399. — Vgl. hiermede art. 88 B. R., sub n°. 7.

2. De Arr.-R. is niet bevoegd nader te beoordeelen de gronden, welke den president dier Rechtbank gewichtig genoeg zijn toegeschenen, om de dadelijke ten-uitvoer-legging van den lijfsdwang (art. 599, al. 2) bij rekwest aangevraagd, toe te staan, als zijnde het aan den president der Rechtbank eenig en alleen verbleven dat verlof te verleenen, zonder aan eenige macht rekenschap te geven der gronden, welke hem daartoe hebben geleid.

> Arr.-R. Hoorn, v. 4 Aug. 1843, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 625—633; idem Arr.-R. Arnhem, v. 12 Febr. 1855, W. n°. 1642, R. B., jg. 1855, dl. V, blz. 450 (1).

3. Art. 599 B. R. vordert niet, dat het exploit, houdende beteekening van het vonnis en bevel tot betaling, tevens vermelde, dat, bij gebreke van betaling, tot gijzeling zal worden overgegaan, noch de vermelding der procuratie, verstrekt op den deurwaarder, met de executie van den lijfsdwang belast.

> Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Juni 1843, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 605—608; idem DE PINTO, *Hdl. B. R.*, dl. II, 2, p. 654 en 655, 2de ed., p. 720 en OUDEMAN, 4de ed., dl. II, p. 213. — Cf. art. 434 B. R., vonnis van de Arr.-R. Eindhoven, v. 13 Mei 1839, sub n°. 1 en art. 606 B. R., vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 14 Febr. 1848, sub n°. 2.

---

(1) LIPMAN, *B. R.*, p. 261, teekent op art. 599, al. 2 aan, dat men mag verwachten, dat in het belang der persoonlijke veiligheid van die wetsbepaling niet dan met de meest mogelijke behoedzaamheid worde gebruik gemaakt. Het daartoe betrekkelijk aangevraagde verlof zal dan ook zeer zeker niet behooren te worden toegestaan, wanneer om deze of gene reden de failliet-verklaring, op eigene aangifte gedaan, niet wordt uitgesproken, maar de beslissing van de Rechtbank deswege geschorst. — Vgl. hiermede het aangeteekende op art. 764 W. v. K. *in fine* en DE PINTO, *Hdl. B. R.*, dl. II, 2, p. 652 en 653, 2de ed., p. 717, volgens wien het verlof eerst dan zal behooren te worden verleend, indien er werkelijk gegronde vrees voor eene geheime vlucht bestaat.

4. Uit art. 599, 2de lid B. R. vloeit niet voort, dat, daar de lijfsdwang, op verlof des voorzitters, dadelijk kan worden ten uitvoergelegd, zulks zonder beteekening van het vonnis en derhalve ook zonder bevel tot betaling zou mogen plaats hebben.

De meening toch, alsof de lijfsdwang op verlof des voorzitters zonder beteekening van het vonnis, waarbij die is uitgesproken en derhalve ook zonder bevel tot betaling, bij die beteekening zoude kunnen worden ten uitvoergelegd, is niet alleen in strijd met de bepalingen van de artt. 66, 80 en 430 van hetzelfde Wetboek volgens welke geen vonnis, veel minder een vonnis tot lijfsdwang, kan worden ten uitvoergelegd zonder voorafgaande beteekening, maar stemt ook niet overeen met hetgeen betrekkelijk de daarstelling van het tweede lid van voormeld art. 599, tusschen de Regeering en de Tweede Kamer der Staten-Generaal is verhandeld geworden, doordien de op art. 599 gemaakte aanmerkingen niet hebben betroffen de voorafgaande beteekening van het vonnis, met bevel tot betaling, maar alleen de tijdsruimte van een dag, welke tusschen die beteekening en de ten uitvoerlegging van den lijfsdwang moet verloopen, zoodat de bijvoeging van het tweede lid bij dit artikel niet kan geacht worden tot iets anders, dan tot die tusschenruimte betrekking te hebben.

P. H. v. N.-Brabant, v. 23 April 1844, W. n°. 498; R., dl. XXV, § 85, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 23 Maart 1844, W. ut supra; — anders bij DE PINTO, *B. B.*, dl. II, 2, p. 652, 2de ed., p. 717, en OUDEMAN, 4de ed., dl. II, p. 210 sq.

5. Nergens is in de wet op straffe van nietigheid voorgeschreven, dat de beschikking, waarbij het naar aanleiding van 599, door den president te verleenen verlof wordt toegestaan, moet inhouden de woorden: *"in naam des Konings"*.

Arr.-R. Maastricht, v. 24 Jan. 1851, W. n°. 1225; R. B., jg. 1851, p. 265—268.

6. In art. 599, al. 2 B. R. wordt bedoeld de president der Arrond.-Rechtbank die het vonnis heeft uitgesproken, en niet die van dat collegie onder welks gebied een vonnis van lijfsdwang wordt ten uitvoergelegd.

Arr.-R. Maastricht, v. 24 Jan. 1851, W. n°. 1225; R. B., jg. 1851, p. 265—268; — idem Hoorn, v. 4 Aug. 1843, R. B., jg. 1843, dl. V,

p. 625—633 en PENNING, ad art.; — anders bij OUDEMAN, 4de ed., dl. II, p. 211, nader toegelicht in de *Opm. en Med.*, dl. VII, p. 134—141, alsmede, met een beroep op art. 604 B. R., door DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 653, 2de ed., p. 717 sq. en SCHULLER, *W. v. B. R.*, met aant. ad art. 599. — Vgl. ook v. D. HONERT, p. 539 en art. 303 B. R., vonnis van de Arr.-R. Eindhoven, v. 28 Febr. 1848.

7. Dit artikel, en met name de tweede alinea, is ook van toepassing op den lijfsdwang bij een vonnis bij verstek uitgesproken.

Arr.-R. Arnhem, v. 12 Febr. 1855, W. n°. 1642, R. B., jg. 1855, bl. 450, ook vermeld sub art. 585, 586 en 590 B. R.; anders Mr. PERSIJN, in *N. Bijdr.*, jg. 1855, dl. V, bl. 343, volgens wien de 2de al. van dit artikel niet van toepassing is, wanneer het geldt een vonnis, dat niet bij voorraad uitvoerbaar of bij verstek gewezen is.

8. De keus van woonplaats, bedoeld bij art. 599, § 3, B. R. is op straffe van nietigheid voorgeschreven.

Die keuze moet ook dàn geschieden, wanneer de executant in dezelfde gemeente woonachtig is.

Arr.-R. Nijmegen, v. 2 April 1861, W. n°. 2275, ook vermeld sub art. 611, n°. 9 B. R.; waarbij nog werd beslist, dat gebrek van alle belang den rechter van de verplichting niet kan ontheffen om de ingeroepen nietigheid uit te spreken.

9. De bewering alsof § 3 van art. 599 B. R. alleen toepasselijk zoude zijn, in geval gebruik wordt gemaakt van het verlof, bedoeld in § 2 van dat artikel, is ten eenenmale onaannemelijk.

Arr.-R. Nijmegen, v. 2 April 1861, W. n°. 2275.

10. De exceptioneele bepaling van het laatste lid van art. 439 B. R. is *niet* van toepassing op de ten uitvoerlegging van den lijfsdwang.

Arr.-R. 's Bosch, v. 12 April 1871, W. n°. 3499, ook vermeld sub art. 502 B. R. Bij arrest v. 31 Mei 1872, W. n°. 3475 werd de vraag niet beslist, omdat het daartoe betrekkelijk middel van cassatie zijn feitelijken grondslag miste.

11. Zie ten betooge, dat het bevel tot betaling, hetwelk volgens art. 599 B. R. de beteekening van het vonnis van opneming in de gijzeling vergezelt, alleen aan den gefailleerde en niet aan diens curator moet worden gedaan —

art. 889 W. v. K., arrest v. 't P. H. v. Gelderland, v. 31 Mei 1843, sub n°. 1.

12. Zie omtrent de vraag of, indien niet gelijktijdig met de beteekening van het vonnis, uitvoerbaar bij lijfsdwang, maar later bevel is gedaan, deze omstandigheid grond kan opleveren, om de opgevolgde gijzeling nietig te doen verklaren —

de sub art. 611 B. R., vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 14 Febr. 1848 sqq., n°. 9, vermelde vonnissen van de Arr.-R. Amsterdam.

Art. 600.

1. De schuldenaar mag, even als in ieder ander bizonder huis, ook in zijne eigene woning worden gegijzeld, zonder dat de deurwaarder door den in art. 600 B. R., al. 4, aangewezen ambtenaar vergezeld zij, indien maar de plaats, waar de gijzeling geschiedt (*in casu* de gelagkamer der herberg) voor een iegelijk openstaat.

Arr.-R. Sneek, v. 22 Nov. 1854, W. n°. 1631, ook vermeld sub art. 604 B. R.

Anders navolgende beslissing:

Ook wanneer de schuldenaar gegijzeld wordt in de tap- of gelagkamer van zijne eigen woning, behoort de kantonrechter tegenwoordig te zijn.

Hof Leeuwarden, v. 29 Jan. 1877, W. n°. 4135, ook aangehaald sub artt. 348 en 611 B. R.

2. Onder „gestelde machten" in art. 600, n°. 2 is geenszins de *griffier* te verstaan, die wel het beheer voert op zijne griffie, doch niet kan gezegd worden dáár eene zitting te houden.

Met de dienovereenkomstige conclusie van Mr. M. J. VAN LENNEP, in W. n°. 2765, vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 22 Jan. 1866, t. z. p. en R. B., jg. 1866, p. 563 sqq.

Art. 602.

Uit het *proces-verbaal van gijzeling* behoeft niet te blijken, dat de getuigen, die daarbij hunnen bijstand aan den deurwaarder hebben verleend, daartoe de *bevoegdheid* bezaten.

Arr.-R. Arnhem, v. 14 Febr. 1848, W. n°. 903; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 470—472.

---

hierin de schuldenaar niet het verzet volgens dit artikel heeft gedaan, kan het niet meer op grond van art. 209 Rv. in kort geding ophouw uit de gijzeling verderen. De Reichsraad is onbevoegd; art. 611 alleen toepasselijk. Hof den Haag 21 Febr. 1907, W. n° 8541.

Art. 604.

1. Het niet gebruik maken van het recht bij dit artikel en art. 611 gegeven doet niets te kort aan het recht van den provisioneel gegijzelde, om vooraf eene uitspraak te erlangen op den eisch tot van waarde verklaring, wanneer die eisch in staat van wijzen is, en tot de beslissing van de hoofdzaak in geen verband staat.

Arr. v. 30 Juli 1875, W. n°. 3884; R., dl. CX, § 39; v. d. H., *B. R.*, dl. LX, p. 401—413; ook vermeld sub art. 611 B. R., bevestigende arrest P. H. v. Z.-Holland, v. 30 Juni 1875, W. n°. 3873.

2. Hij die, ter voldoening aan een vonnis, met gijzeling wordt bedreigd, behoeft niet, nadat het daartoe vereischte bevel bereids is beteekend, de werkelijke aantasting van zijnen persoon af te wachten (en zulks uithoofde van het groot belang, hetwelk hij zoo voor zijn persoon als voor zijne ambtsbetrekking er bij kan hebben om te voorkomen, dat hij met de gijzeling worde overvallen), alvorens den executant in kort geding voor den president der Arrond.-Rechtbank te dagvaarden, tot voorloopige staking van alle verdere executie.

P. H. v. Zeeland, v. 26 Mei 1840, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 617. — Cf. art. 88 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 31 Dec. 1841 sqq.

3. Vermits het een algemeene regel is, bevestigd in art. 332 B. R., dat het hooger beroep altijd wordt toegelaten, tenzij het uitdrukkelijk is uitgesloten, is het niet te vermoeden, dat de wetgever de beschikking des voorzitters van de Arrond.-Rechtbank, vermeld in art. 604, laatste alinea, aan de kennisneming van den rechter in hooger beroep zou hebben willen onttrekken. Verg. Rb. Amsterdam onder n° 4.

P. H. v. Holland, v. 24 Juni 1841, W. n°. 213; R., dl. XII, § 80. — Cf. art. 611 B. R., arrest van hetzelfde P. H. v. denzelfden datum. — Vgl. hiermede ten betooge, dat de geëxecuteerde bij zoodanig hooger beroep niet als middel van verwering kan bezigen de omstandigheid, dat de genoegzaamheid eener door hem gedane consignatie in kort geding voor den president der Rechtbank niet is betwist — een arrest van 't P. H. v. Zeeland, v. 26 Mei 1840, ut supra.

4. Dit artikel geeft wel aan den schuldenaar, die zich tegen de gijzeling verzet, *het recht*, maar legt hem niet op *de verplichting* zijne

door van deze bevoegdheid geen gebruik te maken, verliest hij zijn recht op schadevergoeding niet. Hof Amsterdam 3 Oct. 1902, P.v.j. 1903 n° 205. W. n° 7960; 20 Mrt. 1903, W. n° 7900.

daartoe strekkende vordering in kort geding te brengen voor den president der Rechtbank. Hij kan zich te dezer zake de uitspraak der gijzeling

Arr.-R. Sneek, v. 22 Nov. 1854, W. n°. 1631, ook vermeld sub art. 600 B. R.

weigeren bij de rechtbank: Rb. Amsterdam 11 Oct. 1877, W n° 7[illegible]; Hof Amsterdam 20 Mrt. 1903, W. n° 790[illegible].

Art. 605.

Uit de laatste zinsnede van art. 605 B. R (bepalende dat de gegijzelde moet worden overgebracht naar de gevangenis in de plaats zijner aanhouding, en indien aldaar geene gevangenis bestaat, in die eener naastbij gelegene gemeente) volgt, dat een gegijzelde niet in elke gevangenis, van welken aard ook, kan worden overgebracht, maar dat het moet zijn eene plaats, wettiglijk tot bewaring van gegijzelden verordend. Mitsdien zou een gegijzelde eerst dan recht hebben zich te beklagen over zijn vervoer naar eene naastbij gelegene gevangenis, indien door hem het bewijs ware geleverd, dat in de gemeente zijner aanhouding wettiglijk eene plaats is, tot bewaring van gegijzelden bestemd.

P. H. v. Gelderland, v. 16 April 1845, W. n°. 614; R., dl. VII, p. 468. — Vgl. hiermede omtrent de vraag, of een deurwaarder, uitsluitend bij een Ktg. aangesteld, na op het territoir van zijn kantonrechter een proces-verbaal van gijzeling te hebben opgemaakt, bevoegd is den *ten fine* van gijzeling gearresteerden persoon buiten zijn kanton ter in gevangenis-stelling over te brengen en aldaar de daartoe gevorderde akte op te maken — art. 95 B. R., vonnis van de Arr.-R. Winschoten, v. 8 Juli 1840 sqq., sub n°. 2.

