

Hoofdstuk 15

Beperking in de omvang van het gezag van gewijsde van voorbeslissingen

*Eric Tjong Tjin Tai*¹

15.1 Inleiding

Gezag van gewijsde is een rechtsfiguur die in praktisch alle rechtsstelsels is te vinden.² De laatste jaren zijn er over deze figuur diverse arresten geweest die tot discussie hebben geleid. Hierbij is met name de objectieve omvang van het gezag van gewijsde ten aanzien van zogenoemde voorbeslissingen een lastige kwestie, mede in gevallen waar dit op de devolutieve werking van het appel stuit. De meeste literatuur hierover is inmiddels al weer behoorlijk oud en niet in alle opzichten even gemakkelijk te doorgronden. Ik zal daarom dit onderwerp nogmaals bespreken, vanuit de principes van het burgerlijk procesrecht. Ik zal hierbij de oudere literatuur betrekken, die over dit onderwerp nog steeds instructief is.

De focus van mijn betoog ligt, na een bespreking van achterliggende principes (par. 2) en systematische inbedding (par. 3), op de vraag naar welke voorbeslissingen gezag van gewijsde hebben, wat ik aan de hand van jurisprudentie zal illustreren (par. 4). Daarbij zal ik ook kort het onderwerp van de wisselwerking van gezag van gewijsde en devolutieve werking van het appel bespreken (par. 4.4). Ik rond af met een conclusie (par. 5).

15.2 Rechtvaardiging voor gezag van gewijsde en haar grenzen

De gedachte achter gezag van gewijsde is dat partijen niet eeuwig moeten blijven debatteren, dat er niet steeds opnieuw in nieuwe procedures over dezelfde kwesties wordt gestreden.³

Een tweede reden is dat het onwenselijk – of zelfs problematisch – is als er tegenstrijdige uitspraken in omloop raken. Stel bijvoorbeeld dat twee bedrijven strijden over wie een zeker merkrecht heeft. Als daar dan in twee verschillende procedures twee verschillende rechthebbenden worden aangewezen kunnen beide rechthebbenden op basis van die procedure vorderingen tegen derden instellen: die derden weten dan niet aan wie zij zich te houden hebben. Of als twee verschillende partijen eigenaar van een stuk grond zeggen te zijn: beide uitspraken zouden in te schrijven zijn. Een derde weet dan niet waar deze aan toe is. Er hoort slechts één objectieve rechtstoestand te zijn.

Daar hoort echter wel een nuance bij. We kennen tevens het beginsel dat het partijen vrij staat hun onderlinge rechtsverhouding te bepalen: dat is wat contractsvrijheid impliceert. Partijen kunnen onderling afspreken dat zij zich gedragen alsof er een andere rechtstoestand geldt dan objectief het geval is. Een bekend voorbeeld is economische eigendom: partijen doen onderling of B

¹ Prof. mr. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai is hoogleraar privaatrecht aan Tilburg University.

² Zie bijvoorbeeld het rechtsvergelijkend onderzoek van J. Landbrecht (Landbrecht 2012), dat Duitsland (*Rechtskraftlehre*), Engeland (*res iudicata*), Frankrijk (*autorité de la chose jugée*) en Zwitserland behandelt.

³ Veegens 1972, par. 4; Beukers 1994, p. 5.

eigenaar is, terwijl zakenrechtelijk gezien A eigenaar is. Economische eigendom is geen eigendom.⁴ Vanuit die optiek is het niet problematisch als partijen op verschillende momenten uitgaan van onderling tegenstrijdige opvattingen over hun rechtsverhouding, zolang zij daar zelf maar voor gekozen hebben en zolang dat alleen in hun onderlinge verhouding werking heeft. Dit zien we bijvoorbeeld ook in de regel dat de rechter in beginsel verplicht is zich te voegen naar een eenparige, door partijen zelfgekozen uitleg van een overeenkomst⁵ of vaststelling van feiten.⁶

Deze aspecten werden in het verleden mede bediscussieerd onder de zogenoemde materieelrechtelijke leer respectievelijk procesrechtelijke leer. Volgens de eerstgenoemde leer wijzigt een vonnis een rechtsverhouding, terwijl volgens laatstgenoemde leer het vonnis slechts de middelen geeft om rechten te verwezenlijken.⁷ Ik sluit hier nauwer aan bij de procesrechtelijke leer, maar benadruk daarbij dat de rechterlijke uitspraak ook bindend vaststelt wat de rechtsverhouding is, en daarmee dus verder gaat dan alleen een vordering toewijzen. Het is met name die vaststelling die objectieve betekenis kan hebben.

Het probleem is nu dat een rechterlijke uitspraak zowel een subjectieve als objectieve component heeft. Enerzijds bindt de uitspraak alleen partijen (art. 236 lid 1 Rv),⁸ anderzijds stelt de rechter ook iets objectief vast. Die spanning zien we bijvoorbeeld ook bij de kwalificatie van de overeenkomst. Zoals gezegd: de *uitleg* van de overeenkomst (wat *staat* er) is voorbehouden aan de consensus tussen partijen (die immers de overeenkomst zelf hebben gesloten), maar de *kwalificatie* van wat dat dan betekent moet door de rechter gebeuren. Concreter: partijen beslissen welke rechten en verplichtingen in de overeenkomst zijn vastgelegd, de rechter bepaalt wat voor type overeenkomst dat samenstel van rechten en verplichtingen is volgens het objectieve recht.⁹

