

Het hof heeft de vorderingen van eisers afgewezen en die van verweerders toegewezen, in die zin dat het eisers werd verboden meer dan één auto op het pad te parkeren waarbij deze auto uit het zicht van verweerders diende te worden geparkeerd. Het hof heeft daarbij de stellingen van eisers met betrekking tot de erfdiensbaarheden zo uitgelegd dat het meende dat eisers met het zinsdeel 'de strook grond gelegen ten noorden van de ongeveer noordelijke buitenmuur van het woonhuis van [verweerders]' beoogden te hebben gesteld dat de erfdiensbaarheid naast de noordelijke buitenmuur van het huis van verweerders uitgeoefend diende te worden en dus, aldus het hof, zodanig dat 'deze erfdiensbaarheid zou zijn gevestigd op een strook grond van één meter breedte die bovendien direct aan de noordelijke gevel van de woning [van verweerders] grenst, dus een strook grond waarop geen enkele auto kan worden geparkeerd die bovendien (nagenoeg) de gevel zou kunnen raken'. Het hof vervolgt 'Dat het om een strook grond zou gaan die direct aan de noordelijke gevel grenst is bovendien niet voor de hand liggend omdat in de omschrijving niet staat "ten noorden van de noordelijke buitenmuur", maar "ten noorden van de ongeveer noordelijke buitenmuur", wat veeleer erop duidt dat nog enige ruimte aanwezig is tussen de noordelijke gevel en de strook grond waar het om gaat en pleit voor de uitleg dat partijen destijds hebben bedoeld op het pad.'

Hoge Raad

De Hoge Raad stelt met verwijzing naar zijn arrest *Melber/Goede* van 8 juli 2016 (ECLI:NL:HR:2016:1511) eerst voorop 'dat het bij de uitleg van de akte(n) van vestiging van de erfdiensbaarheden aankomt op de partijbedoeling voor zover zij in de akte(n) tot uitdrukking is gebracht. Deze bedoeling moet worden afgeleid uit de in deze akte(n) gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte.' En komt dan vervolgens tot de conclusie dat de redenering van het hof onbegrijpelijk is. Immers, aldus de Hoge Raad: 'De tekst van de vestigingsakte van 1979 houdt in dat ten behoeve van het thans aan eisers in eigendom toebehorende perceelsgedeelte (als heersend erf) en ten laste van het thans aan verweerders in eigendom behorende perceelsgedeelte (als dienend erf) wordt gevestigd "de erfdiensbaarheid van weg en het mogen parkeren van een automobiel op de strook grond gelegen ten noorden van de ongeveer noordelijke buitenmuur van het woonhuis [van verweerders]". Volgens de Hoge Raad kan daarbij 'het woord "ongeveer" in de tekst van de vestigingsakte van 1979 niet anders worden begrepen dan dat bedoeld wordt op de meest noordelijke (maar niet exact noordelijke) buitenmuur van het woonhuis [van verweerders]'. En dat de uitleg die het hof aan dit woord heeft gegeven, 'te weten dat dit veeleer erop duidt dat nog enige ruimte aanwezig is tussen de noordelijke gevel en de strook grond waar het om gaat', onbegrijpelijk is. En dat oordeel is natuurlijk juist. De betekenis van de zin 'ten noorden van de ongeveer noordelijke buitenmuur' is immers duidelijk anders dan die van de zin 'ongeveer ten noorden van de noordelijke buitenmuur' en dat laatste staat niet in de akte. Ten aanzien van de omvang van de erfdiensbaarheid heeft de Hoge Raad overwogen: 'Deze tekst veronderstelt de betrokkenheid van twee onroerende zaken die in verschillende handen zijn en waarvan de ene (het heersende erf) een voordeel verkrijgt ten laste van de andere (het dienend erf). Het oordeel van het hof dat niet bedoeld kan zijn een erfdiensbaarheid te vestigen op de strook grond die aan verweerders

toebehoort, maar dat partijen destijds hebben bedoeld op het niet aan verweerders of hun rechtsvoorganger in eigendom toebehorende pad, is hiermee niet verenigbaar. Dat op de strook grond die aan verweerders toebehoort, gelet op de breedte ervan, niet een hele auto kan worden geparkeerd, doet hieraan niet af.' En dan komt de Hoge Raad tot de conclusie: 'Eisers kunnen als eigenaren van het heersende erf immers ook voordeel ervan hebben dat zij een auto gedeeltelijk op de strook grond van verweerders mogen parkeren.'

Conclusie

Het arrest leert niet veel nieuws. De constatering dat de lezing van de erfdiensbaarheid door het hof onjuist – en ook opmerkelijk is – spreekt voor zich. En dat geldt ook voor het oordeel dat de eigenaar van het heersende erf bij een erfdiensbaarheid van parkeren ook voordeel kan hebben als hij zijn auto gedeeltelijk op de strook grond van de eigenaar van het dienend erf mag parkeren. De erfdiensbaarheid geeft namelijk het recht om te parkeren. Dat recht impliceert niet dat voor dat parkeren alleen maar het dienend erf gebruikt moet worden: de eigenaar van het heersend erf mag nog gewoon op zijn eigen terrein blijven parkeren en dus ook voor een gedeelte van de oppervlakte van de auto. Bovendien ontstaat er op basis van de erfdiensbaarheid een recht en geen verplichting.

mr. R.J.G. Mengelberg
advocaat bij Courtine

8

Voldoende belang bij hoger beroep

Hoge Raad
26 november 2021, nr. 19/03737, ECLI:NL:HR:2021:1779
(mr. Tanja-van den Broek, mr. Ter Heide, mr. Makkink)
(Concl. A-G Drijber)
Noot mr. M.C. van Rijswijk en mr. M. Evadgian

Appelprocesrecht. Belang bij hoger beroep dat strekt tot bekrachtiging met verbetering van gronden? Gezag van gewijsde, art. 236 Rv. Uitleg van gedingstukken.

[Rv art. 236; BW art. 3:303]

Essentie: Voldoende belang ex art. 3:303 BW ontbreekt indien hoger beroep wordt ingesteld tegen een niet voor het dictum dragende beslissing omdat aan een dergelijke beslissing geen gezag van gewijsde toekomt.

Samenvatting: Een projectontwikkelaar (in de uitspraak aangeduid als [eiseres] B.V.) koopt een perceel en spreekt met de verkopers af dat zij op de begane grond van het te ontwikkelen appartementencomplex een winkelruimte realiseert. De afspraak met de verkopers is dat de koopsom van het perceel door de projectontwikkelaar wordt voldaan door de winkelruimte met het bijbehorende appartementsrecht aan de verkopers te leveren. De waarde van het appartementsrecht en de bouw van de winkel wordt voorwaardelijk vastgesteld op € 50.000 en wordt afhankelijk gesteld van een aantal uitgangspunten. Als de uitgangspunten niet gehandhaafd kunnen worden, wordt het verschil in waarde (zowel positief als

negatief) tussen de projectontwikkelaar en de verkopers gedeeld. De projectontwikkelaar stelt zich na afloop van de bouw op het standpunt dat de uitgangspunten minder gunstig zijn uitgevallen dan begroot, waardoor zij per saldo een vordering op de verkopers meent te hebben. Verkopers stellen zich op een tegenovergesteld standpunt en gaan naar de rechtbank waar zij levering van de winkelruimte en betaling van hun vordering vorderen. De projectontwikkelaar beroept zich bij wijze van verweer op een opschortingsrecht vanwege haar vordering op verkopers, zonder ter zake van deze (tegen) vordering een eis in reconventie in te stellen. De rechtbank beoordeelt de overeengekomen uitgangspunten en berekent in een rechtsoverweging concreet de vordering van de projectontwikkelaar en komt tot de conclusie dat zij inderdaad per saldo een vordering heeft op de verkopers. De vorderingen van de verkopers worden als gevolg daarvan afgewezen. Daarbij compenseert de rechtbank de proceskosten. De projectontwikkelaar is het niet eens met de berekening van de rechtbank en met het compenseren van de proceskosten en gaat in hoger beroep. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank onder andere omdat de projectontwikkelaar geen belang heeft bij haar beroep tegen de rechtsoverweging waarin de concrete berekening is opgenomen. In cassatie oordeelt de Hoge Raad dat in appel, afgezien van de proceskosten, niet is bestreden dat de grieven van de projectontwikkelaar, wanneer ze zouden slagen, niet leiden tot een andere beslissing over de vorderingen van verkopers dan de rechtbank heeft gegeven. Volgens de Hoge Raad is het oordeel van het hof dat appellante daarom geen belang heeft bij haar beroep juist. Het oordeel van het hof dat appellante geen (afzonderlijke) grief heeft aangevoerd tegen de compensatie van de proceskosten berust volgens de Hoge Raad op de aan het hof voorbehouden uitleg van de gedingstukken en is niet onbegrijpelijk. Het principale cassatieberoep van de projectontwikkelaar wordt aldus verworpen. Het incidentele cassatieberoep van verkopers wordt toegewezen en de zaak wordt verwezen naar het hof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing.