Art. 606.

1. In het afschrift van een proces-verbaal van gijzeling, aan een gegijzelde beteekend, behoeft niet de beslissing bij voorraad van den voorzitter ingevolge art. 604 B. R, omtrent de wettigheid der gijzeling in haar geheel te worden opgenomen, maar is het voldoende dat daarin van die beslissing melding worde gemaakt.

Arr.-R. Amsterdam, v. 18 Juli 1843, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 577—592; R., dl. XVII, § 103.

2. Nergens is in de wet voorgeschreven dat aan den te gijzelen persoon een afschrift der volmacht moet worden gegeven, ten blijke,

Aan art. 606 4° Rv. wordt voldaan door vermelding van den naam en van de woonplaats der schuldenaars Rb. Alkmaar 24 Aug. 1133 W3 W. n° 6390. (*Art.* 606.

dat de deurwaarder tot de executie van den lijfsdwang is gemachtigd, zijnde het integendeel voldoende dat die volmacht ten processe is overgelegd en in het proces-verbaal van gijzeling behoorlijk is vermeld.

Arr.-R. Arnhem, v. 14 Febr. 1848, W. n°. 903; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 450—472. — Cf. art. 434 B. R., vonnis van de Arr.-R. Eindhoven, v. 13 Mei 1839, sub n°. 1 en art. 599 B. R., vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Juni 1843, sub n°. 3.

3. Tot het opmaken der akte *van ingevangenis-stelling* van den gegijzelde wordt niet vereischt de tegenwoordigheid van twee getuigen.

Arr.-R. Arnhem, v. 14 Febr. 1848, W. n°. 903; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 450—472.

4. Zie ten betooge:

a. Dat het voorschot van onderhoud, vermeld in art. 606, n°. 5, niet toepasselijk is op de schuldenaren die van wege den Staat worden gegijzeld, alsmede van de verbindende kracht van 't Keizerlijk Decreet, v. 4 Maart 1808 —

't Keizerlijk Decreet voormeld, arrest v. 13 Nov. 1846, dl. I, p. 235 en 236 en het aanget. op art. 592 B. R. aan het slot.

b. Dat de keuze van woonplaats moet geschieden in de akte van ingevangenisstelling, niettegenstaande dit reeds in het proces-verbaal van gijzeling zij geschied —

Oudeman, dl. II, 4de ed., p. 216.

5. Zie omtrent de vraag, of het niet in acht nemen der formaliteiten, voorgeschreven in art. 606 B. R., de nietig-verklaring der gijzeling moet ten gevolge hebben —

art. 611 B. R., vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 14 Febr. 1848 sqq., sub n°. 9.

Art. 607.

Wegens de niet-nakoming van het bepaalde bij art. 607, al. 1, B. R. (het verzuim van den cipier om de akte van ingevangenisstelling in zijne registers in te schrijven), kan de schuldenaar niet tegen den *schuldeischer* de nietig-verklaring der gijzeling eischen, daar zoodanige vordering alleen kan berusten op de nietigheid, ontstaande

Art. 611 al. 2. Tot de middelen, rakende de zaak zelve principale behoort de bewering, dat het recht om te gijzelen ontbreekt (bijv. omdat de schuldenaar Nederlander is)

Art. 607.) Amsterdam 20 1134 Maart 1903, W. n° 7980, Hof Amsterdam 17 April 1902, W. n° 7921.
verm. Rb. Alkmaar

uit het verzuim van die formaliteiten, waarvan de inachtneming behoorde tot de taak des deurwaarders, die des schuldeischers lasthebber was en voor wiens daden hij alleen kan verantwoordelijk zijn.

Arr.-R. Amsterdam, v. 16 Juni 1843, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 605—608. — Vgl. met betrekking tot de afwijzing eener vordering tot schadevergoeding tegen den cipier, ter zake van het niet inachtnemen der noodige surveillance en de ontvluchting van een gegijzelde — een vonnis van de Arr.-R. Leeuwarden, W. n°. 393 onder de berichten.

— Volgens art. 27, A, n°. 30 der Wet van 3 Oct. 1843 (*Stbl.* n°. 47), zijn de registers en de verdere akten, in art. 607 B. R. vermeld, vrij van zegel. Die vrijstelling strekt zich echter, naar luid eener circulaire van den Minister van Justitie, v. 7 Nov. 1850, W. n°. 1473, niet uit tot copien of uittreksels, door de cipiers aan anderen dan het Openb. Min. uitgereikt.

Verg. over art. 611: Rb. den Haag dd. 611. 5 Aug. 1897, W. n° 7019.

1. De bepaling van art. 65 en volgg. der Wet v. 22 Frimaire an VII, volgens welke vonnissen, in zaken van registratie, niet voor appèl maar alleen voor cassatie vatbaar zijn, is niet mede van toepassing op de vordering tot ontslag uit de gijzeling en schadevergoeding wegens onwettige gevangenhouding, waartoe de invordering der boete aanleiding gegeven heeft.

Tacite beslist bij arrest v. 13 Nov. 1846, W. n°. 776; R., dl. XXV, § 60; v. d. H., *G. Z.*, dl. V, p. 140—154; bevestigende een arrest van 't P. H. v. Gelderland, v. 16 April 1845, W. n°. 614; R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 468—473

2. Des rechters bevoegdheid, om, ingevolge van art. 611, al. 3 B. R. den schuldeischer tot schadeloosstelling te veroordeelen, is *niet* beperkt tot het geval, dat de ten uitvoergelegde gijzeling als eene onrechtmatige daad kan worden beschouwd. Het is geheel aan de bescheidenheid des rechters overgelaten, daaromtrent te beslissen.

Arr. v. 30 Juli 1875, W. n°. 3884; R., dl. CX, § 39; v. d. H., *B. R.*, dl. LX, p. 401—413. Zie hetzelfde arrest aangehaald op art. 604, n°. 4 B. R.

3. Hoewel de vordering tot nietigverklaring der gijzeling, bij gebreke van inachtneming der voorgeschreven formaliteiten, volgens art. 611 B. R., door den schuldenaar kan worden gebracht voor de Rechtbank van het Arrondissement, alwaar hij in gijzeling is gesteld, is dit artikel

echter niet van toepassing, daar waar de voorzitter in kort geding bereids uit krachte van art. 604 B. R, over de validiteit van de gijzeling heeft beslist, in welk geval die beslissing alleen vatbaar is voor hooger beroep.

P. H. v. Holland, v. 21 Juni 1841, W. n°. 213; R., dl. XII, § 80; idem DE PINTO, *Hdl. B. R.*, dl. II, 2, p. 662, 2de ed., p. 727; OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 215 en PENNING ad art. — Cf. art. 604 B. R., arrest van hetzelfde P. H. v. denzelfden datum, sub n°. 3.

3. Een gegijzelde kan bij zijne vordering tot vernietiging der gijzeling (in specie ter zake van het niet in acht nemen van twee essentiële formaliteiten als: *a.* de ten uitvoerlegging van de gijzeling niet eenen dag *na* maar *bij* de beteekening, en zulks *b.* in het door hem bewoond huis buiten tegenwoordigheid van den kantonrechter) niet vorderen, gemachtigd te worden om de gevangenis met behulp van den sterken arm te doen openen en zich zoodoende de vrijheid te verschaffen.

Arr.-R. Arnhem, v. 24 Oct. 1842, W. n°. 387; R. B., jg. 1843, dl. V, p. 342—346; R., dl. XIV, § 29.

5. In cas van art. 611 B. R. is het op korten termijn procedeeren niet afhankelijk gemaakt van de goed- of afkeuring van den president der Arrond.-Rechtbank, met dat gevolg, dat de Rechtbank, indien de gegijzelde zich daartegen verzet, onbevoegd is uitstel te verleenen tot het voordragen der conclusiën en het behandelen der op korten termijn aangebrachte dagvaarding.

Arr.-R. Hoorn, v. 4 Aug. 1843, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 625—627.

6. Daar bij uitzondering ter zake van gijzeling, volgens art. 611 B. R., de functiën, welke anders in den regel aan den president der Arrond.-Rechtbank competeeren, aan de Rechtbank van het Arrondissement zijn opgedragen, alwaar de schuldenaar is in gijzeling gesteld, kan aan de Rechtbank geene mindere macht worden toegekend dan bij de artt. 293 en 297 aan den voorzitter is gegeven, en kan mitsdien ook de Rechtbank in cas van art. 611 een vonnis verklaren uitvoerbaar bij voorraad op de minute, zonder voorafgaande registratie.

P. H. v. N.-Brabant, v. 23 April 1844, W. n°. 498; R., dl. XXV, § 85, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. 's Bosch, v. 23 Maart 1844, W.

Art. 611 omvat het geval, waarin vernietiging der gijzeling of uitslag daaruit wordt gevraagd uit kracht van art. 590 Rv.; het sluit niet uit dat de President over de in dit artikel genoemde vorderingen in kort Art. 611.) gelijk oordeelde: 1136 Hof Arnhem, 1 April 1910 verw. Hges. Rb. Arnhem 25 Febr. 1910, D. 1910 I.

ut supra; — anders bij vonnis der Arr.-R. Arnhem, v. 24 Oct. 1842, vermeld sub art. 53 B. R., n°. 2, en in de conclusie van Mr. C. H. B. Boot (welke geleid heeft tot een vonnis der Rechtbank Amsterdam van 18 Juli 1843, waarbij die vraag onbeslist is gelaten, R. B., jg. 1843, dl V, p. 585 en 586), op grond, dat de wet, slechts in de gevallen van de artt. 123 en 297 B. R. zoodanige uitvoerbaar-verklaring op de minuut veroorloovende, noodwendig geacht moet worden dit in alle overige gevallen te hebben uitgesloten. Vgl. de bedenkingen daartegen van Mr. F. F. Karsseboom, in R. B., ut supra, p. 588—592 en v. d. Honert, § 297.

7. Bij de beoordeeling in hoeverre er bij de nietig-verklaring eener gijzeling termen zijn tot veroordeeling tevens in vergoeding van kosten, schade en interessen, kan en behoort door den rechter in aanmerking te worden genomen, of er voor den schuldeischer gegronde redenen hebben bestaan, om de gijzeling te doen uitvoeren en voortduren. — Hieruit volgt, dat er geene termen zijn om het bestuur der registratie tot schadevergoeding te veroordeelen, ter zake van het doen ten uitvoerleggen van den lijfsdwang in eene strafzaak overeenkomstig de beslissing van het hoogste rechterlijk collegie in dit Rijk.

P. H. v. Gelderland, v. 16 April 1845, W. n°. 614; R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 468—473.

8. Nergens wordt in de wet voorgeschreven, dat aan den gegijzelden persoon een afschrift der volmacht tot gijzeling moet worden overgegeven.

Arr.-R. Arnhem, v. 14 Febr. 1848, W. n°. 903; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 450—472.

9. Hoewel art. 611 B. R. inhoudt, dat bij gebreke van inachtneming der voorgeschrevene formaliteiten, de schuldenaar de nietig-verklaring der gijzeling kan eischen, en daarin ligt opgesloten dat verzuim dier formaliteiten nietigheid (ofschoon bij de wet niet bepaald uitgedrukt) kan medebrengen, is het echter niet aannemelijk, dat de wetgever in art. 611 door die formaliteiten andere zouden hebben bedoeld dan dezulke, bij welker niet opvolging, ten nadeele van den schuldenaar, eene der wetsbepalingen wordt overtreden, de zaak zelve of het wezen der zaak betreffende, en dus geenszins zulke formaliteiten, welke blootelijk den vorm eener akte betreffen (*in casu* de niet-vermelding van de woonplaats van den gegijzelde ingevolge het voorschrift van art. 606, n°. 4), terwijl er overigens geene kwestie was van de identiteit van

den persoon. Ten aanzien van deze formaliteiten kan het algemeen voorschrift van art 90, omtrent nietigheid, door de bepaling van art. 611 niet zijn aangetast.

Arr.-R. Arnhem, v. 14 Febr. 1848, W. n°. 903; R. B., jg. 1848, dl. X, p. 450—472; idem (waar het gold de niet-nakoming van art. 606, n^os. 2 en 3, doch de akte van ingevangenis-stelling verwees naar het aan den gegijzelde behoorlijk beteekend proces-verbaal van gijzeling, in hetwelk wel degelijk de schuldeischer is vermeld en voor hem domicilie is gekozen) bij vonnis van dezelfde Arr.-R. v. 6 Oct. 1848, W. n°. 981; zijnde bij dit vonnis al verder beslist, dat voor de gegrondheid der vordering ter zake van het verzuim dier formaliteiten, in ieder geval zou moeten blijken van het daardoor aan den gegijzelde veroorzaakte nadeel en gevolgelijk van het werkelijk belang; idem bij vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 25 Sept. 1846, W. n°. 796; R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 732—734, waarbij is beslist dat, indien niet gelijktijdig met de beteekening van het vonnis, uitvoerbaar bij lijfsdwang, maar later bevel is gedaan (art. 599 B. R.), deze omstandigheid (als zijnde alleen hetgeen volgens de wet vervat is in *één* akte, verdeeld geworden en in *twee* akten, zonder dat dit in eenig opzicht praejudiciabel was voor den gegijzelde) geen grond oplevert om de opgevolgde gijzeling nietig te doen verklaren; anders vonnis dierzelfde Rechtbank, v. 27 Juli 1858, W. n°. 1980, cf. Arr.-R. Nijmegen, 2 April 1861, W. n°. 2275, ook vermeld sub art. 599 B. R., waarbij werd beslist, dat gebrek van belang den rechter niet ontheft van de verplichting om een ingeroepen nietigheid uit te spreken, maar dat het voor de toewijzing der schade-actie noodig is, dat blijke dat schade is geleden tengevolge van de verzuimde formaliteit; cf. ook het vermeld vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 31 Maart 1883. — Vgl. hiermede CARRÉ, *Qu.*, 2629, met de bijvoegselen van CHAUVEAU en de aldaar aangehaalde schrijvers, alsmede de, in strijd met het vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 25 Sept. 1846, uitgebrachte conclusie van het Openb. Min., R. B., ut supra, volgens welke de wetgever bij de bepalingen en voorschriften omtrent een zoo krachtig rechtsmiddel als dat van den *lijfsdwang*, oneindig strenger heeft willen zijn dan elders; dat bij de toekenning van het recht van gijzeling, den schuldeischer tevens de stipte inachtneming van beschermende vormen is voorgehouden; dat uit dien hoofde *de formaliteiten* voor de ten uitvoerlegging van den lijfsdwang *op straffe van nietigheid* zijn voorgeschreven, geene, hoe gering ook, uitgezonderd; dat daarom ook bij de beoordeeling van de nietigheid, bij gebreke van inachtneming dezer voorschriften, noch onder de Fransche wet de bepaling van art. 1030, noch onder onze wetgeving die van art. 90 uitsluitend als maatstaf kan worden gevolgd, maar die nietigheid onder eerstgemelde wet uit art. 794 en onder onze wet uit art. 611 moet worden afgeleid, en dat inzonderheid de bewoordingen van laatstgemeld artikel allen twijfel ten deze opheffen, waarbij toch, in geval van verzuim der ten deze voorgeschreven formaliteiten, den schuldenaar het vermogen wordt toegekend om de nietig-verklaring der gijzeling te eischen.