Bij het gezag van gewijsde zien we deze twee invalshoeken terugkeren. Enerzijds geldt dat beslissingen in een eerdere in kracht van gewijsde gegane uitspraak gezag van gewijsde kunnen hebben, anderzijds kunnen partijen bepalen of zij dat gezag van gewijsde daadwerkelijk inroepen (art. 236 lid 3 Rv: het wordt niet ambtshalve toegepast). Daardoor kunnen partijen desgewenst er doelbewust voor kiezen om tegenstrijdige uitspraken te verkrijgen. Door hun stellingen zorgvuldig te kiezen kunnen zij de ene keer een uitspraak krijgen waarin er een bepaalde overeenkomst tussen hen bestaat, terwijl zij de andere keer een vaststelling kunnen krijgen dat die overeenkomst niet bestaat. In het algemeen is daar geen bezwaar tegen omdat (a) partijen sowieso zelf een overeenkomst kunnen sluiten en beëindigen wanneer zij willen, en de rechterlijke vaststelling doet daar niet aan af, (b) zo'n gang van zaken praktisch niet zal voorkomen gelet op de kosten en het gebrek aan feitelijk belang voor partijen om zo'n situatie te verwezenlijken. Als het werkelijk een procedure is over een gefingeerd geschil kan de rechter altijd nog weigeren te beslissen wegens gebrek aan belang.¹⁰ Tegenover de partijautonomie staat het belang van efficiëntie: de tijd van de rechter moet niet worden verspild.¹¹ Ook dat spreekt tegen het herhaaldelijk moeten beoordelen van dezelfde kwesties.

⁴ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/581: "de economische eigendom, die in werkelijkheid meestal niets anders is dan een bundel obligatoire rechten en verplichtingen."

⁵ Valk 2016, p. 92-94, eerder R.P.J.L. Tjittes 1994, p. 407-415.

⁶ Art. 149 lid 1 tweede zin Rv.

⁷ Beukers 1994, p. 6-10.

⁸ En hun rechtsverkrijgenden; dat is hier verder niet relevant.

⁹ HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2655, NJ 1998/625; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, NJ 2020/43, r.o. 3.2.2, herhaald in HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, NJ 2021/116; Wouda 2022, p. 286-297.

¹⁰ Vgl. Hof Amsterdam 1 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5690; Rb. Noord-Holland 2 juli 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:6191, ook over andere bezwaren bij toelaten van 'geconstrueerde' geschillen. Ook Rb. Utrecht 30 november 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU7468.

¹¹ Beukers 1994, p. 85; vgl. over dit belang M.W. Knigge, *De procesovereenkomst (BPP nr. XIII)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 97: belang van beperking van inzet van overheidsmiddelen.

Deze lange excurs laat zien dat het voorkomen van tegenstrijdige beslissingen geen absolute regel is, mede gelet op de partijautonomie. Maar de partijautonomie is niet absoluut, mede door de rol van de rechter in het vaststellen van feiten en kwalificeren van rechtsverhoudingen. Partijen moeten in beginsel zelf waken voor herhaald werk en tegenstrijdige beslissingen door het inroepen van het gezag van gewijsde. Belangrijker is dat nodeloos werk moet worden voorkomen.

Vanuit de strikte optiek van wat met gezag van gewijsde wordt beoogd, lijkt het wenselijk als er een zo groot mogelijk domein aan gezag van gewijsde is. Immers, dat scheelt later werk. Maar hier zijn twee tegenargumenten tegen in te brengen.

- a) Als een beslissing gezag van gewijsde heeft, heeft een partij belang om tegen zo'n beslissing op te komen. Dat geldt ook als de beslissing eigenlijk niet de kern van het geschil uitmaakte en als het dictum gunstig voor die partij was. Sterker nog, zo'n partij wordt aangemoedigd door te procederen, zelfs als die daar eigenlijk geen zin in heeft en de zaak zou willen laten rusten om de goede verhoudingen niet te verstoren.¹² Ruime toepassing van gezag van gewijsde lokt daarom procedures uit en is zelf daarmee strijdig met een efficiënte rechtsbedeling.
- b) Daarnaast lijkt het ook onwenselijk als partijen niet echt over een bepaalde kwestie hebben gedebatteerd omdat die weliswaar noodzakelijk was voor de beslissing, maar niet de kern daarvan uitmaakte. Bijvoorbeeld: partijen zijn het erover eens dat er een bepaalde verplichting tussen hen geldt, maar zijn het er niet over eens of dat is op basis van overeenkomst (en wat voor soort) of eenzijdige toezegging. Als de rechter dan een knoop doorhakt en zegt dat er een overeenkomst is (en deze zelfs kwalificeert), heeft dat dan gezag van gewijsde? Nu kan men betogen dat deze beslissing niet nodig was voor toewijzing van de vordering als het bestaan van de verplichting in confesso is. Maar zij is wel nodig voor de logische juridische argumentatie dat er een verplichting is. Ik kom hier later nog op terug.

Deze overwegingen spreken dus juist voor een zo beperkt mogelijke uitleg van gezag van gewijsde.

15.3 Terminologische precisering en inpassing in systeem

Tegen deze achtergrond kunnen we preciezer zien wat nu voorbeslissingen zijn en waarom daar gezag van gewijsde aan kan toekomen. Daarvoor moeten we terugkeren naar de basisstructuur van de procedure.

Een dagvaardingsprocedure is altijd gericht op een vordering (de eis), en eiser moet de gronden voor die eis aandragen (art. 111 lid 2 sub d Rv). Deze gronden bestaan uit rechtsfeiten en blote feiten. De rechtsfeiten zijn met name van belang: deze vormen gezamenlijk de feitelijke grondslag (in de zin van art. 24 Rv) van de vordering. Op basis van de stellingen over en weer beoordeelt de rechter welke (rechts)feiten kunnen worden vastgesteld en of deze tot het beoogde rechtsgevolg leiden en daarmee uiteindelijk tot toewijzing van de ingestelde vordering. Die rechtsfeiten vormen een syllogistische redenering die volgens de toepasselijke rechtsregels logisch tot de uitkomst leidt.

