



Universiteit
Leiden
The Netherlands

NJ-noot ad HR 2 oktober 2020, 19/01289, NJ 2023/208
Krans, H.B.

Citation

Krans, H. B. (2023). NJ-noot ad HR 2 oktober 2020, 19/01289, NJ 2023/208. *Nederlandse Jurisprudentie*, 2023(22), 3805-3807. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3718438>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3718438>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

gen van de wederpartij zal naar mijn idee één van de factoren zijn die in dat oordeel worden betrokken. Of Trafigura in deze zaak daadwerkelijk niet in haar verdedigingsbelang is geschaad komt in bovenstaand arrest overigens niet aan de orde. De Hoge Raad neemt (in r.o. 3.3) immers veronderstellen derwijs aan dat Trafigura niet in haar belangen is geschaad omdat het hof dat in het midden heeft gelaten. Indien in een zaak vast komt te staan dat gedaagde in haar processuele belang is geschaad, acht ik goed voorstelbaar dat dat serieus gewicht in de schaal legt bij de afweging of een wijziging van de partijhoedanigheid toelaatbaar is.

15. Per april 2019 is de Wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie (WAMCA) ingevoerd. Onder de WAMCA zijn de gedupeerden voor wie de 3:305a BW-stichting optreedt gebonden aan de uitkomst van de procedure over de collectieve vordering (tenzij die belanghebbenden kiezen voor een *opt out* als bedoeld in art. 1018f Rv). Geldt het sub 8 genoemde uitgangspunt ook voor belanghebbenden onder een WAMCA-procedure? De Hoge Raad oordeelt van wel (r.o. 3.2), onder verwijzing naar A-G De Bock die concludeerde dat belanghebbenden onder de WAMCA ook geen materiële partij zijn bij de WAMCA-procedure. Dat lijkt me juist. Zoals A-G De Bock (sub 4.16) opmerkt, kan de door de WAMCA geïntroduceerde uitbreiding van het gezag van gewijsde worden gezien een uitzondering op het uitgangspunt van art. 236 Rv dat het gezag van gewijsde alleen geldt tussen materiële procespartijen. Ook onder de WAMCA zijn de gedupeerden dus geen materiële procespartij (vergelijk Barbiers en Klaassen, p. 75).

16. Men zie over dit arrest naast het artikel van Barbiers en Klaassen en de noot van Vos overigens ook T.M.C. Arons die in het slot van zijn noot ingaat op stelplicht en bewijslast in verband art. 3:305a BW-vorderingen (JOR 2020/5, p. 1655).

17. In oktober 2021 wees het Amsterdamse hof arrest na verwijzing in de zaak (ECLI:NL:GHAMS:2021:3039, NJF 2022/11).

H.B. Krans

NJ 2023/208

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

2 oktober 2020, nr. 19/01289

(Mrs. M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek,

M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, F.J.P. Lock;

A-G mr. P. Vlas)

m.nt. H.B. Krans

Art. 143 Rv

NJB 2020/2414

Prg. 2020/305

RvdW 2020/1057

ECLI:NL:PHR:2020:292

ECLI:NL:HR:2020:1546

Procesrecht. Verstek en verzet. Subjectieve cumulatie; veroordeling bij verstek van meerdere gedaagden, art. 143 Rv; gesloten stelsel rechtsmiddelen; werkt verzet door de ene gedaagde door in verhouding tussen oorspronkelijk eiser en andere gedaagden?

Het gesloten stelsel van in de wet geregelde rechtsmiddelen brengt mee dat een rechterlijke uitspraak niet anders dan door het aanwenden van een rechtsmiddel kan worden aangetast. Of en voor wie een rechtsmiddel openstaat en ten opzichte van welke partijen een rechtsmiddel en de daarop gedane uitspraak werking kunnen hebben, staat niet ter vrije bepaling van partijen. De daarvoor geldende regels zijn van openbare orde, die door de rechter zonodig ambtshalve moeten worden toegepast. Bij subjectieve cumulatie, zonder dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, worden de vorderingen tegen de gedaagden weliswaar gezamenlijk behandeld, maar behouden de zaken tegen ieder van deze gedaagden hun processuele zelfstandigheid. Het verstekvonnis waarbij de vorderingen van eiseres tegen de verschillende gedaagden zijn toegewezen, bevat dan ook naar de inhoud daarvan zelfstandige uitspraken ten aanzien van ieder van de gedaagden. Zolang niet naar aanleiding van een in ieder van de te onderscheiden zaken door hetzij de eiser hetzij de desbetreffende gedaagde ingesteld rechtsmiddel het verstekvonnis is vernietigd, behoudt het verstekvonnis in zoverre zijn kracht. De regel dat een door een gedaagde ingesteld rechtsmiddel in beginsel niet doorwerkt in de verhouding tot zijn medegedaagden, geldt voor verzet niet anders dan voor de andere gewone rechtsmiddelen. Door het verzet wordt de met het verstekvonnis geëindigde instantie heropend en voortgezet, maar, gelet op de processuele zelfstandigheid van ieder van de zaken en het rechtsmiddelkarakter van het verzet, uitsluitend tussen de oorspronkelijk eiser (de geopposeerde) en de gedaagde die het verzet instelt (de opposant).

ACT Commodities B.V., te Amsterdam, eiseres tot cassatie, adv.: mr. B.T.M. van der Wiel, tegen

1. Youngray Co. Ltd., een rechtspersoon naar Taiwanese recht, te Koashiung City, Taiwan, verweerster in cassatie, hierna: Youngray, adv.: mr. C.S.G. Janssens,

2. Wei Guan Environmental Protection Co. Ltd., een rechtspersoon naar Taiwanese recht, te Hokou Township, Hsinchu County, Taiwan,

3. Coöperatieve Rabobank U.A., te Amsterdam, verweersters in cassatie, hierna: WG en Rabobank, niet verschenen.

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep

2.1. Grief 1 klaagt allereerst dat de opsomming van de feiten en de samenvatting van de gronden voor de oorspronkelijke vordering door de voorzieningenrechter onvolledig is.

Dit deel van de grief faalt omdat het de voorzieningenrechter vrijstond die feiten als vaststaand weer te geven die aan de beslissing ten grondslag werden gelegd, terwijl het door ACT gevoerde verweer niet apart behoefte te worden vermeld. Voorts klaagt grief I dat het verweer tegen de eis van Youngray in verzet niet is vermeld. Voor zover nodig komen deze klacht en de in de toelichting op grief 1 aangevoerde feiten en omstandigheden bij de behandeling van de overige grieven aan de orde. Om trent de vaststelling van de feiten zoals die door de voorzieningenrechter zijn vastgesteld bestaat verder geen geschil, zodat ook het hof van deze feiten zal uitgaan.

2.2. Het gaat in deze zaak om het volgende.

a. Vanaf januari 2016 heeft ACT meerdere malen

“Used Cooking Oil” (hierna: UCO) gekocht van WG.

b. Op 31 oktober 2016 zijn WG en ACT overeengekomen dat WG ongeveer 2.000 mt UCO (hierna: de lading) verkoopt en levert aan ACT, dat ACT daarvoor een vooruitbetaling doet van \$ 90.675,48 en het resterende bedrag van \$ 1.149.324,52 voldoet via een documentair accreditief (hierna: l/c). Vervolgens heeft ACT via de Rabobank drie l/c's uitgesteld (overgelegd als productie 5 bij dagvaarding in oppositie), waarin (op verzoek van WG) Youngray als begunstigde is vermeld (hierna: de l/c's). Bij twee van de l/c's treedt Chang Hwa Commercial Bank Ltd. op als adviserende bank van Youngray, bij de derde l/c is dat Taiwan Cooperative Bank Ltd.

c. ACT heeft de lading doorverkocht aan een derde genaamd Green Fuel Extremadura S.A. (hierna: Green Fuel) op wiens naam de cognossemmenten zijn uitgemaaht. De cognossemmenten en andere op de zending betrekking hebbende documenten (hierna tezamen te noemen: de documenten) zijn door (de banken van) Youngray geleverd aan de Rabobank.

d. De UCO is verscheept naar Huelva, Spanje.

e. Onder meer omdat WG bij eerdere koopovereenkomsten met ACT geringere volumes had geleverd dan was overeengekomen, terwijl ACT de volledige koopprijs had betaald, had ACT in maart 2017 een vordering op WG van meer dan \$ 1.000.000. In maart 2017 zijn WG en ACT in overleg getreden over de wijze waarop WG dat bedrag zou betalen. Op 17 maart 2017 heeft WG een 'letter of guarantee' opgesteld met daarin de volgende verklaring:

“On the purpose of clearing the outstanding payment, We, Wei Guan Environmental Protection Co., Ltd, on behalf of Youngary Co., Ltd., hereby confirm that we agree to deduct the full amount of invoices of L/C LM133318NRW & LM133465NRW & LM133580NRW, i.e. USD 1.028.806,30.

We shall guarantee that our banks (Taiwan Cooperative Bank and Chang Hwa Bank) will send official SWIFT message to RABO Bank, stating above mentioned 3 L/C shall be settled 'free of payment'.

We shall pay ACT via bank transfer for the remaining amount of outstanding payment, i.e. USD 7,423.02.”

f. Op 23 maart 2017 heeft de Rabobank via een swift-bericht Taiwan Cooperative Bank Ltd. verzocht om een bevestiging dat de documenten 'free of payment' kunnen worden geleverd aan ACT. Diezelfde dag heeft Taiwan Cooperative Bank Ltd. aan de Rabobank laten weten dat Youngray niet akkoord gaat met 'free of payment' met het verzoek “pls hold the docs until to receive further instructions from us.”

g. Bij e-mail van 24 maart 2017 is Youngray door ACT gewezen op de 'letter of guarantee' van WG. Diezelfde dag heeft Youngray per e-mail het volgende laten weten:

“I am very shocked after I saw this letter of guarantee. Because the credit line is my company's, to receive letter of credit is also my company, not Wei Guan. Wei Guan has no right to make any 'one-sided' promise, let alone this is under the circumstance that my company was not aware. This is invalid promise, we and bank would never agree to retiring the documents without payment.

My company and my bank has to follow the normal payment rule of letter of credit, then we can complete this transaction. This is also what I emphasized repeatedly as the reason why your company has to pay fully to retire the documents.”

h. De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland heeft ACT op 24 maart 2017 verlot verleend voor het leggen van conservatoir derdenbeslag onder de Rabobank en conservatoir vreemdelingenbeslag op de documenten voor een vordering begroot op \$ 1.270.000. ACT heeft dit beslag nog dezelfde dag doen leggen.

i. Bij dagvaarding van 28 maart 2017 heeft ACT Youngray, WG en Rabobank in rechte betrokken en kort gezegd afgifte van de beslagen documenten gevorderd.

j. De voorzieningenrechter te Rotterdam heeft op 29 maart 2017 verstek verleend tegen Rabobank, WG en Youngray en de vorderingen toegewezen.

k. Het vonnis van 29 maart 2017 is op 30 maart 2017 ten uitvoer gelegd. Rabobank heeft de documenten aan ACT moeten afgeven. De UCO is in Huelva uitgeleverd aan Green Fuel.

l. Bij exploit van 23 mei 2017 is Youngray in verzet gekomen tegen het vonnis van 29 maart 2017.

2.3. In het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter het verzet gegrond verklaard en het vonnis van 29 maart 2017 vernietigd. De vorderingen van ACT zijn alsnog afgewezen en ACT is veroordeeld in de proceskosten. De voorzieningenrechter heeft daarbij het beroep van ACT op de exceptio plurium litis consortium afgewezen. Voor het overige komt het oordeel er in de kern op neer dat

(i) als uitgangspunt heeft te gelden dat Rabobank met het, in opdracht van ACT uitstellen van het documentair krediet een zelfstandige, abstracte verbintenis op zich heeft genomen tegenover de begunstigde Youngray, om aan haar te betalen wan-

neer zij via haar bank op tijd de gespecificeerde documenten presenteert;

(ii) gesteld noch gebleken is van een volmacht van Youngray aan WG om haar te vertegenwoordigen;

(iii) ACT er onder de omstandigheden van dit geval ook niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat WG bevoegd was namens Youngray op te treden.

2.4. Grief 2 stelt aan de orde dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat het verzet kon worden behandeld zonder daarbij de andere partijen die bij verstek waren veroordeeld te betrekken en het beroep op niet-ontvankelijkheid van Youngray heeft verworpen.

2.5. Deze grief faalt. Een processueel ondeelbare rechtsverhouding betreft in beginsel een rechtsverhouding waarbij het noodzakelijk is dat een beslissing daarover in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen. In die gevallen kan de rechter de beslissing over het geschil slechts geven in een geding waarbij allen die bij de rechtsverhouding zijn betrokken partij zijn, zodat de rechterlijke beslissing hen allen bindt (HR 10 maart 2017 ECLI:NL:HR:2017:411).

2.6. In dit geding is geen sprake van een procesueel ondeelbare rechtsverhouding, maar van subjectieve cumulatie. De rechtsverhoudingen tussen ACT enerzijds en respectievelijk Youngray, WG en Rabobank anderzijds zijn immers niet identiek. Youngray, WG en Rabobank staan ieder in een afzonderlijke relatie tot ACT en zij hebben ieder ook andere verweermiddelen, die niet doorwerken in de relatie die ieder heeft met ACT. Dat het voor ACT zinvol was alle drie de partijen te dagvaarden in eerste aanleg, leidt er niet toe dat er om die reden een ondeelbare rechtsverhouding ontstaat. Dit betekent dat Youngray verzet kon instellen zonder daarin de andere twee partijen te betrekken.

2.7. De grieven 3, 4, 5 en 7 betreffen in de kern de vraag of het ACT vrijstond met WG een (nadere) overeenkomst te sluiten zoals zij heeft gedaan en of Youngray daaraan was gebonden. Zij lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

Ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep hebben partijen bevestigd dat het hof het geschil kan beoordelen naar Nederlands recht, zodat het hof dit recht, als rechtskeuze gedaan ten processe, zal toepassen.