Niet-vermelding in het proces-verbaal van gijzeling van eene formaliteit welke inderdaad heeft plaatsgehad (waar in casu niet aan wordt) is niet eene niet-uitvoering van die formaliteit, maar eene misse in het verbaal, waarop geen nietigheid der gijzeling is gesteld: Rb. Alkmaar 17 April 1902 W. n° 7921.

Vergelijk ook navolgende beslissing:

Ten uitvoerlegging van den lijfsdwang, zonder vooraf het vonnis, waarbij lijfsdwang is uitgesproken, aan den procureur van den gegijzelde te laten beteekenen, is eene bij de wet verboden en alzoo onrechtmatige daad, die aanspraak geeft op vergoeding van kosten, schaden en interessen, welke geacht moeten worden door de gijzeling en berooving der vrijheid te zijn geleden.

Arr.-R. Nijmegen, v. 28 Jan. 1857, W. n°. 1856.

10. Bij dit artikel wordt niet bepaald, dat, op grond van alle middelen, de zaak ten principale betreffende, de nietig-verklaring van den lijfsdwang kan gevraagd worden, maar de zin daarvan is, dat, als er termen bestaan om op middelen, rakende de zaak ten principale, die nietig-verklaring te vorderen, die actie moet gebracht worden voor de Rechtbank, welke met de uitvoering van het vonnis is belast.

De kracht van gewijsde zaak brengt mede, dat zoodanige middelen alleen kunnen zijn die, welke ontstaan na de uitspraak van het vonnis.

Arr.-R. 's Hage, v. 19 Maart 1869, W. n°. 3107. Verg. ook Arr.-R. Amsterdam, v. 14 Jan. 1857, W. n°. 1842, bevestigd door het P. H. v. N.-Holland, v. 14 Juli 1857, W. n°. 1907, waarbij werd beslist dat de opheffing van den lijfsdwang, op grond dat die onrechtmatig zou zijn verkregen en uitgesproken niet mag gevorderd worden door de hier bedoelde actie, vermits de rechter die opheffing uitsprekende, in de daad het vonnis zou buiten effect stellen, in strijd met het gezag, dat de wet aan een rechtelijk gewijsde toekent. Om tot de opheffing van den alzoo uitgesproken lijfsdwang te geraken, behoort men *tempore utili* in hooger beroep te komen.

11. Eene aanhouding is niet onrechtmatig, wanneer tegen het vonnis op *informeele* wijze eene akte van appèl is beteekend.

Berusting in die informaliteit kan niet terugwerken op te voren gepleegde handelingen.

Arr.-R. 's Bosch, v. 12 April 1871, W. n°. 3499.

12. Het geldt hier bepalingen van openbare orde, waarop door eene gepresumeerde berusting van de belanghebbende partij geen inbreuk kan worden gemaakt.

Daarenboven *verplichting* tot dadelijk verzet tegen de wettigheid der gijzeling bestaat niet.

Hof Leeuwarden, v. 29 Jan. 1877, W. n°. 4135, ook vermeld sub artt. 348 en 600 B. R.

13. Wanneer het aan den veroordeelde zelf beteekende afschrift van het vonnis in afwijking van het origineel en het aan den procureur beteekende copie, geene melding maakt van den daarbij uitgesproken lijfsdwang, behoort de gijzeling nietig te worden verklaard.

Arr.-R. Rotterdam, v. 14 Nov. 1877, W. n°. 4179.

14. Zoo al moet worden aangenomen, dat de bepaling, waarbij de mogelijkheid erkend wordt, om de vordering tot nietig-verklaring te doen steunen op middelen, rakende de zaak ten principale, ook betrekking heeft op het geval dat de hoofdzaak bij gewijsde is afgedaan, zoo zullen in alle gevallen die middelen moeten betreffen feiten en omstandigheden daarna opgekomen.

Arr.-R. Rotterdam, v. 9 Juni 1883, W. n°. 4917.

15. Zie ten betooge:

a. Dat het verzet tegen een vonnis bij verstek met betrekking tot den daarbij uitgesproken lijfsdwang ontvankelijk is *tot* de daad-werkelijke inhechtenisstelling van den veroordeelde —

art. 82 B. R., arrest v. Hof v. Holland, v. 21 Juni 1841 sqq., sub n°. 5.

b. Dat de bepaling van art. 594 B. R., volgens welke de nietigheid der gijzeling geenszins die der aanbevelingen ten gevolge heeft, alleen ziet op aanbevelingen, gedaan door een anderen schuldeischer en niet door hem, die den schuldenaar heeft doen gijzelen, indien hij later vonnis heeft bekomen wegens eene andere schuldvordering —

DE PINTO, dl. II, 2, p. 668, 2de ed., p. 733 en OUDEMAN, dl. II 4de ed., p. 249; — anders bij DE MARTINI ad art. 594 *g* 4 en bij PENNING ad art. 586.

Art. 612.

1. Het geding ter vereffening der kosten van het proces kan niet als een nieuw rechtsgeding worden beschouwd, maar alleen worden geacht de voortzetting te zijn van de vroeger reeds tusschen partijen gevoerde procedures, welke daardoor eerst geheel worden ten einde gebracht.

Zulks volgt zoowel uit de bepaling van art. 614 B. R., bevelende dat de zaak bij eene eenvoudige akte van procureur op de terechtzitting zal worden gebracht, als uit die van art. 612 B. R. omtrent de beteekening van den staat van kosten aan de woonplaats, bij den aanvang van het rechtsgeding door de partij gekozen, welke artikelen, indien het hier een nieuw rechtsgeding gold, ten eenemale zouden in strijd zijn met het beginsel, bij art. 133 B. R. aangenomen, dat namelijk alle akten der procedure aan die gekozen woonplaats moeten worden beteekend, doch niet verder dan tot en met het eindvonnis, met *weglating* der woorden (die vroeger in dat artikel werden gevonden): "of die betrekkelijk zijn tot de executie der eindvonnissen."

Arresten v. 8 Oct. 1844, W. n°. 231; R., dl. IX, § 12; v. d. H., *B. R.*, dl. II, p. 322—328; idem Arr.-R. Amsterdam, v. 27 Jan. 1843, R. B., jg. 1845, dl. V, p. 546—549; idem bij vonnis der Arr.-R. Alkmaar, v. 29 Juni 1843, R. B., jg. 1845, dl. VII, p. 331 en 332 en bij arrest v. 't P. H. v. Zeeland, v. 12 April 1842, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 11, waarbij, op grond van hetzelfde rechtsbeginsel, is aangenomen, dat er geen verstek behoort te worden verleend tegen hem die, overeenkomstig art. 614 B. R., tot verevening van procedures opgeroepen zijnde, niet is verschenen, en in dit geval de eisch als contradictoir zal moeten worden toegewezen; idem Arr.-R. Amersfoort, v. 20 Juni 1855, W. n°. 1712, waarbij werd beslist dat er niet ten tweeden male verstek behoort verleend te worden; idem Arr.-R. Utrecht, v. 28 Aug. 1878, R. B., jg. 1879, *A*, p. 164; idem bij vonnis der Arr.-R. Amersfoort, v. 1 Nov. 1854, W. n°. 1599, waarbij op dezelfde gronden is beslist, dat men bij één en hetzelfde exploot in verzet kan komen tegen twee vonnissen, waarvan het eerste de hoofdzaak betreft en het laatste ter vereffening der proceskosten is gewezen; idem bij vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 7 Maart 1867, R. B., jg. 1867, p. 686, waarbij op grond van hetzelfde beginsel is beslist dat de cessionaris van eene der partijen de likwidatie der proceskosten niet op de hier voorgeschreven wijze kan vervolgen. Vergelijk Ktg. Boxmeer, v. 22 Jan. 1857, W. n°. 1865, P. H. v. Gelderland, v. 24 Dec. 1856, W. n°. 1839, P. H. v. Overijsel, v. 28 Febr. 1859, W. n°. 2091, waarbij met een beroep op het feit dat deze wetsbepalingen voorkomen in het tweede boek B. R. handelende over ten uitvoerlegging van vonnissen, het geding tot vereffening van kosten beschouwd wordt als *een middel tot ten uitvoerlegging van het vonnis*, dat laatste in strijd met vonnis der Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Mei 1861, W. n°. 2295, waarbij beslist werd, dat schadelikwidatie niet als executie van het vonnis, maar als voortzetting van het nog aanhangig geschil moet beschouwd worden; cf omtrent dit punt n°. 2 van dit artikel; idem P. H. v. N.-Holland, v. 6 Febr. 1868, W. n°. 3033; idem Arr.-R. Rotterdam, v. 17 Dec. 1877, R. B., jg. 1878, *A*, p. 137; Amsterdam, v. 27 Juni 1878, R. B., jg. 1878, *A*, p. 211. Anders vonnis der Arr.-R. Rotterdam, v. 18 April 1877, W. n°. 4104, R. B., jg.

1878, A, p. 136, waarbij werd beslist dat hoewel de vereffening der proceskosten als de executie van het vonnis kan beschouwd worden, een geschil dat bij of over de vereffening ontstaat een afzonderlijk rechtsgeding uitmaakt dat geschorst kan worden, voorts door X. in 't W. n°. 372 en N. N. in 't W. n°. 374, wordende in laatstgemeld stuk het arrest ut supra in verband gebracht met dat van 18 Maart 1842 (sub art. 869 B. R.), waarbij aan het bestuur der registratie het recht is toegekend, om de in *debet* gestelde rechten, ingeval van admissie-gratis, rechtstreeks te verhalen op de succumbeerende partij, doch tevens beslist, dat gemeld bestuur gehouden is, om zich bij zoodanig verhaal te gedragen naar de verplichtingen bij de wet opgelegd omtrent de waardeering van kosten, waarin eene partij is veroordeeld en naar de voorschriften omtrent de vereischten ter executie van condemnatien, en daarvan nu, volgens schrijver, het gevolg zal zijn, dat *een nog niet ten einde gebracht rechtsgeding* zal worden voortgezet, *niet tusschen de partijen welke de vroegere procedures hebben gevoerd*, maar tusschen geheel anderen, en zulks niet alleen tusschen het bestuur der registratie en de in het ongelijk gestelde partij, maar tusschen deze en even zoovele personen als er belanghebbenden zijn bij de kosten. — Vgl. ook het met deze kwestie in een nauw verband staande arrest v. 25 Juni 1852, sub art. 613 B. R., n°. 1, alsmede nog: 1°. een vonnis van de Arr.-R. Appingadam, v. 17 Juni 1852, W. n°. 1349, waarbij is beslist, dat de eisch tot bepaling van het *quantum* der proces-kosten, waarin eene partij bij een vroeger gewezen vonnis is veroordeeld, hoewel die als een uitvloeisel en gevolg der vroegere procedure is aan te merken, evenwel, voor zoover zulks, gelijk in deze, eerst na het wijzen van het hoofdvonnis een punt van verschil heeft opgeleverd, als een afzonderlijk en op zich zelf staand geding moet beschouwd worden, en dat uit de bepalingen der wet hieromtrent volgt, dat eene latere vordering tot vereffening der kosten van een vroeger uitgewezen proces moet worden gebracht bij hetzelfde rechtscollegie, bij hetwelk de hoofdvordering is aanhangig geweest en beslist, doch daaruit niet noodwendig volgt, dat dit college juist uit hetzelfde personeel moet zijn samengesteld als dat, hetwelk, op de hoofdzaak beslissende, de succumbeerende partij in de kosten heeft verwezen; en 2°. een arrest van 't Hof v. Holland, v. 3 Febr. 1841, W. n°. 193, waarbij is beslist, dat bij eene veroordeeling tot vergoeding van kosten, schade en interessen, dezelfde rechter, indien het daartoe betrekkelijk vonnis niet is vernietigd, van de likwidatie tot schadevergoeding moet kennis nemen en men niet meer ontvankelijk is in de exceptie van incompetentie (*ratione materiae*) eerst bij de verevening van kosten tegen dat vonnis ingesteld. Verg. aant. 31.

2. De verevening der proceskosten, waarin eene der partijen is verwezen, is niet anders te beschouwen dan als de ten uitvoerlegging van het condemnatoir gewijsde en kan er mitsdien niet aan eenige verjaring der vordering tot taxatie van kosten gedacht worden, zoolang het veroordeelend gewijsde zelf niet is verjaard. Wanneer de Staat de veroordeelde partij mocht zijn, is in zoodanig geval alle beroep op

de wetten van 8 Nov. 1815 (*Stbl.* n°. 51) en v. 5 Oct. 1841 (*Stbl.* n°. 40) almede buiten toepassing.

Arr. v. 8 April 1853, R., dl. XLIV, § 53.

3. Het bedrag der proceskosten, waarin eene der partijen bij vonnis is veroordeeld, kan van deze niet door de andere worden gevorderd bij *afzonderlijke* actie, onverschillig of er verschil bestaat over het bedrag, of over de al- of niet-voldoening der bij het vonnis niet vereevende kosten.

Arr. v. (14) 18 Jan. 1861, W. n°. 2242; R., dl. LXVII, § 8; v. d. H., *B. R.*, dl. XXV, p. 35—46; anders Arr.-R. Amsterdam, v. 28 Maart 1871, W. n°. 3347, R. B., jg. 1872, p. 309, waarbij werd beslist dat èn de vordering tot vereffening van proces-kosten èn die tot vereffening der kosten, schaden en interessen bij rau-actie en bij eene en dezelfde dagvaarding kunnen worden aanhangig gemaakt.

4. Voor de vereffening van proceskosten is uitgesloten de afzonderlijke voor den als zoodanig bevoegden rechter in te stellen actie.

Arr. v. 18 Jan. 1861, ut supra; waarbij nog werd beslist dat het geschil bij akte van procureur tot procureur moet worden gebracht voor den rechter, die de veroordeeling in de kosten heeft uitgesproken. Zie echter arr. v. 7 Nov. 1873, W. n°. 3654, R., dl. CV, § 22, voor het geval waarin het geldt behalve de verdere vereffening der toegewezen schadevergoeding, de van waarde verklaring van een conservatoir arrest ter verzekering dier schadevergoeding gelegd.

