

JBPR 2016/24, Gerechtshof Amsterdam, 04-08-2015, 200.162.629-01, (annotatie)

Gegevens

<b>Instantie</b>	Gerechtshof Amsterdam
<b>Datum uitspraak</b>	04-08-2015
<b>Publicatie</b>	JBPR 2016/24 (Sdu Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht), aflevering 2, 2016
<b>Annotator</b>	mw. mr. I.P.M. van den Nieuwendijk
<b>ECLI</b>	<a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2015:3170</a>
<b>Zaaknummer</b>	200.162.629-01
<b>Overige publicaties</b>	<a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2015:3170</a> NTHR 2015, afl. 6, p. 315 Prg. 2015/225
<b>Rechtsgebied</b>	Civiel algemeen
<b>Rechters</b>	mr. Van Harinxma thoe Slooten mr. Melissen mr. Geelhoed
<b>Partijen</b>	[Appellante] te [woonplaats], appellante, advocaat: mr. A.J.J. van der Heiden te Den Helder, tegen [geïntimeerde] te [woonplaats], geïntimeerde, advocaat: mr. J.H. Prins te Den Helder.
<b>Regelgeving</b>	<a href="#">Rv - 1022</a>

Inhoudsindicatie

Beroep op arbitrageovereenkomst in hoger beroep tijdig

Ga direct naar

[Samenvatting](#)

[Uitspraak](#)

[Beslissing/besluit](#)

[Noot](#)

Samenvatting

Op grond van art. 1022 Rv dient de rechtbank zich onbevoegd te verklaren wanneer tussen partijen een arbitrageclausule gelding heeft en dit beding tijdig (voor alle weren) is ingeroepen. Uit het bestreden vonnis blijkt dat appellante in eerste aanleg te kennen heeft gegeven verweer te willen voeren en hiertoe in de gelegenheid is gesteld. Appellante heeft van deze gelegenheid vervolgens geen gebruik gemaakt, waarna de rechtbank (sector kanton) de vorderingen als inhoudelijk niet weersproken, en overigens niet onrechtmatig of ongegrond heeft toegewezen. Hoewel appellante in eerste aanleg is verschenen en in de gelegenheid is gesteld (schriftelijk) van antwoord te dienen, is zij hier blijkens de overwegingen in het bestreden vonnis niet toe overgegaan. Dat appellante – vide de appeldagvaarding – bij het verschijnen voor de rechtbank (sector kanton) heeft gezegd dat zij niet in verzuim verkeerde, laat onverlet dat de rechtbank (sector kanton) dit niet als het voeren van verweer heeft opgevat, nu zij oordeelt dat de vordering niet inhoudelijk is weersproken. Dit heeft naar het oordeel van het hof tot gevolg dat appellante het beroep op de onbevoegdheid van de gewone rechter, welk beroep/verweer zij in de appeldagvaarding in hoger beroep voor het eerst voert, tijdig heeft gedaan.

## Uitspraak

### 1. Het geding in hoger beroep

(...; red.)

### 2. Beoordeling

2.1. Het hof stelt de navolgende feiten vast en neemt deze als uitgangspunt voor haar beoordeling, nu deze feiten door de ene partij zijn gesteld en door de andere partij niet of niet voldoende zijn betwist. Partijen hebben voor gezamenlijke rekening een sportschool geëxploiteerd, welk samenwerkingsverband zij hadden onder gebracht in een vennootschap onder firma ([X]). Partijen hebben deze samenwerking met terugwerkende kracht tot 1 november 2013 beëindigd. [Geïntimeerde] heeft haar aandeel in de vennootschap aan [appellante] overgedragen voor (uiteindelijk) een overnamesom van € 18.500,=. Partijen hebben een op 11 december 2013 getekende "Overeenkomst tot beëindiging Vennootschap onder firma [X]" ondertekend (hierna: de akte). De akte bevat onder meer een geheimhoudingsclausule (artikel 4), een concurrentie- tevens relatiebeding (artikel 5), een boetebeding (artikel 6) en een arbitrageclausule (artikel 7).