[eiseres] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats],
eiseres tot cassatie, verweerster in het incidentele cassatieberoep,
hierna: [eiseres],
advocaat: J.H.M. van Swaaij,
tegen
1. [verweerster 1], wonende te [woonplaats],
2. [verweerder 2], wonende te [woonplaats],
verweerders in cassatie, eisers in het incidentele cassatieberoep,
hierna gezamenlijk: [verweerdere],
advocaat: A.H.M. van den Steenhoven.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Drijber)

1. Inleiding en samenvatting

In dit bouwgeschil zijn in cassatie alleen nog vragen van appelprocesrecht aan de orde. De belangrijkste vraag is of gedaagde in eerste aanleg in hoger beroep kan komen van een uitspraak waarbij de tegen hem ingestelde vorderingen integraal zijn afgewezen, ten einde in hoger beroep dezelfde beslissing te verkrijgen maar met verbetering van gronden. Ik stel voor die vraag ontkennend te beantwoorden.

2. Feiten

- 2.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.
- 2.2. [betrokkene 1] en zijn toenmalige echtgenote, [verweerster 1], waren eigenaar van een perceel grond aan [a-straat 1-2] te [plaats] (hierna: *het perceel*).
- 2.3. [eiseres] houdt zich bezig met de ontwikkeling van bouwprojecten. [eiseres] zou op het perceel een appartementencomplex bouwen, met daarin op de begane grond een winkelruimte. De tussen partijen gemaakte afspraken zijn vastgelegd in een onderhandse akte van 30 juni 2004.
- 2.4. Deze akte bevat – onder meer en voor zover relevant – het volgende:

‘in aanmerking nemende:

- Dat [betrokkene 1] eigenaar is van de locatie [a-straat 1-2] te [plaats] (perceel kadastraal gem. [plaats], sectie [A], nummer [001]) en
- Dat [betrokkene 1] die locatie wenst te verkopen aan [eiseres] voor herontwikkeling en
- Dat [betrokkene 1] na de realisatie een ruimte (verder te noemen: winkel) van ±112 m² op de begane grond van het te ontwikkelen complex wil hebben en
- Dat dit tegen minimale bijbetaling dient te gebeuren en daartoe
- Dat [betrokkene 1] de verdere ontwikkelingsmogelijkheid van de locatie, waaronder het splitsen in appartementsrechten daarvan en het eigendom van die appartementsrechten, wil laten aan [eiseres],

Zijn het volgende overeengekomen:

1. [betrokkene 1] verkoopt het perceel (...) aan [eiseres].
2. De koopprijs van het perceel wordt vastgesteld op € 50.000,00, kosten koper (...)
3. [eiseres] ontwikkelt de locatie en verkoopt de appartementsrechten voor haar rekening en risico, met in acht name van hetgeen verderop is gesteld
4. De koopprijs van het perceel zal worden voldaan door het leveren aan [betrokkene 1] van een winkel en het bijbehorende appartementsrecht. Deze levering zal plaatsvinden na onherroepelijke bouwvergunning.
5. De waarde van het appartementsrecht van de winkel en de bouw van de winkel tezamen wordt vastgesteld op € 50.000,00 excl. BTW.
6. Deze laatstgenoemde waarde is voorwaardelijk. Hij geldt alleen als de volgende uitgangspunten stand houden en de volgende bedragen excl. BTW gehandhaafd kunnen worden:
 - a. Vertragscompensatie € 20.000,00
 - b. Parkeerplaatscompensatie € 40.000,00
 - c. Makelaarskosten, verkoopboekjes en advertenties, totaal € 9.000,00
 - d. Leges € 12.000,00
 - e. Aansluitkosten alle nutsvoorzieningen € 6.000,00
 - f. Opbrengst app. 1 v.o.n. € 182.000,00
 - g. Opbrengst app. 2 v.o.n. € 182.000,00
 - i. Opbrengst app. 3 v.o.n. € 182.000,00
 - j. Opbrengst app. 4 v.o.n. € 182.000,00
 - k. Opbrengst app. 5 v.o.n. € 257.000,00
- l. Fundering op staal is mogelijk
- m. De winkel wordt in casco uitvoering opgeleverd conform aangehechte tekening d.d. 21 augustus 2003 (...) en eventuele wijzigingen daarop die voor het verkrijgen van een onherroepelijke bouwvergunning nodig zijn.
7. Als bovenstaande uitgangspunten geen stand houden en/of de genoemde bedragen niet gehandhaafd kunnen worden, zal het verschil, positief zowel als negatief, gedeeld worden door [betrokkene 1] voor 50% enerzijds en [eiseres] voor 50% an-

derzijds. De uitgangspunten die uitsluitend voor risico van [betrokkene 1] komen zijn die, genoemd bij bovenstaande punten k, l, en m, (...)'

2.5. Het perceel is door [betrokkene 1] en [verweerster 1] (als verkopers) aan [eiseres] (als koopster) geleverd bij notariële akte van 15 maart 2005.

2.6. De akte van levering bevat onder de kop 'KOOPPRIJS/KWIJTING' het volgende:

'De koopprijs bedraagt VIJFTIGDUIZEND EURO (€ 50.000,00), welk bedrag door koopster zal worden voldaan door levering van een appartementsrecht welke recht geeft op een winkel, gelegen op de begane grond van het te realiseren complex. Deze levering zal geschieden zodra het perceel is gesplitst in appartementsrechten, de feitelijke levering zal geschieden na oplevering van het complex.'

2.7. Het perceel is gesplitst in appartementsrechten op of omstreeks 18 mei 2006.

2.8. Met wederzijds goedvinden is levering van het appartementsrecht met betrekking tot de winkel uitgesteld tot het moment van feitelijke levering van de winkel. Het appartementencomplex was op 18 december 2007 (nagenoeg) gereed. Op die dag vond de oplevering plaats van vier van de vijf gebouwde appartementen.

2.9. [eiseres] heeft het appartementsrecht met betrekking tot de winkel niet aan [verweerders] geleverd.

2.10. Vanaf 15 januari 2010 is de winkel met schriftelijke instemming van [verweerster 1] door [eiseres] verhuurd. De huurprijs bedroeg de eerste achttien maanden nihil en daarna € 1.487,50 inclusief btw per maand. Vanaf het jaar 2015 wordt de huurprijs jaarlijks geïndexeerd.

2.11. Medio 2011 heeft [eiseres] aan [verweerders] een schriftelijk overzicht verstrekt van de posten die volgens [eiseres] uit hoofde van de overeenkomst van 30 juni 2004 nog tussen hen moesten worden verrekend alvorens [eiseres] de winkel zou leveren.

2.12. Op 8 oktober 2015 hebben [verweerders] conservatoir (leverings)beslag laten leggen op (het appartementsrecht met betrekking tot) de winkel.

3. Procesverloop

3.1. Bij dagvaarding van 21 oktober 2015 hebben [verweerders] de onderhavige procedure tegen [eiseres] aanhangig gemaakt bij de rechtbank Oost-Brabant, locatie Den Bosch, (hierna: *de rechtbank*). [verweerders] hebben gesteld dat het appartementsrecht op de winkel aan hen geleverd dient te worden op grond van de overeenkomst van 30 juni 2004 en de leveringsakte van 15 maart 2005. Daarnaast hebben [verweerders] gesteld dat verschillende posten die in de overeenkomst van 30 juni 2004 als uitgangspunten a. tot en met m. zijn vermeld, gunstiger zijn uitgevallen dan bij de begroting daarvan en dat zij aanspraak hebben op (de helft van) de huur voor de winkel. Op grond daarvan vorderden [verweerders] in eerste aanleg in conventie, samengevat en voor zover in cassatie van belang, de veroordeling van [eiseres] tot (1) medewerking aan de levering van het appartementsrecht met betrekking tot de winkel en (2) betaling van € 36.672,46 plus de (de helft van) de huurpenningen.

3.2. [eiseres] heeft deze vorderingen bestreden. Volgens haar zijn verschillende posten die in de overeenkomst van 30 juni 2004 als uitgangspunten a. tot en met m. zijn vermeld, juist minder gunstig uitgevallen dan begroot. Zolang zij een opeisbare vordering op [verweerders] heeft die niet is voldaan, acht [eiseres] zich niet gehouden tot medewerking aan de levering van het appartementsrecht. Verder dienen [verweerders] vol-

gens [eiseres] bij te dragen in verschillende gemaakte kosten en zijn zij daarover de wettelijke handelsrente verschuldigd.

3.3. Na comparitie van partijen heeft de rechtbank bij vonnis van 22 maart 2017 geoordeeld dat toewijzing van de vordering tot medewerking aan de levering van het appartementsrecht met betrekking tot de winkel afhangt van de vraag of [eiseres] een geldvordering op [verweerders] heeft, waar [eiseres] een retentierecht of opschortingsrecht op kan baseren. De rechtbank heeft daarom de door partijen over en weer gestelde vorderingen beoordeeld. Daarbij gaat het om de uitgangspunten uit de overeenkomst van 30 juni 2004 waarover verschil van mening bestaat (b., c., e., j., k. en l.). Ten aanzien van ieder van die geschilpunten heeft de rechtbank vastgesteld of [verweerders] een vordering hebben op [eiseres] of [eiseres] op [verweerders].

3.4. De rechtbank is (na optellen en aftrekken) tot de conclusie gekomen dat er onder de streep een saldo van € 13.431,76 (peildatum 31 oktober 2015) overblijft ten gunste van [eiseres]. Ook indien rekening wordt gehouden met de netto huuropbredingen van de winkel tussen 31 oktober 2015 en de datum van wijzen van het vonnis heeft [eiseres] een geldvordering op [verweerders] (rov. 4.17.2). De vorderingen van [verweerders] tot medewerking aan levering van het appartementsrecht en tot betaling van een geldsom zijn daarom niet toewijsbaar geoordeeld (rov. 4.17.3). De rechtbank heeft de proceskosten in conventie gecompenseerd.