Vergelijk navolgende beslissing:

Proceskosten kunnen niet worden verhaald bij wege van gewone actie, maar de inning dier kosten maakt een punt van executie van het gewezen vonnis uit.

Ktg. n°. I, Amsterdam, v. 21 Juli 1876, R. B., jg. 1876, A, p. 292.

Vergelijk in verband met het bovenstaande, de navolgende beslissingen:

Wanneer het vonnis *a quo* in hooger beroep is bevestigd, is de rechter *a quo* alleen bevoegd om kennis te nemen van de vereffening der kosten in *eersten* aanleg gevallen.

Arr. v. 27 Juni 1856, W. n°. 1801; R., dl. LIII, § 53; idem P. H. v. N.-Holland, v. 16 Oct. 1862, W. n°. 2448; idem P. H. v. Zeeland, v. 19 Oct. 1858, R. B., jg. 1859, dl. IX, p. 487, waarbij beslist is, dat men,

bij bevestiging van het vonnis *a quo*, alleszins ontvankelijk is, om het geschil over de vereffening der kosten in hooger beroep afzonderlijk bij den hoogeren rechter aan te brengen; idem het sub n°. 4 van dit artikel vermeld P. H. v. Gelderland, v. 24 Dec. 1856, W. n°. 1839, waarbij is beslist dat in dat geval de vereffening der kosten in hooger beroep gevallen, uitsluitend door den hoogeren rechter wordt gedaan.

5. Zoowel het geschil over het bedrag, als dat over de al of niet voldoening der bij het vonnis niet vereffende kosten, moet volgens dit en volgende artikelen worden behandeld.

Arr. v. 18 Jan. 1861, W. n°. 2242; R., dl. LXVII, § 8; v. d. H., *B. B.*, dl. XXV, p. 35 en volgg.

6. Wanneer het bedrag van eene zekere som tot schadevergoeding is toegewezen op grond: »dat het cijfer noch onrechtmatig noch te hoog is te achten, en daarop door de tegenpartij geene aanmerking is gemaakt", kan deze mitsdien daarop in cassatie niet terugkomen.

Arr. v. 23 Dec. 1870, W. n°. 3279, R., dl. XCVI, § 30; v. d. H., *B. B.*, dl. XXXV, p. 240 en volgg.

7. De toepassing van den bij dit art. op den voorgrond geplaatsten regel van dadelijke bepaling van schadebedrag is uitsluitend afhankelijk gesteld van de mogelijkheid dier bepaling en geenszins van de omstandigheid, of er al dan niet eisch is gedaan tot schadevergoeding, op te maken bij staat, terwijl het bestaan dier mogelijkheid geheel aan 's rechters oordeel is overgelaten.

Arr. v. 27 Dec. 1878, bevestigende de vonnissen van het Hof van Suriname, dd. 25 Jan. en 10 Mei 1878, W. n°. 4332, R. B., jg. 1879, A, p. 169. Hetzelfde beginsel is gehuldigd bij arrest v. 2 Jan. 1874, W. n°. 3681, bij arrest v. 9 Dec. 1881, W. n°. 4718, en bij vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 15 Sept. 1874, R. B., jg. 1876, A, p. 32.

Zie ten betooge dat de rechter tot schadevergoeding, nader op te maken bij staat kan veroordeelen, al is een zeker *quantum* geëischt: arrest v. 4 Febr. 1870, sub art. 134 B. R.

Bij het eerstgemeld arrest is nog beslist dat over tardieve productie der bescheiden, waaruit de rechter *a quo* zijn gegevens tot schadebepaling heeft afgeleid, niet geklaagd kan worden, o. a. op grond dat de tegenpartij in de gelegenheid is geweest ook bij de pleidooien alle verweringen te doen gelden en alle rechtsmiddelen aan te wenden, die hij oorbaar achtte. Zie in verband daarmede art. 139 B. R., n^os^. 2 en 14.

8. De rechter is volkomen bevoegd, om wanneer reeds bij de

hoofdvordering duidelijk blijkt, dat geene schade is geleden, daaromtrent tegelijkertijd uitspraak te doen.

Arr. v. 22 Dec. 1882, W. n°. 4861; R., dl. CXXXII, § 39; v. d. H., *B. R.*, dl. XLVIII, p. 64—72.

9. De eischer tot ontbinding eener overeenkomst is niet gerechtigd, ten algemeenen titel van schadevergoeding, eene willekeurig begroote geldsom te vorderen, maar is verplicht, indien hij de hoegrootheid der schadevergoeding bij dezelfde actie, als de ontbinding der overeenkomst wil uitgesproken zien, de daartoe leidende daadzaken op te geven en daarvan het bewijs te leveren. Zoolang dit niet is geschied en alzoo de waardeering der daadzaken geen eigenlijk onderwerp van het proces tusschen partijen heeft uitgemaakt, moet de rechter buiten staat geacht worden het beloop der geleden schade te *bepalen* en heeft hij dus ook geene bevoegdheid om die naar eigen goedvinden te waardeeren, maar is hij verplicht partijen naar de voorgeschrevene *opmaking bij staat* te verwijzen, enz.

De eischers, in hooger beroep komende van het vonnis, waarbij de door hem gevorderde schadevergoeding door den rechter slechts voor een zeer gering bedrag is toegewezen, is in die instantie van appèl niet-ontvankelijk het bewijs te leveren der geleden schade en winstderving.

P. H. v. Zeeland, v. 8 Dec. 1840, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 620 en 621.

10. Wanneer kosten, schaden en interessen, tot vergoeding van welke de eene partij is veroordeeld, bij het vonnis niet zijn vereffend geworden, dan moet, met in achtneming der bepalingen van artt. 612 en volgg. B. R., het geheele bedrag daarvan in eens van de partij worden ingevorderd.

Hieruit volgt dat op den staat, bedoeld bij art. 612 B. R., ook moeten worden gebracht de kosten in appèl gevallen, wanneer de rechter *a quo*, ingevolge art. 354 B. R. over de ten uitvoerlegging van het in hooger beroep bekrachtigde vonnis oordeelen moet.

P. H. v. Friesland, v. 26 Jan. 1842, W. n°. 308; *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 222—224. — Vgl. hiermede DE PINTO, *Hdl. B. R.*, dl. II, 2, p. 670 en 671, 2de ed., 736 en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 231 die het beginsel van het voormeld arrest niet onbepaald aannemen, maar onderscheiden of het vonnis van den eersten rechter in hooger

beroep wordt vernietigd of bekrachtigd, en meenen dat in het eerste geval de geheele vereffening bij den hoogeren rechter behoort, die de geheele veroordeeling in de kosten heeft uitgesproken; doch dat in het tweede geval de vereffening der kosten, in eersten aanleg gevallen, moet geschieden bij den eersten rechter en die in hooger beroep niet anders dan door den rechter in hooger beroep.

11. Een gedaagde in cas van schadevergoeding die erkent schade te hebben toegebracht en tot vergoeding daarvan verplicht te zijn, doch over het bedrag dier schade met den eischer verschilt, kan in dien stand van zaken geen geldig aanbod doen, ten einde zich voor verdere procedures en kosten te hoeden, maar behoort die schade, daar waar, gelijk *in casu*, de rechter het bedrag daarvan *a priori* niet kan bepalen, nader te worden gelikwideerd en vastgesteld, met inachtneming der voorschriften van artt. 612 en volgg. B. R.

Arr.-R. Arnhem, v. 24 Febr. 1843, *Regt in Nederl.*, dl. IV, p. 3 en 4.

12. De procedure tot vereffening van kosten, schade en interessen ingevolge art. 612 B. R., vindt dan alleen hare toepassing, wanneer er *a priori* van het wezenlijk bestaan van schade is gebleken, doch alleen het beloop daarvan niet gelijktijdig met de veroordeeling tot vergoeding is kunnen bepaald worden.

P. H. v. Z.-Holland, v. 27 Dec. 1843, W. n°. 461. Cf. art. 1401 B. W., arrest van hetzelfde P. H. van denzelfden datum, sub n°. 401.

13. Noch art. 612 B. R., noch eenige andere wetsbepaling vordert, dat de staat van kosten eenige onderteekening drage. Gesteld echter dat een zoodanige staat onderteekend moet worden, dan nog kan dit geldig geschieden door den procureur, die in het geding voor den declarant geoccupeerd heeft.

P. H. v. N.-Holland, v. 21 Juli 1847, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 203, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 12 Mei 1847, W. n°. 883.

14. Het komt niet met den geest onzer wetgeving overeen, dat eene partij, die niet slechts door toestemming, maar daadwerkelijk toegeeft aan alles, wat van haar wordt geëischt, haars ondanks in eene procedure zou kunnen worden gehouden; dit kan niet worden aangenomen, zoo niet de noodzakelijkheid daartoe wordt aangewezen of eene wetsbepaling, welke tot die gevolgtrekking leidt.

Zoodanige gevolgtrekking kan niet worden afgeleid uit de artt. 612—615 B. R., welke wel de wijze voorschrijven van vereffening van proceskosten, waarin eene der partijen is verwezen, doch geenszins bepalen, dat geene proceskosten, zonder voorafgaande veroordeeling daartoe, kunnen worden vereffend.

Door het uitdrukkelijk door den gedaagde gedaan voorbehoud van nadere vereffening, is reeds een voldoende titel aan den eischer gegeven tot verkrijging van hetgeen de proceskosten meer dan de aangeboden en aangenomen som mochten bedragen.

Arr.-R. Arnhem, v. 28 Nov. 1853, W. n°. 1547.

15. Onder de schade in art. 612 is niet alleen begrepen vergoeding van het verlies, hetwelk men heeft geleden, maar ook van de winst welke men heeft moeten derven, doch niet verder dan tot kosten en schaden, die men heeft voorzien of kunnen voorzien.

P. H. v. Gelderland, v. 8 Febr. 1854, R. B., jg. 1854, p. 249—252; idem Arr.-R. Amsterdam, v. 8 Maart 1854, R. B., jg. 1854, p. 304—306.

16. De renten wegens geleden schade, voorkomende in den staat, vermeld in art. 612 B. R., zijn verschuldigd van den dag waarop de schadevergoeding gevorderd is.

P. H. v. Gelderland, v. 8 Febr. 1854, R. B., jg. 1854, p. 249—252.

17. Hij wiens actie of exceptie gaaf is toegewezen, kan, om tot eene likwidatie van de kosten der gevoerde procedures te komen, in geen geval vorderen noch behoeft af te wachten de beteekening van het vonnis door de succumbeerende partij.

Ktg. n°. III. Amsterdam, v. 27 April 1854, W. n°. 1545. — Cf. art. 66 B. R., vonnis van de Arr.-R. Maastricht, v. 20 Febr. 1845 sqq., sub n°. 10.

18. Art. 612 en volgg. B. R. hebben alleen betrekking tot eene likwidatie van kosten, in welke de eene partij ten behoeve van de andere is veroordeeld en gelden niet daar waar sprake is van kosten, waarover tot dusverre geene uitspraak is gedaan.

Arr.-R. Breda, v. 27 Juni 1854, W. n°. 1560. Cf. art. 1 B. R., vonnis van dezelfde Arr.-R. v. denzelfden datum, sub n°. 16.

19. Wanneer, op grond van wanpraestatie des verkoopers van

handelswaren, deze met vernietiging der overeenkomst, veroordeeld is tot vergoeding der schade, geleden of nog te lijden, dan moet als maatstaf der schade worden aangenomen de marktprijs, tijdens de kooper zijne rechten deed gelden, en niet een latere.

Arr.-R. Amsterdam, v. 19 Oct. 1854. R. B., jg. 1854, p. 505—508.

20. Bij vereffening van proceskosten is het voldoende, dat slechts één afschrift van den staat van kosten ten behoeve van meerdere gerequireerden gelaten wordt, indien dat afschrift beteekend wordt ter gekozen woonplaats van den door allen gestelden procureur.

P. H. v. Zeeland, 26 Juni 1855, W. n°. 1674.

21. Bij de vereffening van proceskosten tusschen partijen kunnen alleen in aanmerking komen de zoodanige, welke tot het voeren van het geding noodzakelijk zijn geweest.

Ktg. Winschoten, v. 25 Sept. 1855, W. n°. 1724.

22. Art. 612 volgg B. R. stellen een voor sommige gevallen exceptioneel forum daar en behooren daarom *strictissime* te worden geïnterpreteerd, zoodat het niet opgaat om daaronder bij deductie te rangschikken zoodanige kosten, welke een meer of min verwijderd gevolg van een rechterlijk vonnis zijn, doch niet *directe* daaruit volgen.

Arr.-R. Amsterdam, v. 14 Jan. 1857, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 296—309.

23. Wanneer geprocedeerd is tot ontbinding van eene overeenkomst met schadevergoeding, op te maken bij staat, en in dat geding de procureur des gedaagden zich aan de zaak onttrokken heeft, dan kan de staat van kosten nog beteekend worden ter woonplaats van dien procureur, als de gekozene woonplaats der partij.

Arr.-R. Amsterdam, v. 23 Febr. 1859, R. B., jg. 1859, dl. IX, bl. 45.

24 Waar schadevergoeding in rechten gevraagd wordt, alleen omdat partijen zich niet omtrent het bedrag kunnen verstaan, kan geene der partijen gezegd worden in het ongelijk gesteld te zijn en behooren de kosten, noodzakelijk om tot debat en fixatie van den schadestaat te geraken, gedragen te worden door dengene, die op het eigenlijke punt in geschil (het bedrag der schade) zal succumbeeren.

Arr.-R. Amsterdam, v. 21 Dec. 1859, W. n°. 2184.

25. Ten onrechte wordt *in casu* bij wijze van liikwidatie van kosten, schade en interessen, waarin partij, met toewijzing der revindicatoire vordering, is veroordeeld gevorderd restitutie van den koopprijs van grond, door den gedaagde *ante litem motam* aan derden verkocht, eene principale vordering, die nooit in eene zakelijke, veel minder in de sequele daarvan, stilzwijgend kan worden begrepen.

Arr.-R. Breda, v. 24 Jan. 1860. W. n°. 2205.

26. Bij vereffening der kosten van een proces, gevoerd tegen verschillende personen, allen tot ééne reederij in betrekking staande, doch afzonderlijk gedagvaard, en te hunnen voordeele beslist, kan elk hunner afzonderlijk en onafhankelijk van den ander tot betaling der zijnerzijds gevallen kosten ageeren.

Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Mei 1865. W. n°. 2730.

27. Het door den schuldenaar gedaan aanbod overeenkomstig art. 1441 B. W. verhindert niet, dat de schuldeischer, het onvoldoende achtende, den schuldenaar tot vereffening oproepe.