2.2. [Geïntimeerde] heeft in eerste aanleg van [appellante] betaling gevorderd primair van een bedrag van € 20.150,18, welk bedrag bestaat uit de overnamesom ad € 18.500,=, een aantal les-facturen ad € 435,60, een rentebedrag ad € 690,18 en buitengerechtigde incassokosten ad € 960,= en subsidiair een bedrag van € 3.648,64, bestaande uit een hoofdsom ad € 2.078,=, een aantal les-facturen ad € 435,16, een rentebedrag ad € 690,18 en buitengerechtigde incassokosten ad € 445,30.

De kantonrechter heeft [appellante] veroordeeld tot betaling van het bedrag van € 20.150,18, te vermeerderen met de overeengekomen rente over € 18.500,= en tot betaling van de proceskosten.

2.3. De eerste grief ziet op de in de overeenkomst opgenomen geschillenregeling. [Appellante] klaagt dat de kantonrechter zich ten onrechte bevoegd heeft geacht over het geschil tussen partijen te oordelen, omdat de geschillenregeling van artikel 7 van de akte inhoudt dat alle geschillen die tussen vennoten mochten opkomen met betrekking tot de uitleg of de uitvoering van de overeenkomst, met uitsluiting van de gewone rechter – behoudens voorziening in kort geding – worden beslist door drie scheidsmannen. [Geïntimeerde] heeft deze grief bestreden en aangevoerd dat het beroep op het beding te laat is gedaan.

Het hof overweegt het volgende. Op grond van artikel 1022 Rv dient de rechtbank zich onbevoegd te verklaren wanneer tussen partijen een arbitrageclausule gelding heeft en dit beding tijdig (voor alle weren) is ingeroepen. Uit het bestreden vonnis blijkt dat [appellante] in eerste aanleg te kennen heeft gegeven verweer te willen voeren en hiertoe in de gelegenheid is gesteld. [Appellante] heeft van deze gelegenheid vervolgens geen gebruik gemaakt, waarna de kantonrechter de vorderingen als inhoudelijk niet weersproken, en overigens niet onrechtmatig of ongegrond heeft toegewezen. Hoewel [appellante] in eerste aanleg is verschenen en in de gelegenheid is gesteld (schriftelijk) van antwoord te dienen, is zij hier blijkens de overwegingen in het bestreden vonnis niet toe overgegaan. Dat [appellante] – vide de appeldagvaarding – bij het verschijnen voor de rechtbank heeft gezegd dat zij niet in verzuim verkeerde, laat onverlet dat de kantonrechter dit niet als het voeren van verweer heeft opgevat, nu hij oordeelt dat de vordering niet inhoudelijk is weersproken. Dit heeft naar het oordeel van het hof tot gevolg dat [appellante] het beroep op de onbevoegdheid van de gewone rechter, welk beroep/verweer zij in de appeldagvaarding in hoger beroep voor het eerst voert, tijdig heeft gedaan. Dit oordeel komt ook overeen met de ratio van artikel 1022 lid 1 Rv, namelijk dat onwenselijk (niet proces-economisch) is wanneer een gedaagde zich eerst inhoudelijk verweert en pas daarna de onbevoegdheid van de rechter inroept. Een dergelijke situatie doet zich hier niet voor, nu [appellante] in eerste aanleg de facto geen verweer heeft gevoerd en dit voor het eerst doet in de appeldagvaarding in hoger beroep. Overigens blijkt ook niet uit het bestreden vonnis dat een comparitie van partijen is gehouden. Het voorgaande heeft tot gevolg dat het hof zich onbevoegd zal verklaren kennis te nemen van de vorderingen die voortvloeien uit de in de akte opgenomen overeenkomst.

Het hof overweegt ten overvloede dat artikel 10 van de akte, waarin de bevoegdheid van de gewone rechter is geregeld, hier toepassing mist, omdat geschillen die tot de competentie van de kantonrechter behoren in dat artikel zijn uitgesloten.