2.8. Terecht — ACT gaat daar ook zelf van uit — heeft de voorzieningenrechter als uitgangspunt genomen dat Rabobank een abstracte verbintenis op zich heeft genomen tegenover Youngray en dat deze los staat van de andere in deze zaak relevante rechtsverhoudingen. Gelet op de aard van een abstracte bankgarantie op afroep (onder de voorwaarden vermeld in de garantie) en de functie die een dergelijke garantie in het handelsverkeer vervult, alsmede gelet op de positie van de garanderende bank, die de belangen in het oog moet houden van zowel degene die de opdracht gaf tot het stellen van de garantie, als van degene te wiens gunste de ga-

rantie is gesteld, is een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden geboden. Uit de aard en functie van de abstracte bankgarantie vloeit tevens voort dat bij de uitleg van een dergelijke garantie groot gewicht toekomt aan de (strikt te lezen) bewoordingen daarvan (HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600 en HR 14 december 2018 ECLI:NL:HR:2018:2297).

2.9. De rechtsverhouding tussen WG en ACT is een overeenkomst van koop en verkoop. In het kader van die rechtsverhouding stond het ACT vrij om met WG een andere (nadere) overeenkomst te sluiten met betrekking tot de betaling van de koopprijs. Deze (nadere) overeenkomst kon ook inhouden verrekening buiten de l/c's om. Indien de l/c's zouden zijn gesteld op naam van WG zou ACT jegens WG (wellicht) wel recht hebben op afgifte zonder betaling. Zodanige (nadere) overeenkomst kan in beginsel echter geen wijziging brengen in de relatie tussen de bank en een rechthebbende niet-contractspartij, nu dit een zelfstandige rechtsverhouding betreft, die onafhankelijk is van de onderliggende contracten en (eventuele) in het kader daarvan gerezen geschillen. Gesteld noch gebleken is dat in de voorwaarden van de onderhavige garantie in dat opzicht wel een voorbehoud is gemaakt.

Het voorgaande kan anders zijn indien redelijkerwijs moet of mocht worden aangenomen dat Youngray akkoord was met de verrekening.

2.10. ACT stelt dat dit laatste het geval was. De stelplicht rust op ACT.

Niet is gesteld of gebleken dat WG in het bezit was van een volmacht van Youngray en deze heeft getoond aan ACT. Evenmin is gesteld of gebleken dat Youngray ondubbelzinnige goedkeuring heeft gegeven aan ACT voor de verrekening.

2.11. ACT stelt dat Youngray bij haar de indruk had gewekt dat WG haar mocht vertegenwoordigen. ACT legt hieraan onder andere de volgende feiten en omstandigheden ten grondslag:

- a. de relatie tussen WG en Youngray is altijd schimmig gebleven; de overgelegde samenwerkingsovereenkomst leidt niet tot helderheid; daarbij komt dat Youngray en WG voortdurend contact met elkaar onderhielden;
- b. Youngray probeerde zich naar buiten toe voor te doen als eigenaar van de lading en liet opzettelijk verwarring ontstaan over haar positie;
- c. WG heeft in de garantie van 17 maart 2017 aangegeven namens Youngray te handelen;
- d. Youngray kwam in sommige (ook voor de datum van de onder a. genoemde samenwerkingsovereenkomst) door ACT in het kader van transacties met WG geopende l/c's voor; dit was uitsluitend het gevolg van opgave door WG;
- e. WG heeft de contracten die zij sloot met ACT doorgegeven aan Youngray want Youngray stuurde de facturen waarop de nummers van de contracten stonden en nam als WG kortingen gaf of terugbetaling beloofde aan ACT, die kortingen of terugbetalingen op de facturen over;

f. WG en Youngray hebben samen geprobeerd om in weerwil van de verrekeningsafpraak tussen ACT en WG de lading van de "Ginga Bobcat" in handen te krijgen;

g. gelet op al deze omstandigheden verkeerde ACT in de veronderstelling dat WG en Youngray nauw samenwerkten.

2.12. Ingevolge art. 3:61, lid 2 BW kan, als een rechtshandeling in naam van een ander is verricht, tegen de wederpartij, indien deze op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan. In dit verband is van belang of de tussenpersoon al dan niet in de hoedanigheid van gevolmachtigde is opgetreden. Daartoe is in beginsel beslissend hetgeen de feitelijk handelende personen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen of gedragingen hebben mogen afleiden (HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521). Voor toerekening van schijn van volmachtverlening kan ook plaats zijn, in geval de wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de vertegenwoordigde komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid (HR 19 februari 2010, LJN BK7671, NJ 2010, 115 en HR 11 maart 2011, LJN BN9967, NJ 2012, 388).

2.13. De hiervoor onder 2.11. genoemde omstandigheden zijn voorshands ieder voor zich, noch in onderlinge samenhang, zodanig dat ACT – die wist dat Youngray rechthebbende op betaling onder de l/c's was en dat het om een substantieel bedrag ging – op grond hiervan mocht aannemen dat WG een zo vergaande vertegenwoordigingsbevoegdheid had voor Youngray dat zij in naam van Youngray akkoord mocht gaan met een verrekening en levering van de documenten "free of payment".

Zoals onder 2.10. reeds is overwogen is gesteld noch gebleken dat WG een volmacht heeft getoond. Het enkele feit dat WG stelt dat zij ook namens Youngray optreedt is onvoldoende om een zodanige volmacht aan te nemen. Gesteld noch gebleken is dat Youngray op enige wijze aan ACT heeft laten weten dat WG voor haar mocht optreden. Voor zover ACT de positie van Youngray in dit of ander opzicht schimmig vond had het op haar weg gelegen om daarover informatie in te winnen bij Youngray.

Ook als WG bevoegd was om Youngray als begunstigde in l/c's op te nemen (waarbij zij ten behoeve van Youngray een recht creëert), mag ACT er niet zonder meer van uit gaan dat die ook inhoudt dat WG namens Youngray akkoord mag gaan met levering van de documenten "free of payment" (waarbij zij ten nadele van Youngray een recht prijsgeeft). Dit wordt niet anders doordat Youngray in het verleden aangepaste facturen heeft verstuurd (2.11.e.). Immers uit het feit dat Youngray deze aangepaste facturen verzond kan worden geconcludeerd dat zij zich in die desbetreffende aanpassin-

gen kon vinden, maar daaruit volgt nog niet dat zij zich ook in toekomstige aanpassingen zou kunnen vinden.

Dat Youngray niet is genoemd in de cognossementen is daarbij, naar voorlopig oordeel, niet relevant. Vast staat dat zij de rechthebbende was op betaling onder de l/c's en dat ACT dat wist. ACT had daarom bij haar moeten verifiëren of zij met de verrekening kon instemmen.

Voorshands is evenmin relevant dat, zoals ACT stelt, de nadere afspraak een gevolg was van de non-conformiteit van de documenten, welke non-conformiteit voor ACT een opening bood voor de discussie met WG over verrekening van de koop-som met eerder teveel betaalde bedragen. Dit reeds omdat gesteld noch gebleken is dat Youngray deelnam aan die discussie.

2.14. Omdat de verplichting van de Rabobank een abstract karakter had, ontstond haar verplichting tot betalen op het moment dat krediet-conforme documenten werden aangeboden. ACT voert in dit kader aan dat Youngray niets te vorderen zou hebben van Rabobank omdat de documenten niet krediet-conform waren. De consequentie van die non-conformiteit zou dan echter zijn geweest dat de documenten zouden zijn teruggestuurd naar de aanbieder en niet aan haar (ACT) zouden zijn vrijgegeven; zij (of haar koper Green Fuel) had de lading dan niet kunnen opeisen. ACT zet niet uiteen wat haar opstelling onder die omstandigheden zou zijn geweest, terwijl dat wel van haar verwacht mocht worden. Tot het terugsturen van de documenten is het niet gekomen, omdat de Rabobank op grond van het vonnis van 29 maart 2017 de documenten heeft vrijgegeven aan ACT. Verdere bespreking van dit verweer is daarmee niet relevant.

ACT voert nog aan dat de afwijkingen in de cognossementen aanleiding gaven tot een debat met WG over de vraag onder welke voorwaarden ACT bereid zou zijn om de documenten toch op te nemen en dat dat heeft geleid tot de verrekeningsafpraak. ACT mocht er echter, zoals hiervoor is overwogen, redelijkerwijs niet van uit gaan dat deze afspraak ook namens Youngray is gemaakt, zodat daarop jegens Youngray geen beroep kan worden gedaan.

2.15. Met de grieven 6 en 8 stelt ACT aan de orde dat de juiste beslissing van de voorzieningenrechter in verzet zou zijn geweest het verstekvonnis te bekrachtigen omdat een belangenafweging waarbij alle feiten en omstandigheden in aanmerking zouden zijn genomen tot de beslissing zou hebben geleid dat de documenten moesten worden overhandigd om grote schade te voorkomen.

2.16. Ook deze grieven falen. Het hof is van oordeel dat weliswaar enerzijds voorshands voldoende aannemelijk is dat ACT groot belang had bij afgifte van de documenten, maar dat anderzijds voorshands even aannemelijk is dat een vordering tot afgifte van de documenten niet zou zijn toegewezen zonder dat ACT harerzijds een tegenprestatie zou hebben moeten verrichten, zoals het stellen van een

(bank)garantie. Dat ACT had betaald voor alle UCO die zij heeft ontvangen en per saldo nog een grote vordering op WG had is, gelet op het abstracte karakter van de l/c's geen relevante omstandigheid in de verhouding van ACT met Youngray. ACT gaat er zelf ook van uit dat zij enige vorm van zekerheid had moeten stellen, gelet op hetgeen zij opmerkt onder (j) van de toelichting op de grieven. Ook indien bij het vaststellen van die tegenprestatie gelet zou moeten worden op de tussen ACT en WG gemaakte verrekeningsafpraak is voorshands niet aannemelijk geworden dat in het geheel geen tegenprestatie zou zijn verlangd. De veroordeling tot afgifte van de documenten tegenover de tegenprestatie zou dan de rechtmatige toestand hebben weergegeven. Op het moment waarop de voorzieningenrechter het bestreden vonnis heeft gewezen, was dit achterhaald door de feiten omdat de lading al gelost was. Dat betekent ook dat bedoelde rechtmatige toestand niet alsnog kon worden verwezenlijkt.

2.17. Op verschillende plaatsen in de memorie van grieven heeft ACT opmerkingen gemaakt over de goede trouw van WG. Zo merkt zij onder I, derde alinea, op dat WG heeft geprobeerd ACT op te lichten. Onder III merkt zij op dat WG haar heeft proberen te bedriegen. ACT werkt deze beschuldigingen nader uit in de toelichting op de grieven. ACT lijkt daarbij te suggereren dat Youngray van de handelwijze van WG op de hoogte was.

Voor zover al in deze opmerkingen een klacht moet worden gelezen tegen het bestreden vonnis, is uitgangspunt dat slechts indien er sprake is van een kennelijk willekeurige of bedrieglijke claim van de zijde van de begunstigde, uitbetaling onder de bankgarantie kan worden geweigerd. Dat, waar het Youngray betreft, van een dergelijke situatie sprake is, heeft ACT onvoldoende onderbouwd en is voorshands evenmin voldoende aannemelijk geworden.

2.18. Conclusie is dat ACT er naar voorlopig oordeel niet op mocht vertrouwen dat WG ook namens Youngray optrad. Evenmin kan naar voorlopig oordeel worden aangenomen dat in een procedure de documenten zonder tegenprestatie zouden zijn vrijgegeven. De overige door de grieven aan de orde gestelde onderwerpen, zoals de vragen of de rechter op het verkeerde been is gezet, of ACT de opstelling van de Taiwanese banken kende en wat de status is van de onder 2.2.g. aangehaalde mail (was deze in het Chinees gesteld en later vertaald, of in het Engels) behoeven geen bespreking omdat zij niet kunnen leiden tot een andere conclusie.

2.19. De grieven falen. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. ACT zal worden veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep van Youngray en Rabobank.

Het bewijsaanbod van ACT wordt gepasseerd, reeds omdat een procedure als de onderhavige zich niet leent voor bewijsoverleg.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het bestreden vonnis van 6 juli 2017;
- veroordeelt ACT in de kosten van het hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Youngray begroot op € 716 aan verschotten en € 3.222 aan salaris advocaat en aan de zijde van Rabobank begroot op € 716 aan verschotten en € 3.222 aan salaris advocaat;
- verklaart dit arrest voor zover de kostenveroordeling jegens Rabobank betreft uitvoerbaar bij voorraad.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van wezenlijke vormen doordat het hof heeft overwogen en beslist als in het arrest is weergegeven, zulks op de volgende, mede in hun onderlinge samenhang in aanmerking te nemen gronden.

A. Inleiding Feiten²

ACT en WG zijn in oktober 2016 overeenkomen dat WG ongeveer 2.000 mt Used Cooking Oil (de 'lading') zou verkopen en leveren aan ACT. ACT zou daarvoor een vooruitbetaling doen van \$ 90.675,48 en het resterende bedrag van \$ 1.149,324 voldoen via een documentair accreditief (de 'l/c'). ACT heeft daartoe via de Rabobank drie l/c's uitgesteld, waarin (op verzoek van WG) Youngray als begunstigde is vermeld.

ACT heeft de lading vervolgens doorverkocht aan Green Fuel Extremadura S.A. ('Green Fuel'), op wiens naam de cognossementen zijn uitgesteld. De cognossementen en andere op de zending betrekking hebbende documenten (tezamen 'de documenten') zijn vervolgens geleverd aan de Rabobank. De lading is vervolgens verscheept naar Huelva, Spanje.

Omstreeks februari 2017 werd duidelijk dat ACT in verband met eerdere koopovereenkomsten met WG een handelsvordering op WG had van meer dan \$ 1.000.000. ACT en WG zijn toen in overleg getreden over de wijze waarop WG dat bedrag zou betalen. Op 17 maart 2017 heeft WG een *letter of guarantee* afgegeven waarin WG 'on behalf of Youngray' heeft verklaard dat deze openstaande vordering verrekend zou worden met het door ACT via de drie l/c's te betalen bedrag. De documenten zouden als gevolg daarvan 'free of payment' aan ACT geleverd worden.

De Rabobank heeft op 23 maart 2017 verzocht om een bevestiging dat de documenten *free of payment* konden worden geleverd aan ACT. Diezelfde dag is aan de Rabobank bericht dat Youngray niet akkoord ging.