P. H. v. Overijsel, v. 19 Jan. 1866, bij Mr. Hertzveld, ut supra, blz. 77.

28. De vereffening in rechten van proceskosten, waarin een der gelitigeerd hebbende partijen is verwezen, moet tusschen diezelfde partijen plaats hebben, en de cessionaris van eene der partijen heeft het recht niet in plaats van zijn cedent die liquidatie te vorderen, veel min om daaraan tevens eene veroordeeling van het vast te stellen bedrag ten behoeve van hem cessionaris te verbinden.

Arr.-R. Amsterdam, v. 27 Maart 1867. W. n°. 2917. Verg. dezelfde Rechtbank v. 29 Mei 1867. W. n°. 2941, waarbij is beslist, dat hij die een recht tot invordering van proceskosten aan een ander verkocht heeft, er belang bij heeft en bevoegd is om de vaststelling dier kosten van den rechter te vragen.

29. De woorden: „gekozen woonplaats" in dit artikel kunnen niet anders beteekenen dan de woonplaats van partij, bij den aanleg van het geding (dat tot de veroordeeling van kosten aanleiding gegeven heeft) gekozen.

P. H. v. N.-Holland, 6 Febr. 1868. W. n°. 3033, waarbij ook werd beslist dat de vereffening der kosten niet een nieuw geding is, zie n°. 1.

30. De begrooting van proceskosten en die van het bedrag der schadevergoeding behoeven niet altijd gelijktijdig en vereenigd te worden gevorderd: het geval toch is bestaanbaar dat de vereffening eener toegekende schadevergoeding bij voorraad kan plaats hebben, en die der proceskosten moet blijven opgeschort.

P. H. v. Z.-Holland, v. 31 Mei 1869, W. n°. 3122.

31. Eene vordering tot vereffening van proceskosten is niet-ontvankelijk, waar die reeds bij het eindvonnis zijn geliquideerd.

Ktg. Druten, v. 30 Sept. 1879, W. n°. 4573.

32. De vereffeningsprocedure is eene voortzetting van het geding waarin de veroordeeling in de kosten is uitgesproken; zoodat die procedure tusschen dezelfde partijen moet worden gevoerd, zonder dat verandering van staat (zooals *in casu* door huwelijk) daarop van invloed mag zijn, tenzij de oorzaak der schorsing is beteekend.

Arr.-R. Amsterdam, v. 24 Jan. 1882, R. B., jg. 1882, A. p. 168. — Verg. echter wat het laatste deel der uitspraak betreft, P. H. v. Overijsel, v. 16 Jan. 1860, W. n°. 2144, waarbij is aangenomen dat de beteekening der oorzaak van schorsing naar aanleiding van art. 255 B. R. van geen invloed meer kan zijn, als zijnde het rechtsgeding in staat van wijzen. Verg. aant. 2.

33. Wanneer de rechter bij zijn vonnis de proceskosten niet heeft geliquideerd en getaxeerd, behoort ook na de invoering der wet van 23 April 1879 (*Stbl.* no. 75) de vereffening volgens dit artikel en volgende plaats te hebben.

Ktg. Tilburg, v. 4 Juni 1883, W. n°. 4935.

34 Zie ten betooge:

a. Dat, indien al art. 59, al 3 B. R., j°. art. 173 der Grw. v. 1815, moet geacht worden te zijn geschonden, als eene veroordeeling tot schadevergoeding is gegrond op, en gemotiveerd door aanhaling van art. 612 B. R., daardoor wellicht opening is gegeven aan de toepassing van de bepalingen van art. 382 B. R. op het *rekwest-civiel*, maar geenszins tot cassatie —

art. 99 R. Org., arrest v. 16 Dec. 1842, sub *E*. n°. 4, dl. II, p. 38, 2de ed., ad art. 99 *D*, sub n°. 4.

b. Dat, wanneer het vonnis is gewezen bij verstek en de veroordeelde partij mitsdien geene woonplaats heeft gekozen, of, indien het geldt een vonnis van een Kantongerecht, waarin de gedaagde in de meeste gevallen ook geene woonplaats gekozen heeft, er alsdan geen ander middel overblijft dan om de beteekening te doen aan den persoon of aan de werkelijke woonplaats der partij —

DE PINTO, *Hdl. B. R.*, dl. II, 2, p. 671, 2de ed., p. 737 en OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed. p. 226.

c. Dat een geschil over de likwidatie der proceskosten waarin een der partijen door den kantonrechter verwezen is, ook tot de kennisneming van dezen rechter behoort —

het sub art. 435 B. R. vermeld vonnis Ktg. Tiel, v. 7 Febr. 1859.

35. Zie omtrent de vraag, of eene veroordeeling tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, op te maken bij staat, altijd appellabel is —

art. 54 R. Org., arrest v. 23 Dec. 1842, sqq., sub n°. 1, (dl. II, p. 15), 2de ed., ad art. 54, al. 2 sub n°. 1, en omtrent de mogelijkheid tot dadelijke begrooting der schade, in het vonnis zelf bij eene civiele schade-actie en wanneer daartoe, gelijk *in casu*, genoegzame voorlichting aanwezig is — een vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 27 April 1854, W. n°. 1559 en van die te Amsterdam, v. 16 Mei 1872, R. B., jg. 1876, *A*, p. 273, cf. Arr.-R. Amsterdam, v. 8 Febr. 1878, W. n°. 4278, R. B., jg. 1878, *A*, p. 288, waarbij is beslist dat, alhoewel de eischer den rechter zoo mogelijk tot dadelijke begrooting van het schadecijfer behoort in staat te stellen, het verzuim daarvan geene niet-ontvankelijkheid der vordering tot schadevergoeding nader op te maken bij staat ten gevolge heeft. Anders Arr.-R. Groningen, v. 4 Febr. 1875, R. B., jg. 1876, *A*, p. 96.

Art. 613.

1. De bepaling van art. 613 B. R., houdende, dat de verweerder of gedeclareerde binnen veertien dagen na de beteekening van den staat van kosten gehouden is een aanbod te doen, heeft, in verband met het volgende art. 614, kennelijk de strekking om partijen op eene legale wijze in de gelegenheid te stellen, zich in der minne en zonder de rechterlijke tusschenkomst ten aanzien der vereffening van de proceskosten te verstaan.

Het verzuim om binnen den bepaalden termijn een aanbod te doen kan rechtens geenszins dat gevolg hebben, dat het bedrag van den staat van kosten onherroepelijk zou vaststaan, zoodat de gedeclareerde zelf zou zijn verstoken van de bevoegdheid, om den staat te contesteeren; maar heeft de declarant daarentegen steeds het recht om na het verstrijken van dien termijn (hetzij er een aanbod gedaan is of niet) het geschil op de terechtzitting te brengen en door den rechter te doen uitwijzen; kunnende in dit geval het door hem begaan verzuim alleen van invloed zijn op de uitspraak over de kosten, op de vereffening gevallen.

Arr. v. 25 Juni 1852, W. n°. 1346; R., dl. XLII, § 33; idem bij arrest v. 27 Juni 1856, R., dl. LIII, § 52 en bij arrest v 14 Febr. 1873, R., dl. CIII, § 2, R. B., jg. 1873, bl. 415, in strijd met het Openb. Min., Arr.-R. Deventer, v. 15 Febr. 1860, R. B., jg. 1861, dl. XI, bl. 406, Arr.-R. Amersfoort, 5 Sept. 1860, R. B., jg. 1861, dl. XI, bl. 479; Ktg. Ridderkerk, v. 19 Jan. 1859, W. n°. 2098, idem Arr.-R. Amsterdam, v. 20 Juli 1875, R. B., jg. 1876, *A*, p. 98, ook vermeld sub art. 57 B. R. n°. 8; cf. Arr.-R. Middelburg, 15 Febr. 1865, R. B., jg. 1866, p. 502; idem Arr.-R. Utrecht, v. 28 Aug. 1878, R. B., jg. 1879, *A*, p. 163; idem bij arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 31 Jan. 1842, W. n°. 275; R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 67—71; R., dl. X, § 28; *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 193 en 194; idem bij vonnis der Arr.-R. Leiden, v. 3 Maart 1846, W. n°. 692; Amsterdam, v. 8 Febr. 1854, W. n°. 1528; R. B., jg. 1854, p. 284—286; verg. ook P. H. v. Gelderland, v. 10 Jan. 1844, bij Mr. Hertzveld, ut supra, p. 36 sq. idem de Pinto, *Hdl. B. R.*, dl. II, 2, p. 672—675, 2de ed., p. 738 sqq. en *Themis*, jg. 1844, dl. V, p. 242 en Oudeman, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 228 en 229, die, hoewel aldaar de bedenking van den Hoogl. v. Hall, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 495, dat namelijk een geschil over de vereffening der kosten, een geschil is over de executie van het vroegere vonnis, hetwelk als een eindvonnis moet worden beschouwd, gewichtig oordeelende, en ofschoon mede geneigd het geschil over de proceskosten te beschouwen als een geschil over de executie van het vonnis, bij hetwelk de succumbeerende partij in de kosten is veroordeeld, het daarom niet noodig acht tot eene andere conclusie te komen dan de beslissing in bovenvermelde arresten enz. vervat; — anders bij vonnis van de Arr.-R. Haarlem, v. 28 Dec. 1841, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 19—22, alsmede bij arrest van het P. H. v. N.-Brabant, v. 9 Nov. 1841, W. n°. 237; R., dl. IX, § 25; idem in een vertoog in het R. B., jg. 1839, dl. I, p. 225 sqq., alsmede door den proc.-gen. bij het P. H. v. N.-Holland, in zijne conclusiën, welke hebben geleid tot het in eenen tegenovergestelden zin gewezen arrest van 't P. H. van N.-Holland, ut supra, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 35—38; *Regt in Nederl.*, dl. III, p. 188, naar luid van welke conclusie en sommige beslissingen, een staat van kosten opgemaakt ten gevolge van een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, en waartegen niet ingevolge art. 613

B. R., binnen 14 dagen na de beteekening aanbiedingen gedaan zijn, beschouwd moet worden een integrerend gedeelte van hetzelfde vonnis uit te maken, welk beginsel mede *implicite* is gehuldigd bij arresten van 't P. H. v. N. Holland, v. 24 Dec. 1850, *Amsterd. Regtspr.*, dl. I, p. 265 en 266, waarbij is beslist, dat bij gebreke van eenig aanbod binnen den termijn bij art. 613 vermeld, de rechter in dit geval de kosten zal begrooten op het bedrag daarvan, door de wederpartij bij staat opgemaakt, — terwijl al verder meer in den geest van voormeld arrest van den Hoogen Raad is beslist, bij vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 14 Oct. 1840, R. B., jg. 1842, dl. VI, p. 799 en bij arrest van 't P. H. v. Zeeland, v. 28 Febr. 1843, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 13 en 14; v. 26 Mei 1841, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 644 en 645; v. 8 Juni 1847, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 156 en v. 4 Febr. 1851, R. B., jg. 1852, p. 668—670, dat, ondanks het niet doen van een aanbod of het doen van een voorwaardelijk doch onvoldoend aanbod binnen den wettelijken termijn, de opgemaakte en beteekende staat van kosten aan de beoordeeling en taxatie des rechters blijft onderworpen (1). — Vgl. hiermede het met deze kwestie in een nauw verband staande arrest van den Hoogen Raad, v. 8 Oct. 1841, sub art. 642 B. R., n°. 1; alsmede ten betooge dat bij verzuim van aanbod de gerequireerde de proces kosten moet dragen, ook al had de requirant te veel gevorderd arrest, — P. H. v. Overijsel, v. 29 Mei 1843 en v. 29 Nov. 1875, bij Mr. HERTZVELD, ut supra, resp. p. 46 en 121.

2. Het aanbod op een beteekenden staat van kosten gedaan, om te betalen zoodanige som, als de rechtelijke taxatie der beteekende declaratie van kosten zal uitwijzen, is niet genoegzaam en voldoet niet aan de wet

(1) Art. 608 van het in 1848 vastgesteld reglement op de manier van procedeeren in civiele zaken in Ned.-Indië beantwoordt (tegen de Nederl. jurisprudentie) bevestigend de vraag, of, bij vereffening van kosten, hij die 14 dagen laat voorbijgaan na beteekening van een staat van kosten, in dien staat berust (zie *Nederl. Jaarb.*, 1849, p. 98 sqq.) Bij een ontwerp van Wet tot herziening van den 6den titel van het 2de boek, in 1843 aan de Tweede Kamer aangeboden en te vinden in 't W. n°. 365, heeft men ook hier te lande getracht de kwestie op te heffen door de volgende bepaling: „Bij gebreke van het doen van aanbod, wordt er tegen de veroordeelde partij verstek verleend, en wordt de bij den staat gevorderde som toegewezen, ten ware zij den rechter onrechtmatig of ongegrond mocht voorkomen," terwijl bij den 7den titel van het toen tevens ontworpen tarief afzonderlijke bepalingen werden voorgesteld (zie W. n°. 368) voor de vereffening van proces-kosten. Intusschen is de eerstgenoemde wet door de Tweede Kamer (uithoofde men eene partiële herziening der wetgeving ondoelmatig achtte) verworpen, en als een gevolg daarvan de titel van het Tarief door de Regeering ingetrokken. Vgl. de beoordeeling van die ontwerpen door den Hoogl. v. HALL, in 't R. B., jg. 1843, dl. V, p. 193—197.

Verg. art. 2 van den eersten titel van het tweede Boek van het sub art. 1 in fine vermeld Ontwerp, door welke bepaling — ware zij wet geworden — het doel van den tegenwoordigen titel zou opgehouden hebben te bestaan.

P. H. v. Zeeland, v. 28 Febr. 1843, R. B., jg. 1847, dl. IX, p. 13 en 14 en v. 8 Juni 1847, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 156; idem P. H. v. Z.-Holland, v. 18 April 1855, W. n°. 1649 en P. H. v. Zeeland, v. 4 Sept. 1857, R. B., jg. 1858, dl. VIII, bl. 366; idem (alwaar het gold het aanbod om voor kosten te betalen: «zoo veel als de rechter zal goedvinden te begrijpen, dat onder de noodwendige salarissen behoort, die aan den gedaagde aan te rekenen zijn»), bij vonnis van de Arr.-R. Leiden, v. 3 Maart 1846, W. n°. 692.

3. Een gedaagde, erkennende de verschuldigdheid van schadevergoeding kan, ter bespoediging van de bepaling dezer schadevergoeding, het bij dit artikel bedoelde aanbod doen, zonder af te wachten, dat eene veroordeeling tot schadevergoeding tegen hem zij uitgesproken, noch dat daarna door den eischer aan hem een staat der te vergoeden kosten, schaden en interessen beteekend zij.