Hierbij moet worden opgemerkt dat het niet nodig is dat *alle* (rechts)feiten worden gesteld. Het is bijvoorbeeld genoeg als wordt gesteld dat er een overeenkomst is en de wederpartij dit niet betwist; er hoeft niet te worden uitgeweid over het moment van totstandkoming of de daaraan vooafgaande onderhandelingen als dit voor de vordering en het debat tussen partijen niet relevant is. In het Nederlandse procesrecht geldt de zogenoemde individualiseringstheorie, niet de

¹² Mogelijk hield dit KSN tegen in HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8514, NJ 2012/583 (F./KSN), en omgekeerd zie HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1779 (hierna besproken) waar in hoger beroep uitdrukkelijk werd gevraagd om verbetering van gronden om niet later tegen gezag van gewijsde aan te lopen.

substantiëringstheorie.¹³ Eiser hoeft slechts de gegevens te verstrekken die ‘geen twijfel laten omtrent de rechtsbetrekking waarop de vordering steunt, doch behoeven de ontstaansgronden daarvan niet aanstonds te worden aangewezen’.¹⁴ De mate van detail die nodig is, zal mede afhangen van de positie die gedaagde inneemt;¹⁵ zonodig zal na kennisname van het verweer een verdere verduidelijking nodig zijn.¹⁶ Dit laat opnieuw zien dat de omvang van het geding en de rechtsstrijd in grote mate bepaald worden door partijen (en wat zij weten en nodig hebben aan extra informatie).

Deze terminologie keert tegenwoordig echter niet terug in de discussies over gezag van gewijsde.¹⁷ De verbinding moeten we dus zelf leggen. Het gezag van gewijsde komt, zo zegt art. 236 lid 1 Rv, toe aan ‘[b]eslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen’. Welke beslissingen zijn dit, en wat is de rechtsbetrekking in geschil?

‘Rechtsbetrekking’ is in dit verband (tegenwoordig) een ongelukkige term. Zij wekt de indruk dat het gaat om de *rechtsverhouding* tussen partijen waar de vordering op gebaseerd is, zoals een bepaalde overeenkomst. Dat is echter niet juist en leidt tot fouten, zoals in HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2099, *JBPr* 2021/13 (hierna besproken), waar het hof mogelijk dacht dat de eerdere zaak over dezelfde rechtsbetrekking ging omdat deze ook verband hield met een bepaalde contractuele rechtsverhouding (uit een overeenkomst) tussen partijen. Dat is echter niet dezelfde ‘rechtsbetrekking in geschil’, want daarmee wordt bedoeld de grondslag in samenhang met de vordering. In de tweede zaak was de vordering een andere, waar de eerdere procedure geen eerdere beslissing over inhield, en ging het dus niet om dezelfde rechtsbetrekking in geschil.

In HR 15 mei 1987, *NJ* 1988/164 is dit heel duidelijk geformuleerd, waar de Hoge Raad overwoog dat ‘de [in de eerdere procedure] gegeven beslissing betrekking had op een andere rechtsvraag – anders gezegd: op een andere rechtsbetrekking in geschil – dan die welke ter beantwoording stond in de onderhavige procedure’. Het gaat dus om de *rechtsvraag*.

Om over de rechtsbetrekking te beslissen zal de rechter noodgedwongen ook andere beslissingen moeten nemen. Dit is bijvoorbeeld geïmpliceerd in art. 150 Rv en art. 24 Rv, maar wordt in de procesrechtelijke literatuur slechts mager bediscussieerd. Een voorbeeld: de zaak gaat over wie eigenaar is van een stuk grond. Dit kan op basis van levering zijn gebeurd: dan worden er feiten gesteld – en zonodig bewezen – waarmee kan worden vastgesteld dat aan de vereisten voor levering is voldaan.

De rechter verbindt dus rechtsfeiten aan rechtsgevolgen. Die rechtsgevolgen zijn zelf weer rechtsfeiten voor verdere gevolgen, totdat uiteindelijk volgens een syllogisme de rechtsbetrekking in geschil kan worden vastgesteld. Die beslissingen over deze rechtsfeiten zijn nodig om te komen tot een eindoordeel over het geschil. De doctrine spreekt tegenwoordig, in lijn met Beukers, over ‘voorbeslissingen’. Dit betreft een beperkte categorie beslissingen.

¹³ Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 111, aant. 7.3 (online, bijgewerkt tot 2 januari 2024), met verdere verwijzingen, o.a. Van den Reek 1997, p. 11-12, en als voorbeeld HR 12 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC2286, *NJ* 1968/274: er hoeft alleen te worden gesteld dat eiser eigenaar was, pas bij betwisting kon het nodig zijn dat ook werd uitgelegd op grond waarvan eiser eigenaar was. Overigens lijkt het Nederlandse procesrecht een stukje op te schuiven naar het substantiëringsstelsel, zoals blijkt uit de substantiëringsplicht (art. 111 lid 3 Rv), zie ook *Asser/Anema & Verdam V* 1953, p. 353 die op het oude Duitse stelsel wijst waarin het dan ook niet was toegestaan om latere nieuwe feiten aan te voeren.

¹⁴ Star Busmann/Rutten 1972, nr. 188.

¹⁵ Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 5, aant. 10, p. 163; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 188.

¹⁶ Star Busmann/Rutten 1972, nr. 188.

¹⁷ Zie echter wel de oudere literatuur: Veegens 1972, p. 38-39, *Asser/Anema & Verdam V* 1953, p. 352-353. De laatste wijst er terecht op dat zulke aspecten in het procesrecht mede bepalen wat de omvang is van het gezag van gewijsde; dit kan dus niet louter abstract-logisch worden bepaald.

Hierbuiten valt het dictum zelf.¹⁸ Dit is logisch omdat het dictum zelf geen beslissing over een juridische stand van zaken betreft, maar een veroordeling. Die veroordeling is weliswaar gebaseerd op een juridische beslissing die mogelijk wel gezag van gewijsde heeft, maar daarmee heeft die veroordeling zelf geen gezag van gewijsde.¹⁹

Verder vallen zuivere rechtsbeslissingen buiten het gezag van gewijsde.²⁰ Dit is logisch nu feitenrechters niet het recht kunnen vaststellen.