Bij e-mail van 24 maart 2017 heeft ACT Youngray gewezen op de *letter of guarantee* van WG. Diezelfde

2 Arrest rov. 2.2 sub a-g.

dag heeft Youngray aan ACT per e-mail laten weten dat zij niet akkoord ging met de *letter of guarantee* en dat WG niet de bevoegdheid zou hebben een dergelijke regeling met ACT overeen te komen voor Youngray.

Procesverloop³

Na daartoe op 24 maart 2017 verlof te hebben gekregen van de voorzieningenrechter, heeft ACT nog diezelfde dag conservatoir derdenbeslag gelegd onder de Rabobank en conservatoir vreemdelingenbeslag gelegd op de documenten voor een vordering begroot op \$ 1.270.000.

Bij dagvaarding van 28 maart 2017 heeft ACT Youngray, WG en Rabobank in rechte betrokken en, kort gezegd, afgifte van de beslagen documenten gevorderd. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van op 29 maart 2017 (het '*verstekvonnis*') tegen alle gedaagden verstek verleend en de vorderingen van ACT toegewezen. Het verstekvonnis is op 30 maart 2017 ten uitvoer gelegd. Rabobank heeft de documenten aan ACT moeten afgeven. De lading is in Huelva uitgeleverd aan Green Fuel.

Bij exploit van 23 mei 2017 is (alleen) Youngray in verzet gekomen tegen het verstekvonnis. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 6 juli 2017 (het '*verzetvonnis*') het verzet gegrond verklaard en het verstekvonnis vernietigd. Volgens de voorzieningenrechter heeft het verzetvonnis – ondanks dat WG en Rabobank wederom niet waren verschenen – te gelden als een vonnis op tegenspraak dat tussen alle partijen is geweest.⁴

Bij exploit van 7 juli 2017 is ACT tegen alle gedaagden in hoger beroep gekomen van het verzetvonnis. Youngray en Rabobank zijn in appel verschenen en hebben de grieven van ACT bestreden. WG heeft wederom verstek laten gaan. Er zijn akten gewisseld en de zaak is bepleit. Het hof heeft geoordeeld dat de grieven falen en het verzetvonnis bekrachtigd.

B. Klachten

1. Hof heeft verzuimd toepassing verzetregeling te corrigeren

1.1. Het hof heeft ten onrechte nagelaten het verzetvonnis jegens WG en Rabobank ambtshalve te vernietigen. Uitgangspunt is dat alleen de partij die een rechtsmiddel insteet hiervan profiteert, en alleen jegens de partij(en) tegen wie het rechtsmiddel wordt aangewend. Partijen tegen of door wie geen rechtsmiddel wordt ingesteld, blijven gebonden aan de (wat hen betreft onbestreden) uitspraak. Onjuist zijn daarom de oordelen van de voorzieningenrechter dat hoewel WG en Rabobank niet in verzet zijn gegaan tegen het verstekvonnis, het verzetvonnis op de voet van artikel 147 lid 1 Rv jo. artikel 140 lid 3 Rv toch mede op hen betrekking heeft (rov. 4.2 verzetvonnis) en dat de vernietiging van het verstekvonnis op het verzet van Youngray ook de toe-

wijzing van de vordering voor zover gericht tegen WG en Rabobank moet raken (rov. 4.9 verzetvonnis). Het is een regel van openbare orde dat verzet (in ieder geval bij deelbare rechtsverhoudingen) alleen geldt voor een partij die verzet heeft ingesteld. ACT heeft tegen het verzetvonnis hoger beroep ingesteld jegens alle gedaagden en geconcludeerd dat het verzetvonnis dient te worden vernietigd. Binnen de aldus getrokken grenzen van de rechtsstrijd had het hof de hiervoor aangehaalde regel van openbare orde ambtshalve moeten toepassen en het verstekvonnis moeten vernietigen voor zover dit is geweest tegen WG en Rabobank.

1.2. Indien het hof heeft miskend dat verzet (in ieder geval bij deelbare rechtsverhoudingen) alleen geldt voor een partij die verzet heeft ingesteld, getuigt dit van een onjuiste rechtsopvatting. Verzet geldt (in ieder geval bij deelbare rechtsverhoudingen) alleen voor een partij die verzet heeft ingesteld.

1.3. Indien het hof heeft miskend dat de regel dat verzet (in ieder geval bij deelbare rechtsverhoudingen) alleen geldt voor een partij die verzet heeft ingesteld een regel van openbare orde is, die op grond van artikel 25 Rv ambtshalve behoort te worden toegepast ook buiten het door de grieven ontsloten gebied, getuigt dit van een onjuiste rechtsopvatting. Deze regel is wel van openbare orde, zodat het hof deze regel ook buiten de grieven om had behoren toe te passen.

1.4. Indien het hof mocht hebben geoordeeld dat de grenzen van de rechtsstrijd in appel geen ruimte gaven voor ambtshalve toepassing van de regel dat verzet (in ieder geval bij deelbare rechtsverhoudingen) alleen geldt voor een partij die verzet heeft ingesteld, is dit onjuist of onbegrijpelijk. De relevante grens van de rechtsstrijd is bepaald door ACT's appelpetitum tot vernietiging van het verzetvonnis jegens alle gedaagden, en genoemde regel biedt grond voor deze vernietiging jegens WG en Rabobank.

1.5. Bovendien heeft ACT in appel het oordeel van de rechtbank in het verzetvonnis dat de vernietiging van het verstekvonnis op het verzet van Youngray ook de toewijzing van de vordering voor zover gericht tegen WG en Rabobank moet raken (rov. 4.9 verzetvonnis) bestreden met het argument: '*Dit is nu juist onmogelijk in een procedure waarbij WG en Rabo[bank] geen partij (...) zijn.*' Aldus heeft ACT voldoende kenbaar aangevoerd dat de rechtbank de werking van het verzet en het verzetvonnis zich niet mocht laten uitstrekken tot WG en Rabobank. Indien het hof dit niet in de memorie van grieven heeft gelezen, heeft het hieraan een onbegrijpelijke uitleg gegeven. Door dit argument van ACT niet te honoreren, heeft het hof, ook indien de in de voorafgaande subonderdelen ingeroepen regel niet van openbare orde mocht zijn, miskend dat dat verzet (in ieder geval bij deelbare rechtsverhoudingen) alleen geldt voor een partij die verzet heeft ingesteld.

1.6. In rov. 2.6 van het arrest heeft het hof geoordeeld dat Youngray verzet kon instellen zonder

³ Arrest p. 1–2 alsmede rov. 2.2 sub h-k en 2.3.

⁴ Rov. 4.2 van het verzetvonnis.

daarbij haar medegedaagden WG en Rabobank te betrekken. Als verzet van één van de gedaagde al tot gevolg mocht hebben dat het geding ook wordt voortgezet ten aanzien van de niet-verschenen gedaagden, dan heeft het hof met dit oordeel in ieder geval miskend dat Youngray als opposant verplicht was WG en Rabobank als niet-opposanten op te roepen,⁵ althans dat WG en Rabobank bij de verzet-procedure hadden moeten worden betrokken. Het is een regel van openbare orde dat een rechterlijke uitspraak ten aanzien van een partij niet zonder betrokkenheid althans oproeping van die partij kan worden vernietigd. In deze zaak is geen aanleiding of ruimte voor toepassing van een uitzondering op deze regel.

2. Non-conformiteitsoordeel onbegrijpelijk In rov. 2.14 oordeelt het hof:

‘Omdat de verplichting van de Rabobank een abstract karakter had, ontstond haar verplichting tot betalen op het moment dat krediet-conforme documenten werden aangeboden. ACT voert in dit kader aan dat Youngray niets te vorderen zou hebben omdat de documenten niet krediet-conform waren. De consequentie van die non-conformiteit zou dan echter zijn geweest dat de documenten zouden zijn teruggestuurd naar de aanbieder en niet aan haar (ACT) zouden zijn vrijgegeven; zij (of haar Koper Green Fuel) had de lading dan niet kunnen opeisen. ACT zet niet uiteen wat haar opstelling onder die omstandigheden zou zijn geweest, terwijl dat wel van haar verwacht mocht worden. Tot het terugsturen van de documenten is het niet gekomen, omdat Rabobank op grond van het vonnis van 29 maart 2017 de documenten heeft vrijgegeven aan ACT. Verdere bespreking van dit verweer is daarmee niet relevant.

ACT voert nog aan dat de afwijkingen in de cognossementen aanleiding gaven tot een debat met WG over de vraag onder welke voorwaarden ACT bereid zou zijn om de documenten toch op te nemen en dat dat heeft geleid tot de verrekeningsafpraak. ACT mocht er echter, zoals hiervoor is overwogen, redelijkerwijs niet van uit gaan dat deze afspraak ook namens Youngray is gemaakt, zodat daarop jegens Youngray een beroep kan worden gedaan.’

2.1. Het oordeel van het hof dat de consequentie van de non-conformiteit van de documenten zou zijn geweest dat de documenten zouden zijn teruggestuurd naar de aanbieder en niet aan haar (ACT) zouden zijn vrijgegeven is onbegrijpelijk in het licht van ACT's stelling dat (cursivering toegevoegd) ‘Als er geen overeenkomst was gekomen tussen ACT en WG over de betaling, dan zouden de documenten (...) zijn teruggestuurd’⁶ in combinatie met ACT's betoog dat er wél een overeenkomst tussen ACT en WG is gekomen, die ACT recht geeft op de docu-

menten.⁷ In het licht van deze argumentatie, waarop het hof niet (kenbaar) is ingegaan, is het oordeel van het hof dat de consequentie van de non-conformiteit van de documenten zou zijn geweest dat de documenten zouden zijn teruggestuurd naar de aanbieder en niet aan haar (ACT) zouden zijn vrijgegeven, niet (zonder meer) begrijpelijk. Hiermee ontvalt ook de (eventuele) draagkracht aan ‘s hofs (voortbouwende) overwegingen (i) dat ACT niet uiteenzet wat haar opstelling onder die omstandigheden zou zijn geweest, terwijl dat wel van haar verwacht mocht worden, (ii) dat het tot het terugsturen van de documenten niet is gekomen, omdat Rabobank op grond van het vonnis van 29 maart 2017 de documenten heeft vrijgegeven aan ACT, en (iii) dat verdere bespreking van dit verweer niet relevant is.

2.2. Het hof heeft met rov. 2.14 oordeel blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft miskend dat het ACT en WG vrijstond om hun koopovereenkomst zo te wijzigen dat ACT op grond van die nadere overeenkomst recht kreeg op de documenten, en dat het er niet toe doet of Youngray aan die overeenkomst is gebonden. Het feit dat Youngray begunstigde is van de l/c doet daaraan niet af. Het kennelijke uitgangspunt van het hof dat de positie van Youngray als begunstigde van de l/c relevant is voor ACT's recht op de documenten op grond van een nadere overeenkomst met WG, is niet begrijpelijk in het licht van ACT's betoog dat de documenten niet krediet-conform waren, dat zij geen contractuele relatie had met Youngray en dat Youngray bij gebreke van conforme documenten geen recht op betaling onder de l/c had.⁸ Dit betoog kan immers, indien gegrond, de conclusie dragen dat ACT op grond van de door haar gestelde nadere overeenkomst met WG⁹ recht had op de documenten. Voor zover de hier bestreden gebreken ook aan rov. 2.9 kleven, geldt dit subonderdeel ook als daartegen gericht.

Conclusie A-G mr. P. Vlas:

In deze kortgedingzaak heeft ACT afgifte gevorderd van documenten (o.a. cognossementen) waarop zij beslag heeft gelegd onder Rabobank. Rabobank had deze documenten onder zich in het kader van een in opdracht van ACT gesteld documentair krediet met Youngray als begunstigde, naar aanleiding van een door ACT en WG gesloten overeenkomst inzake de koop en verkoop van een lading ‘Used Cooking Oil’. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen bij verstekvonnis toegewezen, waarna het vonnis ten uitvoer is gelegd. Van de bij verstek veroordeelde gedaagden (Youngray, WG en Rabobank) is alleen Youngray in verzet gekomen. Na verzet heeft de voorzieningenrechter de jegens alle gedaagden ingestelde vorderingen alsnog afgewezen, welk vonnis door het hof is bekrachtigd. Het cassatiemiddel

⁵ MvG 2, p. 19, Plta ACT in verzet p. 1–2 en 14–16.

⁶ MvG p. 26.

⁷ MvG p. 22–24, 26, 28–29.

⁸ MvG p. 22–24, 26, 28–29.

⁹ MvG p. 22–23 en 28–29.

werpt vragen op met betrekking tot de processuele gevolgen van het instellen van verzet door één (of enkele) van meerdere gedaagden die bij verstekvonnis zijn veroordeeld in een geding waarin géén sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Voorts bevat het middel klachten over het oordeel van het hof dat de documenten niet aan ACT zouden zijn vrijgegeven, indien zij niet kredietconform waren.

1 *Feiten' en procesverloop*

1.1 Vanaf januari 2016 heeft ACT meerdere malen 'Used Cooking Oil' (hierna: UCO) gekocht van WG.

1.2 Op 31 oktober 2016 zijn WG en ACT overeengekomen dat WG ongeveer 2.000 mt UCO (hierna: de lading) verkoopt en levert aan ACT, dat ACT daarvoor een vooruitbetaling doet van \$ 90.675,48 en het resterende bedrag van \$ 1.149.324,52 voldoet via een documentair accreditief ('letter of credit', hierna: l/c). Vervolgens heeft ACT via Rabobank drie l/c's uitgesteld waarin (op verzoek van WG) Youngray als begunstigde is vermeld (hierna: de l/c's). Bij twee van de l/c's treedt Chang Hwa Commercial Bank Ltd op als adviserende bank van Youngray, bij de derde l/c is dat Taiwan Cooperative Bank Ltd.

1.3 ACT heeft de lading doorverkocht aan een derde genaamd Green Fuel Extremadura S.A. (hierna: Green Fuel) op wiens naam de cognosementen zijn uitgemaakt. De cognosementen en andere op de zending betrekking hebbende documenten (hierna: de documenten) zijn door (de banken van) Youngray geleverd aan Rabobank. De UCO is verscheept naar Huelva, Spanje.