3.5. Omdat de voorwaarde voor de reconventionele vordering van [eiseres] niet was vervuld, is deze vordering buiten behandeling gebleven.

3.6. [eiseres] is in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch (hierna: *het hof*). Het hoger beroep ziet niet op de afwijzing van haar reconventionele vordering. [eiseres] heeft, voor zover in cassatie van belang, gevorderd dat het hof het eindvonnis van de rechtbank

'... vernietigt, en, opnieuw rechtdoende, de vordering(en) van [[verweerders]], onder verbetering van gronden, opnieuw af te wijzen, alsmede [[verweerders]] te veroordelen in de kosten van beide instanties (...).'

3.7. Het doel van het door [eiseres] ingestelde hoger beroep was erin gelegen dat het hof de vorderingen van [verweerders] opnieuw zou afwijzen, maar dan met toepassing van de uitgangspunten en de daarbij behorende bedragen, zoals door [eiseres] in eerste aanleg bepleit. Dat zou leiden tot een hogere vordering van [eiseres] op [verweerders] en dus tot een langere periode waarin de levering van het appartementsrecht op de winkel (dat in 2004 was overeengekomen) opgeschort kon blijven.

3.8. [verweerders] hebben aangevoerd dat [eiseres] in haar appel niet-ontvankelijk verklaard dient te worden omdat [eiseres] geen andere beslissing voorstaat dan door de rechtbank gegeven. [eiseres] heeft hierover opgemerkt dat zij weliswaar dezelfde beslissing verlangt, maar dat zij er belang bij heeft dat de gronden waarop die beslissing stoelt worden aangevuld.

3.9. [verweerders] hebben incidenteel hoger beroep ingesteld. Zij hebben onder meer gevorderd om [eiseres] te veroordelen mee te werken aan levering van genoemde onroerende zaak, en om [eiseres] te veroordelen aan [verweerders] te betalen een bedrag van € 76.593,80, te vermeerderen met een bedrag van € 567,04 voor iedere maand vanaf 1 januari 2018 tot aan de dag van levering.

3.10. Bij arrest van 7 mei 2019 heeft het hof de vorderingen in het principale appel afgewezen en daartoe het volgende overwogen:

‘3.6. (...) [eiseres] heeft in hoger beroep veroordeling van [verweerders] in de kosten van beide instanties gevorderd, terwijl in eerste aanleg in conventie de proceskosten tussen partijen zijn gecompenseerd, zodat er in zoverre sprake is van een andere beslissing die aan niet-ontvankelijkheid in de weg staat. Echter, tegen de beslissing om in conventie de proceskosten te compenseren heeft [eiseres] geen grief aangevoerd en ook overigens heeft zij tegen die beslissing geen bezwaren kenbaar gemaakt. De grieven die [eiseres] wel heeft aangevoerd kunnen, wanneer zij zouden slagen, niet leiden tot een andere beslissing dan de rechtbank heeft gegeven, zodat deze grieven geen bespreking behoeven. De omstandigheid dat in het vonnis oordelen staan die volgens [eiseres] niet juist zijn, maakt dit niet anders aangezien de beslissing op de vordering van [verweerders] in conventie bepalend is voor het belang van [eiseres] bij haar hoger beroep. Voor hetgeen [eiseres] voor ogen staat zou het instellen van een daartoe strekkende vordering in reconventie de aangewezen weg zijn geweest. (...)’

3.11. Omtrent het incidentele appel van [verweerders] heeft het hof onder meer overwogen dat de recapitulatie die de basis vormt voor deze vorderingen en het betoog dat de volledige bruto huurprijs van de winkel aan [verweerders] toekomt, niet opgaan.

3.12. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd en partijen over een weer in de proceskosten veroordeeld (rov. 3.20).

3.13. [eiseres] heeft tegen het arrest van het hof – tijdig – cassatieberoep ingesteld. [verweerders] hebben geconcludeerd tot verwerping en incidenteel cassatieberoep ingesteld. [eiseres] heeft een incidentele conclusie tot niet-ontvankelijkheidsverklaring van [verweerders] in hun incidenteel cassatieberoep wegens termijnoverschrijding ingediend. [verweerders] hebben een verweerschrift in het incident ingediend. Bij arrest van 3 juli 2020 heeft de Hoge Raad de incidentele vordering van [eiseres] afgewezen en daarmee het incidentele cassatieberoep van [verweerders] toegestaan.¹

3.14. Partijen hebben vervolgens hun standpunten schriftelijk doen toelichten, waarna [eiseres] heeft gerepliceerd in het principale cassatieberoep en [verweerders] in het incidentele cassatieberoep. Partijen hebben afgezien van dupliek.

4. Bespreking van het middel in het principale beroep

4.1. Het middel omvat vier onderdelen. *Onderdeel 1* komt op tegen rov. 3.6 van het bestreden arrest en betoogt dat de door [eiseres] in appel aangevoerde grieven wél bespreking behoeven. *Onderdeel 2* voert aan dat het hof had te oordelen over de beslissing van de rechtbank om in conventie de proceskosten te compenseren omdat [eiseres] tegen die beslissing had gegriefd. *Onderdeel 3* klaagt dat [eiseres] niet had opgemerkt dat zij er belang bij heeft dat de gronden ‘aangevuld’ worden. *Onderdeel 4* bevat een algemene voortbouwklacht.

Onderdeel 1

4.2. Het middel klaagt dat de oordelen in rov. 3.6 van het bestreden arrest onjuist dan wel ontoereikend gemotiveerd zijn (*subonderdeel 1.1*). Deze algemene klacht wordt uitgewerkt in vier subonderdelen.

4.3. Het middel voert aan dat het hof zijn taak als appelrechter heeft miskend, met name door er aan voorbij te zien dat het gehouden was om op de voet van de door [eiseres] aangevoerde grieven te onderzoeken of een bekrachtiging van het von-

nis onder verbetering van gronden geboden was. Daarom moest het hof oordelen over de juistheid van de motivering van de rechtbank, ook al maakte de juistheid van de afwijzingsbeslissing als zodanig geen deel uit van de rechtsstrijd in het door [eiseres] ingestelde appel. Het belang van een appellant bij verbetering van onjuistheden in een rechterlijke uitspraak is, althans in beginsel, gegeven. [verweerders] heeft in appel bovendien niet gesteld, laat staan toegelicht, dat [eiseres] bij de door haar in appel geëiste verbetering van gronden geen belang zou hebben (*subonderdeel 1.2*).

4.4. Het hof heeft met zijn oordelen in rov. 3.6 miskend dat een appellant voldoende belang heeft bij het door hem ingestelde hoger beroep indien dit voor hem ‘enig nuttig effect’ teweeg brengt respectievelijk kan brengen, en/of niet toereikend gemotiveerd waarom een dergelijk nuttig effect ontbreekt. Bovendien heeft het hof niet toereikend gerespondeerd op essentiële stellingen van [eiseres] in haar memorie van antwoord in het incidentele appel (*subonderdeel 1.3*).

4.5. Het hof heeft bovendien miskend dat [eiseres] belang bij het hoger beroep en een beoordeling van [eiseres] grieven is dat gezag van gewijsde zal toekomen aan de beslissingen in rov. 4.17.1 van het vonnis die voorafgaan aan (en de grondslag vormen van) de beslissing dat een saldo resteert van (niet meer dan) € 13.431,76 + PM in het voordeel van [eiseres]. Daarmee is [eiseres] belang bij haar hoger beroep gegeven (*subonderdeel 1.4*).

4.6. Tot slot heeft het hof miskend dat het een procespartij vrij staat ervoor te kiezen om, in plaats van een eis in reconventie in te stellen, een verweer te voeren dat ertoe strekt dat zij het recht heeft om een door haar te verrichten prestatie op te schorten en de rechter dit verweer niet mag passeren op de grond dat het instellen van een eis tot reconventie de aangewezen weg zou zijn. Bovendien heeft het hof miskend dat, gegeven het feit dat [eiseres] een opschortingsverweer heeft gevoerd, zij er belang bij heeft dat in hoger beroep wordt vastgesteld dat zij méér te vorderen heeft van [verweerders] dan volgens de rechtbank het geval was (*subonderdeel 1.5*).

4.7. De klachten lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Uit de inleiding van de procesinleiding volgt dat het ‘doelwit’ van de klachten is in hoger beroep dezelfde afwijzingsbeslissing te verkrijgen als in eerste aanleg, zij het met een verbetering van de gronden. Uit de repliek volgt dat het onderdeel er toe strekt te voorkomen dat in een eventueel nieuw geding tegen [verweerders] aan oordelen van de rechtbank die voor [eiseres] ongunstig zijn (zoals de overweging van de rechtbank dat zij op een van de uitgangspunten a. t/m m. geld verschuldigd is aan [verweerders]) gezag van gewijsde zou toekomen.