Arr.-R. Maastricht, v. 21 Juni 1855, W. n°. 1686; cf. aant. 7 op art. 612 B. R.

4. Het aanbod behoeft niet gepaard te gaan met het aanbieden van gereede penningen.

P. H. v. Zeeland, v. 19 Oct. 1858, R. B., jg. 1859, dl. IX, bl. 487—489.

5. De gedeclareerde is *niet* verplicht bij het door hem overeenkomstig dit artikel gedaan aanbod ook nog bovendien eene zekere som voor *nakosten* aan te bieden.

P. H. v. Groningen, v. 17 Sept. 1867, W. n°. 2951, vermeld sub art. 614 B. R.

6. Ook bij verschil van partijen omtrent een enkelen post, zijn *alle* posten aan 's rechters vereffening onderworpen.

P. H. v. Overijsel, v. 18 Nov. 1872, bij Mr. HERTZVELD, ut supra, p. 103, waarbij mede is aangenomen dat wanneer twee likwidatie-procedures worden gevoerd, de eene voorzien bij artt. 612—614 en de andere bij art. 615 W. v. B. R., en de staat in twee hoofdrubrieken is verdeeld, alsdan op elke dier rubrieken de voorschreven beginselen *afzonderlijk* moeten worden toegepast.

Art. 614.

1. Indien een gedaagde is veroordeeld tot uitreiking van goederen in het vonnis opgegeven, en bij gebreke daarvan tot vergoeding van

Art. 350 Rv. is niet van toepassing op de liquidatie-procedure: Rb. Amsterdam 3 Dec. 1915, W. 9967.

kosten, schade en interessen, nader op te maken bij staat, de eischer ten gevolge daarvan dien staat heeft opgemaakt en aan den gedaagde doen beteekenen, alsdan heeft de gedaagde, die een aanbod heeft gedaan met betrekking tot de goederen en zich niet tevens *subordinaat* over den hem beteekenden staat van kosten en schade heeft uitgelaten, na de afwijzing van dit aanbod, geen recht te vorderen, alsnog in de gelegenheid te worden gesteld, om tot betwisting en verevening der berekende schade te procedeeren.

Arr. v. 23 April 1847, W. n°. 839; R., dl. XXVII, § 36, v. d. H., *B. R.*, dl. VIII, p. 453—471; bevestigende het daartoe betrekkelijk arrest van 't P. H. v. Gelderland, v. 15 April 1846, W. n°. 860; R. B., jg. 1846, dl. VIII, 489—491.

2. Hij, aan wien een staat van kosten, schade en interessen wordt beteekend, waartoe hij bij vonnis eener Rechtbank was veroordeeld, in verzet komende tegen het arrest, waarbij zijn beroep van dat vonnis, bij verstek tegen hem appellant nietig is verklaard, kan niet tevens de merites van dien staat van kosten, schade en interessen debatteeren.

P. H. v. Zeeland, v. 12 Mei 1840, R. B., jg. 1846, dl. VIII, p. 646.

3. Bij eene begrooting van schade door wanpraestatie van den gedaagde geleden, welke heeft geleid tot de nietigverklaring van den koop en verkoop van eene aanzienlijke partij goederen, kan de rechter, indien de declarant en gedeclareerden het over het bedrag daarvan, mitsgaders over het gewicht van de goederen, waaromtrent de ontbinding van de overeenkomst is uitgesproken, oneens zijn, niet zonder voorlichting van der zake kundigen tot eene begrooting daarvan overgaan.

Arr.-R. Amsterdam, v. 8 Maart 1854, R. B., jg. 1854, p. 304—306.

4. Wanneer het blijkt dat de declarant het aanbod van den gedeclareerde heeft aangenomen, en deze niet *in mora* is geweest, is eene rechtelijke beslissing onnoodig, en behoort de declarant de kosten der likwidatie-procedure te dragen.

P. H. v. Groningen, v. 17 Sept. 1867, W. n°. 2954, vermeld sub art. 613 B. R.

Rb. den Haag 15 Oct. 1892, W. n° 6198.

Art. 615.

Krachtens art. 4 der wet van 23 April 1879 (*Stbl.* n°. 75) moet aan het slot van dit artikel worden toegevoegd: «met uitzondering van die, bedoeld in het derde lid van art. 56» (1).

1. Wanneer de curator in een geding, door den gefailleerde aangevangen vóór het faillissement, doch door hem voortgezet, wordt in het ongelijk gesteld en in de kosten veroordeeld, dan zijn daaronder begrepen de kosten, zoowel *vóór* als die *na* het faillissement zijn gemaakt.

Arr. v. 27 Febr. 1874, W. n°. 3694; R., dl. CVI, § 23; v. d. H., *B. R.*, dl. XXXIX, p. 205—208; idem arrest v. 18 Juni 1875, W. n°. 3866, R., dl. CX, § 30.

2. Uit eene betaling op rekening van proces-kosten gedaan, is wel af te leiden eene erkentenis van proces-kosten verschuldigd te zijn, maar geenszins eene goedkeuring van het volle bedrag, of afstand van de gerechtelijke verevening.

P. H. v. Drente, v. 4 Dec. 1841, R., dl. XI, § 66.

3. Het aanbod eener bepaalde som tot voldoening van proces-kosten, welke de succumbeerende partij beweert te hoog te zijn gesteld (waaromtrent niet van toepassing zijn de voorschriften van art. 794 B. R.; — cf. art. 794 B. R., arrest van het na te melden P. H.) kan in rechten worden beoordeeld en moet bij zoodanig beweren niet noodwendig de taxatie gevraagd worden.

P. H. v. Drente, v. 4 Dec. 1841, R., dl. XI, § 66.

4. Onder de kosten van verevening behooren geene salarissen van advocaten te worden begrepen, vermits hun ministerie tot dit gedeelte der procedure niet noodig is geacht.

Arr.-R. Leiden, v. 3 Maart 1846, W. n°. 692.

5. De gedaagde, die een onvoldoend aanbod doet, behoort te worden veroordeeld in de kosten op de verevening gevallen, indien door den rechter geene termen worden gevonden om ambtshalve de declaratie te wijzigen.

(1) Alhoewel vele beslissingen tengevolge van de aangehaalde wet van 1879 haar direct belang hebben verloren, zoo kwam het toch niet onnuttig voor ze te vermelden.

Art. 615 Rv. geldt uitsluitend voor de eigenlijke proceskosten en niet voor de gemaakte executiekosten: Rb. Amsterdam 13 Jan. 1904, W. n° 8104 (een lager aanbod van deze kosten dan Art. 615.) doet nadere 1156 vereffening is mislukende.

P. H. v. Zeeland, v. 8 Juni 1847, R. B., jg. 1848, dl. X, p. 156. — Vgl. in verband hiermede een vonnis van de Arr.-R. Leiden, v. 3 Maart 1846, W. n°. 692, waarbij is beslist dat, indien de gedaagde wordt verklaard in verzuim te zijn door het niet doen van een geldig aanbod en de vordering des eischers aanmerkelijk wordt verminderd, beide partijen op eenige punten over en weder in het ongelijk moeten worden gesteld, en alzoo elk een zeker aandeel in de kosten der verevening behoort te dragen; idem arrest van 't P. H. v. Overijssel, v. 18 April 1859, bij Mr. Hertzveld, ut supra, bl. 63, terwijl bij arrest van 't P. H. v. Zeeland, v. 4 April 1851, R. B., jg. 1852, p. 668—670, is beslist, dat indien de beteekende staat van kosten wel gedeeltelijk verminderd wordt, doch die vermindering zeer gering is en de gerekwireerden hun aanbod te laat hebben gedaan, zij moeten geacht worden in het ongelijk te zijn gesteld en mitsdien voor het geheel te worden veroordeeld in de kosten op de verevening gevallen. Verg. het aangeteekende sub art. 56 *B*. B. R., n°. 40.

6. De taak des rechters, belast met de vereffening van proceskosten, bepaalt zich tot de beslissing van de vraag, of de, door de bevoegde autoriteiten, getaxeerde posten van de verschillende declaratiën, als noodwendig gemaakte kosten, ten laste van de verliezende partij moeten gebracht worden, zonder dat het *quantum* van ieder dier posten, op zich zelfs, een onderwerp van 's rechters cognitie uitmaakt.

P. H. v. N.-Holland, v. 19 Maart 1857, R. B. jg. 1857, dl. VII, bl. 533—534.

7. Wanneer partij in hooger beroep door een anderen advocaat wordt bijgestaan, dan in eersten aanleg, kunnen de kosten van dezen laatsten, voor zooverre zij als noodwendig gemaakt, ten laste van de verliezende partij komen, zich niet verder uitstrekken, dan tot die bemoeiingen na afloop van het geding in eersten aanleg door het daarin gewezen eindvonnis, die *noodzakelijk* waren ter inlichting van den advocaat, met het voeren van het geding in appèl belast.

De kosten van den advocaat in hooger beroep kunnen niet verder op de verliezende partij verhaald worden, dan tot aan den afloop der pleidooien in appèl.

P. H. v. N.-Holland, v. 19 Maart 1857, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 533—534.

8. De kosten gemaakt voor de beteekening van een vonnis, waarbij een verzoek tot interventie wordt toegestaan, die, volgens de wet, door de meest gereede partij, tot voortzetting van het geding kan gedaan

worden, zijn niet *noodelooze*, doch *noodwendig gemaakte kosten*, welke op de verliezende partij kunnen worden verhaald.

P. H. v. N.-Holland, v. 19 Maart 1857, R. B., jg. 1857, dl. VII, bl. 533—534.

9 Het beweren, dat honorair en salaris te hoog zijn opgevoerd, is ook zonder specifieke opgave, welke posten te hoog gesteld zijn, als tegenspraak op den bevorens beteekenden staat aan te merken.

P. H. v. Zeeland, v. 19 Oct. 1858, R. B., jg. 1859, dl. IX, bl. 487—489.

10. De partij, welke in de proces-kosten verwezen is, is niet gehouden tot het doen van een aanbod, zoolang de tot bewijs van den staat van kosten strekkende bescheiden niet aan haar zijn medegedeeld of ter griffie nedergelegd

Arr.-R. Amsterdam, v. 26 Oct. 1858, R. B., jg. 1859, dl. IX, bl. 167—169.

11. Indien de winnende partij bij vergissing kosten mocht hebben betaald, waarvoor de verliezende partij direct aansprakelijk zijn zou, kan zij die betaalde kosten niet van de verliezende partij bij de vereffening terugvorderen.

Ktg. Ridderkerk, v. 19 Jan. 1859, W. n°. 2098.

12. Eene vereffening van kosten zonder specificatie gaat in rechten niet op.

P. H. v. Zeeland, v. 29 April 1862, R. B., jg. 1864, dl. XIV, bl. 120—121.

13. Ter toepassing der voorschriften van art. 615 B. R. wordt gevorderd, dat door den rechter eene verwijzing in de kosten hebbe plaats gehad.

Ktg. 's Gravenhage, v. 6 Jan. 1868, W. n°. 3005.

14. Zelfs wanneer de verliezende partij (gedeclareerde) zich aan het oordeel des rechters heeft gerefereerd, kan op een ongespecificeerden staat der proces-kosten geen recht worden gedaan.

Arr.-R. Zierikzee, v. 13 Mei 1879, W. n°. 4380, R. B., jg. 1880, A, p. 22.

15. De vordering tot likwidatie van proces-kosten is ontvankelijk, ook als een aanbod van gereede betaling gevolgd door consignatie vóór het beteekenen van den staat van kosten is gedaan.

Ktg. Assen, v. 19 Juni 1879, R. B., jg. 1880, A, p. 23.

16. Zie ten betooge dat bij eene veroordeeling in de kosten ten behoeve van meerdere eischers uitgesproken, elk hunner slechts aanspraak heeft op een gedeelte daarvan —

het sub art. 56 B. R., *1*, vermelde vonnis van de Arr.-R. Amsterdam, v. 10 Oct. 1849.

— Zie omtrent de vraag, hoever de verwijzing van art. 125 B. R. tot de bepalingen van artt. 612—615 kan getrokken worden — art. 125 B. R., sub n°. 5 *c* en art. 435, Ktg. Loenen, v. 28 Sept. 1853, sqq. sub n°. 4.

— Met den 6den titel van 't 2e boek van 't Wetb. van B. R. staat in verband: 1°. art. 244 der Alg. Wet v. 26 Aug. 1822 (*Stbl.* n°. 38), en 2°. het daarmede nagenoeg gelijkluidend of overeenstemmend art. 280 der Gemeentewet (v. 29 Juni 1851, *Stbl.* n°. 85), als mogende, volgens beide wetsartikelen, de staat van de op te maken kosten, schade en interessen *van verkeerdelijk aangehaalde goederen*, niet *meer* bedragen dan één ten honderd 's maands van de waarde dier goederen.

Beide laatste wetsartikelen hebben aanleiding gegeven tot twee niet onbelangrijke rechtskwestiën, vooreerst, of de maatstaf der schadevergoeding, bij art. 244 der voormelde Alg. Wet vastgesteld, ingeval van verkeerde aanhalingen van goederen, toepasselijk is op de vergoeding van schade, veroorzaakt *door het zonder wettelijken grond in beslag nemen en wegvoeren van werktuigen uit eene fabriek, bij gesustineerde overtreding eener of andere belastingwet*. In een *ontkennenden* zin is dit rechtspunt beslist bij arr. v. 't P. H. v. Gelderland, van 12 Oct. 1842, R. B., jg. 1843, dl. V, p. 286 en 287, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Arnhem, v. 14 Maart 1842, R. B., jg. 1842, dl. IV, p. 604—606 (bereids vermeld op art. 1401 B. W., sub n°. 148); — anders echter bij vonnis van de Arr.-R. 's Gravenhage, v. 20 Febr. 1855, W. n°. 1632. — Het arrest v. 't P. H. v. Gelderland ten deze berust op de navolgende overwegingen:

»Dat in het algemeen bij art. 3 der Wet v. 26 Aug. 1822 bepaald is, dat door het woord: »*goederen*" in die Wet worden begrepen alle waren en koopmanschappen, geene uitgezonderd, mitsgaders paarden en allerhande vee;

»Dat hieruit reeds van zelf volgt, zoo als ook de lezing van de artt. 200, 242, 243 en 244 en volgg. in een natuurlijken zin medebrengt, dat, wanneer in die Wet van *aangehaalde goederen* wordt gesproken, aan geene andere goederen wordt gedacht dan aan *waren* en *koopmanschappen* aan rechten van in-, uit- of doorvoer, dan wel aan accijnsen onderhevig, en ter zake van gesustineerde of werkelijke overtreding der wetten op het stuk dier rechten, hetzij wettiglijk, hetzij wederrechtelijk aangehaald;

»Dat deze uitlegging van het woord *goederen*, speciaal ook in art. 244, bevestigd wordt door den officieelen Franschen tekst, in den tijd van de Wet v. 26 Aug. 1822 uitgevaardigd, alwaar dit woord vertaald is door *marchandises*;

»Dat ook alleen in dien zin de vergoeding van schade door verkeerde aanhaling, berekend op een *maximum* van één ten honderd der waarde van de aangehaalde goederen, als eene *wezenlijke* en alleszins billijke schadeloosstelling kan worden beschouwd, doch dat dit geenszins het geval zou zijn, wanneer diezelfde maatstaf werd uitgebreid tot gevallen als het onderwerpelijke en toe-

gepast op *werktuigen*, of ook wel tot gedeelten van werktuigen uit eene fabriek uitgebroken, in beslag genomen en weggevoerd, ten gevolge waarvan een ingezeten in de uitoefening zijner broodwinning wederrechtelijk is verhinderd geworden, vermits de onbeduidendheid van de alzoo te geven vergoeding tot ongerijmdheid zou leiden, en alsdus het rechtsbeginsel, ook in art. 192 der Wet v. 26 Aug. 1822 gehuldigd, dat een iegelijk gehouden is de schade, die hij door zijne daden aan anderen toebrengt, te vergoeden, met betrekking tot de administratie van 's lands belastingen in dit geval ten eenemaal zou zijn verkracht."