1.4 Onder meer omdat WG bij eerdere koopovereenkomsten met ACT geringere volumes had geleverd dan was overeengekomen, terwijl ACT de volledige koopprijs had betaald, had ACT in maart 2017 een vordering op WG van meer dan \$ 1.000.000. In maart 2017 zijn WG en ACT in overleg getreden over de wijze waarop WG dat bedrag zou betalen. Op 17 maart 2017 heeft WG een 'letter of guarantee' opgesteld met daarin de volgende verklaring:

"On the purpose of clearing the outstanding payment, We, Wei Guan Environmental Protection Co., Ltd, on behalf of Youngary Co., Ltd., hereby confirm that we agree to deduct the full amount of invoices of L/C LM133318NRW & LM133465NRW & LM133580NRW, i.e. USD 1.028.806,30. We shall guarantee that our banks (Taiwan Cooperative Bank and Chang Hwa Bank) will send official SWIFT message to RABO Bank, stating above mentioned 3 L/C shall be settled 'free of payment'.

We shall pay ACT via bank transfer for the remaining amount of outstanding payment, i.e. USD 7.423.02."

1.5 Op 23 maart 2017 heeft de Rabobank via een swift-bericht Taiwan Cooperative Bank Ltd verzocht om een bevestiging dat de documenten 'free of payment' kunnen worden geleverd aan ACT. Diezelfde dag heeft Taiwan Cooperative Bank Ltd aan Rabobank laten weten dat Youngray niet akkoord gaat met 'free of payment' met het verzoek 'pls hold the docs until to receive further instructions from us'.

1.6 Bij e-mail van 24 maart 2017 is Youngray door ACT gewezen op de 'letter of guarantee' van WG. Diezelfde dag heeft Youngray per e-mail het volgende laten weten:

"I am very shocked after I saw this letter of guarantee. Because the credit line is my company's, to receive letter of credit is also my company, not Wei Guan. Wei Guan has no right to make any 'one-sided' promise, let alone this is under the circumstance that my company was not aware. This is invalid promise, we and bank would never agree to retiring the documents without payment.

My company and my bank has to follow the normal payment rule of letter of credit, then we can complete this transaction. This is also what I emphasized repeatedly as the reason why your company has to pay fully to retire the documents."

1.7 De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland heeft ACT op 24 maart 2017 verlof verleend voor het leggen van conservatoir derdenbeslag onder Rabobank en conservatoir vreemdelingenbeslag op de documenten voor een vordering begroot op \$ 1.270.000. ACT heeft dit beslag nog dezelfde dag doen leggen.

1.8 Op 28 maart 2017 heeft ACT Youngray, WG en Rabobank in kort geding gedagvaard voor de rechtbank Rotterdam. ACT heeft gevorderd dat de voorzieningenrechter WG en Youngray ieder voor zich en gezamenlijk zal bevelen tot het doen afgeven van de beslagen documenten aan ACT en daartoe al het nodige te doen, waaronder het geven van een ondubbelzinnige instructie aan Rabobank om deze documenten aan ACT te overhandigen, binnen twee uren na mededeling van betekening van het vonnis en op straffe van een dwangsom. Voorts heeft ACT gevorderd dat Rabobank wordt veroordeeld om te handelen conform de aldus gegeven instructie van WG en/of Youngray en zal bepalen dat indien WG en/of Youngray niet binnen de gestelde termijn aan de veroordeling voldoet, het vonnis in de plaats treedt van de instructie aan Rabobank.

1.9 De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 29 maart 2017² verstek verleend tegen Rabobank, WG en Youngray en de vorderingen van ACT toegewezen (hierna: het verstekvonnis).

¹ De feiten zijn ontleend aan rov. 2.2 (onder a t/m h en k) van het bestreden arrest van het hof Den Haag van 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:74, S&S 2019/54.

² De uitspraak is niet gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

1.10 Het verstekvonnis is op 30 maart 2017 ten uitvoer gelegd. Rabobank heeft de documenten aan ACT moeten afgeven. De UCO is vervolgens in Huelva geleverd aan Green Fuel.

1.11 Youngray is — als enige van de gedaagden — bij dagvaarding van 23 mei 2017 in verzet gekomen van het verstekvonnis. Zij heeft uitsluitend ACT opgeroepen te verschijnen in de verzetprocedure. ACT heeft zich onder meer op het standpunt gesteld, met een beroep op de 'exceptio plurium litis consortium', dat Youngray niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in haar verzet, omdat zij heeft nagelaten Rabobank en WG op te roepen.

1.12 Bij vonnis in verzet in kort geding van 6 juli 2017³ heeft de voorzieningenrechter het verstekvonnis vernietigd, de vorderingen van ACT alsnog afgewezen en ACT veroordeeld in de proceskosten. De voorzieningenrechter heeft het beroep op de exceptio plurium litis consortium afgewezen (rov. 4.1-4.5). Voorts heeft de voorzieningenrechter, kort weergegeven, het volgende overwogen. Als uitgangspunt heeft te gelden dat Rabobank met het in opdracht van ACT uitstellen van het documentair krediet een zelfstandige, abstracte verbintenis op zich heeft genomen tegenover Youngray, om aan haar te betalen wanneer zij via haar bank op tijd de gespecificeerde documenten presenteert (rov. 4.6). Gesteld noch gebleken is van een volmacht van Youngray aan WG om haar te vertegenwoordigen. ACT mocht onder de omstandigheden van dit geval er ook niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat WG bevoegd was om namens Youngray op te treden (rov. 4.7). De vernietiging van het verstekvonnis moet ook de toewijzing van de vordering voor zover gericht tegen WG en Rabobank raken. De instructie van WG aan Rabobank dient, gelet op het karakter van de ten gunste van Youngray gestelde l/c's, zonder effect te blijven zolang niet eerst ACT aan haar betalingsverplichting heeft voldaan en dientengevolge de betaling aan Youngray onder de l/c's deugdelijk is afgewikkeld (rov. 4.9).

1.13 ACT heeft hoger beroep ingesteld tegen het verzetvonnis bij het hof Den Haag, onder dagvaarding van Youngray, WG en Rabobank. Youngray en Rabobank zijn in hoger beroep verschenen. Tegen WG is verstek verleend.

1.14 Het hof heeft bij arrest van 15 januari 2019 het verzetvonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd en ACT veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. Daartoe heeft het hof, kort samengevat, het volgende overwogen. Grief 2 stelt aan de orde dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat het verzet kon worden behandeld zonder daarbij de andere partijen die bij verstek waren veroordeeld te betrekken en dat de voorzieningenrechter ten onrechte het beroep op niet-ontvankelijkheid van Youngray heeft verworpen. Volgens het hof faalt deze grief. In dit geding is geen sprake van een processueel ondeelbare rechts-

verhouding, maar van subjectieve cumulatie. Youngray, WG en Rabobank staan ieder in een afzonderlijke relatie tot ACT en hebben ieder ook andere verweermiddelen, die niet doorwerken in de relatie die ieder heeft met ACT. Youngray kon verzet instellen zonder daarin de andere twee partijen te betrekken (rov. 2.4-2.6).

1.15 Ten aanzien van de grieven 3, 4, 5 en 7 heeft het hof overwogen dat deze in de kern de vraag betreffen of het ACT vrijstond met WG een overeenkomst te sluiten zoals zij heeft gedaan en of Youngray daaraan was gebonden. Het hof beoordeelt dit geschil naar Nederlands recht (rov. 2.7). Terrecht heeft de voorzieningenrechter als uitgangspunt genomen dat Rabobank een abstracte verbintenis op zich heeft genomen tegenover Youngray en dat deze los staat van de andere in deze zaak relevante rechtsverhoudingen. Strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden is geboden. Bij de uitleg van een dergelijke garantie komt groot gewicht toe aan de (strikte) te lezen bewoordingen daarvan (rov. 2.8). In het kader van de rechtsverhouding tussen WG en ACT (overeenkomst van koop en verkoop) stond het ACT vrij met WG een andere (nadere) overeenkomst te sluiten met betrekking tot de betaling van de koopprijs. Deze kon ook inhouden verrekening buiten de l/c's om. Indien de l/c's zouden zijn gesteld op naam van WG zou ACT jegens WG (wellicht) recht hebben op afgifte zonder betaling. Zodanige (nadere) overeenkomst kan in beginsel geen wijziging brengen in de relatie tussen de bank en een recht-hebbende niet-contractspartij, nu dit een zelfstandige rechtsverhouding betreft, die onafhankelijk is van de onderliggende contracten en (eventuele) in het kader daarvan gerezen geschillen. Gesteld noch gebleken is dat in de voorwaarden van de onderhavige garantie in dat opzicht een voorbehoud is gemaakt. Het voorgaande kan anders zijn indien redelijkerwijs moet of mocht worden aangenomen dat Youngray akkoord was met die verrekening (rov. 2.9). Niet is gesteld of gebleken dat WG in het bezit was van een volmacht van Youngray of dat Youngray ondubbelzinnige goedkeuring heeft gegeven aan ACT voor de verrekening (rov. 2.10). ACT stelt dat Youngray bij haar de indruk heeft gewekt dat WG haar mocht vertegenwoordigen. De feiten en omstandigheden die ACT hieraan ten grondslag heeft gelegd zijn voorshands ieder voor zich, noch in onderlinge samenhang, zodanig dat ACT op grond hiervan mocht aannemen dat WG een zo vergaande vertegenwoordigingsbevoegdheid had voor Youngray dat zij in naam van Youngray akkoord mocht gaan met een verrekening en levering van de documenten 'free of payment' (rov. 2.11-2.13). Omdat de verplichting van Rabobank een abstract karakter had, ontstond haar verplichting tot betalen op het moment dat krediet-conforme documenten werden aangeboden. ACT voert in dit kader aan dat Youngray niets te vorderen zou hebben van Rabobank omdat de documenten niet krediet-conform waren. De consequentie van die niet-conformiteit

3 ECLI:NL:RBROT:2017:5248, NJF 2018/25.

zou dan echter zijn geweest dat de documenten zouden zijn teruggestuurd naar de aanbieder en niet aan haar (ACT) zouden zijn vrijgegeven; zij (of haar koper Green Fuel) had de lading dan niet kunnen opeisen. ACT zet niet uiteen wat haar opstelling onder die omstandigheden zou zijn geweest, terwijl dat wel van haar verwacht mocht worden. Tot het terugsturen van de documenten is het niet gekomen, omdat Rabobank op grond van het vonnis van 29 maart 2017 de documenten heeft vrijgegeven aan ACT. Verdere bespreking van dit verweer is daarmee niet relevant. ACT voert nog aan dat afwijkingen in de cognosementen aanleiding gaven tot een debat met WG over de vraag onder welke voorwaarden ACT bereid was om de documenten toch op te nemen en dat dat heeft geleid tot de verrekeningsafpraak. ACT mocht er echter redelijkerwijs niet op vertrouwen dat deze afspraak ook namens Youngray is gemaakt, zodat daarop jegens Youngray geen beroep kan worden gedaan (rov. 2.14).

1.16 Volgens het hof falen ook de grieven 6 en 8, waarin ACT aan de orde stelt dat een belangenafweging waarbij alle feiten en omstandigheden in aanmerking zouden zijn genomen, tot de beslissing zou hebben geleid dat de documenten moesten worden overhandigd om grote schade te voorkomen. Het hof is van oordeel dat weliswaar enerzijds voorshands voldoende aannemelijk is dat ACT groot belang had bij afgifte van de documenten, maar dat anderzijds voorshands even aannemelijk is dat een vordering tot afgifte van de documenten niet zou zijn toegewezen zonder dat ACT een tegenprestatie zou hebben moeten verrichten, zoals het stellen van een (bank)garantie. De veroordeling tot afgifte van de documenten tegenover de tegenprestatie zou dan de rechtmatige toestand hebben weergegeven. Op het moment waarop de voorzieningenrechter het bestreden vonnis heeft gewezen, was dit achterhaald door de feiten en kon de rechtmatige toestand niet alsnog worden verwezenlijkt (2.16). Uitgangspunt is dat slechts indien sprake is van een kennelijk willekeurige of bedriegelijke claim van de zijde van de begunstigde, uitbetaling onder de bankgarantie kan worden geweigerd. Dat van een dergelijke situatie sprake is, heeft ACT onvoldoende onderbouwd en is voorshands evenmin onvoldoende aannemelijk geworden (rov. 2.17). Conclusie is dat ACT er naar voorlopig oordeel niet op mocht vertrouwen dat WG ook namens Youngray optrad. Evenmin kan naar voorlopig oordeel worden aangenomen dat in een procedure de documenten zonder tegenprestatie zouden zijn vrijgegeven. De overige door de grieven aan de orde gestelde onderwerpen behoeven geen bespreking, omdat zij niet kunnen leiden tot een andere conclusie. (rov. 2.18).

1.17 ACT heeft tijdig⁴ cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van 15 januari 2019. Youngray heeft verweer gevoerd en geconcludeerd tot verwerving

van het cassatieberoep. ACT en Youngray hebben hun standpunt schriftelijk doen toelichten. ACT heeft vervolgens van repliek gediend. Tegen WG en Rabobank is verstek verleend.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen, die uiteenvallen in verschillende subonderdelen.

2.2 *Onderdeel 1*, dat is opgebouwd uit zes subonderdelen, klaagt in de kern dat het hof heeft verzuimd de onjuiste toepassing van de verzetregeling door de voorzieningenrechter te corrigeren en het verzetvonnis (al dan niet ambtshalve) te vernietigen.