4.8. Onder verwijzing naar het arrest van 18 december 2020 (*IV-Groep/Zwitserleven*)² herinner ik eraan dat gezag van gewijsde als bedoeld in art. 236 Rv kan worden ingeroepen als in een geding tussen dezelfde partijen eenzelfde geschilpunt wordt voorgelegd als in een eerder geding, *en de in het dictum van de eerdere uitspraak gegeven beslissing (mede) berust op een beslissing over dat geschilpunt*, ongeacht of wat gevorderd wordt hetzelfde is. Indien een vordering met kracht van gewijsde is afgewezen, en de afwijzing erop is gebaseerd dat de voor de vordering aangevoerde grondslag niet is komen vast te staan of dat deze grondslag de vordering niet kan dragen, kan tot uitgangspunt dienen dat de beslissingen aangaande het ontbreken of niet toereikend zijn van deze grondslag, in een ander geding tussen dezelfde partijen gezag van gewijsde

1 HR 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1224, NJ 2020/282.

2 HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2099, RvdW 2021/75.

hebben. Het gezag van gewijsde kan er echter niet aan in de weg staan dat in een ander geding dezelfde of een soortgelijke vordering wordt ingesteld op basis van een andere grondslag, waarover de rechter zich nog niet heeft uitgelaten. Dit geldt ongeacht of deze andere grondslag ook in de eerdere procedure aangevoerd had kunnen worden.

4.9. Ik wijs erop dat het gezag van gewijsde is bedoeld om nieuwe geschillen tussen dezelfde partijen over hetzelfde onderwerp te vermijden. Een verruiming van de mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen om te bereiken dat aan de oorspronkelijk gedaagde partij, die geen reconventionele vordering had ingesteld, het gezag van gewijsde niet kan worden tegengeworpen, acht ik in zijn algemeenheid niet noodzakelijk en ook niet wenselijk. Toestaan dat geschilpunten waarop de rechter na een voldragen partijdebat heeft beslist, door de in het gelijk gestelde partij in een tweede ronde aan de orde worden gesteld zou niet bijdragen aan finale geschilbeslechting.

4.10. In deze zaak geldt voorts het volgende. Indien [verweerders] een nieuwe vordering zouden instellen, dan kan aan hen in beginsel het gezag van gewijsde worden tegengeworpen. Hier is het echter [eiseres] die bevreesd is dat als zij een vordering zou instellen aangaande de bedragen die horen bij één of meer van de in 2.3 weergegeven 'uitgangspunten', aan haar het gezag van gewijsde kan worden tegengeworpen. Kennelijk zou het daarbij gaan om een vordering gebaseerd op het door [eiseres] in eerste aanleg aangevoerde verweer, voor zover dat door de rechtbank niet is gehonoreerd.

4.11. Het valt m.i. te betwijfelen of in het hypothetische geval dat [eiseres] een nieuwe vordering in zou stellen, haar het gezag van gewijsde van de voor haar negatieve beslissingen van de rechtbank kan worden tegengeworpen, nu die beslissingen het dictum van het vonnis van de rechtbank niet dragen.³ Het dictum houdt immers in dat de vorderingen van [verweerders] integraal worden afgewezen [eiseres] dus volledig in het gelijk is gesteld. Dragend voor die afwijzing is het door de rechtbank berekende saldo 'onder de streep' van ruim € 13.000 ten gunste van [eiseres]. Genoemd saldo is niet het gevolg van een beslissing op een reconventionele vordering van [eiseres], maar van het deels niet honoreren van haar verweer in conventie. Had [eiseres] er voor gekozen een reconventionele geldvordering in te stellen, dan was die vordering gedeeltelijk afgewezen en had [eiseres] daartegen in zoverre hoger beroep kunnen instellen.

4.12. Ik merk op dat [eiseres], die haar principale cassatieberoep niet nader heeft toegelicht (de namens haar ingediende schriftelijke toelichting ziet alleen op het incidentele beroep van [verweerders]), haar klachten niet baseert op rechtspraak van de Hoge Raad of lagere rechtspraak. De procesinleiding in cassatie bevat uitsluitend enkele verwijzingen naar passages uit de vakliteratuur, die [eiseres] stellingen m.i. niet ondersteunen. Ik loop de door [eiseres] aangehaalde bronnen langs.

3 Vgl. ook de schriftelijke toelichting namens [verweerders], nrs. 15-17. Daarin wordt verwezen naar B.T.M. van der Wiel & N.T. Dempsey in *Cassatie* (B.T.M. van der Wiel red.), nr. 198: 'Indien in het dictum van een uitspraak een partij ten aanzien van het gevorderde of het verzochte geheel in het gelijk is gesteld, heeft die partij in beginsel geen belang bij cassatieberoep tegen negatieve beslissingen vervat in het lichaam van de uitspraak omdat deze het dictum niet dragen en aan die beslissingen dus geen gezag van gewijsde toekomt.' Hetzelfde heeft m.i. te gelden voor het belang bij het instellen van hoger beroep.

– In *voetnoot 2 van de procesinleiding* verwijst [eiseres] naar Snijders/Wendels (2009).⁴ In de betrokken passage uit dit handboek wordt slechts gewezen op de mogelijkheid voor de appèlrechter om een bestreden uitspraak te bevestigen met verbetering van gronden. Dat die mogelijkheid bestaat is niet in geschil.

– In *voetnoot 2 van de procesinleiding* verwijst [eiseres] ook naar de Groene Serie (2012), waar staat dat de bekrachtiging van een uitspraak onder verbetering van gronden gezien kan worden als (partiële) vernietiging van de uitspraak.⁵ Deze zin staat in een passage waarin de auteurs onderzoeken hoe de appèlrechter (i) in het kader van de devolutieve werking moet omgaan met (ii) een in eerste aanleg onbehandelde stelling. Aan de devolutieve werking van het appel wordt toegekomen indien de appelrechter één of meer grieven gegrond oordeelt. Daarvan is hier geen sprake. Van een onbehandelde stelling is hier al evenmin sprake. Het verweer van [eiseres] is door de rechtbank behandeld en beoordeeld.

– *Voetnoot 7 van de procesinleiding* verwijst naar Van Rossem/Cleveringa (1972), waar wordt opgemerkt:⁶

'Er is intussen geen enkele aanleiding te vorderen, dat des appellants belang een verandering van dictum moet meebrengen; zo zijn belang meebrengt, dat er bij behoud van dictum zeker hem bindende uitspraken uit de overwegingen verdwijnen, mag hem niet worden belet te trachten hiertoe door gebruik te maken van het middel van hoger beroep tegen het gewezen vonnis te geraken.'

Het is de vraag of dit citaat ook ziet op een geval als het onderhavige, waarin de vordering van eiser *geheel* is afgewezen en de partij die in hoger beroep komt *volledig* in het gelijk is gesteld.

– In *voetnoot 9 van de procesinleiding* verwijst [eiseres] naar Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent, waarin bij de bespreking van het belangvereiste (art. 3:303 BW) wordt opgemerkt dat een partij die een rechtsmiddel aanwendt daarbij voldoende belang moet hebben 'of anders gezegd, dat het appel voor die partij een nuttig effect teweegbrengt'.⁷ Hier had de behandeling van haar grieven voor [eiseres], niet enig nuttig effect teweeg kunnen brengen nu de vorderingen van [verweerders] al waren afgewezen en afgewezen zouden blijven.

4.13. Dat [verweerders] bij memorie van antwoord niet hebben gesteld dat [eiseres] bij haar hoger beroep geen belang had doet niet ter zake, nu het belang bij het instellen van hoger beroep en de behandeling van de aangevoerde grieven een vraag van openbare orde is.⁸ De in subonderdeel 1.2 aangevoerde klacht dient daarom te falen.

4.14. Ik concludeer dat onderdeel 1 geen doel treft.

4 H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, 2009/264.

5 E. van Geuns en M.V.E.E. Jansen, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 347 Rv, aant. 13 (slot)

6 Van Rossem/Cleveringa, *Burgerlijke Rechtsvordering*, 1972, aant. 6 op art. 332 (p. 841).

7 *Asser Procesrecht, Bakels, Hammerstein & Wesseling-Van Gent 4*, 2018/180.

8 Zie *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4*, 2018/181, en de conclusie van A-G Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2020:426, nr. 2.9, onder verwijzing naar B.T.M. van der Wiel & N.T. Dempsey, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie 2019/197*, die op hun beurt verwijzen naar o.m. HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, NJ 2019/238, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (X/Dexia).

Onderdeel 2

4.15. Het middel klaagt dat het oordeel in rov. 3.6 dat [eiseres] tegen de beslissing om in conventie de proceskosten te compenseren geen grief aangevoerd zou hebben, onbegrijpelijk is. De memorie van grieven laat zich niet anders verstaan dan dat volgens [eiseres] de beslissing tot compensatie van de proceskosten in conventie onjuist is en, gezien [eiseres] grieven, geen stand kan houden, aldus de klacht.

4.16. In (principaal) hoger beroep heeft [eiseres] grieven gericht tegen de oordelen van de rechtbank over:

- de wettelijke (handels)rente (grievens I en II),
- de post parkeerplaatsen (grief III),
- de post aansluitkosten nutsvoorzieningen (grief IV),
- de post fundering op staal (grief V),
- de post (verkoop) penthouse (grievens VI en VII), en
- de verrekening zoals die uit de overeenkomst voortvloeide (grief VIII).

4.17. [eiseres] heeft geen grieven gericht tegen de beslissing van de rechtbank in conventie om de kosten te compenseren en heeft ook overigens tegen die beslissing geen bezwaren kenbaar gemaakt, zoals het hof in rov. 3.6 met juistheid heeft overwogen.

Onderdeel 3

4.18. Het middel klaagt dat indien het hof heeft bedoeld te oordelen dat de conclusie van [eiseres] in de memorie van grieven *niet* zou strekken tot een bekrachtiging onder verbetering van gronden maar dat de gronden waarop de afwijzingsbeslissing berust moeten worden aangevuld, dit oordeel onbegrijpelijk is.