2.4. [Geïntimeerde] vordert tevens vergoeding van de door haar in opdracht van [appellante] gegeven lessen, waarvoor zij in totaal een bedrag van € 435,60 heeft gefactureerd. Nu deze vordering niet voortvloeit uit de in de akte opgenomen overeenkomst, zal het hof deze vordering wel behandelen. [Appellante] betwist niet dat zij [geïntimeerde] opdracht heeft gegeven tot het geven van de lessen en dat [geïntimeerde] hiertoe ook daadwerkelijk is overgegaan, maar betwist dat zij

hiervoor zou betalen. [Geïntimeerde] heeft met een beroep op een e-mail van [appellante] van 20 februari 2014 aan kennelijk een deurwaarder ([Y]) (productie 7 inleidende dagvaarding) betoogt dat wel degelijk een vergoeding was overeengekomen (“Op basis van haar actie had ik besloten haar terug te zetten in aantal uren, zodat ik de overige uren zelf kon draaien, hiermee kosten kan besparen en ik zeker weet dat ik haar de overige uren wel uit kan betalen.”). Ook stelt het hof vast dat [geïntimeerde] in diezelfde e-mail schrijft: “Ik hou dus een betaling aan van 30 dagen, wat vrij gangbaar is.”.

Nu [appellante] niet op deze reactie en de inhoud van het betreffende e-mailbericht van 20 februari 2014 heeft kunnen responderen, zal zij hiertoe alsnog in de gelegenheid worden gesteld.

2.5. Het hof zal elke verdere beslissing aanhouden.

#### 4. Beslissing

Het hof:

Verwijst de zaak naar de rol van dinsdag 1 september 2015 voor een akte aan de zijde van [appellante] met het hiervoor sub 2.4 omschreven doel, waarop [geïntimeerde] bij akte mag reageren;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

#### Inleiding

1. De competentie van de gewone rechter is in het geding als in een bevoegdheidsincident de geldigheid van een arbitrageovereenkomst wordt ingeroepen. Op dit incident zal in beginsel eerst en vooraf moeten worden beslist. Art. 1022 Rv ziet op de bevoegdheid van de gewone rechter en de overeenkomst tot arbitrage: “De rechter, bij wie een geschil aanhangig is gemaakt waarover een overeenkomst tot arbitrage is gesloten, zal zich onbevoegd moeten verklaren, indien een partij zich voor alle wesen op het bestaan van deze overeenkomst beroept, tenzij de overeenkomst tot arbitrage ongeldig is.” Op een geldige overeenkomst tot arbitrage zal – zo volgt uit deze bepaling – een *beroep* moeten worden gedaan. De rechter kan dit te dien aanzien niet ambtshalve doen, ook niet in versteksituaties. De rechter zal wel ambtshalve moeten oordelen, als een beroep op een arbitrageovereenkomst is gedaan, of dit *tijdig* is gedaan (zie ook G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage*, Deventer: Kluwer 2011, p. 974-975).

2. Wanneer is het beroep op de onbevoegdheid van de rechter wegens een geldige arbitrageovereenkomst nog *tijdig*? Daarover gaat de onderhavige uitspraak, zij het betreffende een enigszins uitzonderlijke situatie, te weten de situatie waarin gedaagde in eerste aanleg is verschenen, maar geen verweer heeft gevoerd en zich in hoger beroep voor het eerst beroept op een geldige arbitrageovereenkomst. Voordat ik (in nrs. 15-17) op de uitspraak zal ingaan, zal ik eerst (in nrs. 3-14) in algemene termen ingaan op vorenstaande vraag omtrent de *tijdigheid* van het beroep op de onbevoegdheid wegens een geldige arbitrageovereenkomst.