Ook zuivere feitelijke beslissingen vallen buiten het gezag van gewijsde.²¹ Daarmee wordt immers geen rechtstoestand vastgesteld. Wel kan overigens een feitelijke vaststelling in een uitspraak meewegen als bewijs in een latere procedure.²²

Daarmee blijven alleen over beslissingen over *rechtsfeiten*.²³ Geldt het gezag van gewijsde nu voor alle voorbeslissingen (beslissingen over rechtsfeiten) waar het dictum op berust? De tegenwoordig door de Hoge Raad gebruikte standaardformulering, geïntroduceerd in HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2099, *NJ 2022/129*, *JBPr 2021/13* lijkt dit te bevestigen, door als criterium te noemen dat ‘de in het dictum (...) gegeven beslissing (mede) berust op een beslissing over dat geschilpunt’. Dit sluit, lijkt het, alleen beslissingen ten overvloede en alternatieve grondslagen uit. Die categorieën zijn onbestreden en daar zal ik het hierna niet over hebben. Maar moet er een verdere inperking plaatsvinden?

In eerdere literatuur²⁴ werd als norm genoemd of de beslissing *noodzakelijk* is voor het geschil. Aldus A-G Biegman-Hartogh die sprak over de ‘geschilbeslissingen, dat wil zeggen die proces-

¹⁸ *Asser/Anema & Verdam V 1953*, p. 314-315, ook minder expliciet Veegens 1972, p. 32 en Beukers 1994, p. 67. Anders: *Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/148*.

¹⁹ Dit geldt evenzo voor een verklaring voor recht (declaratoir vonnis): die moet immers berusten op een gemotiveerde beslissing in de overwegingen van de uitspraak over wat nu precies de rechtspositie van partijen is (het ‘declaratief’, zie *Asser/Anema & Verdam V 1953*, p. 314). Er behoort derhalve *nooit* een nieuwe beslissing (over de rechtsbetrekking) in het te dictum staan die niet al in het lichaam van de uitspraak staat. Als dat wel het geval is, is het dictum onvoldoende gemotiveerd en lijkt het mij alleen maar passend dat dit geen gezag van gewijsde toekomt (bij mijn weten komt dit ook niet voor, rechters zorgen ervoor dat de beslissing over de verklaring voor recht al uitdrukkelijk in de overwegingen is opgenomen). Eiser kan naar ik meen in dat uitzonderlijke (theoretische) geval aanvulling van het vonnis vragen ex art. 32 Rv (immers, er is dan niet beslist over een deel van het gevorderde; weliswaar is er een dictum maar de daaronder liggende beslissing ontbreekt). Het lijkt mij beter dat eiser hier alert op is (die immers erom verzocht heeft) dan gedaagde. Het heeft daarom geen toegevoegde waarde om het dictum gezag van gewijsde toe te kennen (nu dat alleen iets uitmaakt bij een onvoldoende gemotiveerde verklaring voor recht), en wekt eerder verwarring omdat dan ook de indruk gewekt wordt dat veroordelende dicta gezag van gewijsde hebben.

²⁰ Veegens 1972, p. 32; Beukers 1994, p. 98-99.

²¹ Beukers 1994, p. 96-98; HR 15 mei 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC4156, *NJ 1988/164 (Van Huffel/Van den Hoek)*.

²² Dit op grond van het vrij stelsel van bewijs (art. 152 Rv), niet omdat het vonnis als zodanig bijzondere bewijsrechtelijke status heeft. Art. 161 Rv, dat dwingende bewijskracht toekent, geldt immers alleen voor vonnissen van de strafrechter ten aanzien van het begaan zijn van een feit.

²³ Veegens 1972, p. 33 spreekt over ‘een beslissing over de rechtsgevolgen verbonden aan het te beoordelen feitencomplex’: dit is een beslissing over een rechtsfeit.

²⁴ Zie ook de discussie in Concl. A-G M.H. Wissink 19 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:817, nr. 4.11 voor HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1627. Daar gaat het echter alleen om de vraag of impliciete voorbeslissingen die op niet weersproken stellingen berusten ook gezag van gewijsde toekomt; het gaat mij hier om voorbeslissingen in het algemeen. Overigens geldt ook de voor die vraag aan de orde zijnde kwestie dat dit mijns inziens – nog afgezien van de in die zaak aan de orde zijnde kwestie van Unierecht – niet in abstracto als een zuiver conceptuele kwestie kan worden

en materieelrechtelijke beslissingen die noodzakelijk zijn ter bepaling van de concrete rechtsverhouding tussen partijen en die het dictum dragen'.²⁵ Dit is conform Veegens:²⁶ alle beslissingen die noodzakelijk zijn ter bepaling van de concrete rechtsverhouding van partijen en de eindbeslissing dragen. Dit suggereert een verdere beperking, die echter niet duidelijk vorm krijgt (ook al is verdedigbaar dat hiermee niet meer wordt gezegd dan dat beslissingen ten overvloede en alternatieve grondslagen afvallen).

Van Schaick suggereert een verdere inperking: "Het gaat alleen om de eindbeslissingen zonder welke het dictum niet kan bestaan; het zijn als het ware de 'kernbedingen' van het vonnis. Niet elke beslissing die de rechter tot zijn conclusie – het dictum – voert, kan zonder meer worden geacht het dictum te dragen (...)." ²⁷ Dit lijkt erop te wijzen dat niet alle rechtsfeiten uit de syllogistische redenering gezag van gewijsde hebben, alleen de kernbeslissingen (zo paraphraseer ik zijn suggestie). Dit zou erop wijzen dat het gaat om de belangrijkste schakels in de juridische redenering, waardoor ondergeschikte punten erbuiten zouden blijven. Echter, de tweede zin van dit citaat lijkt wel te wijzen op een eis van noodzakelijkheid, net als bij Veegens, wat men zou kunnen interpreteren als logische noodzakelijkheid, zodat toch alle rechtsfeiten die in het syllogisme nodig zijn gezag van gewijsde toekomt.