2.3 Het *primaire* standpunt van onderdeel 1, dat is uitgewerkt in de subonderdelen 1.1-1.5, houdt in dat het verzetvonnis niet kon worden gewezen tegen WG en Rabobank, omdat zij niet zelf in verzet zijn gekomen van het verstekvonnis. Betoogd wordt dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat het verzetvonnis, hoewel WG en Rabobank geen verzet hebben ingesteld tegen het verstekvonnis, op de voet van art. 147 lid 1 Rv in verbinding met art. 140 lid 3 Rv toch mede op hen betrekking heeft (rov. 4.2 van het verzetvonnis) en dat de vernietiging van het verstekvonnis op het verzet van Youngray ook de toewijzing van de vordering voor zover gericht tegen WG en de Rabobank moet raken (rov. 4.9 van het verzetvonnis). Het onderdeel klaagt dat het hof het verzetvonnis ambtshalve had moeten vernietigen, omdat het een regel van openbare orde is dat verzet (in ieder geval bij deelbare rechtsverhoudingen) alleen geldt voor een partij die verzet heeft ingesteld en het hof deze regel ambtshalve (en ook buiten de grieven om) had moeten toepassen (*subonderdelen 1.1-1.4*). Voor het geval dat deze regel niet van openbare orde zou zijn, klaagt *subonderdeel 1.5* dat het hof een onbegrijpelijke uitleg aan de grieven heeft gegeven, omdat ACT wel degelijk voldoende kenbaar heeft aangevoerd dat de voorzieningenrechter de werking van het verzet en het verzetvonnis niet mocht laten uitstrekken tot WG en Rabobank. Het *subsidiäre* standpunt van onderdeel 1, dat is opgenomen in *subonderdeel 1.6*, houdt in dat het hof met zijn oordeel in rov. 2.6 heeft miskend dat Youngray als opposant verplicht was WG en Rabobank in verzet op te roepen, althans dat zij in de verzetprocedure hadden moeten worden betrokken.

2.4 De klachten van onderdeel 1 werpen verschillende vragen op met betrekking tot de procesuele gevolgen van het instellen van verzet door één (of enkele) van meerdere gedaagden die bij verstekvonnis zijn veroordeeld. Allereerst moet de vraag worden beantwoord tussen welke partijen in deze situatie een vonnis wordt gewezen: tussen alle partijen of slechts tussen de opposant (de oorspronkelijk gedaagde die in verzet is gekomen) en de geopposeerde (de oorspronkelijke eiser)? Indien het verzetvonnis tevens wordt gewezen tegen de gedaagden die niet in verzet zijn gekomen, rijst de

⁴ De procesinleiding in cassatie is ingediend op 11 maart 2019. De cassatietermijn in deze zaak bedraagt op de voet van art. 402 lid 2 Rv in verbinding met art. 339 lid 2 Rv acht weken.

tweede vraag of deze gedaagden kunnen profiteren van de door de opposant in de verzetprocedure gevoerde verweren. De derde vraag betreft de kwestie of de opposant de medegedaagden moet oproepen in de verzetprocedure.

2.5 Bij de bespreking van de klachten stel ik het volgende voorop. De onderhavige procedure betreft een kort geding. De wettelijke regeling betreffende verstek en verzet (art. 139-148 Rv) is in de kortgedingprocedure van toepassing, voor zover de aard van de kortgedingprocedure zich daartegen niet verzet (vgl. art. 78 Rv).⁵ Ingevolge art. 143 lid 1 Rv kan de gedaagde die in kort geding bij verstek⁶ is veroordeeld, daartegen verzet doen. Verzet moet worden gedaan bij exploit van dagvaarding en de termijn daarvoor bedraagt (ook in kort geding) vier weken na betekening van het vonnis of de in art. 143 lid 2 Rv omschreven akte aan de gedaagde in persoon, na het plegen door de gedaagde van een daad van bekendheid met het vonnis of met de aangevangen executie dan wel binnen vier weken nadat het vonnis ten uitvoer is gelegd (art. 143 lid 2 en lid 3 Rv). Deze verzettermijn is acht weken indien sprake is van een in het buitenland woonachtige niet-verschenen gedaagde. Het verzet moet in kort geding worden gedaan bij de voorzieningenrechter (art. 259 Rv).⁷ Ook in verzet blijft derhalve sprake van een kortgedingprocedure; het vonnis dat in verzet wordt gewezen is dus ook een kortgedingvonnis.⁸ Door het instellen van verzet wordt het kort geding heropend (art. 147 lid 1 Rv), en opnieuw op tegenspraak behandeld volgens de procesrechtelijke voorschriften die gelden voor het kort geding.⁹ De ratio van het verzet is gelegen in het beginsel van hoor en wederhoor. Het verzet biedt de gedaagde die in het geding niet was verschenen en zijn belangen bij de rechter niet kon verdedigen, daartoe alsnog de gelegenheid.¹⁰

2.6 Ik bespreek als eerste de vraag tussen welke partijen in de verzetprocedure uitspraak moet worden gedaan, indien meerdere partijen in het verstekvonnis zijn veroordeeld en slechts één van deze partijen in verzet is gekomen. Het antwoord op

deze vraag is afhankelijk van de karakterisering van het verzet.¹¹ In de rechtspraak en literatuur komt tot uitdrukking dat het verzet een tweeslachtig karakter heeft. Enerzijds is het een rechtsmiddel waarmee het op verstek gewezen vonnis kan worden aangetast, anderzijds heeft het verzet de strekking dat het geding waarin verstek is verleend, op tegenspraak in dezelfde instantie wordt voortgezet.¹²

2.7 Indien het 'rechtsmiddelkarakter' van het verzet prevaleert,¹³ zal het verstekvonnis voor de niet-verschenen gedaagden die niet in verzet zijn gekomen — ongeacht een grond bevonden verzet van een medegedaagde — kracht van gewijsde krijgen. Volgens deze 'rechtsmiddelbenadering' worden de gedaagden die niet in verzet zijn gekomen geen partij in de verzetprocedure.

2.8 In de huidige wettelijke regeling van het verzet ligt de nadruk evenwel niet op het rechtsmiddelkarakter, maar op het 'voorzettingskarakter'. Nadat de Hoge Raad in een arrest uit 1995¹⁴ over de gevolgen van verval van instantie in de verzetprocedure het rechtsmiddelkarakter de doorslag liet geven (de Hoge Raad oordeelde dat door verval van instantie een einde kwam aan de verzetprocedure en dat het verstekvonnis daarmee kracht van gewijsde verkrijgt), heeft de wetgever zich ervoor ingespannen dat het voorzettingskarakter van het verzet nadrukkelijker in de wet tot uiting komt. Sinds de herziening van het burgerlijk procesrecht per 1 januari 2002 is in de wet neergelegd dat door verval van instantie na verzet ook het verstekvonnis vervalt (art. 148 Rv). Verder is bij de Aanpassingswet van 8 september 2005¹⁵ (in werking getreden op 15 oktober 2005) in art. 147 lid 1 Rv uitdrukkelijk opgenomen dat door het verzet de instantie wordt heropend.

2.9 Nu in het huidige recht het primaat lijkt te liggen bij het voorzettingskarakter van het verzet, valt er veel voor te zeggen dat het verzet van één van de gedaagden leidt tot een nieuwe uitspraak op

5 Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 259 Rv, aant. 1; P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 139 Rv, aant. 3.3 en art. 143 Rv, aant. 3.2; Hugenholtz/Heemskerck, *Hoofddlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, 2018, nr. 162; *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/91.

6 Het Procesreglement kort gedingen rechtbanken handel/familie (elfde versie, in werking vanaf februari 2020) bepaalt in art.12.1 dat indien de gedaagde partij niet op de mondelinge behandeling verschijnt en alle wettelijke formaliteiten in acht zijn genomen, verstek tegen haar wordt verleend. Het in 2017 geldende Procesreglement kort gedingen rechtbanken, kanton, bevatte dezelfde bepaling.

7 Vóór 1 januari 2002 moest in kort geding op grond van art. 294 Rv (oud) verzet worden gedaan bij de rechtbank.

8 Hugenholtz/Heemskerck, t.a.p.

9 Vgl. *Asser Procesrecht/Boonekamp* 6 2020/156; *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/91.

10 Zie HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473, NJ 2015/320, m.nt. F.M.J. Verstijlen, rov. 3.3.4; HR 23 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1902, NJ 1993/559, m.nt. J.M.M. Maeijer, rov. 3.3.

11 Zie P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 143 Rv, aant. 2.1; M. Ynzonides, *Verstek en verzet*, diss. EUR, 1996, p. 137-139; de annotatie van K. Teuben bij Ktr. Rb Utrecht 8 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ7393, JBPR 2010/63.

12 Zie o.a. HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3741, NJ 2014/142, m.nt. L. Strikwerda, rov. 3.3.2; HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1710, NJ 1995/682, m.nt. H.E. Ras, rov. 3.4; Ynzonides, a.w., p. 127 e.v.; P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 143 Rv, aant. 2.1; H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2017, nr. 249.

13 Von Schmidt auf Altenstadt lijkt voorstander te zijn van de 'rechtsmiddelbenadering', maar sluit niet uit dat de Hoge Raad op dit punt de 'voorzettingsbenadering' zal volgen. Zie *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 143 Rv, aant. 2.2.

14 HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1710, NJ 1995/682, m.nt. H.E. Ras.

15 Wet van 8 september 2005 tot aanpassing van enkele onderdelen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met het nieuwe procesrecht, Stb. 2005, 455. Zie ook MvT, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 119; MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 863, nr. 3, p. 8, waarin is opgemerkt dat voor de nieuwe regeling van verzet uitgangspunt is dat door het verzet de instantie wordt heropend.

tegenspraak tussen alle partijen, dus ook de gedaagden die niet in verzet zijn gekomen. Het gevolg daarvan is dat na vernietiging of bekrachtiging van het verstekvonnis voor alle partijen — dus ook voor de niet-verschenen gedaagden die geen verzet hebben ingesteld — nog slechts het rechtsmiddel van hoger beroep openstaat (tegen het verzetvonnis). Een dergelijke benadering sluit aan bij het systeem van de wet.¹⁶ Op grond van art. 140 lid 3 Rv geldt immers dat wanneer ten minste één van de gedaagden in het geding verschijnt en tegen de andere gedaagde(n) verstek wordt verleend één vonnis wordt gewezen, dat wordt beschouwd op tegenspraak te zijn. Deze regeling strekt ertoe dat in gevallen waarin een vordering tegen meer gedaagden wordt ingesteld, tussen de eiser(s) en de gedaagden geen tegenstrijdige vonnissen ten aanzien van eenzelfde rechtsbetrekking worden gewezen.¹⁷ Bij de heropening en voortzetting van de instantie door het verzet past dat art. 140 Rv van (overeenkomstige) toepassing is.¹⁸ Deze benadering ligt ook in de lijn van een arrest van de Hoge Raad uit 1943.¹⁹ Deze zaak had betrekking op een verzet tegen een bevelschrift op grond van art 69 Armenwet (oud) door één van de erfgenamen op wie het bevelschrift kon worden verhaald. De Hoge Raad oordeelde dat de vraag of het verzet ook betekenis had ten opzichte van de andere gedaagden (tussen de gedaagden was geen sprake van een procesueel ondeelbare rechtsverhouding), moest worden opgelost overeenkomstig hetgeen op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geldt in een geval dat 'bij een tegen meer dan één gewezen gedaagde gewezen verstekvonnis één hunner verzet doet'. Volgens de Hoge Raad volgt uit toepassing van het in art. 79 lid 2 Rv (oud) neergelegde beginsel, dat tussen alle partijen opnieuw uitspraak wordt gedaan bij één en hetzelfde vonnis, dat ten opzichte van alle partijen als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd. In deze zaak heeft de Hoge Raad dus de voortzettingsbenadering gevolgd.²⁰

2.10 De voortzettingsbenadering heeft zowel voordelen als nadelen. Een belangrijk voordeel is dat de zaak in verzet één geheel blijft en niet uiteenvalt in verschillende procedures doordat de andere niet-verschenen gedaagden ieder afzonderlijk verzet instellen binnen de voor hen geldende verzettermijn (die op de voet van art. 143 Rv voor iedere gedaagde op een ander moment kan ingaan). Een nadeel is dat de overige niet-verschenen gedaagden zich niet bij het verstekvonnis kunnen neerleggen

en tegen hun wil kunnen worden gebonden aan het verzetvonnis. Ook kunnen zij inmiddels een schikking hebben bereikt met de oorspronkelijke eiser en daarom geen behoefte hebben aan een hernieuwde behandeling van de zaak.²¹ Deze nadelen zijn naar mijn mening echter niet van dien aard dat zij opwegen tegen het voordeel dat de zaak als geheel bijeen blijft.

2.11 In dat kader is van belang, en daarmee kom ik toe aan beantwoording van de tweede vraag die door onderdeel 1 wordt opgeworpen, dat de medegedaagden die niet in verzet zijn gekomen van het verstekvonnis (in beginsel) niet kunnen profiteren van een door een andere gedaagde ingesteld verzet, ook al wordt in verzet een nieuw, tussen alle partijen geldend verzetvonnis gewezen. In cassatie staat vast dat in dit geding *geen* sprake is van een procesueel ondeelbare rechtsverhouding, dat wil zeggen: een rechtsverhouding waarbij het rechtens noodzakelijk is dat een beslissing daarover in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle betrokkenen bij die rechtsverhouding.²² Het cassatiemiddel komt niet op tegen het in rov. 2.6 gegeven oordeel van het hof dat van een dergelijke rechtsverhouding geen sprake is, maar van subjectieve cumulatie. Bij subjectieve cumulatie (aan de zijde van de gedaagden) is sprake van verschillende, voor afzonderlijke berechting vatbare rechtsvorderingen, die vanwege hun samenhang in één procedure zijn samengevoegd. Deze samenvoeging ontnemt aan de desbetreffende afzonderlijke zaken niet hun zelfstandigheid.²³ Een door een verschenen gedaagde gevoerd en door de rechter aanvaard verweer, strekt dus — in zaken waarin geen sprake is van een procesueel ondeelbare rechtsverhouding — niet mede ten gunste van de andere (niet verschenen) gedaagde(n).²⁴ De afzonderlijke zaken kunnen daarom tot van elkaar afwijkende, zelfs tegenstrijdige, beslissingen leiden.²⁵ In de verzetprocedure geldt mijns inziens niet een ander uitgangspunt. Indien in de verzetprocedure de medegedaagden niet alsnog verschijnen, blijft het tegen hen verleende verzet gehandhaafd en zal de rechter de tegen hen ingestelde vordering moeten toewijzen indien deze hem niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Daarbij dient de rechter de door de opposant gevoerde verweren buiten beschouwing te laten. Het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad uit 1943 lijkt echter van een andere opvatting uit te gaan. De Hoge Raad heeft destijds overwogen dat 'de wet er hierbij van uitgaat, dat de

16 Zie ook de noot van K. Teuben bij Ktr. Rb Utrecht 8 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ7393, *JBPR* 2010/63.

17 HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, *NJ* 2016/89, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.1; HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2911, *NJ* 2000/290, m.nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.2.

18 Ook A.L.M. van Mierlo en J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, 2011, nr. 199, gaan ervan uit dat art. 140 Rv ook in verzet van toepassing is.

19 HR 18 juni 1943, ECLI:NL:HR:1943:46, *NJ* 1943/511.

20 Zie ook Ynzonides, a.w., p. 138, alsmede de reeds aangehaalde noot van Teuben, *JBPR* 2010/63 onder nr. 5.

21 Zie Ynzonides, a.w., p. 139, alsmede de reeds aangehaalde noot van Teuben, t.a.p.

22 Zie HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, *NJ* 2018/81, m.nt. H.B. Krans, rov. 3.4 e.v.; HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:649, *NJ* 2018/214, *JBPR* 2018/33, m.nt. F.J.P. Lock, rov. 3.3.

23 Zie o.a. HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7414, *NJ* 2009/289, m.nt. P.C.E. van Wijmen, rov. 3.6; HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1032, *NJ* 2009/477, m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.4.

24 Zie HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2911, *NJ* 2000/290, m.nt. J.B. Vranken, rov. 3.2.

25 *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/28.

rechter bij dit vonnis ook den eisch tegen de niet-verschenen gedaagden opnieuw zal beoordelen en, gelet mede op hetgeen door den wel verschenen gedaagde is aangevoerd ten opzichte van hetgeen van hem gevorderd wordt, den eisch tegen de niet-verschenenen zal kunnen afwijzen, indien deze den rechter — gelijk art. 76 zegt — onrechtmatig of ongegrond voorkomt.²⁶ Naar mijn mening is deze overweging van de Hoge Raad in het licht van bovengenoemd uitgangspunt bij subjectieve cumulatie achterhaald.²⁷

2.12 De derde vraag die door onderdeel 1 van het cassatiemiddel aan de orde is gesteld, is of de opposant verplicht is om de overige niet-verschenen gedaagden op te roepen. Mijns inziens is dat niet het geval. De wet bevat niet een dergelijk voorschrift. Ingevolge art. 79 Rv (oud) werd verondersteld dat een tweede oproeping van de niet-verschenen gedaagden noodzakelijk was, indien na verstekverlening werd voortgeprocedeerd tegen de verschenen gedaagden. Op grond daarvan werd wel aangenomen dat de niet-verschenen gedaagden ook in het verzet moesten worden opgeroepen door de opposant.²⁸ Het voorschrift van de tweede oproeping is bij de herziening van het burgerlijk procesrecht in 2002 geschrapt. In de memorie van toelichting is vermeld dat met de bestaande grote behoefte aan snelheid en efficiëntie niet goed te rijmen is dat iemand die reeds met inachtneming van alle voorschriften is gedagvaard, opnieuw moet worden gedagvaard, met alle kosten en tijdverlies van dien, alleen omdat hij niet, maar andere gedaagden wél in het geding waren verschenen. Volgens de toelichting is de hoofdregel dat één goede oproep voldoende moet zijn. De gedaagde kan aan het exploit zien dat er meer gedaagden zijn en kan dus rekening houden met het in art. 140 lid 3 Rv geregelde gevolg van niet-verschijnen. Voor alle duidelijkheid is in art. 111 lid 2, aanhef en onder j Rv voorgeschreven dat dit gevolg van niet-verschijnen in het exploit van dagvaarding moet worden vermeld.²⁹

2.13 Gelet op de hoofdregel dat één goede oproep voldoende is, ligt het voor de hand dat de niet-verschenen medegedaagden niet opnieuw behoeven te worden opgeroepen door de opposant. Oproeping van de medegedaagden kan — temeer als deze in het buitenland woonachtig zijn — een kostbare aangelegenheid zijn. Tegen deze gedaagden is verstek verleend, zodat mag worden aangenomen dat zij reeds rechtsgeldig zijn opgeroepen. In de inleidende dagvaarding zijn zij erop gewezen dat meerdere gedaagden zijn opgeroepen en dat de consequentie van het verschijnen van ten minste één van die gedaagden is dat tussen alle partijen een vonnis op tegenspraak wordt gewezen. Het maakt

mijns inziens geen verschil dat dit rechtsgevolg aanvankelijk niet intreedt, maar eerst na voortzetting van het geding in verzet. Er kan worden verondersteld dat de medegedaagden dit risico bewust hebben aanvaard door ondanks rechtsgeldige oproeping niet te verschijnen. Bovendien waren deze gedaagden al partij in de procedure die in het verzet wordt voortgezet. Oproeping is derhalve niet noodzakelijk om te bewerkstelligen dat zij partij worden in de verzetprocedure.³⁰

2.14 Na deze bespreking van de in 2.4 genoemde vragen keer ik terug naar de klachten van *onderdeel 1*. Uit het voorgaande volgt dat de klachten getuigen van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover deze ervan uitgaan dat het verzetvonnis niet — althans niet zonder oproeping/betrokkenheid van de andere niet verschenen medegedaagden — kan gelden als een vonnis op tegenspraak tussen *alle partijen*.

2.15 Indien en voor zover het onderdeel beoogt te betogen dat WG en Rabobank — nu zij zelf niet in verzet zijn gekomen — niet kunnen profiteren van de door Youngray in verzet aangevoerde verweren, is dat betoog op zichzelf (mogelijk) terecht. Dit kan echter niet tot cassatie leiden. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof aangenomen dat ACT in hoger beroep ter zake geen grieven heeft aangevoerd. In rov. 2.4 van het bestreden arrest heeft het hof overwogen dat grief 2 (slechts) aan de orde stelt dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat het verzet kon worden behandeld zonder daarbij de andere partijen die bij verstek waren veroordeeld te betrekken en dat de voorzieningenrechter het beroep op niet-ontvankelijkheid van Youngray heeft verworpen. Dit is geen onbegrijpelijke vaststelling in het licht van de toelichting op grief 2, waarin ACT heeft betoogd dat de instantie niet kon worden geopend zonder dat de gedaagde partijen (WG en Rabobank) die geen verzet hebben ingesteld daarvan op de hoogte zijn of zijn opgeroepen.³¹ ACT heeft in hoger beroep niet aangevoerd dat bij een deelbare rechtsverhouding, zoals hier — in cassatie onbestreden — aan de orde, de verweren die de opposant in verzet aanvoert niet mede strekken ten gunste van de medegedaagden. Integendeel, ACT heeft zich in het hoger beroep juist op het standpunt gesteld dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding en het noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van alle partijen hetzelfde luidt.³²

2.16 De regel dat de medegedaagden die niet in verzet zijn gekomen van een verstekvonnis (in beginsel) niet kunnen profiteren van de door de opposant aangevoerde verweren, is niet van openbare orde. Niet alle regels van procesrecht hebben een dermate fundamenteel en dwingend karakter dat de appelrechter die constateert dat de rechter in

26 Zie over dit arrest ook Ynzonides, a.w., p. 64.

27 Zie ook E. Gras in zijn noot bij hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8312, *JBPR* 2014/20, onder nr. 7 en 13.

28 Zie HR 19 december 1946, ECLI:NL:HR:1946:48, *NJ* 1947/61, m.nt. D.J. Veegens; Ynzonides, a.w., p. 137.

29 Zie *MvT, Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 117.

30 Zie ook de reeds aangehaalde noot van Teuben, *JBPR* 2010/63, onder nr. 7-9.

31 Zie de memorie van grieven van ACT, p. 18-21.

32 Zie de memorie van grieven van ACT, p. 20-21.

eerste aanleg in strijd heeft gehandeld met die regel, het bestreden vonnis ambtshalve, buiten de grieven om, dient te vernietigen. Niet van openbare orde is bijvoorbeeld de regel dat de rechter de feitelijke grondslag (rechtsfeiten) niet mag aanvullen (art. 24/25 Rv). Indien de appelrechter ambtshalve vaststelt dat de rechter in eerste aanleg de feitelijke grondslag van de eis of het verweer heeft aangevuld, mag hij het vonnis dus niet vernietigen indien appellant ter zake geen grief heeft aangevoerd.³³ De rechter die aanneemt dat het verweer van de ene gedaagde tevens strekt ten gunste van de andere gedaagde, handelt eveneens in strijd met het verbod tot aanvulling van de feitelijke grondslag. In kort geding is dit verbod in beginsel ook van toepassing. Vanwege het bijzondere karakter van de kortgedingprocedure (als spoedprocedure die mede wordt gekenmerkt door een flexibele, grotendeels mondelinge procesvoering en gericht is op een spoedige en efficiënte afdoening van het geschil tussen partijen)³⁴ is voor een al te strikte toepassing van art. 24 en 25 Rv – althans in eerste aanleg – geen plaats.³⁵ Voor zover moet worden geoordeeld dat de voorzieningenrechter in het verzetvonnis heeft gehandeld in strijd met deze artikelen, was het hof niet gehouden het verzetvonnis ambtshalve (buiten de grieven om) te vernietigen, nu geen sprake is van een regel van openbare orde.

2.17 Het voorgaande brengt mee dat alle klachten van onderdeel 1 falen.

2.18 *Onderdeel 2*, dat bestaat uit twee subonderdelen, is gericht tegen het in rov. 2.14 vervatte oordeel van het hof dat de consequentie van de non-conformiteit van de documenten zou zijn geweest dat de documenten zouden zijn teruggestuurd naar de aanbieder en niet aan ACT zouden zijn vrijgegeven. Volgens *subonderdeel 2.1* is dit oordeel onbegrijpelijk in het licht van het betoog van ACT dat de documenten zouden zijn teruggestuurd als er geen overeenkomst was gekomen tussen ACT en WG over de betaling en er wel een overeenkomst is gekomen tussen ACT en WG die recht geeft op de documenten, op welk betoog het hof niet (kenbaar) is ingegaan. *Subonderdeel 2.2* betoogt dat het oordeel in rov. 2.14 blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof daarmee heeft miskend dat het ACT en WG vrijstond om hun koopovereenkomst zo te wijzigen dat ACT op grond van die nadere overeenkomst recht kreeg op de documenten en dat het er niet toe doet of Youngray aan die overeenkomst is gebonden. Voorts klaagt het subonderdeel dat het kennelijke uitgangspunt van het hof dat de positie van Youngray als begunstigde van de l/c

relevant is voor het recht van ACT op de documenten, niet begrijpelijk is in het licht van het betoog van ACT dat de documenten niet-conform waren, dat zij geen contractuele relatie had met Youngray en dat Youngray bij gebreke van conforme documenten geen recht had op betaling onder de l/c. Het subonderdeel is ook gericht tegen rov. 2.9, voor zover de bestreden gebreken ook aan die overweging kleven.

2.19 De passages in de memorie van grieven waarnaar het onderdeel verwijst,³⁶ laten evenwel geen andere conclusie toe dan dat ACT zich in hoger beroep op het standpunt heeft gesteld dat de documenten niet-kredietconform waren en door Rabobank zouden zijn teruggestuurd naar (de Taiwanese banken van) de aanbieder (volgens ACT was dit WG), indien daarop geen beslag zou zijn gelegd door ACT. Blijkens de stellingen van ACT bevonden deze documenten zich ten tijde van de beslaglegging enkel nog bij Rabobank in afwachting van verificatie door Youngray van de door ACT gestelde overeenkomst over levering van de documenten 'free of payment'. Volgens ACT zou Rabobank, nadat Youngray had betwist deze overeenkomst te hebben gesloten, de documenten hebben geretourneerd indien daartoe tijdig instructie was gegeven.³⁷ Mede in het licht van deze stellingen is het niet onbegrijpelijk dat het hof heeft aangenomen dat de consequentie van de non-conformiteit van de documenten (in de hypothetische situatie zonder beslaglegging) zou zijn geweest dat deze zouden zijn teruggestuurd aan de aanbieder³⁸ en niet zouden zijn vrijgegeven aan ACT. In de volgende passage in rov. 2.14 ('ACT zet niet uiteen... terwijl dat wel van haar verwacht mocht worden') ligt besloten dat het beroep van ACT op de met WG gesloten overeenkomst niet voldoende is om aan te nemen dat ACT recht heeft op afgifte van de (niet kredietconforme) documenten. Uit rov. 2.9, rov. 2.13 (eerste zin) en rov. 2.14 (laatste zin) volgt dat het hof van oordeel is dat Youngray moet instemmen met afgifte van de documenten 'free of payment'. Dat oordeel is niet onjuist

³⁶ Memorie van grieven, p. 22-24, 26, 28-29.

³⁷ Zie p. 24 van de memorie van grieven: '(...) de gewone gang van zaken [is] dat wanneer de koper niet bereid is de afwijkingen te accepteren (...), de documenten zullen worden teruggestuurd aan degene die ze oorspronkelijk had gepresenteerd, hier WG (...). Zie voorts p. 26: 'Als er geen overeenkomst was gekomen tussen ACT en WG over de betaling dan zouden de documenten aan de Taiwanese banken vertegenwoordigers van WG, die de documenten bij dezen had ingediend, zijn teruggestuurd. (...) Toen bleek dat YR [Youngray, A-G] de gesloten overeenkomst, althans haar in de garantie van WG besloten instemming daarmee, meende te moeten betwisten zouden de documenten, die tot op dat moment met instemming van allen voorlopig bij Rabo waren gebleven, als daartoe tijdig instructie was gegeven aan WG zijn geretourneerd. Dit kon echter niet meer toen beslag was gelegd op die documenten (...)'.
³⁸ Het hof heeft in rov. 2.14 niet gespecificeerd wie de 'aanbieder' is. Omdat het hof in rov. 2.2 onder c als vaststaand feit heeft aangenomen dat de documenten door (de banken van) Youngray zijn geleverd aan Rabobank en dit in cassatie niet is bestreden, kan in deze procedure tot uitgangspunt dienen dat (de banken van) Youngray de aanbieder is (zijn).

³³ Zie Ras/Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, 2017, nr. 59, met verwijzing naar HR 31 maart 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6230, NJ 1978, 467, m.nt. W.H. Heemskerk en HR 13 maart 1959, ECLI:NL:HR:1959:113, NJ 1959, 251. Vgl. Snijders/Wendels, *Civiel appel*, 2009, nr. 235.

³⁴ Vgl. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1087, NJ 2016/56, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.2.

³⁵ Zie Asser *Procesrecht/Boonekamp* 6 2020/129-130.

en niet onbegrijpelijk in het licht van het in cassatie onbestreden uitgangspunt dat de rechtsverhouding tussen Rabobank en Youngray een zelfstandige rechtsverhouding betreft, die onafhankelijk is van de onderliggende (koop)contracten, en derhalve niet wordt beïnvloed door tussen ACT en WG gemaakte afspraken over verrekening. Onderdeel 2 faalt derhalve.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaken C/10/523773 / KG ZA 17-319 en C/10/527441 / KG ZA 17-538 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam van 29 maart 2017 en 6 juli 2017;
 - b. het arrest in de zaak 200.224.715/01 van het gerechtshof Den Haag van 15 januari 2019.
- ACT heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Youngray heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

Tegen WG en Rabobank is verstek verleend.

De zaak is voor ACT en Youngray toegelicht door hun advocaten, voor ACT mede door E.J. Teijgeler.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van ACT heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) WG heeft aan ACT een lading 'used cooking oil' verkocht. ACT heeft daarvoor een aanbetaling gedaan en partijen zijn overeengekomen dat ACT het resterende bedrag voldoet door een documentair accreditief. In de via Rabobank uitgegeven 'letters of credit' is Youngray als begunstigde vermeld.
- (ii) ACT heeft de lading doorverkocht aan een derde, op wiens naam de cognosementen zijn gesteld. De cognosementen en andere op de lading betrekking hebbende documenten (hierna: de documenten) zijn door Youngray geleverd aan Rabobank.

(iii) Onder meer omdat WG bij eerdere koopovereenkomsten met ACT geringere volumes had geleverd dan was overeengekomen, terwijl ACT de volledige koopprijs had betaald, had ACT nog een vordering op WG. Na overleg hierover tussen WG en ACT, heeft WG een 'letter of guarantee' opgesteld met daarin de volgende verklaring:

"On the purpose of clearing the outstanding payment, We, Wei Guan Environmental Protection Co., Ltd, on behalf of Youngary Co., Ltd., hereby confirm that we agree to deduct the full amount

of invoices of L/C LM133318NRW & LM133465NRW & LM133580NRW, i.e. USD 1.028.806,30.

We shall guarantee that our banks (Taiwan Co-operative Bank and Chang Hwa Bank) will send official SWIFT message to RABO Bank, stating above mentioned 3 L/C shall be settled 'free of payment'.

We shall pay ACT via bank transfer for the remaining amount of outstanding payment, i.e. USD 7,423.02."

(iv) Rabobank heeft een van de adviserende banken van Youngray verzocht om een bevestiging dat de documenten 'free of payment' kunnen worden geleverd aan ACT. Diezelfde dag heeft deze bank aan Rabobank laten weten dat Youngray niet akkoord gaat met 'free of payment', met het verzoek "pls hold the docs until to receive further instructions from us". Youngray zelf heeft ACT bericht dat zij zich niet gebonden acht aan de door WG afgegeven 'letter of guarantee'.

(v) De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland heeft ACT verlof verleend voor het leggen van conservatoir derdenbeslag onder Rabobank en conservatoir vreemdelingenbeslag op de documenten. ACT heeft deze beslagen doen leggen.

2.2 ACT heeft Youngray, WG en Rabobank in kort geding gedagvaard en, kort gezegd, afgifte van de beslagen documenten gevorderd. De voorzieningenrechter heeft ten aanzien van Youngray, WG en Rabobank verstek verleend en de vorderingen van ACT toegewezen. ACT heeft dit vonnis (hierna: het verstekvonnis) ten uitvoer gelegd.

2.3 Youngray is tegen het verstekvonnis in verzet gekomen en heeft ACT opgeroepen te verschijnen in de verzetprocedure. De voorzieningenrechter heeft het verzet van Youngray gegrond verklaard, het verstekvonnis vernietigd, en de vorderingen van ACT alsnog afgewezen.¹ Dit vonnis (hierna: het verzetvonnis) is op naam gesteld van ACT (als eiseres, gedaagde in het verzet), Youngray (als gedaagde, eiseres in het verzet) en WG en Rabobank (beide als gedaagde). De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat de vernietiging van het verstekvonnis ook de toewijzing van de vorderingen voor zover gericht tegen WG en Rabobank moet raken (rov. 4.9).

2.4 ACT heeft tegen het verzetvonnis hoger beroep ingesteld. Het hof heeft het verzetvonnis bekrachtigd.² Het hof heeft onder meer het volgende overwogen:

"2.6. In dit geding is geen sprake van een procesueel ondeelbare rechtsverhouding, maar van subjectieve cumulatie. De rechtsverhoudingen tussen ACT enerzijds en respectievelijk Youngray, WG en Rabobank anderzijds zijn immers niet identiek. Youngray, WG en Rabobank staan ieder in een afzonderlijke relatie tot ACT en zij hebben ieder ook andere verweermiddelen, die niet doorwerken in de relatie die ieder heeft

¹ Rechtbank Rotterdam 6 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5248.

² Gerechtshof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:74.

met ACT. Dat het voor ACT zinvol was alle drie de partijen te dagvaarden in eerste aanleg, leidt er niet toe dat er om die reden een ondeelbare rechtsverhouding ontstaat. Dit betekent dat Youngray verzet kon instellen zonder daarin de andere twee partijen te betrekken.”

3 Beoordeling van het middel

3.1 De onderdelen 1.1-1.4 van het middel klagen dat het hof ten onrechte heeft nagelaten het verzetvonnis jegens WG en Rabobank te vernietigen. De voorzieningenrechter heeft ten onrechte geoordeeld dat, hoewel WG en Rabobank niet in verzet zijn gegaan tegen het verstekvonnis, het verzetvonnis toch mede op hen betrekking heeft en dat de vernietiging van het verstekvonnis ook de toewijzing van de vordering voor zover gericht tegen WG en Rabobank moet raken. Het hof had ambtshalve moeten toepassen de regel van openbare orde dat verzet bij deelbare rechtsverhoudingen alleen geldt voor een partij die verzet heeft ingesteld. Het had het verzetvonnis moeten vernietigen voor zover gewezen tegen WG en Rabobank, aldus de onderdelen.

Deze onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.2 Het gesloten stelsel van in de wet geregelde rechtsmiddelen brengt mee dat een rechterlijke uitspraak – afgezien van het zeldzame geval van het geheel ontbreken van rechtskracht – niet anders dan door het aanwenden van een rechtsmiddel kan worden aangetast.³ Of en voor wie een rechtsmiddel openstaat en ten opzichte van welke partijen een rechtsmiddel en de daarop gedane uitspraak werking kunnen hebben, staat niet ter vrije bepaling van partijen. De daarvoor geldende regels zijn van openbare orde. Zij moeten daarom door de rechter zonnodig ambtshalve worden toegepast.⁴

3.3 In cassatie is, terecht, niet bestreden het oordeel van het hof (in rov. 2.6) dat in dit geding sprake is van subjectieve cumulatie, zonder dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Dit betekent dat de vorderingen tegen Youngray, WG en Rabobank weliswaar gezamenlijk worden behandeld, maar dat de zaken tegen ieder van deze gedaagden hun processuele zelfstandigheid behouden.⁵ Het verstekvonnis, waarbij de vorderingen van ACT tegen Youngray, WG en Rabobank zijn toegewezen, bevat dan ook naar de inhoud daarvan zelfstandige uitspraken ten aanzien van ieder van de gedaagden.

3.4 Uit hetgeen hiervoor in 3.2 en 3.3 is overwogen, volgt dat, zolang niet naar aanleiding van een in ieder van de te onderscheiden zaken door hetzij de eiser hetzij de desbetreffende gedaagde ingesteld rechtsmiddel het verstekvonnis is vernietigd, het verstekvonnis in zoverre zijn kracht behoudt.⁶ De regel dat een door een gedaagde ingesteld rechtsmiddel in beginsel niet doorwerkt in de verhouding tot zijn medegedaagden,⁷ geldt voor verzet niet anders dan voor de andere gewone rechtsmiddelen. Door het verzet wordt de met het verstekvonnis geëindigde instantie heropend en voortgezet,⁸ maar, gelet op de processuele zelfstandigheid van ieder van de zaken en het rechtsmiddelkarakter van het verzet, uitsluitend tussen de oorspronkelijk eiser (de geopposeerde) en de gedaagde die het verzet instelt (de opposant).

Dat ACT bij één dagvaarding zelfstandige vorderingen tegen Youngray, WG en Rabobank heeft ingesteld, en dat daarop in één vonnis is beslist, heeft dus niet tot gevolg dat WG en Rabobank partij zijn in de procedure tussen ACT en Youngray die met het door Youngray ingestelde verzet is voortgezet. Het door Youngray ingestelde verzet en de uitspraak daarop werken daarom niet door in de verhouding tussen ACT enerzijds en WG en Rabobank anderzijds.

De voorzieningenrechter heeft het verstekvonnis vernietigd en geoordeeld dat de vernietiging ook de toewijzing van de vorderingen voor zover gericht tegen WG en Rabobank moet raken. Daarmee heeft de voorzieningenrechter het voorgaande miskend, en beslist in strijd met een regel van openbare orde.

3.5 ACT heeft de appeldagvaarding uitgebracht tegen Youngray, WG en Rabobank, daarin aangezegd dat zij hoger beroep instelt tegen het verzetvonnis “gewezen tussen ACT als oorspronkelijk eiseres (gedaagde in het verzet) en Youngray als eiseres in het verzet en WG en Rabobank als (niet in het verzet betrokken) gedaagden”, en in het petitum gevorderd dat het hof dit vonnis zal vernietigen. In haar memorie van grieven heeft ACT onder meer geconcludeerd dat, overeenkomstig het petitum van de appeldagvaarding, het verzetvonnis zal worden vernietigd. Daarmee strekte het hoger beroep zich ook uit tot het verzetvonnis voor zover gewezen tegen WG en Rabobank en diende het hof, zo nodig ambtshalve, te onderzoeken of het verzetvonnis in strijd is met een regel van openbare orde, ook voor zover het is gewezen tegen WG en Rabobank.⁹

Gelet op hetgeen hiervoor in 3.2-3.4 is overwogen, had het hof het verzetvonnis voor zover gewe-

3 O.a. HR 24 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AM2625 (NJ 2004/558, m.nt. H.J. Snijders; red.), rov. 3.2.3.

4 Vgl. HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7032, rov. 3.3, HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207 (NJ 2004/569, m.nt. H.J. Snijders; red.), rov. 4.4 en HR 24 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2077 (NJ 1996/538; red.), rov. 3.

5 HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7414 (NJ 2009/289, m.nt. P.C.E. van Wijnen; red.), rov. 3.6 en HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1032 (NJ 2009/477, m.nt. H.J. Snijders; red.), rov. 4.4.

6 Vgl. HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1710 (NJ 1995/682, m.nt. H.E. Ras; red.), rov. 3.4.

7 Vgl. HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1356 (NJ 1995/609, m.nt. C.J.H. Brunner; red.), rov. 4.1-4.2.

8 HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1710 (NJ 1995/682, m.nt. H.E. Ras; red.), rov. 3.4.

9 Vgl. o.a. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans; red.), rov. 3.6.3 en HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340 (NJ 2017/214, m.nt. H.B. Krans; red.), rov. 3.4.2.

zen tegen WG en Rabobank moeten vernietigen. In het midden kan dus blijven of in de door ACT geformuleerde grieven een voldoende kenbaar, daarop gericht bezwaar besloten ligt. Aangezien het hof dit heeft nagelaten en het verzetvonnis ook ten aanzien van WG en Rabobank heeft bekrachtigd, slagen de hiervoor in 3.1 genoemde klachten.

De overige klachten van onderdeel 1 behoeven geen behandeling.

3.6 De klachten van onderdeel 2 kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

3.7 Het slagen van de onderdelen 1.1-1.4 brengt mee dat het verzetvonnis van de voorzieningenrechter en het arrest van het hof moeten worden vernietigd, maar uitsluitend voor zover gewezen tussen ACT en WG en Rabobank. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. De kosten van ACT in het hoger beroep tegen Rabobank en WG begroot de Hoge Raad op nihil.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 15 januari 2019 voor zover gewezen tussen ACT als appellante en WG en Rabobank als geïntimeerden;
- veroordeelt Rabobank en WG in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op deze uitspraak aan de zijde van ACT begroot op nihil;
- vernietigt het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 6 juli 2017 voor zover gewezen tussen ACT enerzijds en WG en Rabobank anderzijds;
- veroordeelt Youngray, WG en Rabobank in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ACT begroot op € 882,34 aan verschotten en € 2.600 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Youngray, WG en Rabobank deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

Noot

1. Een eiser dagvaardt diverse gedaagden. Geen van de gedaagden verschijnt en een verstekvonnis volgt. Eén van de bij verstek veroordeelden stelt vervolgens verzet in, maar de medegedaagden niet. Dit arrest gaat vooral over de vraag of dat ingestelde verzet dan ook doorwerkt in de verhouding tussen de oorspronkelijk eiser en de medegedaagden die geen verzet instelden.

2. Wei Guan Environmental Protection Co LTD (WG) verkoopt een partij 'used cooking oil' aan ACT Commodities BV (ACT). Betaling zal geschieden door voldoening van een documentair accredietief. In door de Rabobank uitgegeven letters of credit is Youngray Co LTD (Youngray) als begunstigde vermeld. ACT betaalt de gehele koopprijs, maar heeft

nog een vordering op WG, onder meer omdat WG minder heeft geleverd dan was afgesproken. Het daarop volgende geschil draait (heel kort gezegd) om door ACT verlangde afgifte van documenten in verband met de vordering die zij stelt te hebben. Na verkregen verlot legt ACT derdenbeslag onder de Rabobank en conservatoir vreemdelingenbeslag op bedoelde documenten.