Algemene regel: “voor alle wesen”

3. De bepaling in art. 1022 Rv dat de onbevoegdheid van de rechter “voor alle wesen” moet worden ingeroepen, wordt ruim uitgelegd. In HR 3 november 1972 (*Venema/Glas*), NJ 1973/45, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de exceptie van onbevoegdheid niet in een afzonderlijke incidentele conclusie of verweerschrift hoeft te worden voorgesteld, maar dat de onbevoegdheid wel voorop dient te worden gesteld in een conclusie waarin vervolgens ook voor antwoord wordt geconcludeerd. In HR 29 april 1994, NJ 1994/488 (*Edelsyndicaat/Van Hout*), r.o. 3.4, gaat de Hoge Raad nog een stapje verder. Hierin overweegt hij dat de exceptie van onbevoegdheid ex art. 1022 (lid 1) Rv niet letterlijk voorop in een eerste conclusie hoeft te worden gesteld. Voldoende, doch tevens noodzakelijk, is dat dit beroep geschiedt in de *eerste* ingediende schriftelijke conclusie of – als bij de kantonrechter mondeling wordt geantwoord – in het mondelinge antwoord. Daarbij gaat de Hoge Raad tevens in op de ratio achter deze regel: “De in art. 1022 lid 1 vervatte regel dat de gedaagde ‘voor alle wesen’ de onbevoegdheid van de rechter op grond van een arbitraal beding dient in te roepen, is een uitwerking voor dit geval van een algemenere regel die beoogt een goede procesorde te bevorderen en ertoe strekt te voorkomen dat na debat van partijen over de rechtsbetrekking die het onderwerp is van het geding, de gedaagde in een laat stadium van het geding nog zou kunnen opwerpen dat de rechter op grond van regels die wegens hun zuiver processuele aard die rechtsbetrekking zelf niet raken, niet tot een beoordeling van het geschil omtrent de rechtsbetrekking kan komen (vgl. HR 22 oktober 1993, RvdW 1993, 208 [(Staat/G), NJ 1994/374]). Deze strekking dwingt er geenszins toe het beroep op

onbevoegdheid van de rechter in verband met een arbitraal beding ter zijde te stellen op de enkele grond dat de gedaagde in zijn conclusie van antwoord eerst de ingestelde vordering ten gronde heeft bestreden en pas in het slot van deze conclusie de onbevoegdheid van de rechter op grond van het bepaalde in art. 1022 lid 1 heeft ingeroepen. Voldoende maar tevens noodzakelijk is dat de gedaagde die onbevoegdheid inroept in de eerste namens of door hem genomen schriftelijke conclusie, of, zo hij op de voet van art. 105 [oud Rv; thans: art. 82 Rv (conclusies en akten in kantonzaken)] mondeling ter terechtzitting antwoordt, bij dat mondelinge antwoord.” (tekst tussen vierkante haken toegevoegd).

Verhouding tot concentratie van verweer (art. 128 lid 3 Rv)?

4. Bij dit alles doet zich de vraag voor wat de verhouding is tussen het “voor alle weren” (zoals uitgelegd in de uitspraak *Edelsyndicaat/Van Hout*) en het beginsel van concentratie van verweer zoals thans opgenomen in art. 128 lid 3 Rv. Art. 128 lid 3 Rv bepaalt: “De gedaagde brengt alle excepties en zijn antwoord ten principale tegelijk naar voren, op straffe van verval van de niet aangevoerde excepties, en, indien niet ten principale is geantwoord, van het recht om dat alsnog te doen.”

5. Volgens HR 22 oktober 1993, (*Staat/G*), NJ 1994/374, moeten exceptieve verweren (in de zin van art. 141 lid 2 (oud) Rv; thans: art. 128 lid 3 Rv) worden beperkt tot die verweermiddelen die ertoe strekken dat de rechter, aan wie het geschil is voorgelegd, op grond van regels van processuele aard niet tot een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil zelf kan komen. Een voorbeeld vormt het onbevoegdheidsverweer. In het al genoemde arrest *Edelsyndicaat/Van Hout* verwijst de Hoge Raad ook naar het arrest *Staat/G* (zie nr. 3).