4.19. De klacht mist feitelijke grondslag. Uit rov. 3.6 blijkt duidelijk dat het hof voor ogen stond dat de conclusie van [eiseres] ertoe strekte dat het vonnis zou worden bekrachtigd met verbetering van gronden, in die zin dat het eindsaldo ten gunste van [eiseres] hoger zou uitvallen dan het bedrag dat door de rechtbank is berekend.

Onderdeel 4

4.20. Onderdeel 4 bevat een voortbouwklacht die het lot deelt van de andere onderdelen.

5. Bespreking van het middel in het incidentele beroep

5.1. [verweerders] hebben in hun incidentele appel bestreden dat [eiseres] nog een vordering op hen had. Zij hebben gevorderd dat de oorspronkelijke eis tot levering van het appartementsrecht alsnog wordt toegewezen en daarnaast betaling van het nog door [eiseres] verschuldigde gevorderd (zie hiervoor, 3.9). [verweerders] hebben met name grieven gericht tegen de oordelen van de rechtbank over:

- de kosten die [eiseres] stelt te hebben gemaakt voor de parkeerplaats (grief 1),
- de verkoopprijs van het penthouse (grief 2),
- het bedrag van € 54.982,00 voor prijsinflatie (grief 3), en
- de door [verweerders] gegeven recapitulatie van de over en weer te vorderen bedragen (grief 5).

5.2. Het hof heeft deze grieven verworpen. Aangaande grief 5 heeft het hof overwogen:

‘3.19. (...) De recapitulatie die de basis vormt voor het tweede onderdeel van de vordering van [verweerders], en daarmee ook voor het eerste onderdeel ervan, gaat uit van het slagen van haar eerste drie grieven en van het aan haar toekomen van de volledige bruto huurprijs van de winkel. Geen van beide is het geval. De grieven zijn in het voorgaande verworpen en een grondslag voor de toewijzing aan [verweerders] van de

volledige bruto huurprijs is door haar niet gegeven. Dit betekent dat deze recapitulatie niet de grondslag voor de toewijzing van haar vorderingen kan dienen, zodat ook grief 5 wordt verworpen.’

De in de vijfde grief gegeven recapitulatie kon dientengevolge niet dienen als grondslag voor de toewijzing van hun vorderingen (rov. 3.20; zie hiervoor, 3.11).

5.3. [verweerders] klagen in *onderdeel 1* dat onbegrijpelijk is het oordeel van het hof dat partijen bij de berekening van de over en weer verschuldigde bedragen zouden zijn uitgegaan van een aanspraak op een volledige bruto huurprijs van de winkel. [verweerders] zouden namelijk zijn uitgegaan van de helft van de huurprijs. Het juiste PM-bedrag voor de huurbrengst zou € 17.746,56 zijn, zodat – bij gelijk blijven van de overige door de rechtbank berekende bedragen – per 31 december 2017 een saldo van € 4.314,80 zou resteren *ten gunste van [verweerders]*. Het gevolg daarvan zou zijn dat [eiseres] zich niet langer kan beroepen op haar opschortingsrecht dan wel haar retentierecht, aldus het onderdeel.

5.4. [verweerders] hebben geen belang bij deze klacht. Immers, het slagen van grief 5 hing af van de dubbele voorwaarde dat (i) hun eerste drie grieven zouden slagen én (ii) aan [verweerders] de volledige bruto huurprijs van de winkel zou toekomen. [eiseres] heeft de overweging van het hof dat aan de eerste van deze twee voorwaarden niet is voldaan, in cassatie niet aangevochten.⁹ Dit oordeel kan zelfstandig de beslissing van het hof dragen dat grief 5 moet worden verworpen. Daarom treft de klacht geen doel.

5.5. *Onderdelen 2 en 3* bevatten voortbouwklachten die het lot van onderdeel 1 delen.

5.6. Het middel in het incidentele cassatieberoep is derhalve tevergeefs voorgesteld.

6. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van zowel het principale als het incidentele cassatieberoep.

Hoge Raad*1. Procesverloop*

Voor het verloop van het geding tot dusver verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest in deze zaak ECLI:NL:HR:2020:1224 van 3 juli 2020.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor [eiseres] mede door A.C. Tjepkema.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt tot verwerping van zowel het principale als het incidentele cassatieberoep.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerster 1] treedt in dit geding voor zichzelf op en, tezamen met [verweerder 2], namens [betrokkene 1].

(ii) [betrokkene 1] en [verweerster 1] (hierna gezamenlijk in enkelvoud aangeduid als [verweerster 1]) waren eigenaar van een perceel grond in [plaats]. In 2004 hebben zij het perceel verkocht aan [eiseres] met het oog op de bouw door [eiseres]

⁹ Zie het verweerschrift tevens houdende incidenteel cassatieberoep van [verweerders], p. 4, eerste volle alinea, 1e volzin (vgl. ook de schriftelijke toelichting van [eiseres], nr. 13.3).

van een appartementencomplex op het perceel en de verwerking door [verweerster 1] van een winkelruimte op de begane grond van het te realiseren appartementencomplex (hierna: de winkelruimte).

(iii) De tussen [eiseres] en [verweerster 1] gemaakte afspraken zijn vastgelegd in een onderhandse akte van 30 juni 2004 die – voor zover van belang – het volgende inhoudt:

1. [betrokkene 1] verkoopt het perceel (...) aan [eiseres].
2. De koopprijs van het perceel wordt vastgesteld op € 50.000,00 kosten koper (...)
3. [eiseres] ontwikkelt de locatie en verkoopt de appartementsrechten voor haar rekening en risico, met in acht name van hetgeen verderop is gesteld
4. De koopprijs van het perceel zal worden voldaan door het leveren aan [betrokkene 1] van een winkel en het bijbehorende appartementsrecht. Deze levering zal plaatsvinden na onherroepelijke bouwvergunning.
5. De waarde van het appartementsrecht van de winkel en de bouw van de winkel tezamen wordt vastgesteld op € 50.000,00 excl. BTW.
6. Deze laatstgenoemde waarde is voorwaardelijk. Hij geldt alleen als de volgende uitgangspunten stand houden en de volgende bedragen excl. BTW gehandhaafd kunnen worden:
 - a. Vertragscompensatie € 20.000,00
 - b. Parkeerplaatscompensatie € 40.000,00
 - c. Makelaarskosten, verkoopboekjes en advertenties (...) € 9.000,00
 - d. Leges € 12.000,00
 - e. Aansluitkosten alle nutsvoorzieningen € 6.000,00
 - f. Opbrengst app. 1 v.o.n. € 182.000,00
 - g. Opbrengst app. 2 v.o.n. € 182.000,00
 - h. Opbrengst app. 3 v.o.n. € 182.000,00
 - i. Opbrengst app. 4 v.o.n. € 182.000,00
 - j. Opbrengst app. 5 v.o.n. € 257.000,00
 - k. Realisatie en oplevering in 2005
 - l. Fundering op staal is mogelijk
 - m. De winkel wordt in casco uitvoering opgeleverd conform aangehechte tekening d.d. 21 augustus 2003 (...) en eventuele wijzigingen daarop die voor het verkrijgen van een onherroepelijke bouwvergunning nodig zijn.
7. Als bovenstaande uitgangspunten geen stand houden en/of de genoemde bedragen niet gehandhaafd kunnen worden, zal het verschil, positief zowel als negatief, gedeeld worden door [betrokkene 1] voor 50% enerzijds en [eiseres] voor 50% anderzijds.
8. De uitgangspunten die uitsluitend voor risico van [betrokkene 1] komen zijn die, genoemd bij bovenstaande punten k, l, en m, (...):
 - (iv) [verweerster 1] heeft het perceel op 15 maart 2005 aan [eiseres] geleverd.
 - (v) Het appartementencomplex was eind 2007 (nagenoeg) gereed. [eiseres] heeft de winkelruimte niet aan [verweerster 1] geleverd.
 - (vi) Vanaf 15 januari 2010 is de winkelruimte met instemming van [verweerster 1] door [eiseres] aan een derde verhuurd. De huurprijs bedroeg de eerste achttien maanden nihil en daarna € 1.487,50 inclusief btw per maand. Vanaf 2015 wordt de huurprijs jaarlijks geïndexeerd. Daaraan voorafgaand, in 2008, hebben partijen afgesproken dat de huuropbrengst van de winkelruimte na aftrek van de kosten van verhuur gelijklijk tussen hen zal worden gedeeld.

2.2. [verweerders] vorderden in eerste aanleg, voor zover in cassatie van belang, veroordeling van [eiseres] tot levering van de winkelruimte en betaling van € 36.672,64 plus (de helft

van) de huurpenningen die [eiseres] uit de verhuur van de winkelruimte heeft ontvangen.

2.3. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. De rechtbank heeft overwogen dat [verweerster 1] in beginsel recht heeft op levering van de winkelruimte, maar dat toewijzing van die vordering afhangt van de vraag of [eiseres] een geldvordering heeft op [verweerster 1] waarop [eiseres] een retentierecht of opschortingsrecht kan baseren. De rechtbank heeft de in de overeenkomst onder 6, b, c, e, j, k en l genoemde verrekenposten beoordeeld en geconcludeerd dat [eiseres] per saldo een vordering heeft op [verweerster 1], ook indien rekening wordt gehouden met de helft van de netto-huuropbrengsten tot aan de datum van het vonnis, die aan [verweerster 1] toekomen op grond van de daarover tussen partijen in november 2008 gemaakte afspraken. De rechtbank heeft de proceskosten gecompenseerd, aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

2.4. [eiseres] heeft in hoger beroep gevorderd dat het hof het vonnis zal vernietigen en de vorderingen van [verweerders] onder verbetering van gronden opnieuw zal afwijzen, met veroordeling van [verweerders] in de kosten van beide instanties. [verweerders] hebben incidenteel hoger beroep ingesteld en hun geldvordering vermeerderd tot € 76.539,80 te vermeerderen met € 567,04 voor iedere maand vanaf 1 januari 2018 tot aan de dag van levering van de winkelruimte. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd en daartoe, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen:¹⁰

‘3.5. [verweerders] heeft over het principaal appel aangevoerd dat [eiseres] daarin niet ontvankelijk verklaard dient te worden omdat [eiseres] geen andere beslissing voorstaat dan door de rechtbank gegeven. [eiseres] heeft hierover opgemerkt dat zij weliswaar dezelfde beslissing verlangt, afwijzing van de vorderingen van [verweerders] in conventie, maar dat zij er belang bij heeft dat de gronden waarop die beslissing stoelt worden aangevuld.

3.6. Het hof overweegt hierover het volgende. [eiseres] heeft in hoger beroep veroordeling van [verweerders] in de kosten van beide instanties gevorderd, terwijl in eerste aanleg (...) de proceskosten tussen partijen zijn gecompenseerd, zodat er in zoverre sprake is van een andere beslissing die aan niet-ontvankelijkheid in de weg staat. Echter, tegen de beslissing om (...) de proceskosten te compenseren heeft [eiseres] geen grief aangevoerd en ook overigens heeft zij tegen die beslissing geen bezwaren kenbaar gemaakt. De grieven die [eiseres] wel heeft aangevoerd kunnen, wanneer zij zouden slagen, niet leiden tot een andere beslissing dan de rechtbank heeft gegeven, zodat deze grieven geen bespreking behoeven. De omstandigheid dat in het vonnis oordelen staan die volgens [eiseres] niet juist zijn, maakt dit niet anders aangezien de beslissing op de vordering van [verweerders] in conventie bepalend is voor het belang van [eiseres] bij haar hoger beroep. Voor hetgeen [eiseres] voor ogen staat zou het instellen van een daartoe strekkende vordering in reconventie de aangewezen weg zijn geweest. (...)’

Nadat het hof de grieven van [verweerders] over de hoogte van diverse posten had verworpen, heeft het hof overwogen: ‘3.17. Grief 5 van [verweerders], ten slotte, betreft de recapitulatie van de bedragen die partijen elkaar over en weer verschuldigd zijn. De rechtbank is ervan uitgegaan dat na vergelijking van die bedragen een saldo van € 13.431,76 + p.m. ten

10 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1687.

gunste van [eiseres] resteert en dat ook indien rekening wordt gehouden met huuropbrengsten tot aan de datum van het vonnis [eiseres] een vordering op [verweerders] overhoudt (...). (...).

[verweerders] stelt dat wanneer wordt uitgegaan van de bedragen die zij bij haar overige grieven heeft vermeld en van de huuropbrengst van de winkel tot en met 31 december 2017 een saldo van € 76.566,80 + p.m. ten gunste van [verweerders] resteert. Hierop heeft het tweede onderdeel van haar gewijzigde eis in hoger beroep betrekking.

3.18. [eiseres] heeft hier een berekening tegenover gesteld die uitkomt op een saldo van € 61.637,21 + p.m. Daarbij heeft [eiseres] gerekend met de helft van de huuropbrengsten en met onder meer doorlopende kosten en servicekosten. (...)

3.19. Het hof overweegt hierover het volgende. De recapitulatie die de basis vormt voor het tweede onderdeel van de vordering van [verweerders], en daarmee ook voor het eerste onderdeel ervan, gaat uit van het slagen van haar eerste drie grieven en van het aan haar toekomen van de volledige bruto huurprijs van de winkel. Geen van beide is het geval. De grieven zijn in het voorgaande verworpen en een grondslag voor de toewijzing aan [verweerders] van de volledige bruto huurprijs is door haar niet gegeven. Dit betekent dat deze recapitulatie niet de grondslag voor de toewijzing van haar vorderingen kan dienen, zodat ook grief 5 wordt verworpen.⁷

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1.1. Met onderdeel 1 van het middel komt [eiseres] op tegen het oordeel van het hof in rov. 3.6 dat de grieven van [eiseres] geen bespreking behoeven omdat deze, wanneer zij zouden slagen, niet kunnen leiden tot een andere beslissing dan de rechtbank heeft gegeven. Het hof heeft zijn taak als appelrechter miskend, omdat het aan de hand van de grieven van [eiseres] had moeten onderzoeken of een bekrachtiging van het vonnis onder verbetering van gronden geboden was. Het hof heeft voorts miskend dat [eiseres] er belang bij heeft, zoals zij met haar grieven beoogt, dat wordt vastgesteld dat per saldo de vordering van [eiseres] op [verweerster 1] hoger is dan de rechtbank heeft vastgesteld. Dat belang is erin gelegen dat [eiseres] zich met betrekking tot het recht op levering van de winkelruimte op een opschortingsrecht kan beroepen zolang haar vordering op [verweerster 1] niet is voldaan. Voorts heeft zij er belang bij dat voorkomen wordt dat gewijsde toekomt aan het vonnis van de rechtbank voor zover de rechtbank over de diverse verrekenposten in geschil in het nadeel van [eiseres] heeft beslist, aldus het onderdeel.

3.1.2. Zoals de rechtbank heeft vastgesteld is tussen partijen niet in geschil dat [verweerster 1] in beginsel recht heeft op levering van de winkelruimte. De rechtbank heeft het beroep van [eiseres] op een opschortingsrecht gehonoreerd op grond van de vaststelling dat [eiseres] ten tijde van het wijzen van het vonnis, vanwege (a) de in de akte van 30 juni 2004 genoemde verrekenposten en (b) de te verrekenen huuropbrengst van de winkelruimte, per saldo een vordering heeft op [verweerster 1]. Afgezien van de proceskosten in eerste aanleg – waarop onderdeel 2 in het principale beroep betrekking heeft – is in cassatie niet bestreden de vaststelling van het hof dat de grieven van [eiseres], wanneer ze zouden slagen, niet leiden tot een andere beslissing over de vordering van [verweerders] dan de rechtbank heeft gegeven.

3.1.3. Het oordeel van het hof dat [eiseres] daarom geen belang heeft bij haar hoger beroep is juist. De afwijzing van de vorderingen van [verweerders] berust op de vaststelling van de rechtbank dat [eiseres] per saldo uit hoofde van de over-

eenkomst en met inachtneming van de te verrekenen huuropbrengst een opeisbare vordering op [verweerster 1] heeft en daarom haar verplichting tot levering van de winkelruimte mocht opschorten. De afwijzing van de vorderingen van [verweerster 1] berust niet mede op de verwerping door de rechtbank van stellingen van [eiseres] die ertoe strekken dat haar vordering op [verweerster 1] groter is dan de rechtbank heeft aangenomen. Dit betekent dat voor zover de rechtbank in het nadeel van [eiseres] heeft beslist over verrekenposten, die beslissingen, als dat vonnis in kracht van gewijsde gaat, in een ander geding tussen dezelfde partijen geen bindende kracht hebben (art. 236 lid 1 Rv.).¹¹

Ook in de duur van het opschortingsrecht was voor [eiseres] geen voldoende belang gelegen om in hoger beroep te gaan, nu zij geen ander dictum wenste dan de rechtbank heeft gegeven. Onderdeel 1 in het principaal beroep faalt daarom.

3.2.1. Onderdeel 2 acht onbegrijpelijk dat het hof (in rov. 3.6) heeft geoordeeld dat [eiseres] geen grief heeft aangevoerd tegen de compensatie van kosten in eerste aanleg, omdat [eiseres] in de conclusie van haar memorie van grieven veroordeling van [verweerders] in de kosten van beide instanties heeft gevorderd. Voorts heeft het hof miskend dat de beslissing van de rechtbank omtrent de proceskosten geen stand kan houden bij het slagen van de (overige) grieven van [eiseres], aldus het onderdeel.

3.2.2. Het onderdeel faalt. Het oordeel van het hof dat [eiseres] geen (afzonderlijke) grief heeft aangevoerd tegen de compensatie van kosten in eerste aanleg berust op de aan het hof voorbehouden uitleg van de gedingstukken en is niet onbegrijpelijk. Uit de verwerping van onderdeel 1 volgt voorts dat het hof terecht de grieven van [eiseres] onbehandeld heeft gelaten. Die grieven gaven dus evenmin aanleiding tot een nieuwe beslissing omtrent de proceskosten in eerste aanleg.

3.3. Onderdeel 3 kan evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klacht is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (art. 81 lid 1 RO).

4. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

4.1.1. Het middel in het incidentele beroep acht onbegrijpelijk het oordeel van het hof in rov. 3.17-3.19 dat [verweerders] zich op het standpunt stellen dat [verweerster 1] aanspraak heeft op de volledige bruto huurprijs van de winkelruimte. [verweerders] hebben steeds gesteld dat zij jegens [eiseres] aanspraak hebben op de helft van de netto huuropbrengsten van de winkelruimte, aldus het middel.

4.1.2. Het middel is gegrond. De rechtbank heeft geoordeeld dat de helft van de netto huuropbrengsten aan [verweerders] toekomt omdat partijen dat in november 2008 hebben afgesproken (rov. 4.14.2-4.14.4). Geen van partijen heeft daartegen een grief gericht. De rechtbank heeft de helft van de netto huuropbrengst over de periode tot en met oktober 2015 berekend op € 25.659,46 en heeft geoordeeld dat ook indien rekening wordt gehouden met de helft van de huuropbrengst over de periode van 17 maanden nadien tot aan het vonnis, [eiseres] per saldo een vordering op [verweerster 1] heeft (rov. 4.14.7 en 4.17.2). In reactie op grief VIII in het hoger beroep

11 Vgl. HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2099, HR 17 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0356 en HR 20 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4740.

van [eiseres] hebben [verweerders] (a) aangevoerd dat [verweerster 1] aanspraak heeft op de helft van de netto huuropbrengst van de winkelruimte, (b) dit bedrag over de periode tot en met december 2017 berekend op € 43.406,02 en (c) aangevoerd dat deze vordering met ingang van 1 januari 2018 oploopt met € 567,04 per maand, nog afgezien van de indexering van de huur. In de toelichting op hun grief 5 hebben [verweerders] als 'huuropbrengst winkel tot en met 31-12-2017' een bedrag genoemd van € 44.406,02 (de Hoge Raad leest € 43.406,02) en een PM-post van '€ 567,04 voor iedere maand vanaf 1-1-2018 terzake van de huuropbrengst'. Waar de rechtbank onbestreden heeft vastgesteld dat de huurprijs op de datum van haar vonnis € 1.268,62 per maand exclusief BTW bedroeg (rov. 4.14.6), laten de gedingstukken geen aldus andere uitleg toe dan dat [verweerders] zich (ook) in hoger beroep op het standpunt hebben gesteld dat zij aanspraak hebben op de helft van de netto huuropbrengst. De vaststelling van het hof dat [verweerders] aan hun vorderingen ten grondslag hebben gelegd dat zij aanspraak hebben op de volledige bruto huurprijs van de winkelruimte is dan ook onbegrijpelijk.

4.2. Na cassatie en verwijzing kan beoordeeld worden of [eiseres], ter rechtvaardiging van het voortduren van haar opschorting, per saldo nog een vordering op [verweerster 1] heeft, met inachtneming van de (met het verstrijken van de tijd mogelijk verder opgelopen) aanspraak van [verweerster 1] op de helft van de netto huuropbrengst van de winkel. De devolutieve werking van het hoger beroep van [verweerders] brengt mee dat dan zo nodig de stellingen van [eiseres] met betrekking tot de verrekenposten die in geschil zijn, opnieuw beoordeeld moeten worden.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

– verwierpt het beroep;
– veroordeelt [eiseres] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerders] begroot op € 407,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiseres] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

in het incidentele beroep

– vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 7 mei 2019;
– verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;
– veroordeelt [eiseres] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerders] begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiseres] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

1. Sommige delen van ons burgerlijk procesrecht laten zich wat lastiger doorgronden. Dit geldt vooral voor het appelprocesrecht dat technisch van aard is dan het procesrecht dat in eerste aanleg geldt. Diverse uitspraken leren dat het nogal

eens fout gaat.¹ In de onderhavige procedure werd het hoger beroep bij het hof 's-Hertogenbosch afgewezen omdat appellante ten onrechte een belang bij haar beroep dacht te hebben.² Appellante ging vervolgens tegen onder andere dit oordeel tevergeefs in cassatie. Wat was er aan de hand?

2. Een projectontwikkelaar (in de uitspraak aangeduid als [eiseres] B.V.) had een perceel gekocht om daarop een appartementencomplex te bouwen. Op de begane grond zou zij een winkelruimte realiseren. De koopsom van het perceel werd door partijen voorlopig vastgesteld op € 50.000. De projectontwikkelaar zou de koopsom voldoen door de winkelruimte met het bijbehorende appartementsrecht aan de verkopers te leveren. De koopsom gold alleen als een aantal uitgangspunten stand zou houden. Zo niet, dan zou het verschil tussen de projectontwikkelaar en de verkopers worden gedeeld. Toen het appartementencomplex en de winkelruimte gerealiseerd waren, stelde de projectontwikkelaar zich op het standpunt dat diverse posten minder gunstig waren uitgevallen dan begroot. De projectontwikkelaar meende op grond daarvan een opeisbare vordering op de verkopers te hebben en schortte haar leveringsverplichting op. Ondertussen werd de winkelruimte verhuurd en spraken de verkopers en de projectontwikkelaar met elkaar af dat zij ook de huuropbrengsten onderling zouden delen. Verkopers stelden zich op het standpunt dat juist zij een vordering op de projectontwikkelaar hadden en stapten naar de rechter. Kort gezegd vorderden zij veroordeling tot levering van het appartementsrecht en betaling. De rechtbank komt in haar rechtsoverweging tot een concrete berekening van de vordering van de projectontwikkelaar en de conclusie dat zij inderdaad per saldo een vordering op de verkopers heeft. Haar opschortingsrecht wordt gehonoreerd en de vorderingen van de verkopers worden op die grond afgewezen. De projectontwikkelaar kon zich niet met de berekening van de rechtbank verenigen. Volgens haar had zij per saldo meer van verkopers te vorderen. De projectontwikkelaar gaat in hoger beroep en vordert onder andere dat de vorderingen van de verkopers onder verbetering van de gronden nogmaals worden afgewezen. Het hof wijst het hoger beroep af wegens onvoldoende belang. Het hof oordeelt namelijk dat niet was bestreden dat het dictum ongewijzigd zou blijven, ook indien de grieven tegen de rechtsoverweging met de berekening zouden slagen. Onder andere tegen dit oordeel gaat de projectontwikkelaar in cassatie.

3. 'Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe', zo luidt art. 3:303 BW. Voldoende belang moet ook aanwezig zijn bij het instellen van hoger beroep.³ Voldoende belang is in beginsel aanwezig wanneer een appellant opkomt tegen een hem onwelgevallig dictum van een rechterlijke uitspraak. Blijft (tijdig) hoger beroep uit, dan gaat de rechterlijke uitspraak in kracht van gewijsde en hebben de beslispunten tussen dezelfde partijen ex art. 236 lid 1 Rv in beginsel gezag van gewijsde.

1 Zie bijv. HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:96, ter zake van de 'één-keer-schieten-regel' en HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:61 (*Dingemans q.q. c.s./Banning c.s.*), inzake de risico's als besloten wordt niet incidenteel tegen tussenvonnissen te appelleren.

2 Hof 's-Hertogenbosch 7 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1687.

3 V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. IV)* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006/9.5.3.2.

4. Volgens de projectontwikkelaar had zij wel degelijk voldoende belang bij een verbetering van de gronden. Aan de (te lage) berekening van de rechtbank zou volgens haar immers gezag van gewijsde toekomen. Ook meende de projectontwikkelaar voldoende belang te hebben bij een verbetering van de gronden omdat zij afhankelijk van die berekening zich langer op haar opschortingsrecht kon beroepen. Na verloop van tijd zou de vordering van verkopers ter zake van het delen van de huurpenningen namelijk de tegenvordering van de projectontwikkelaar ontstijgen. Vanaf dat moment zou de projectontwikkelaar geen opschortingsrecht meer hebben en dus moeten leveren. De vraag die bij de Hoge Raad ter beantwoording voorlag, was of de projectontwikkelaar inderdaad voldoende belang bij dit hoger beroep had.

5. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag aan de hand van het leerstuk van het gezag van gewijsde. Op grond van het gezag van gewijsde worden geschilpunten in een procedure tussen dezelfde partijen in beginsel definitief beslecht. De reikwijdte van het gezag van gewijsde is beperkt tot '(...) de elementen van de rechterlijke uitspraak die de in art. 236 lid 1 Rv bedoelde bindende kracht in een ander geding hebben'.⁴ Volgens art. 236 lid 1 Rv gaat het daarbij om: 'Beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis (...)'. De 'rechtsbetrekking in geschil' ziet op de rechtsverhouding die door de procespartijen in het processuele debat aan de orde is gesteld.⁵ Het gezag van gewijsde wordt daarmee in beginsel beperkt door de omvang van de rechtsstrijd die partijen hebben bepaald.