Beukers lijkt wel aan alle voorbeslissingen gezag van gewijsde toe te kennen, maar stelt toch een grens: als de latere procedure niet redelijkerwijs te voorspellen was.²⁸ Zij verwijst hierbij naar *Asser/Anema & Verdam V 1953*.

Het standpunt aldaar²⁹ is echter nog wat genuanceerder. Allereerst wordt aangegeven (p. 353) dat gezag van gewijsde toekomt aan 'alle beslissingen over rechtsvragen, welke voor de einduitspraak nodig waren', maar dat wordt onmiddellijk gevolgd door de waarschuwing 'zij het met de nodige voorzichtigheid t.a.v. de praejudiciële beslissingen en de deelvorderingen'. Onder meer wordt betoogd (p. 355) dat geen gezag van gewijsde toekomt aan voorbeslissingen (daar staat 'praejudiciële rechtsvragen/beslissingen') 'wanneer ze niet tot de noodzakelijke substantiëring van het vonnis behoren', kortom eenzelfde opvatting als Van Schaick voorstaat. Daarnaast staat er inderdaad nog een beperking (p. 356), namelijk dat geen gezag van gewijsde zou moeten toekomen aan 'een procedure over een vordering van ondergeschikte betekenis, die daardoor allicht niet met grote zorg wordt gevoerd of waarbij men verstek laat gaan, kan zo tot het bindend vaststellen van gewichtige praejudiciële beslissingen voeren, waarop later veel meer betekenende vorderingen worden gegrond en waartegen dan niets meer is te doen'.³⁰

Er lijken dus twee mogelijke beperkingen te zijn aan het gezag van gewijsde van voorbeslissingen waar het dictum op gebaseerd is:

beoordeeld, maar dat hierbij met name moet worden gelet op de plaats van zo'n stelling en het niet weerspreken hiervan in het partijdebat en de vordering. De Hoge Raad heeft zich in zijn arrest – expliciet, r.o. 4.5 – niet uitgelaten over het gezag van gewijsde.

²⁵ Concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent 25 mei 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA7634 voor HR 7 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7634, *RvdW* 2007/745.

²⁶ Veegens 1972, p. 33-34. Op p. 32 noemt hij echter, verwarrend genoeg, als voorlopige regel 'gezag van gewijsde komt toe aan die gedeelten van de inhoud van het vonnis waarin de rechter aan bepaalde feiten bepaalde rechtsgevolgen heeft verbonden'.

²⁷ *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2022/148.

²⁸ Beukers 1994, p. 94-95.

²⁹ *Asser/Anema & Verdam V 1953*, p. 356.

³⁰ *Asser/Anema & Verdam V 1953*, p. 356, mede verwijzend naar H. Binnerts, 'De regeling van het gezag van gewijsde in het Ontwerp van Wet tot wijziging van de eerste zes titels van het vierde Boek van het Burgerlijk Wetboek', *RMThemis* 1906, p. 57-108; Van Praag 1907, p. 244 en verdere rechtspraak.

- a) beslissingen waar weliswaar logisch-syllogistisch het dictum op berust, maar die niet ‘noodzakelijk’ zijn voor de substantiëring van het vonnis, niet de ‘kern’ uitmaken van het geschil, en
- b) beslissingen die in het kader van een bepaalde (beperkte) vordering zijn genomen, waardoor zij geen gezag van gewijsde behoren te hebben bij een latere veel verder strekkende of belangrijker vordering die niet voorzienbaar was.

Als we aanvaarden – zoals in par. 15.2 betoogd – dat we geen grote reikwijdte aan het gezag van gewijsde willen toekennen, lijkt er reden om deze beperkingen aan te nemen. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 december 2020 nog een toespitsing gegeven (r.o. 3.1.3): “Het antwoord op de vraag of in het eerdere geding sprake is geweest van beslissingen aangaande een geschilpunt dat dezelfde rechtsbetrekking betreft als in het andere geding, is afhankelijk van de grondslag van de vordering of het verweer, het processuele debat en de gegeven beslissingen. Dat vergt uitleg van de in de eerdere procedure gedane uitspraak, mede in het licht van de gedingstukken waarop die uitspraak berust.”³¹ Dit lijkt een ondersteuning te bieden voor verdere beperking van de objectieve omvang van het gezag van gewijsde.³²

Het probleem van deze rechtsoverweging, en ook van de hierboven voorgestelde criteria (‘kernbeding’/voorzienbaar, c.q. niet redelijkerwijs te voorspellen) is dat zij nog betrekkelijk vaag zijn. Bestudering van enige rechtspraak kan dit verhelderen.

15.4 Rechtspraak

Ik bespreek eerst enkele recente arresten van de Hoge Raad waarin de vraag naar omvang van gezag van gewijsde voorlag, vervolgens enkele belangrijke oudere uitspraken.³³ Deze geven een beeld van de casuïstiek en de gevolgde lijn. Gelet op de discussie hierboven zijn er twee manieren om naar de procedure te kijken: een nauwkeurige analyse van voorwerp van de vordering en het debat, en een meer inhoudelijke benadering over waar het in wezen om draait.

³¹ Vgl. over de betekenis van het debat (weliswaar over feitelijke beslissingen) ook Concl. A-G T.B. ten Kate 20 maart 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC4156, nrs. 21 en 22 voor HR 15 mei 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC4156, *NJ* 1988/164. Evenzo Veegens 1972, p. 36: “Als er evenwel geen strijd is geweest over de rechtsgeldige totstandkoming van de overeenkomst noch over de uitvoering daarvan door de eiser en de rechter daarover ook geen uitdrukkelijke beslissing heeft gegeven, kan men moeilijk aannemen dat het veroordelend vonnis impliciete beslissingen over deze punten zou bevatten, waaraan pp. in een latere procedure gebonden zouden zijn.”