6. Art. 128 lid 3 Rv verplicht de gedaagde aldus al zijn exceptieve (procesrechtelijke) verweren en principale (materieelrechtelijke) verweren te concentreren in zijn conclusie van antwoord. Aangezien de exceptie van onbevoegdheid ook in een afzonderlijke incidentele conclusie kan worden opgeworpen, behoeft deze niet als exceptie in de zin van art. 128 lid 3 Rv te worden aangemerkt, althans niet waar de exceptie in een separate incidentele conclusie wordt opgenomen (zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2, *Eerste aanleg*, 2011, no. 67). Op de excepties van onbevoegdheid waarvoor is bepaald dat zij “voor alle weren” moeten worden opgeworpen, is art. 128 lid 3 Rv in zoverre dus niet van toepassing. Op grond van art. 128 lid 3 Rv geldt echter ook dat exceptieve verweren – op straffe van verval – uiterlijk bij conclusie van antwoord moeten worden opgeworpen. Een uitzondering geldt slechts voor excepties waarvoor de aanleiding eerst later is opgekomen (zie hiertoe ook de later te bespreken uitzonderingen in nrs. 12-14) en excepties die de rechter zonodig ambtshalve moet bijbrengen (zie Snijders, Klaassen en Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nrs. 144, 185 en 262). Ofschoon de exceptie van onbevoegdheid ook in een afzonderlijke incidentele conclusie kan worden opgeworpen, meen ik dat voor de exceptie van onbevoegdheid – gelet op het bepaalde in art. 128 lid 3 Rv – wel geldt dat deze uiterlijk bij conclusie van antwoord (in eerste aanleg) moet worden ingeroepen, op straffe van verval van het recht daartoe (zie ook nr. 8). De Hoge Raad overweegt in *Edelsyndicaat/Van Hout* ook dat de in art. 1022 lid 1 Rv vervatte regel van – kort gezegd – het inroepen van de bevoegdheidsexceptie “voor alle weren” “een uitwerking [is] voor dit geval van een algemenere regel (...)” (zie nr. 3). Met de verwijzing naar die algemenere regel is bedoeld het beginsel van concentratie van verweer uit art. 128 lid 3 Rv (destijds art. 141 lid 2 (oud) Rv), zoals blijkt uit de verwijzing naar HR 22 oktober 1993 (*Staat/G*), NJ 1994/374 (zie nr. 3), welk arrest ziet op de ratio van het beginsel van concentratie van verweer en op exceptieve verweren, beide in de zin van art. 141 lid 2 (oud) Rv (thans: art. 128 lid 3 Rv). Met andere woorden: het “voor alle weren” uit art. 1022 lid 1 Rv is volgens de Hoge Raad een uitwerking van het beginsel van concentratie van verweer.

Exceptie van onbevoegdheid in hoger beroep?

7. Uit het voorgaande volgt dat een exceptie van onbevoegdheid die voor het eerst in hoger beroep wordt opgeworpen tardief is, in ieder geval voor zover de gedaagde in eerste aanleg is verschenen en verweer heeft gevoerd (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 1989, *TvA* 1989/5, p. 124, m.nt. P. Sanders; zie ook H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Kluwer: Deventer 2011, art. 1022 Rv, aant. 1, p. 123). Dit volgt reeds uit *Edelsyndicaat/Van Hout* (zie nr. 3). Maar wat heeft te gelden in de enigszins uitzonderlijke situatie – en daarom ging het in de bovenstaande uitspraak; zie nrs. 15-17 – dat gedaagde in eerste aanleg is verschenen, maar geen verweer heeft gevoerd? Is een beroep op de onbevoegdheid in de appeldagvaarding (zijnde het eerste schriftelijke stuk) dan nog tijdig?