6. Het voorgaande betekent dat het gezag van gewijsde niet beperkt is tot het dictum, maar zich ook uitstrekt tot beslissingen in de uitspraak die dragend zijn voor het dictum.⁶ Aan niet-dragende, ten overvloede gegeven beslissingen (zogenoemde *obiter dictum*-beslissingen) komt geen gezag van gewijsde toe.⁷ Bovendien komt geen gezag van gewijsde toe aan zuivere feitelijke beslissingen en zuivere beslissingen over objectief recht.⁸ Dit is reeds geruime tijd vaste rechtspraak.⁹

7. Nu het gezag van gewijsde niet tot het dictum is beperkt, is in het geschil tussen de projectontwikkelaar en de verkopers de vraag relevant of de berekening van de rechtbank een beslissing omvat die dragend is voor het dictum. Indien een procespartij zich immers niet in een rechtsoverweging kan vinden die dragend is voor het dictum, dan is het voldoende belang van die procespartij bij hoger beroep in beginsel aan-

wezig. Dat het dictum reeds in haar voordeel is, doet daar niets aan af.¹⁰

8. Bij een beslissing die dragend is voor het dictum gaat het om een beslissing die moet worden genomen voordat over het uiteindelijk gevorderde kan worden beslist.¹¹ Een voorbeeld in dit kader geeft het arrest *Terra Nova/Shinn Fu* van de Hoge Raad.¹² Terra Nova vorderde bij de kantonrechter een verklaring voor recht dat er tussen partijen voor de duur van primair vijf en subsidiair drie jaar een nieuwe huurovereenkomst voor bepaalde tijd was overeengekomen. In een vonnis van 7 maart 2007 wees de kantonrechter de vordering af. De kantonrechter gaf daarbij in een rechtsoverweging aan dat sprake was van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het vonnis ging in kracht van gewijsde. Terra Nova startte vervolgens een nieuwe procedure waarin zij achterstallige huur vorderde. Ook deze vordering werd afgewezen. De kantonrechter oordeelde ditmaal dat aan de rechtsoverweging uit het eerdere vonnis dat sprake was van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd weliswaar gezag van gewijsde toekwam, maar dat de huurovereenkomst inmiddels door opzegging was geëindigd. Terra Nova ging in hoger beroep en beriep zich wederom op de betreffende rechtsoverweging uit het vonnis van 7 maart 2007. Het hof oordeelde echter dat deze rechtsoverweging niet dragend was voor het dictum uit het vonnis van 7 maart 2007. De vraag of sprake was van een overeenkomst voor onbepaalde tijd lag volgens het hof nog open. De Hoge Raad achtte vervolgens dit kennelijke oordeel van het hof niet onbegrijpelijk.¹³

9. Terug naar de projectontwikkelaar en de verkopers. Daar was de rechtsstrijd beperkt tot het antwoord op de vraag of (i) de projectontwikkelaar het appartementsrecht diende te leveren en een geldsom aan verkopers diende te betalen, dan wel (ii) de projectontwikkelaar per saldo een tegenvordering had en (dus) gerechtigd was de levering van het appartementsrecht op te schorten. De hoogte van de vordering van de projectontwikkelaar op de verkopers maakte geen onderdeel uit van de rechtsstrijd tussen partijen. De projectontwikkelaar had ter zake daarvan immers geen eis in reconventie ingesteld. Desondanks nam de rechtbank wel een concrete berekening van de hoogte van de vordering op in een rechtsoverweging van haar vonnis. Aan de hand van haar berekening komt de rechtbank tot het oordeel dat de projectontwikkelaar degene is die – per saldo – een vordering op de verkopers heeft en op die grond wijst zij de vorderingen van de verkopers af. De concrete berekening van de rechtbank was geen dragende beslissing voor deze afwijzing. De conclusie dat de projectontwikkelaar *per saldo* een vordering had op verkopers wel.

10. Het hof komt daarom tot de conclusie dat de projectontwikkelaar geen belang heeft bij een beroep tegen de concrete berekening van de rechtbank. Toewijzing van de betreffende grieven kan immers geen wijziging brengen in het

4 P. de Bruin, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 236 Rv, aant. 5, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer.

5 P. de Bruin, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 236 Rv, aant. 5.2, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer.

6 Zie HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2099 (*IV-Groep/Zwitserserven*) en A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 1)*, Deventer: Kluwer 2011/11.4.1.

7 Vgl. HR 20 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4740, NJ 1987/295.

8 N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht* (diss. Tilburg University), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 69.

9 Zie bijvoorbeeld HR 15 mei 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC4156, NJ 1988/164, m.nt. W.H. Heemskerk (*Van Huffel/Van den Hoek*) en HR 27 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0356, NJB 2013/1395.

10 R.L. Bakels, 'Gezag van gewijsde van het vonnis', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2014/11.14.

11 N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht* (diss. Tilburg University), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 69.

12 HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9869, NJ 2012/588 (*Terra Nova/Shinn Fu*).

13 HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9869, r.o. 3.5, NJ 2012/588 (*Terra Nova/Shinn Fu*).

dictum.¹⁴ De Hoge Raad sanctioneert dit oordeel. Volgens de Hoge Raad berust 'De afwijzing van de vorderingen van [de verkopers] (...) niet mede op de verwerping door de rechtbank van stellingen van [de projectontwikkelaar] (...) die er toe strekken dat [haar] (...) vordering op [verkopers] (...) groter is dan de rechtbank heeft aangenomen'. Dit betekent volgens de Hoge Raad dat de beslissingen van de rechtbank over de hoogte van de vordering, voor zover in het nadeel van de projectontwikkelaar is beslist, 'in een ander geding tussen dezelfde partijen geen bindende kracht hebben (art. 236 lid 1 Rv).'¹⁵ Overigens geldt dat onzes inziens ook voor voordelige beslissingen.

11. Al met al een belangrijke les voor het juist toepassen van het appelprocesrecht. Het incidentele cassatieberoep van verkopers slaagde overigens wel (de Hoge Raad ging contrair). Na cassatie en verwijzing dient wederom te worden beoordeeld of de projectontwikkelaar, ter rechtvaardiging van het voortduren van haar opschorting, per saldo nog een vordering op verkopers heeft. Daarbij moet uiteraard in acht worden genomen dat de vordering van verkopers op de projectontwikkelaar met betrekking tot de helft van de huurpenningen verder zal zijn opgelopen. Via de devolutieve werking van het hoger beroep zullen daarbij ook de stellingen van de projectontwikkelaar met betrekking tot haar tegenvordering opnieuw beoordeeld moeten worden. Zodoende verkrijgt de projectontwikkelaar via het hoger beroep van de verkopers dan alsnog de door haar gewenste herbeoordeling. Haar grieven zullen in deze herbeoordeling echter niet kunnen worden betrokken.

mr. M.C. van Rijswijk en mr. M. Evadgian
advocaten bij Stonewater

9

De rechter kan tussentijds hoger beroep 'te allen tijde' openstellen, zolang maar geen einduitspraak is geweest. De openstelling moet altijd geschieden bij vonnis

Hoge Raad
17 december 2021, nr. 20/02707, ECLI:NL:HR:2021:1924
(mr. Du Perron, mr. Sieburgh, mr. Ter Heide, mr. Salomons, mr. Makkink)
(Concl. A-G Wesseling-van Gent)
Noot mr. M.A.J.G. Janssen

Burgerlijk procesrecht. Openstelling tussentijds hoger beroep tussenvonnissen. Procesbeleid rechter.

[Rv art. 20, 337 lid 2, 350 lid 2]

Essentie: Openstelling tussentijds hoger beroep tussenvonnissen. Ontvankelijkheid tussentijds hoger beroep eerder tussenvonnissen. Hoge Raad komt gedeeltelijk terug van HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AL7051 (Pontecen/Stratex).

Samenvatting: De rechter kan na een tussenvonnis te allen tijde, zolang geen eindvonnis is geweest, desverzocht of ambtshalve – en na partijen te hebben gehoord – alsnog bepalen dat van het tussenvonnis tussentijds hoger beroep kan worden ingesteld. Bij de beoordeling dient te worden betrokken of het openstellen van hoger beroep leidt tot onredelijke vertraging van de procedure (vgl. art. 20 Rv).

Het openstellen van tussentijds hoger beroep, op verzoek of ambtshalve, geschiedt bij vonnis, met het oog op de daaraan verbonden termijn voor het instellen van tussentijds hoger beroep, zoals hierna vermeld. Afwijzing van een daartoe strekkend verzoek kan ook op andere wijze, mits schriftelijk. De rechter hoeft zijn beslissing niet te motiveren.

De beslissing tot het openstellen van tussentijds hoger beroep brengt mee dat tussentijds hoger beroep kan worden ingesteld van alle tot dan toe in de procedure gewezen tussenvonnissen, met inbegrip van het laatste tussenvonnis voor zover dit nog andere beslissingen inhoudt dan die tot het openstellen van tussentijds hoger beroep. Het tussentijds hoger beroep kan evenwel geen betrekking hebben op vonnissen voor zover deze niet vatbaar zijn voor hoger beroep, en evenmin op vonnissen die in een door de appellant eerder ingesteld hoger beroep hadden kunnen worden betrokken (de zogenoemde 'één-keer-schieten-regel').

Met het instellen van het hoger beroep hoeft niet te worden gewacht totdat op een daartoe gedaan verzoek is beslist. Zolang de rechter het verzoek niet heeft toegewezen, schorst het hoger beroep de tenuitvoerlegging van het tussenvonnis niet (art. 350 lid 2 Rv).

Het hoger beroep dient te worden ingesteld voordat de appeltermijn is verstreken, te rekenen van de dag van de uitspraak van het vonnis waarbij tussentijds hoger beroep is opengelast.

1. [eiser 1],
 2. [eiseres 2],
 3. [eiser 3],
 4. [eiser 4],
 5. [eiseres 5],
 6. [eiser 6],
- wonende te [woonplaats],
eisers tot cassatie,
hierna: [eisers],
advocaat: K. Aantjes,
tegen
Gemeente Borger-Odoorn, gevestigd te Exloo, gemeente Borger-Odoorn,
verweerster in cassatie,
hierna: de Gemeente,
niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. Wesseling-van Gent)

In cassatie is uitsluitend de ontvankelijkheid van verweerster in cassatie (hierna: de Gemeente) aan de orde in het door haar ingestelde hoger beroep van twee tussenvonnissen.

¹⁴ Zie hof 's-Hertogenbosch 7 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1687, r.o. 3.6.

¹⁵ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1779, r.o. 3.1.3., NJB 2021/3179.