3. ACT dagvaardt Youngray, WG en Rabobank in kort geding en vordert daarin afgifte van de beslagen documenten. De voorzieningenrechter verleent ten aanzien van Youngray, WG en de Rabobank verstek en wijst de vordering van ACT toe. Youngray komt tegen het verstekvonnis in verzet. De voorzieningenrechter verklaart het verzet van Youngray ongegrond, vernietigt het verstekvonnis en wijst de vorderingen van ACT alsnog af. Dat verzetvonnis stelt de voorzieningenrechter op naam ACT (als eiser, gedaagde in het verzet) en Youngray (als gedaagde, eiseres in het verzet) en WG en Rabobank (beide als gedaagde). De voorzieningenrechter oordeelt dat de vernietiging van het verstekvonnis tevens de toewijzing van de vorderingen tegen WG en de Rabobank moet raken (Rechtbank Rotterdam 6 juli 2017, *NJF* 2018/2, r.o. 4.9). ACT stelt hoger beroep in tegen het verzetvonnis. Het hof bekrachtigt het verzetvonnis.

4. In cassatie staat de positie van WG en de Rabobank centraal. ACT voert aan dat het hof ten onrechte het verzetvonnis tegen WG en de Rabobank niet heeft vernietigd. De voorzieningenrechter heeft ten onrechte geoordeeld dat het verzetvonnis mede op WG en Rabobank betrekking heeft en dat de vernietiging van het verstekvonnis ook de toewijzing van de vordering voor zover gericht tegen deze twee partijen moet raken. WG en Rabobank zijn immers niet in verzet gegaan tegen het verstekvonnis, zo voert ACT in cassatie aan. Het hof had ambtshalve toepassing moeten geven aan de regel van openbare orde dat verzet bij deelbare rechtsverhoudingen alleen geldt voor een partij die verzet heeft ingesteld, aldus nog steeds volgens ACT.

5. Indien bij één dagvaarding een vordering wordt ingesteld tegen twee of meer gedaagden is sprake van subjectieve cumulatie aan de zijde van gedaagden. De zaken hoeven niet zonder meer onderling samen te hangen. Dat is vaste prik, zo blijkt onder meer uit HR 27 oktober 1978, *NJ* 1980/102, m.nt. W.H. Heemskerk: de rechter kan op verzoek van een partij of ambtshalve uit eigen beweging een aldus aanhangig gemaakt geding splitsen op de grond dat tussen de vorderingen geen zodanige samenhang bestaat dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling wettigen (zoals de Hoge Raad het toen formuleerde). Zoals Heemskerk in zijn noot onder dat arrest opmerkt, hoeft de rechter niet te splitsen als die samenhang ontbreekt, maar kan hij de vorderingen gezamenlijk behandelen, bijvoorbeeld als daaraan geen nadelen verbonden zijn.

6. De kaarten liggen anders bij een zogenaamde procesueel ondeelbare rechtsverhouding: een rechtsverhouding waarbij het rechtens noodza-

kelijk is dat een beslissing daarover in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen. De rechter kan dan alleen een beslissing over die processueel ondeelbare rechtsverhouding geven in een geding waarin allen die bij de rechtsverhouding zijn betrokken partij zijn, zodat die beslissing hen allen bindt (HR 10 maart 2017, *NJ* 2017/81, m.nt. H.B. Krans, r.o. 3.4). Van een processueel ondeelbare rechtsverhouding is in deze zaak, anders dan bij bijvoorbeeld een vordering tot boedelbeschrijving en verdeling, geen sprake. De zaken tegen de verschillende gedaagden worden gezamenlijk behandeld, maar in lijn met zijn eerdere rechtspraak overweegt de Hoge Raad dat het verstekvonnis waarbij de vorderingen zijn toegewezen tegen elk van de gedaagden naar de inhoud daarvan dan ook zelfstandige uitspraken tegen elk van de gedaagden bevat (r.o. 3.3, in fine).

7. Het gaat in bovenstaand arrest om een situatie waarin een gedaagde die bij verstek is veroordeeld verzet instelt, terwijl andere bij verstek veroordeelde gedaagden geen verzet instellen. Werkt het door die ene gedaagde ingestelde verzet ook door tegen medegedaagden die geen verzet hebben ingesteld?

8. Bij de beantwoording van die specifieke vraag is het goed om voor ogen te houden dat verzet een hybride karakter heeft. Verzet is enerzijds een rechtsmiddel om een verstekvonnis aan te tasten en beoogt anderzijds om het geding waarin verstek is verleend op tegenspraak voort te zetten (M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam) 1996, p. 127-135, Hugenholtz/Heemskerk 2021, nr. 152 en Snijders, Klaassen, Krans & Meijer 2022, nr. 250). A-G Vlas gaat in zijn doorwrochte conclusie (vooral sub 2.7 tot en met 2.10) ook in op het onderscheid tussen het voortzettingselement en het rechtsmiddelement en beschrijft met recht dat in het huidige procesrecht het primaat lijkt te liggen bij het voortzettingskarakter van het verzet.

9. De Hoge Raad overweegt dat een door een gedaagde ingesteld rechtsmiddel in beginsel niet doorwerkt in de verhouding tot zijn medegedaagden. De Hoge Raad verwijst hiervoor naar zijn uitspraak van 29 april 1994, *NJ* 1995/609, m.nt. C.J.H. Brunner. Evenals in de hier aan de orde zijnde kwestie ging het in die zaak om een geval van subjectieve cumulatie en was sprake van zelfstandige vorderingen, hoewel samengevoegd in één dagvaarding. De beslissing die de Hoge Raad in het arrest van 1994 nam betrof geen verzet, maar een beroep in cassatie. Uit dat arrest kan inderdaad worden afgeleid dat het toen ingestelde beroep in cassatie niet doorwerkte in de verhouding tot een andere partij.

10. In bovenstaand arrest lijkt de Hoge Raad nog wat meer gewicht aan dat uitgangspunt te hechten, onder meer door het een 'regel' te noemen dat een door een gedaagde ingesteld rechtsmiddel in beginsel niet doorwerkt in de verhouding tot andere gedaagden. Die bewoordingen doen reeds vermoeden dat de regel geldt voor alle gewone rechtsmiddelen. Met zoveel woorden voegt de Hoge Raad

eraan toe dat deze regel voor verzet niet anders geldt dan voor andere gewone rechtsmiddelen (r.o. 3.4).

11. Door het verzet wordt de met het verstekvonnis geëindigde instantie dus heropend. Nu de zaken tegen elk van de gedaagden processueel zelfstandig zijn, heropent het ingestelde verzet de instantie alleen tussen de opposant en de geopposeerde. Nu de zaken processueel zelfstandig zijn, impliceert het rechtsmiddelenkarakter van het verzet dat deze voortzetting uitsluitend de oorspronkelijk eiser en de gedaagde die het verzet instelt betreft. De procedures tussen eiser en de partijen die geen verzet hebben ingesteld worden dan ook niet voortgezet door dit ene verzet. Een gedaagde die in de verzetprocedure niet is verschenen kan dus niet profiteren van de verweren welke in die verzetprocedure zijn aangevoerd door de gedaagde die wel verzet heeft ingesteld. Het door Youngray ingestelde verzet en de uitspraak daarop werken dus niet door in de verhouding tussen ACT enerzijds en WG en Rabobank anderzijds (r.o. 3.4).

12. Cruciaal voor deze uitkomst is dat het hier, zoals sub 6 opgemerkt, niet om een processueel ondeelbare rechtsverhouding gaat. ACT heeft zich, zoals A-G Vlas in zijn conclusie (sub 2.15) opmerkt, in hoger beroep weliswaar op het standpunt gesteld dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding en dat het noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van alle partijen hetzelfde luidt. Het hof oordeelde dat hier geen sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Dat dit oordeel in cassatie niet is bestreden noemt de Hoge Raad terecht (r.o. 3.3, eerste zin). Dat het hier geen processueel ondeelbare rechtsverhouding betreft is een essentieel bestanddeel van de redenering die tot de genoemde conclusie leidt dat het verzet niet doorwerkt in de verhouding tussen ACT en gedaagden die geen verzet instelden. Het verstekvonnis zal dan ten aanzien van die gedaagden zijn kracht behouden zolang het niet op grond van een door die gedaagden ingesteld rechtsmiddel wordt vernietigd (zoals ook T. van Malssen en R.M. Andes in hun annotatie bij dit arrest (*JBPR* 2021/5) opmerken).

13. Zonder uitzonderingen is de regel niet. De Hoge Raad overweegt immers dat een ingesteld rechtsmiddel 'in beginsel' niet doorwerkt (r.o. 3.4) in de verhouding tot zijn medegedaagden. Bij processueel ondeelbare rechtsverhoudingen ligt het als gezegd anders. Rechtsoverweging 3.4 zou men, mede gelet op de voorgaande rechtsoverwegingen, aldus kunnen lezen dat zij alleen ziet op situaties waarin geen sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Als dat juist is, zal die ondeelbaarheid niet de reden zijn dat de Hoge Raad de woorden 'in beginsel' hier hanteert. Of de Hoge Raad ook andere uitzonderingen mogelijk acht kan mijns inziens niet met zekerheid uit het arrest worden afgeleid, maar het lijkt er wel op. Wellicht dat een enkele medegedaagde in de toekomst tracht via deze uitzonderingen alsnog mee te liften op het verweer van een andere gedaagde. Indien dat gebeurt

zal hij er mijns inziens rekening mee moeten houden dat de lat vermoedelijk hoog ligt.

14. De (hoofd)regel die in dit arrest wordt geschetst heeft voordelen. Bij subjectieve cumulatie kan elke gedaagde voor zich besluiten of hij na een verstekvonnis wil voortprocederen en zo ja, wat zijn processtrategie is. Een gedaagde kan bijvoorbeeld willen schikken waar andere gedaagden dat niet willen. Daar staat tegenover dat de voordelen van gezamenlijke behandeling van de verschillende zaken vervallen indien de procesrechtelijke wegen van de bij verstek veroordeelden zich scheiden.

15. Elke gedaagde zal bij een processueel deelbare rechtsverhouding dus zijn knopen moeten tellen en zelf moeten overwegen of hij verzet instelt om daarin de voor hem relevante verweren aan te voeren. De termijn voor het instellen van verzet kan (door het regime van art. 143 Rv) overigens verschillen per gedaagde.

16. De voorzieningenrechter in bovenstaande zaak heeft het verstekvonnis vernietigd en heeft geoordeeld dat die vernietiging ook de toewijzing van de vorderingen voor zover gericht tegen WG en de Rabobank moest raken. Daarmee heeft de voorzieningenrechter bovenstaande regel miskend en beslist in strijd met een regel van openbare orde, zo overweegt de Hoge Raad (r.o. 3.4 in fine). Kennelijk, zo kan hieruit worden afgeleid, is de geschetste regel omtrent niet doorwerking van het verzet van openbare orde. Daar kan, met A-G Vlas sub 2.16 van zijn conclusie, ook anders over gedacht worden. Gevolg van het predikaat openbare orde is dat een rechter in eerste aanleg in de gaten moet houden dat verzet alleen de vordering voor zover gericht tegen de opposant raakt en dat het verstekvonnis niet de vordering gericht tegen gedaagden die niet in verzet gingen beïnvloedt.

17. Dat openbare orde-karakter kan ook doortikken naar het hoger beroep. Het door ACT ingestelde hoger beroep richtte zich tegen het verstekvonnis gewezen tussen ACT en Younggray (als eiser in verzet) en WG en Rabobank (als niet in het verzet betrokken gedaagden). Nu ACT vernietiging van dat verstekvonnis had gevraagd viel het binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Het hof had volgens de Hoge Raad ambtshalve moeten nagaan of het verstekvonnis strijdt met openbare orde. Ook in hoger beroep moeten regels van openbare orde immers ambtshalve toegepast worden (r.o. 3.2 jo. 3.5, onder verwijzing (in voetnoot 9) naar HR 13 september 2013, NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.6.3).

H.B. Krans

NJ 2023/209

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

12 mei 2023, nr. 22/01118

(Mrs. C.E. du Perron, S.J. Schaafsma, F.R. Salomons; A-G mr. W.L. Valk)

m.nt. A.I.M. van Mierlo

Art. 237 Rv

NJB 2023/1329

RvdW 2023/545

ECLI:NL:PHR:2023:121

ECLI:NL:HR:2023:702

Procesrecht. Compensatie van proceskosten. Familierechtelijke zaak in zin art. 237 lid 1 Rv?

Het onderhavige geding is een handelszaak over de terugbetaling van een lening aan een bedrijf, waarbij uit de gedingstukken op geen enkele wijze blijkt dat partijen tot elkaar staan of hebben gestaan in een (familie)relatie als bedoeld in art. 237 lid 1 Rv. Het oordeel van het hof, dat erop neerkomt dat de kosten van beide instanties worden gecompenseerd op de grond dat sprake is van een familierechtelijke zaak, is dus onbegrijpelijk.

1. [wederpartij 1],

2. [wederpartij 2],

3. [wederpartij 3],

eisers tot cassatie, verweerders in het (deels voorwaardelijke) incidentele cassatieberoep, hierna gezamenlijk: [de wederpartijen], adv.: mr. K. Aantjes, tegen

[de gevolmachtigde schoonzoon], verweerder in cassatie, eiser in het (deels voorwaardelijke) incidentele cassatieberoep, adv.: mrs. J.W.H. van Wijk en P.J. Tanja.

Hof:

Beoordeling in hoger beroep

6.1 De grieven 1 en 2 in principaal beroep keren zich tegen de feiten waar de rechtbank vanuit is gegaan. Uit hetgeen hierboven is overwogen volgt dat de grieven 1 en 2 in principaal beroep deels slaan. [appellanten] hebben geen belang bij hetgeen wordt opgemerkt ten aanzien van het beslag op een auto, omdat het hof onder 3.9 evenals de rechtbank rept van “waaronder”.

6.2 Het hof ziet aanleiding thans eerst de meest verstrekkende grief te bespreken, namelijk die in het incidentele beroep. Die grief komt erop neer dat de volmacht van [geïntimeerde] niet is geëindigd door de dood van [naam volmachtgever] en alle op grond van de volmacht verrichte rechtshandelingen gewoon geldig zijn: de geldlening van begin 2004, de notariële akte van 27 februari 2004 en de (daarop afgegeven) grosse van 25 november 2005, althans dat [appellanten] geen beroep op mogelijke ongeldigheid/gebreken ervan (meer) toekomt.