8. Op grond van art. 348 Rv kan geïntimeerde in hoger beroep wel nieuwe *principale* verweren opwerpen (behoudens die weren die gedekt zijn), maar geen nieuwe *exceptieve* verweren. Heeft een gedaagde de exceptieve verweren al in eerste aanleg kunnen voeren, dan mag hij dat niet voor het eerst in appel doen. Dit volgt uit art. 353 Rv (de schakelbepaling voor hoger beroep) jo. art. 128 lid 3 Rv (zie ook H.J. Snijders, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 195, p. 182). Dit geldt, als hierboven gezegd (in nr. 6), dus ook voor de exceptie van onbevoegdheid ex art. 1022 Rv (anders kennelijk: H.J. Snijders,

*Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 172, p. 166) en kan mijns inziens ook worden afgeleid uit *Edelsyndicaat/Van Hout*, ook waar het de overweging betreft dat “*voldoende maar tevens noodzakelijk is dat de gedaagde die onbevoegdheid inroept in de eerste namens of door hem genomen schriftelijke conclusie, of (...) bij dat mondelinge antwoord*”. Daarin heeft de Hoge Raad mijns inziens bedoeld te zeggen dat de onbevoegdheidsexceptie moet worden ingeroepen uiterlijk in de *in eerste aanleg* eerste schriftelijke conclusie of als mondeling ter terechtzitting wordt geantwoord (bij de kantonrechter), bij dat mondelinge antwoord, op straffe van verval van het recht daartoe. Ook overigens ziet de overweging van de Hoge Raad in *Edelsyndicaat/Van Hout* op een situatie in eerste aanleg (het gaat over de kantonrechter in eerste aanleg en art. 105 (oud) Rv (thans: art. 82 Rv)). Zie voorts ook nrs. 3 en 6. Een beroep op de exceptie van onbevoegdheid voor het eerst in hoger beroep is naar mijn mening dus ook tardief, als gedaagde in eerste aanleg is verschenen, maar geen verweer heeft gevoerd.

9. Wij moeten ons bij dit alles goed realiseren dat, als we de onbevoegdheidsexceptie in hoger beroep zouden toelaten, de gedaagde die vertraging op het oog heeft hiermee enorm zou worden geholpen. Pas bij de uitspraak in hoger beroep volgt – als het beroep op de arbitrageovereenkomst terecht was – onbevoegdverklaring van de rechter. Het is niet alleen de gehele procedure in eerste aanleg, maar ook de gehele procedure in hoger beroep die uiteindelijk voor niks zijn geweest. Een vertraging van al snel twee jaren en daarna moet ook de arbitrageprocedure nog worden doorlopen, in het ergste geval daarbij ook nog weer in twee arbitrale instanties, en zo mogelijk nog een vernietigingsprocedure bij de overheidsrechter. Bovendien wordt hiermee de andere partij (die de procedure bij de rechter aanhangig heeft gemaakt) een instantie ontnomen ten aanzien van het opgeworpen onbevoegdheidsverweer.

10. Als we overigens de exceptie van onbevoegdheid zouden toelaten in hoger beroep, dan zal die exceptie wel in de (normaal gesproken niet veel omvattende) appeldagvaarding respectievelijk de memorie van antwoord (als zijnde het eerste schriftelijke stuk van appelland respectievelijk geïntimeerde) moeten worden opgenomen (zie *Edelsyndicaat/Van Hout*; zie nr. 3).

#### Erkenning, referte, en stilzwijgende niet-betwisting

11. Dan nog de vraag wat heeft te gelden bij een (volledige) erkenning van eisers stellingen door gedaagde (art. 154 Rv), een stilzwijgende niet-betwisting of een “referte” door gedaagde (zich refereren aan het oordeel van de rechter)? Aangezien bij een erkenning, stilzwijgende niet-betwisting of referte geen verweer wordt gevoerd, zou volgens de uitdrukking “voor alle wesen” aldus de exceptie van onbevoegdheid ook nog voor het eerst in hoger beroep mogen worden opgevoerd. Op een erkenning kan in beginsel (uitzonderingen daargelaten; zie art. 154 lid 2 Rv) niet meer door nieuw principaal verweer worden teruggekomen, omdat dan sprake is van een “gedekte weer” in de zin van art. 348 Rv. Op een stilzwijgende niet-betwisting of een zuivere referte kan gedaagde wel terugkomen door (in appel) alsnog principaal verweer te voeren (zie over erkenning, referte en stilzwijgende niet-betwisting ook Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 145). Conform vorenstaande uitleg van *Edelsyndicaat/Van Hout* (zie nrs. 6 en 8) geldt naar mijn mening ook in deze situaties dat een beroep op de onbevoegdheid niet meer in hoger beroep kan geschieden, maar in eerste aanleg – ervan uitgaande dat dit het eerste schriftelijke stuk is – in de conclusie of akte waarin eisers stellingen worden erkend respectievelijk de conclusie of akte waarin wordt gerefereerd aan het oordeel van de rechter. Hetzelfde geldt voor de stilzwijgende niet-betwisting.