³² Een verder ondersteunend argument is te vinden in de eerdergenoemde Concl. A-G M.H. Wissink 19 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:817, waar hij erop wijst dat in Nederland het gezag van gewijsde een groter bereik heeft dan in andere landen (nr. 5.8.1, noot 52). De zaak zelf ondersteunt ook een terughoudender benadering: over een voorbeslissing in een verstekzaak is per definitie niet gedebatteerd, en is het redelijk om de niet-verschenen consument daar toch aan te houden wanneer deze als leek niet beseftte dat daarmee ook de geldigheid van de overeenkomst zelf voorgoed zou vaststaan? Het verstek kan ook zijn ingegeven uit de gedachte dat de concrete vordering niet hoog genoeg was om verweer tegen te voeren.

³³ Ik ga niet in op HR 14 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC3786, *NJ* 1989/413 (*Wijnberg/WUH*), dat in essentie meer een geval van *ne bis in idem* betreft (mag weer nieuw bewijsmateriaal worden aangedragen om exact hetzelfde punt te beslissen) en in dit kader niet relevant is.

15.4.1 De rechtsbetrekking in geschil

HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2099, *NJ* 2022/129, *JBP*r 2021/13 (*IV-Groep/Zwitserleven*), r.o. 3.1.2-3.1.3 betrof geschillen tussen IV-Groep en Zwitserleven rond een uitvoeringsovereenkomst voor een pensioenregeling. In een eerdere procedure stelde IV-Groep Zwitserleven aansprakelijk wegens verkoop van aandelen uit het beleggingsdepot dat diende ter financiering van het pensioen, en vorderde daarnaast (in hoger beroep) een verklaring voor recht dat Zwitserleven geen beroep meer kon doen op een bepaalde afsprakenbrief die op 3 december 2013, kort na aanvang van de procedure, was overeengekomen. Het hof wees (net als de rechtbank) alle vorderingen af; ten aanzien van de vermeerderde eis oordeelde het specifiek dat deze was gebaseerd op onrechtmatig handelen door Zwitserleven, en dat dit niet kon worden aangenomen.

In de tweede procedure, die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 18 december 2020, vorderde IV-Groep diverse vorderingen op basis van – zoals de Hoge Raad dit later aanduidde, r.o. 3.1.6 – de stelling dat de afsprakenbrief in strijd met het recht was (om diverse redenen). Het hof verwierp de vorderingen echter wegens het gezag van gewijsde van de eerdere uitspraak, omdat de rechtsbetrekking in geschil daar dezelfde was ('de uitvoeringsovereenkomst en de afsprakenbrief en de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen'). Dit oordeel werd dus gecasseerd. Deze zaak laat zien dat 'rechtsbetrekking in geschil' inderdaad een specifieke uitleg heeft, en veeleer betreft de rechtsvraag waarom de zaak draait, niet de rechtsverhouding.

Tegelijk is het oordeel van het hof in zoverre te begrijpen dat ook in de eerste procedure de afsprakenbrief ter discussie stond, met name (voor zover uit de tweede zaak kan worden opgemaakt) dat hier geen beroep op kon worden gedaan wegens onrechtmatig handelen. In de tweede procedure wordt in essentie ook betoogd dat er geen kracht toekomt aan de afsprakenbrief (dus geen beroep op kan worden gedaan), zij het op andere grond. Die andere grondslag lijkt dus voldoende te zijn om gezag van gewijsde af te weren. Een bijkomend punt zou kunnen zijn dat de discussie in de eerste procedure ook niet zozeer draaide om de rechtsgeldigheid van de afsprakenbrief, zodat het – in lijn met de in par. 15.3 genoemde literatuur – niet passend is verdere binding aan te nemen voor het rechterlijk oordeel daarover.

Dit valt te vergelijken met HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989/412. Dit betrof een geschil over de koop van een stuk grond. In de eerste procedure vorderde de verkoper betaling van de koopsom, en verweerde koper zich met een beroep op een ontbindende voorwaarde, omdat de hinderwetvergunning nog niet verleend was. Het hof verwierp dit beroep omdat koper had nagelaten binnen redelijke termijn een aanvraag te doen. In de tweede procedure vorderde de koper een verklaring voor recht dat de koopovereenkomst is ontbonden, omdat de vergunning was verleend maar dat besluit vervolgens was vernietigd, zodat alsnog aan de ontbindende voorwaarde is voldaan. Hof en Hoge Raad verwerpen het beroep door verkoper op het gezag van gewijsde. In het eerste geding ging het erom 'dat de ontbindende voorwaarde op grond van de toen aangevoerde omstandigheden niet was vervuld'. In de tweede zaak ging het erom dat 'de ontbindende voorwaarde thans wel is vervuld'. In de eerste procedure was niet vastgesteld dat de ontbindende voorwaarde ook geen werking zou hebben als vaststond dat de vergunning niet verleend zou worden. Dit laat opnieuw zien dat de 'rechtsbetrekking in geschil' gaat om de concrete rechtsvraag, niet louter om een rechtsverhouding. In beide zaken ging het om de werking van de ontbindende voorwaarde, maar de concrete grond voor het gevorderde was een andere.

15.4.2 Noodzakelijke voorbeslissingen

Het tweede recente arrest is HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1779. De zaak betrof een vordering tot levering van gekochte winkelruimte, waartegen de schuldenaar een opschortingsrecht inriep. Daarbij werden diverse vorderingen aangevoerd. De rechtbank oordeelde dat enkele van deze vorderingen niet voldoende aannemelijk waren geworden, maar er bleven voldoende over om het beroep op opschorting te honoreren. De vraag was nu of het oordeel, dat enkele vorderingen niet aannemelijk waren, gezag van gewijsde zou krijgen. Schuldenaar verlangde daarom van het hof in

hoger beroep een verbetering van gronden: immers, de hoogte van diverse aangevoerde posten was volgens haar anders dan door de rechtbank vastgesteld. De Hoge Raad is van oordeel (evenals het hof) dat die oordelen geen gezag van gewijsde zouden krijgen (r.o. 3.1.3), omdat de afwijzing van de vorderingen alleen erop berustte dat er per saldo een opeisbare vordering overbleef.

Logisch gezien is de vaststelling dat er een opeisbare vordering overbleef echter wel gebaseerd op de voorbeslissingen over de concrete posten.³⁴ Dit laat zien dat inderdaad niet aan alle voorbeslissingen/rechtsfeiten die logisch nodig waren in de argumentatie gezag van gewijsde toekomt. Dit zou er ook op kunnen wijzen dat dit alleen voor de hoofdpunten van de argumentatie geldt, maar dat kan niet met zekerheid uit deze zaak worden afgeleid. Het lijkt er wel op dat het niet de bedoeling is dat alle gedetailleerde vaststellingen gezag van gewijsde krijgen.

15.4.3 De kern van het debat

In het arrest van 18 december 2020 was mogelijk ook aan de orde dat het partijdebat in de eerste procedure niet sterk op de rechtsvraag van de tweede procedure was gericht. Het partijdebat is mede een verklaring voor het derde arrest, HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:683, *NJ* 2022/183, *JBPr* 2022/52. Dit betrof het ontslag van een bestuurder van een stichting. In de eerste procedure had de bestuurder zich verweerd tegen een verzoek tot ontslag bij de rechtbank. De rechtbank had dit verzoek verworpen op grond van de vaststelling dat de bestuurder al was ontslagen door een besluit van de stichting. Tegen die afwijzende beschikking was niet opgekomen. In de tweede procedure vorderde de bestuurder een verklaring voor recht dat het ontslagbesluit nietig was. Dit werd afgewezen op grond van het gezag van gewijsde van de eerdere beschikking. Die beslissing bleef in cassatie in stand. Dit is begrijpelijk. De kern van het eigenlijke geschil en debat tussen partijen was of de bestuurder was ontslagen, en de discussie over de precieze grond was daar slechts onderdeel van. Het ging dan niet aan dat de eerste rechter het verzoek tot ontslag verwierp omdat de bestuurder al ontslagen was, terwijl de tweede rechter dan zou kunnen oordelen dat de bestuurder nog niet ontslagen was: dat zijn nu precies de tegenstrijdige uitspraken die we beogen te voorkomen met het gezag van gewijsde.

Ik moet er echter op wijzen dat in een ouder arrest, HR 16 mei 1975, *NJ* 1976/465 (*Du Crocq/Van Tuijn*), wel een ruime uitleg werd gegeven aan hetzij het partijdebat hetzij de rechtsbetrekking in geschil. In de eerste procedure draaide het om wanprestatie wegens het ontbreken van bepaalde eigenschappen van de geleverde waar. De Hoge Raad oordeelde in de tweede procedure dat het niet ontbreken van die eigenschappen wel gezag van gewijsde had en daarmee ook de geldigheid van de overeenkomst, ook al was de eerste vordering op wanprestatie gebaseerd en de tweede op nietigverklaring wegens bedrog of dwaling. Echter, dat liet onverlet dat het wel mogelijk zou zijn een vordering tot schadevergoeding wegens bedrog in te stellen: dat ging immers niet over de geldigheid van de overeenkomst. De Hoge Raad merkte wel op dat dit alleen gold voor zover toewijzing van zo'n schadevergoeding niet onverenigbaar was met 'het in stand houden van de rechtsgevolgen van de koopovereenkomst'. Het lijkt erop dat de Hoge Raad de aanwezigheid van de eigenschappen als vaststaand wilde aanmerken, wat op zich begrijpelijk is nu dat centraal stond in de eerste procedure. Daar staat tegenover dat ook kan worden betoogd dat – net als in de zaak over een ontbindende voorwaarde – de rechtsvraag in de eerste procedure niet mede de geldigheid van de overeenkomst betrof (evenzo Heemskerk in zijn *NJ*-annotatie).

³⁴ Overigens is een andere interpretatie dat de oordelen samen wel noodzakelijk waren voor de beslissing, maar elk individueel oordeel niet, zodat je niet kan zeggen dat een bepaald oordeel over een post gezag van gewijsde had. Dan zou dit gewoon een toepassing zijn van de regel dat aan alternatieve gronden geen gezag van gewijsde toekomt.

15.4.4 Gezag van gewijsde en devolutieve werking

Tot slot wil ik kort ingaan op een wat ander, vrij specifiek, onderwerp, naar aanleiding van het recente arrest HR 26 mei 2023, ECLI:NL:HR:2023:784.³⁵ In conventie vorderen eisers ontruiming van een stuk grond, in reconventie vorderen gedaagden in conventie, eisers in reconventie, diverse verklaringen voor recht dat zij eigenaar zijn (voor elke mogelijke grond van verjaring een afzonderlijke verklaring). De zaak draait in wezen erom wie eigenaar is van een stuk grond.

De precieze reden waarom een partij eigenaar zou zijn geworden, is niet de kern van de zaak, dat is slechts het argument waarom. Alleen door de vordering in reconventie is iets dat eigenlijk een voorbeslissing was, verheven tot een kernbeslissing.

Vanuit het gezag van gewijsde beschouwd, is het logisch dat de beslissing van de rechtbank in principe gezag van gewijsde zou krijgen: hierna zou het duidelijk zijn dat gedaagden eigenaar waren geworden op grond van bevrijdende verjaring. Maar het lastige is dat er hoger beroep was ingesteld, en daarmee ook de regels van appel een rol gingen spelen. Viel nu de primaire gestelde grond van verkrijgende verjaring te goeder trouw nog binnen de rechtsstrijd in appel of niet?

De Hoge Raad oordeelde in essentie dat het eerdere (verworpen) verweer in conventie, dat gedaagden al eigenaar waren op grond van verkrijgende verjaring te goeder trouw, ingevolge de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel ook in hoger beroep opnieuw moest worden beoordeeld. Daar was dus geen incidenteel beroep voor nodig (in *Fafiani* was dat nog wel geoordeeld, in afwijking van de gewone toepassing van de devolutieve werking van het appel, met als rechtvaardiging het voorkómen van tegenstrijdige uitspraken). Maar dit was een dode mus voor gedaagden, omdat de Hoge Raad tevens aangaf dat eisers wel een beroep op het gezag van gewijsde van de uitspraak in reconventie in eerste aanleg konden doen.

Deze uitkomst lijkt mij onbevredigend. In wezen was namelijk het geschil voor partijen duidelijk en lag het voor de hand dat dit ook in hoger beroep weer geheel beoordeeld kon worden. Immers, zowel de restrictieve uitleg van het gezag van gewijsde als de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel hebben ten doel om te voorkomen dat partijen de hele tijd zekerheidshalve rechtsmiddelen gaan instellen hoewel zij in essentie gelijk hebben gekregen. Nu eisers in hoger beroep nog steeds over de eigendom wilden debatteren zou het gehele geschil weer moeten voorliggen tenzij bleek dat gedaagden dit wilden beperken. Vanuit die optiek zou het beter zijn geweest om de devolutieve werking uit te breiden en een impliciet incidenteel appel aan te nemen tegen het dictum, opdat ook de eerste verworpen grondslag van eigendomsverkrijgen weer aan de orde kon komen.

Tegelijk kan ik de benadering van de Hoge Raad wel begrijpen. De verklaring van recht was nu eenmaal specifiek op een bepaalde grond, en het lijkt een brug te ver om ook een impliciet incidenteel appel ten aanzien van een dictum aan te nemen. Het gevolg hiervan is wel dat in dergelijke situaties geïntimeerden dus worden aangemoedigd voor de zekerheid te appelleren.

Op dit punt is een vergelijking met *Fafiani*³⁶ misschien zinvol. In die zaak was in eerste aanleg geoordeeld dat een arbeidsovereenkomst bestond voor een korte periode, en daarover loon moest worden betaald. Er werd geappelleerd door de werknemer om vastgesteld te krijgen dat de arbeidsovereenkomst over een langere periode bestond, immers, hij kreeg dan een hoger bedrag aan loon (over die langere periode). De werkgever stelde geen incidenteel appel in, maar bestreed bij het hof wel dat er überhaupt een arbeidsovereenkomst was, en het hof volgde dit en liet het eerdere oordeel alleen in stand op grond van het verbod op reformatio in peius. Daar oordeelde de Hoge Raad dat dit onjuist was omdat het hof bij gebreke van incidenteel appel gebonden was aan de vaststelling dat er een arbeidsovereenkomst was over de beperkte periode. Onder de nieuwe rechtspraak zou het hof weliswaar wel opnieuw mogen oordelen over het bestaan van een

³⁵ Zie ook Möhring 2023, p. 119-124.

³⁶ HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8514, NJ 2012/583 (*F./KSN*).

arbeidsovereenkomst, maar zou de werknemer het gezag van gewijsde kunnen invoeren van het bestaan van een overeenkomst in de korte periode.

Ook deze nieuwe benadering vind ik wat onbevredigend: ook hier was het geschil de hele tijd duidelijk. Het is zeer goed mogelijk dat de werkgever geen incidenteel appel instelde omdat hij ermee kon leven dat hij een gering bedrag aan de werknemer moest betalen. Nu wordt de werkgever gedwongen om het de werknemer lastiger te maken dan hij eigenlijk wil, puur om zijn rechten te bewaken. Het procesrecht zou juist een verzoenende houding moeten aanmoedigen.

Er is echter wel een andere reden om toch de meer strikte lijn te volgen. In beide zaken gaat het om kwesties die ook een objectieve uitstraling hebben. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst heeft allerlei verdere gevolgen, zoals ten aanzien van sociale zekerheid, reden waarom er geen onduidelijkheid moet bestaan of er nu wel of geen arbeidsovereenkomst bestond. Ook wat betreft eigendom van grond is het mede voor derden van belang wie de eigenaar is en op welke grondslag.

De consequentie van de interactie tussen gezag van gewijsde en incidenteel appel is dat geïntimeerde extra goed moet opletten en zo nodig zekerheidshalve incidenteel appel moet instellen, om geen problemen te krijgen met gezag van gewijsde. Dit kan zo nodig voorwaardelijk. Misschien zou een andere optie zijn om met appellant overeen te komen dat geïntimeerde afziet van incidenteel beroep, op voorwaarde dat appellant geen beroep zal doen op het gezag van gewijsde van de nadelige beslissingen in de uitspraak in eerste aanleg.

15.5 Conclusie

De systematiek van het procesrecht helpt om preciezer uit te drukken waar het probleem ligt bij de toepassing van gezag van gewijsde. Het maakt duidelijk wat 'rechtsbetrekking in geschil' betekent, dat voorbeslissingen draaien om rechtsfeiten, en dat er een inperking nodig kan zijn van de voorbeslissingen die gezag van gewijsde moeten toekomen. Ik heb verdedigd dat hierbij meer gewicht zou kunnen worden toegekend aan het partijdebat en wat er verwacht mag worden van partijen, om te zorgen dat er niet nodeloos rechtsmiddelen worden aangewend. Als een zekere kwestie duidelijk onderdeel was van het debat, en van wezenlijk belang was voor de uitkomst (het dictum) ligt meer voor de hand dat van partijen mag worden verwacht dat zij alle relevante bewijsmateriaal hierbij betrekken en alle relevante invalshoeken/grondslagen aanvoeren. Een beslissing die weliswaar een syllogistisch-logische stap was maar waar de discussie op dat moment niet over ging, hoort geen gezag van gewijsde te krijgen.

Vanuit die benadering heb ik ook bedenkingen bij de rechtspraak rond de wisselwerking met de devolutieve werking van het appel. Weliswaar gaat het daar juist om de kern van het debat, maar gelet daarop zou dat dan ook in appel weer aan de orde moeten komen.