Het tegenovergesteld beginsel, aangenomen bij vonnis der Arr.-R. te 's Hage ut supra, is gegrond op de motieven als volgt:

»Dat volgens de bepalingen der Alg. Wet v. 26 Aug. 1822 (*Stbl.* n°. 38) en naar den aard hunner functiën, de beambten bevoegd en verplicht zijn, om, wanneer redelijke vermoedens hun ter goeder trouw daartoe aanleiding en genoegzamen grond schijnen op te leveren, met observantie der bij de wet bepaalde formaliteiten, visitatiën te doen, en daartoe termen vindende, bekeuring aan te zeggen en de verdachte goederen aan te halen en op te brengen, terwijl het aan de administratie is verbleven de handelingen der beambten als genoegzaam gegrond te approberen en de gedane bekeuring te vervolgen;

»Dat deze handelingen der beambten, door de wet geboden en op de wet berustende, nimmer als onrechtmatige daden kunnen worden beschouwd;

Dat dan ook de visitatie en bekeuring, volgens het overgelegd proces-verbaal, regelmatig geschied zijn, de aanhaling en opbrenging der goederen van den eischer (bestaande *in specie* in gereedschappen en flesschen gedistilleerd, welk een en ander later van wege de administratie, zonder eenig verder gevolg te geven aan de gedane bekeuring, ten huize van den bekeurde is terugbezorgd), als noodzakelijk en wettig gevolg daarvan, niet is of kan zijn eene wederrechtelijke daad, welke grond kan geven tot eene vordering van schadevergoeding, volgens art. 1401 B. W."

Gelijk blijkt uit de conclusien van partijen en van het Openb. Min., laatstgemeld vonnis voorafgaande, is het daarbij aangenomen beginsel niet van wege de administratie, noch door het officie aangevoerd en mitsdien door de Rechtbank ambtshalve aangevuld. — Daargelaten in hoever dit kan geacht worden slechts de aanvulling te zijn van een rechtsgrond, in den zin van art. 48 B. R., mag het verwondering baren dat de Rechtb. in deze in geene ontwikkeling hoegenaamd is getreden omtrent de onderscheiding tusschen de verkeerde aanhaling van goederen, dan wel van gereedschappen en, gelijk uit de onderhavige zaak blijkt, met het oog op een en ander, zich alleen heeft bepaald bij eene algemeene beschouwing over het recht verstand van hetgeen door onrechtmatige daad moet worden verstaan. — Wat mij betreft, kan ik mij geenszins vereenigen met het beginsel, hetwelk de Rechtbank in deze heeft vermeend ambtshalve te moeten aannemen, en vereenig ik mij met de gronden, daartegen in het voormeld arrest v. 't P. H. v. Gelderland, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. te Arhem, aangevoerd. Ik meen er dit te moeten bijvoegen, *dat art.* 244 *der Alg. Wet ziet op eene speciale bepaling, afwijkende van het gemeene recht, waarvan de strikte toepassing, naar beginselen van rechten, steeds gebiedend wordt gevorderd;* dan het er bovendien, *in het stelsel van de Rechtbank*, minder toe afdoet, of de ongegronde aanhalingen, hetzij van de gereedschappen, hetzij van de goederen, al dan niet eene *on*rechtmatige daad van de ambtenaren

daarstelt, omdat in ieder geval die daad, ook bij het ontbreken der *culpa* of van den *dolus*, grond geeft tot schadevergoeding, doch in dit geval die schade, volgens het vonnis, is beperkt tot het *maximum*, vermeld in art. 244 der Algem. Wet (en ook in art. 280 der Gemeentewet); en eindelijk, dat, wanneer die daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht (*tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage*, volgens art. 1382 Code Nap.), aanspraak geeft op vergoeding, het beginsel van art. 1401 B. W. van toepassing wordt, ook dan wanneer al die daad niet volstrekt onrechtmatig mocht zijn. — Vgl. ook hiermede het arr. (H. R.) v. 18 Febr. 1853, sub art. 585 B. R. *in fine*.

De tweede niet minder belangrijke vraag, waartoe de 6de titel van 't 2de boek van 't Wetb. v. B. R., in verband met art. 244 der meergemelde Alg. Wet en het nagenoeg daarmede overeenstemmend art. 280 der Gemeentewet, heeft geleid, is deze: Of dan, wanneer ter zake van verkeerde aanhaling van goederen is ingesteld eene actie, uit krachte van artt. 1401 en 1403 B. W., of met andere woorden, is geconcludeerd tot vergoeding van al de door eene wederrechtelijke aanhaling geledene schade, op te maken bij staat, de eischer in die actie moet worden verklaard niet-ontvankelijk. Bevestigend wederom is die vraag beantwoord bij voormeld vonnis van de Arr.-R. 's Hage, v. 20 Febr. 1855 ut supra, op grond:

»Dat, volgens art. 244 der dikwerf genoemde Algem. Wet, ingeval van verkeerde aanhaling, wel schadevergoeding aan den aangehaalde wordt toegekend, doch deze vergoeding alleen is bepaald voor het gemis van de opgebrachte goederen gedurende den tijd, dat de aangehaalde daarvan is verstoken geweest, berekend naar de waarde der goederen, en niet te boven gaande een percent 's maands, maar niet is eene vergoeding wegens schade, veroorzaakt door onrechtmatige handeling der beambten, en niet is de onbepaalde vergoeding, in het algemeen toegekend bij art. 1401 B. W. voor schade, door onrechtmatige daden veroorzaakt.

»Dat des eischers vordering strekkende om vergoeding te bekomen voor de schade hem door de onrechtmatige inbeslagneming en wegvoering zijner goederen toegebracht, en bepaaldelijk gegrond op de artt. 1401 en 1403 B. W., daarop art. 244 der gemelde Algem. Wet niet is van toepassing».

Dit zelfde beginsel is mede, met betrekking tot art. 280 der Gemeentewet, in zake P. K. Spruit contra het Gemeentebestuur van Zwijndrecht aangenomen bij arrest van 't P. H. v. Z.-Holland, v. 26 Juni 1854, bevestigende een vonnis van de Arr.-R. Dordrecht, v. 23 Mei 1853. De gedaagde gemeente en evenzoo de officier bij de Arr.-R. Dordrecht, die Rechtbank zelve, de proc.-gen. en het P. H. v. Z.-Holland, (en later in cassatie de adv.-gen. Gregory) beweerden in substantie: *haec non competit actio;* dat de eischer niet-ontvankelijk was in zijne *geheele* actie en op geene schadevergoeding *hoegenaamd* aanspraak had, uit hoofde hij meer had gevraagd, dan het bepaalde bij art. 280 der Gem. wet. — Hiertegen is in cassatie, bij monde van Mr. van Stipriaan Luïscius, o. a. aangevoerd, «dat de eischer voorshands alleen had gevraagd verklaring van zijn recht op schadevergoeding *in het algemeen*, afgescheiden van het bedrag, welk laatste was *posterioris curae;* dat dit recht op schadevergoeding den eischer was gegeven bij de artt. 1401 en 1402 B. W., en, voor zooveel noodig, was gesanctionneerd bij art. 280, al. 1 der Gemeentewet; dat, nu Rechtbank

en Hof zelve vooropstelden des eischers recht op schadevergoeding, zij hem nooit niet-ontvankelijk hadden kunnen verklaren in zijne actie tot schadevergoeding; dat toch de exceptie: *haec non competit actio*, eerst dan kon opgaan, als men ageerde uit een verkeerd *fundamentum petendi;* dat, nu de eischer vroeg vergoeding van al de schade, op te maken bij staat, nooit aan verkeerde actie, hoogstens aan *pluris petitio* zoude kunnen gedacht worden; dat echter *pluris petitio* nooit niet-ontvankelijk-verklaring der *geheele* actie kon ten gevolge hebben, maar hoogstens, tegenover den verweerder, die niets aanbood, toewijzing van het verschuldigde, afwijzing van het meerdere; dat echter in den tegenwoordigen stand der zaak nog niet behoefde onderzocht te worden naar het *quantum;* dat de eischer ook hier vereffening *bij staat* kon vragen, en dat bij 's Rechters oordeel over dien staat, de vraag zou zijn of de eischer dien staat te hoog opvoerde enz.» — Met *dit* beginsel heeft zich de Hooge Raad vereenigd bij arrest v. 30 Maart 1855, W. n°. 1635, R., dl. XLIX, § 71; (hetzelfde arrest is opgenomen ad art. 280 Gemeentewet, 2de ed., n°. 1), hoofdzakelijk op grond (en wel ter zake der beweerde schending van de artt. 1401—1403 B. W., j°. artt. 612 B. R. en 280 der Gem.wet):

»Dat de aangevallen beslissing, waarbij is verklaard niet-ontvankelijk een eisch tot vergoeding van al de schade, te regelen bij staat, veroorzaakt door eene verkeerde aanhaling ter zake van gemeente-belasting, eeniglijk en geheel berust op de stelling, dat bij art. 280 der Gemeentewet zoodanige onbeperkte vordering zoude zijn uitgesloten en alleen zoude zijn toegelaten eene bepaalde vordering, het bedrag van één ten honderd 's maands van de waarde der goederen niet te boven gaande.

»Dat bij het 1ste lid van gezegd art. 280 der Gemeentewet, de aanspraak op schadevergoeding, en dus het recht om die te vorderen, onbeperkt is erkend;

»Dat bij het 2de lid daaraan niet is gederogeerd, maar slechts bepaald, dat de vergoeding niet meer zal kunnen bedragen dan zeker *maximum* in verhouding staande tot de waarde der aangehaalde goederen;

»Dat uit die bepaling wel volgt, dat de rechter verplicht is, bij grooter bedrag der schade, niet meer dan dat *maximum* toe te wijzen, maar geenszins dat de eischer verplicht zoude zijn op straffe van niet-ontvankelijkheid een bepaald bedrag in verhouding tot de waarde der goederen, dat *maximum* niet te boven gaande, bij de dagvaarding te vorderen, daar toch eerst na het begrooten der schade door den rechter, des noodig, op de wijze voorgeschreven bij art. 612 B. R., kan blijken hoeveel zij bedraagt, en in welke verhouding zij staat tot de waarde der goederen en eene vordering tot vergoeding van al de schade moet worden toegewezen; indien bevonden wordt, dat zij dat *maximum* niet te boven gaat;

»Dat eene onbeperkte vordering tot schadevergoeding alzoo bij art. 280 der Gemeentewet niet alleen niet is verboden, maar zelfs als geoorloofd is verondersteld, en dat bij het aangevallen arrest het Hof, door te bevestigen een vonnis, waarbij zoodanige vordering is niet-ontvankelijk verklaard, omdat zij bij dat artikel zoude zijn verboden, dat artikel verkeerd heeft uitgelegd en geschonden, enz.» (Leon).

Art. 616.

1. In art. 125 B. R. geene melding gemaakt zijnde van den 7den titel van 't 2de boek van 't W. v. B. R. moet daaruit noodwendig worden afgeleid, dat de wetgever dien titel niet van toepassing heeft willen maken op zaken, bij den kantonrechter te behandelen.

Hieruit volgt, dat de schriftelijke verbinding voor de borgen in art. 619 B. R. vermeld, niet toepasselijk moet worden geacht, daar waar het geldt een geschil betrekkelijk het stellen van zekerheid of borgtocht (*in casu* de *cautio judicatum solvi*), door den kantonrechter bij eindvonnis opgelegd.

Ktg. n°. II, Amsterdam, v. 22 Febr. 1844, R. B., jg. 1844, dl. VI, p. 303 en 304; idem DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 678, 2de druk, p. 744; OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, 4de ed., p. 235 sqq.; PENNING, ad art. en *Regtsg. Adv.*, dl. II, p. 122—125. — Cf. 't aangeteekende op art. 435 B. R., n°. 4.

2. De bepaling van een termijn voor het stellen van zekerheid in geval van voorloopige ten uitvoerlegging der veroordeeling komt eerst te pas, wanneer het stellen van zekerheid op de vordering van den veroordeelde bevolen wordt en kan daarvan geene sprake zijn, zoolang men niet, in weerwil van een door den veroordeelde ingesteld hooger beroep, met de ten uitvoerlegging wil voortgaan.

Ktg. n°. I, Amsterdam, v. 29 Oct. 1850, *Amsterd. Regtspr.*, dl. I, p. 468—473; — in gelijken zin bij LIPMAN, *B. R.*, p. 275, en *implicite* bij PENNING, ad art.; — anders echter in een vertoog in 't W. n°. 647, alwaar het zeer wordt afgekeurd, dat, hoewel art. 616 voorschrijft, dat het vonnis waarbij bevolen wordt zekerheid te stellen, den termijn zal bepalen, binnen welken die zal moeten zijn aangenomen of betwist, — echter gewoonlijk door de rechterlijke collegiën de provisie zoo in burgerlijke als in handelszaken wordt toegestaan, zonder dat in de arresten of vonnissen de hiervoor in art. 616 B. R. vermelde termijn bepaald wordt. De redactie van 't W. l. c. veronderstelt, dat het gevoelen van CARRÉ, die, *Qu.* 1824, leert, dat de rechter bij het bevel tot voorloopige ten uitvoerlegging van zijn vonnis aan deze voorschriften van art. 616 B. R. niet gebonden is, doch daarvoor alleen eenige gronden van convenientie geeft, welke alleen *in jure constituendo* in aanmerking zouden kunnen komen, onze Hoven en Rechtbanken op dit dwaalspoor heeft geleid. Men vindt op bovengemelde gronden, meer breedvoerig ontwikkeld, de leer van CARRÉ wederlegd bij DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II, 2, p. 676—678, 2de ed., p. 742, die er meer bizonder tegen opkomt, dat in de praktijk voormelde wetsbepaling alleen van toepassing wordt geacht op de *cautio judicatum solvi*.

Verg. Mr. H. J. VAN LEEUWEN, die betoogt dat het noch met den geest noch met de letter der wet is overeen te brengen, om bij een vonnis executabel verklaard bij voorraad, mits stellende cautie, geen termijn te bepalen binnen welken de zekerheid moet gesteld en aangenomen of betwist worden en dat de rechter ook ambtshalve zoodanigen termijn bepalen moet. *N. Bijdr.*, dl. IV, jg. 1878, p. 52—59. T. z. p., bl. 59 sqq., behandelt schrijver de vraag:

Wanneer begint de termijn van acht dagen, binnen welken de zekerheid moet worden gesteld, te loopen?

Mr. H. J. VAN LEEUWEN kan met de drie verschillende antwoorden, die op deze vraag gegeven worden, niet medegaan. — De eerste meening (o. a. gehuldigd in een vonnis van Rotterdam, dd. 1 Nov. 1876, W. n°. 4044 bevestigd bij arrest Hof 's Gravenhage, dd. 23 April 1877, W. n°. 4109, R. B., jg. 1878, A, p. 103, doch op andere motieven (1), als zoude de termijn beginnen te loopen van het oogenblik dat de geëxecuteerde de zekerheid eischt), — acht de schrijver onjuist, omdat hij de stelling verwerpt dat het stellen van zekerheid van de vordering des geëxecuteerde afhangt. — De tweede zienswijze, dat de termijn begint te loopen van af den dag van de beteekening van het vonnis kan de schrijver niet deelen, vermits zoodoende aan eene winnende partij zeer dikwijls eene doellooze verplichting zou worden opgelegd, die eigenaardige moeielijkheden kosten en formaliteiten medebrengt. Het stelsel der Amsterdamsche Rechtbank, als zoude de termijn van 8 dagen aanvangen op den dag volgende op dien, waarop de gecondemneerde tegen het vonnis is gekomen in appèl, verzet of cassatie, acht schrijver ook onjuist omdat de *ratio* voor het stellen van zekerheid z. i. niet gelegen is in het appèl, verzet of cassatie, maar in het executeeren niettegenstaande van deze rechtsmiddelen wordt gebruik gemaakt, zoodat schrijver als zijne zienswijze voorstelt dat de termijn begint te loopen op het oogenblik dat de executant eene daad van executie verricht, in weerwil van een bestaand verzet, appèl enz.

3. Wanneer de termijn niet bij het vonnis is bepaald, staat het ter beoordeeling van den rechter, die rechtspreekt op het verzet tegen dat vonnis, of de feitelijk gestelde zekerheid bij tijds is geschied.

Arr.-R. Arnhem, v. 22 Febr. 1855, R. B., jg. 1855, dl. V, bl. 450.

4. Het verzuim in een vonnis om den tijd te bepalen, binnen welken de bij dat vonnis bevolen zekerheid-stelling door de wederpartij moet worden aangenomen, kan niet in appèl hersteld, maar moet door

(1) Het Hof bevestigde het vonnis en achtte dus het aanbod om zekerheid te stellen prematuur, op grond dat er nog van geene executie sprake kan zijn, en dus ook niet van het stellen van zekerheid, daar de voorwaarde waaronder de vordering was toegewezen (namelijk het afleggen van een eed) nog niet was vervuld.

den eersten rechter zelven op verzoek van de belanghebbende partij aangevuld worden.

P. H. v. N.-Holland, v. 6 Maart 1856, W. n°. 1826, en het naar aanleiding van dat arrest gewezen vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 17 April 1856, W. n°. 1826, R. B., jg. 1856, dl. VI, p. 305 sqq.

5. Het is een dwaalbegrip, dat, zonder vooraf te hebben voldaan aan de voorwaarden van het vonnis, te weten het stellen van zekerheid, met de executie zou kunnen worden begonnen.

Arr.-R. Assen, v. 4 Maart 1867, W. n°. 2952. Anders *Tijdschr. v. h. Nederl. Recht*, dl. I, p. 306, waar betoogd wordt dat het stellen van borgtocht eerst te pas komt, als er werkelijk verzet of hooger beroep wordt gedaan.

De bepaling van art. 22 al. 2 van het reglement vastgesteld bij Kon. besluit van 11 Jan. 1840 (*Stbl.* n°. 4) wegens het hooger beroep aan den Hoogen Raad van vonnissen in burgerlijke zaken, gewezen door het Gerechtshof te Suriname, heeft deswegen alle onzekerheid weggenomen.

6. Zie omtrent het rechtsgevolg van het niet stellen der *cautio judicatum solvi* binnen den bij het daartoe betrekkelijk vonnis gestelden termijn — art. 152 B. R., arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 22 Oct. 1846 sqq., sub n°. 14.

Art. 618.

1. Bij het betwisten der zekerheid moet de opposant binnen den bij het vonnis bepaalden termijn zijne beslissing ter kennis van den rechter brengen, hij kan niet volstaan binnen dien tijd den geopposeerde kennis te geven, dat hij betwist, en een lateren dag te bepalen, waarop die zaak zal worden berecht.

Arr.-R. Amsterdam, v. 2 Sept. 1879, W. n°. 4441, R. B., jg. 1882, A, p. 170.

2. Zie ten betooge:

a Dat, indien de partij, vermeld in art. 618 B. R., tegenspraak doet, zij verplicht is dit te doen binnen den bij het vonnis bepaalden termijn, bij gebreke waarvan zij gehouden wordt de aangebodene zekerheidstelling stilzwijgend te hebben aangenomen en later niet meer in het betwisten daarvan ontvankelijk is —

C 10507

De bepaling van art. 14 geldt niet voor den laatsten dag van den termijn; - als de laatste dag een Zondag is kan de betrekking niet nog den volgenden dag geschieden: Hof Amsterdam 19 Apr. 1899 W. n° 7522, verw. H.R. 22 Dec. 1899, W. n° 7581 (bepaalde dat binnen den bepaalden termijn de inschrijving der procuratie alleen moet worden bekendgemaakt, de dag van bekendmaking dus later zijn mag).

OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, *B. R.*, 4de ed., p. 241 en DE PINTO, *B. R.*, dl. II, 2. p. 679 en 680, 2de ed., p. 746. Verg. beschikking Pres. der Arr.-R. 's Bosch, v. 17 Aug. 1870, W. n°. 3249, en W. n°. 3360, waarbij werd beslist dat art. 618 voor alle soort van zekerheid is geschreven en dat de aanneming geacht moet worden aanwezig te zijn, waar de termijn voor oproeping ter terechtzitting verloopen is.

b. Dat in cas van art. 618 de eischende partij, al heeft zij ook bij de afdoening belang, niet het recht heeft de zaak te vervolgen —

DE PINTO, *Hdl., B. R.*, dl. II. 2. p. 680, 2de ed., p. 746; — anders PENNING ad art.

Art. 619.

Er is geene reden om aantenemen, dat, in geval de zekerheid bestaat in eenen borg, er altijd moet zijn een verklaarde aanneming van dien door de wederpartij of anders eene rechtelijke toelating.

Pres. der Arr.-R. 's Bosch, v. 17 Aug. 1870, vermeld sub art. 618 R. B., waarbij nog werd beslist, dat aan het woord *aangenomen* in art. 619 B. R., geene andere beteekenis kan gegeven worden dan die, waarin het voorkomt in de voorafgaande artt. 616 en 617.

-- Art. 619. „Gemeenzaamheid der zekerheid" in dit artikel beteekent: „het wezenlijke zijn der zekerheid", dus „de geschiktheid van den Borg", als een Borg is gesteld. Voor het geval dat de zekerheid te kort is gesteld, is het artikel niet toepasselijk: Hof den Bosch 29 Sept. 1900, W. n° 8754, verw. Hr. 1 Maart 1901, C.a.

1 Anders: in de eerste plaats komt de reden boven de verschuldigde zaak in aanmerking: Rb. Rotterdam 29 Mrt. 1905, W. n° 8403.

x Evenzoo Rb. Rotterdam 29 Mrt. 1905, W. n° 8403, hetwelk beslist dat de god. recht van anticipatie heeft.

den eersten rechter zelven op verzoek van de belanghebbende partij aangevuld worden.

P. H. v. N.-Holland, v. 6 Maart 1856, W. n°. 1826, en het naar aanleiding van dat arrest gewezen vonnis Arr.-R. Amsterdam, v. 17 April 1856, W. n°. 1826, R. B., jg. 1856, dl. VI, p. 305 sqq.

5. Het is een dwaalbegrip, dat, zonder vooraf te hebben voldaan aan de voorwaarden van het vonnis, te weten het stellen van zekerheid, met de executie zou kunnen worden begonnen.

Arr.-R. Assen, v. 4 Maart 1867, W. n°. 2952. Anders *Tijdschr. v. h. Nederl. Recht*, dl. I, p. 306, waar betoogd wordt dat het stellen van borgtocht eerst te pas komt, als er werkelijk verzet of hooger beroep wordt gedaan.

De bepaling van art. 22 al. 2 van het reglement vastgesteld bij Kon. besluit van 11 Jan. 1840 (*Stbl.* n°. 1) wegens het hooger beroep aan den Hoogen Raad van vonnissen in burgerlijke zaken, gewezen door het Gerechtshof te Suriname, heeft deswegen alle onzekerheid weggenomen.

6. Zie omtrent het rechtsgevolg van het niet stellen der *cautio judicatum solvi* binnen den bij het daartoe betrekkelijk vonnis gestelden termijn — art. 152 B. R., arrest van 't P. H. v. N.-Holland, v. 22 Oct. 1846 sqq., sub n°. 14.

Art. 618.

1. Bij het betwisten der zekerheid moet de opposant binnen den bij het vonnis bepaalden termijn zijne beslissing ter kennis van den rechter brengen, hij kan niet volstaan binnen dien tijd den geopposeerde kennis te geven, dat hij betwist, en een lateren dag te bepalen, waarop die zaak zal worden berecht.

Arr.-R. Amsterdam, v. 2 Sept. 1879, W. n°. 4441, R. B., jg. 1882, A, p. 170.

2. Zie ten betooge:

a Dat, indien de partij, vermeld in art. 618 B. R., tegenspraak doet, zij verplicht is dit te doen binnen den bij het vonnis bepaalden termijn, bij gebreke waarvan zij gehouden wordt de aangebodene zekerheidstelling stilzwijgend te hebben aangenomen en later niet meer in het betwisten daarvan ontvankelijk is —

C 10507

De bepaling van art. 14 geldt niet voor den Hoge Raad wegens termijn -; als de laatste dag een Zondag is kan de beschrijving niet nog den volgenden dag geschieden: Hof Amsterdam 19 Apr. 1899 W. nº 7322, verw. H.R. 22 Dec. 1899, W. nº 7501 (beslissende dat binnen den bepaalden termijn de procureur alle noodige bekendmaking moet verricht zijn x).

OUDEMAN, *B. R.*, dl. II, *B. R.*, 4de ed., p. 244 en DE PINTO, *B. R.*, dl. II, 2, p. 679 en 680, 2de ed., p. 746. Verg. beschikking Pres. der Arr.-R. 's Bosch, v. 17 Aug. 1870, W. n°. 3249, en W. n°. 3360, waarbij werd beslist dat art. 618 voor alle soort van zekerheid is geschreven en dat de aanneming geacht moet worden aanwezig te zijn, waar de termijn voor oproeping ter terechtzitting verloopen is.

b. Dat in cas van art. 618 de eischende partij, al heeft zij ook bij de afdoening belang, niet het recht heeft de zaak te vervolgen —

DE PINTO, *Hdl.*, *B. R.*, dl. II, 2, p. 680, 2de ed., p. 746; — anders PENNING ad art.

Art. 619.

Er is geene reden om aantenemen, dat, in geval de zekerheid bestaat in eenen borg, er altijd moet zijn een verklaarde aanneming van dien door de wederpartij of anders eene rechtelijke toelating.

Pres. der Arr.-R. 's Bosch, v. 17 Aug. 1870, vermeld sub art. 618 R. B., waarbij nog werd beslist, dat aan het woord *aangenomen* in art. 619 B. R., geene andere beteekenis kan gegeven worden dan die, waarin het voorkomt in de voorafgaande artt. 616 en 617.

x Even zoo Rb. Rotterdam 29 Mrt. ~~1904~~ 1905, W. nº 8403, tevens beslissende dat de ged. recht van anticipatie heeft.

— Art. 619. „Genoegzaamheid der zekerheid" in dit artikel beteekent: „het voldoende zijn der zekerheid", dus, de geschiktheid van den Borg, als een Borg is gesteld. Voor het geval dat de zekerheid te Goed is gesteld, is het artikel niet geschreven: Hof den Bosch 29 Sept. 1908, W. nº 8754, verw. Hg. H. artikel 47 Mei 1908, C.R.

1 Anders: in de eerste plaats komt de vlaag boven de verschuldigde som in aanmerking: Rb. Rotterdam 29 Mrt. 1905, W. nº 8403.

Bij de Uitgevers dezes zijn verschenen:

Mr. A. A. DE PINTO.

ONTWERP WETBOEK
VAN
BURGERLIJKE RECHTSVORDERING.

Boek I—V

Prijs: *f* 6.25.

J. VAN DEN HONERT Thz.,

FORMULIERBOEK
DER ONDERSCHEIDENE AKTEN
BEHOORENDE TOT DE
BURGERLIJKE RECHTSVORDERING.
herzien, omgewerkt en vermeerderd door
Mr. J. HEEMSKERK Az.
3e druk, aangevuld door Mr. G. BELINFANTE.

Prijs: ing. *f* 10, geb. in linnen band *f* 11.

Mr. C. P. K. WINCKEL.

FORMULIERBOEK
DER
BURGERLIJKE RECHTSVORDERING
IN
NEDERLANDSCH-INDIË.

Prijs: ing. *f* 16, geb. in lederen band *f* 20.

Mrs. L. J. VAN OPPEN en J. C. SASSE.

NEDERLANDSCHE RECHTSLITERATUUR.

Prijs der 5 deelen ingenaaid	*f* 35.—
Gebonden in 5 heel linnen banden	- 38.25
„ „ 1 half lederen band .	- 40.—
„ „ 2 „ „ banden	- 42.50

Gedrukt bij Gebr. Belinfante, voorh.: A. D. Schinkel. — Den Haag.