#### Uitzonderingen op algemene regel?

12. In Hof Amsterdam 4 november 1993, *NJ* 1994/729, heeft het hof bij uitzondering een beroep op een geldige arbitrageovereenkomst ook volgend op het antwoord nog tijdig geacht. De onbevoegdheidsexceptie was in eerste aanleg in de conclusie van dupliek opgeworpen, hetgeen nog tijdig werd geacht. De gedaagde had zich in de conclusie van antwoord beperkt en – gezien de summere inhoud van de naar de inleidende dagvaarding verwijzende conclusie van eis en de daarin vervatte in het geheel niet toegelichte vermeerdering van eis – ook mogen beperken tot het verzoek tot “uitsplitsing en verduidelijking” van de vordering. Nadat de eiser zijn vordering had verduidelijkt in de conclusie van repliek, heeft gedaagde bij conclusie van dupliek zijn onderscheiden verweren gevoerd, waaronder het onbevoegdheidsverweer. Onder die omstandigheden kon volgens het hof niet gezegd worden dat in strijd was gehandeld met art. 141 lid 2 (oud) Rv (destijds de bepaling inzake concentratie van verweer). Voorts kon het verzoek tot “uitsplitsing en verduidelijking” in casu volgens het hof niet worden opgevat als een “weer” als bedoeld in de zin van art. 1022 lid 1 Rv. Wat van het verzoek tot uitsplitsing en verduidelijking ook zij, afgevraagd kan worden waarom gedaagde niet direct in de conclusie van antwoord de onbevoegdheid kon opwerpen (zie ook G.J. Meijer, *TCR* 1995/1, p. 18).

13. Voorts vormt een uitzondering de *niet verschenen partij* die na een verstekvonnis verzet instelt. Deze niet verschenen partij zal wel in zijn verzetdagvaarding (zijnde het eerste schriftelijke stuk) voor het eerst de exceptie van onbevoegdheid

mogen opwerpen. De verzetdagvaarding vormt ook eigenlijk de conclusie van antwoord. Voor de verzetdagvaarding geldt ook gewoon het beginsel van concentratie van verweer van art. 128 lid 3 Rv.

14. Een andere uitzondering kan zich voordoen als door eïswijziging (art. 130 Rv) (al dan niet in hoger beroep) de vraag naar de bevoegdheid van de rechter anders komt te liggen, bijvoorbeeld als de grondslag van de vordering bij de eïswijziging wordt gebaseerd op een andere overeenkomst waarin een arbitrageclausule staat.

#### Onderhavige uitspraak

15. Op de onderhavige zaak is de oude arbitragewet nog van toepassing zoals die gold voor 1 januari 2015, maar het bepaalde in art. 1022 lid 1 (oud) Rv is niet gewijzigd, met dien verstande dat art. 1022 Rv in de nieuwe arbitragewet geen leden meer kent (leden 2 en 3 van art. 1022 oud Rv zijn verplaatst naar afzonderlijke art.).

16. Wat was precies de casus in de onderhavige zaak? Uit het arrest valt af te leiden dat uit het bestreden vonnis blijkt dat appellante in eerste aanleg is verschenen, te kennen heeft gegeven verweer te willen voeren en hiertoe in de gelegenheid is gesteld. Appellante heeft van deze gelegenheid vervolgens geen gebruik gemaakt, althans slechts gezegd dat zij niet in verzuim verkeerde, waarna de rechtbank (sector kanton) de vorderingen als inhoudelijk niet weersproken, en overigens niet onrechtmatig of ongegrond heeft toegewezen. Het hof overweegt dat hoewel appellante in eerste aanleg is verschenen en in de gelegenheid is gesteld (schriftelijk) van antwoord te dienen, zij hier blijkens de overwegingen in het bestreden vonnis *niet* is toe overgegaan. Dat appellante – vide de appeldagvaarding – bij het verschijnen voor de rechtbank (sector kanton) heeft gezegd dat zij niet in verzuim verkeerde, laat onverlet dat de rechtbank (sector kanton) dit niet als het voeren van verweer heeft opgevat, nu zij oordeelt dat de vordering niet inhoudelijk is weersproken. Dit heeft naar het oordeel van het hof tot gevolg dat appellante het beroep op de onbevoegdheid van de gewone rechter, welk beroep/verweer zij in de appeldagvaarding in hoger beroep voor het eerst voert, tijdig heeft gedaan. Het hof motiveert deze beslissing dan nog als volgt nader: *“Dit oordeel komt ook overeen met de ratio van artikel 1022 lid 1 Rv, namelijk dat onwenselijk (niet proces-economisch) is wanneer een gedaagde zich eerst inhoudelijk verweert en pas daarna de onbevoegdheid van de rechter inroept. Een dergelijke situatie doet zich hier niet voor, nu [appellante] in eerste aanleg de facto geen verweer heeft gevoerd en dit voor het eerst doet in de appeldagvaarding in hoger beroep. Overigens blijkt ook niet uit het bestreden vonnis dat een comparitie van partijen is gehouden. Het voorgaande heeft tot gevolg dat het hof zich onbevoegd zal verklaren kennis te nemen van de vorderingen die voortvloeien uit de in de akte opgenomen overeenkomst.”*

17. Wat te denken van deze beslissing? Het zal de lezer – gezien vorenstaande uitleg in nrs. 6, 8 en 9 – niet verbazen dat ik van mening ben dat een beroep op de exceptie van onbevoegdheid in de appeldagvaarding niet tijdig is gedaan, als de gedaagde in eerste aanleg is verschenen, maar geen verweer heeft gevoerd. Anders dan het hof oordeelt, druist de beslissing mijns inziens juist in tegen de ratio achter de regel zoals door de Hoge Raad geformuleerd in *Ede/syndicaat/Van Hout* (kort gezegd, de procesefficiëntie; zie nr. 3). De rechter in eerste aanleg is in casu immers voor niets aan het werk gezet. Als het inroepen van de exceptie van onbevoegdheid in hoger beroep wordt toegelaten – zoals het hof nu ten onrechte deed – kunnen (verschenen, maar geen verweer voerende) partijen eerst de uitkomst van de zaak in eerste aanleg afwachten en als daar een ongunstige beslissing uit voortvloeit, pas de exceptie van onbevoegdheid opwerpen. Zulks is onwenselijk (zie ook nr. 9). Nu de gedaagde in eerste aanleg (appellante) wel is verschenen en de kans is geboden verweer te voeren, heeft zij mijns inziens haar recht verwerkt om later nog de exceptie van onbevoegdheid ex art. 1022 Rv in te roepen. Zulks strookt ook met het beginsel van concentratie van verweer. Ik laat dan nog in het midden of de rechtbank (sector kanton) terecht niet als verweer heeft opgevat dat gedaagde in eerste aanleg (appellante) wel heeft gezegd dat zij niet in verzuim verkeerde. Als de rechtbank (sector kanton) dit ten onrechte heeft geconcludeerd, dan geldt sowieso dat gedaagde het onbevoegdheidsverweer te laat heeft opgeworpen, eenvoudigweg op grond van art. 1022 (lid 1) Rv. Ook voor een uitzondering op de regel (zie nrs. 12-14) was in de gegeven omstandigheden naar mijn mening geen plaats.

mw. mr. I.P.M. van den Nieuwendijk, advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam