

[JBPR 2013/24 Grenzen rechtsstrijd in appel, Devolutieve werking, Ambtshalve acht slaan op in eerste aanleg verworpen verweer, ook als dit in incidenteel appel niet aan de orde is gesteld, Gezag van gewijsde, Uitleg in kracht van gewijsde gegaan vonnis voorbehouden aan feitenrechter](#)

Wetsbepaling(en): [Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering RV Artikel 236](#), [Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering RV Artikel 339](#)

Ook gepubliceerd in: [ECLI:NL:HR:2012:BW9869](#), [NJ 2012/588](#), [RvdW 2012/1279](#), [NJB 2012/2190](#)

Sdu UITGEVERS

Aflevering 2013 afl. 3

College Hoge Raad 's-Gravenhage

Datum 12 oktober 2012

Rolnummer 11/02667

mr. Bakels

mr. Van Oven

Rechter(s) mr. Streefkerk

mr. Heisterkamp

mr. Drion

De stichting Stichting Terra Nova te Roosendaal,
eiseres tot cassatie,

Partijen advocaten: mr. S. Kousedghi en mr. B.J. van Dorp,
tegen

Shinn Fu Europe BV te Roosendaal,
verweerster in cassatie,

advocaat: mr. M.J. van Basten Batenburg.

[Noot](#) *mr. J. den Hoed*

Conclusie (concl. A-G Huydecoper)

Trefwoorden eerste aanleg verworpen verweer, ook als dit in incidenteel appel niet aan de orde is gesteld, Gezag van gewijsde, Uitleg in kracht van gewijsde gegaan vonnis voorbehouden aan feitenrechter

Regelgeving Rv - 236
Rv - 339

**JBPR 2013/24 Hoge Raad 's-Gravenhage,
12-10-2012, 11/02667,
ECLI:NL:HR:2012:BW9869,**

ECLI:NL:PHR:2012:BW9869

Grenzen rechtsstrijd in appel, Devolutieve werking, Ambtshalve acht slaan op in eerste aanleg verworpen verweer, ook als dit in incidenteel appel niet aan de orde is gesteld, Gezag van gewijsde, Uitleg in kracht van gewijsde gegaan vonnis voorbehouden aan feitenrechter

»Samenvatting

Indien één of meer grieven doel treffen en in beginsel tot vernietiging van het bestreden vonnis moeten leiden, dient de appelrechter uit hoofde van de devolutieve werking, binnen de grenzen van het geschil in hoger beroep, ambtshalve alle, niet prijsgegeven, in eerste aanleg onbehandeld gelaten of verworpen stellingen die de – in het dictum van het vonnis in het gelijk gestelde – geïntimeerde in dit verband in eerste aanleg heeft verdedigd alsnog dan wel wederom te beoordelen. Dit geldt ook indien geïntimeerde weliswaar van het vonnis in incidenteel beroep is gekomen, doch hierin deze stellingen niet aan de orde heeft gesteld.

Het staat de appelrechter vrij de ingevolge de devolutieve werking van het appel te beoordelen stellingen van geïntimeerde te behandelen alvorens hij, voor zover nodig, over de grieven beslist.

De uitleg van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis die nodig is om te kunnen beoordelen of een daarin vervatte overweging, waarvan gezag van gewijsde is ingeroepen, dragend is voor de beslissing, is voorbehouden aan de feitenrechter.

[beslissing/besluit](#)

»Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Huydecoper)

Feiten en procesverloop

1. Zoals wel vaker, blijkt van de feiten die in het arrest dat in deze zaak in cassatie wordt bestreden gewetensvol en uitvoerig zijn vastgesteld, maar een beperkt deel voor het geschil in cassatie relevant te zijn. Ik veroorloof mij daarom een enigszins ingekorte samenvatting:

2. Tussen de eiseres tot cassatie, Terra Nova, en de verweerster, Shinn Fu, heeft sinds april 1998 een huurovereenkomst – of een samenstel van huurovereenkomsten [\[noot:1\]](#) – gegolden met betrekking tot bedrijfspanden in Roosendaal. Terra Nova was de verhuurster, Shinn Fu (dus) de huurster.

De desbetreffende overeenkomsten zijn door opzegging van de kant van Shinn Fu beëindigd tegen 1 april 2006.

3. Na de opzegging zijn er onderhandelingen gevoerd over een verlenging van de huurrelatie. Shinn Fu nam daarbij het standpunt in dat zij een verlenging wenste tot eind 2006, terwijl Terra Nova een verlenging van – aanmerkelijk – langere duur wilde. Deze onderhandelingen hebben, naar inmiddels mag worden aangenomen, geen resultaat opgeleverd.

4. Na 31 maart 2006 is Shinn Fu de onder de huurovereenkomst(en) begrepen ruimten blijven gebruiken, tot eind 2006. In die periode betaalde Shinn Fu huur, overeenkomstig het bepaalde in de eerder geldende huurovereenkomst(en).

Nadat Shinn Fu het gebruik van de ruimten had beëindigd heeft Terra Nova Shinn Fu aangesproken en gevorderd dat voor recht zou worden verklaard dat tussen partijen na 31 maart 2006 een huurovereenkomst gold voor vijf, en subsidiair voor drie jaar.

5. Deze vordering is bij vonnis van 7 maart 2007 afgewezen. In dit vonnis overwoog de (kanton)rechter dat “(...) ex art. 7:230 BW wordt uitgegaan van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd vanaf 1 april 2006.”. De partijen hebben geen rechtsmiddelen tegen dit vonnis aangewend.

6. In de zaak die nu in cassatie ter beoordeling staat, vordert Terra Nova veroordelingen ten laste van Shinn Fu op de grondslag dat er tussen partijen na 31 maart 2006 een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd gold, en dat die overeenkomst niet door rechtsgeldige opzegging (door Shinn Fu) werd beëindigd. Shinn Fu zou daarom nog huur verschuldigd zijn tot een reeks van data, gelegen tussen 1 augustus 2007 en 1 april 2008. Die data zijn gekozen met het oog op het feit dat Terra Nova met ingang daarvan andere huurders voor de desbetreffende percelen had gevonden.

7. In de eerste aanleg oordeelde de kantonrechter dat uit hoofde van het vonnis van 7 maart 2007 als bij gewijsde vaststaand moest worden aangenomen dat er na 31 maart 2006 een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen de partijen gold; maar wees ZEA de vorderingen niettemin af, omdat hij van oordeel was dat deze overeenkomst wél per 31 december 2006 rechtsgeldig eindigde.

8. Op het namens Terra Nova ingestelde hoger beroep kwam het hof tot inhoudelijk dezelfde uitkomst – namelijk: dat het door Terra Nova gevorderde niet kon worden toegewezen –; maar aan de hand van een andere gedachtegang.

Het hof oordeelde dat, anders dan in de eerste aanleg was aangenomen, en ondanks het feit dat dat oordeel in zoverre niet in appel was aangevochten, het vonnis van 7 maart 2007 niet meebracht dat op grond van het daaraan toekomende gezag van gewijsde uitgegaan moest worden van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd vanaf 31 maart 2006. Vervolgens

kwam het hof tot een uitleg van de rechtsverhouding van partijen die er weer in uitmondde dat die rechtsverhouding per 31 december 2006 rechtsgeldig was beëindigd.

9. Namens Terra Nova is tijdig [\[noot:2\]](#) en regelmatig cassatieberoep ingesteld. Van de kant van Shinn Fu is tot verwerping geconcludeerd. De standpunten zijn van weerszijden schriftelijk toegelicht. Voor Terra Nova is gerepliceerd.

Bespreking van de cassatiemiddelen

10. De middelen richten zich op twee onderwerpen: op 's hofs oordeel dat het, ondanks het ontbreken van specifiek daartegen ingebrachte klachten in appel, geoorloofd was om van een andere beoordeling van het gezag van gewijsde van het vonnis van 7 maart 2007 uit te gaan dan de rechter in eerste aanleg had aanvaard; en op de vervolgens door het hof gegeven uitleg aan de rechtsverhouding van partijen zoals die na 31 maart 2006 was komen te gelden.

Belang bij de cassatieklachten

11. Namens Shinn Fu wordt aangevoerd dat het hof in rov. 4.6.1 zou hebben geoordeeld dat tussen partijen is overeengekomen dat de huur na 31 maart 2006 en tot eind 2006 zou doorlopen. Daarmee is, verdedigt Shinn Fu, een zelfstandige grond gegeven waarop de afwijzing van de vorderingen van Terra Nova kan steunen. Terra Nova zou daarom geen belang hebben bij de klachten die zij tegen andere oordelen van het hof richt.

12. De uitleg die Shinn Fu hier voor het arrest van het hof bepleit, is aan de hand van de tekst van rov. 4.6.1 stellig verdedigbaar. Ik denk echter dat die uitleg niet juist is. Het hof plaatst de in rov. 4.6.1 gegeven beoordeling immers in de context van zijn eerdere oordelen. Dan ligt in de rede dat het hof, wanneer de eerdere oordelen in enig opzicht onjuist of niet-steekhoudend zouden blijken te zijn, anders over de in rov. 4.6.1 beoordeelde kwestie zou (kunnen) oordelen, dan het heeft gedaan met die voorafgaande overwegingen voor ogen.

Ik neig ook daarom tot deze lezing van het bestreden arrest, omdat de voorafgaande overwegingen van het hof anders overbodig, of althans ten overvloede gegeven, zouden zijn; en omdat bijvoorbeeld uit rov. 4.5.7 valt op te maken, dat het hof die overwegingen bepaald niet als overbodig of als “obiter” heeft beoordeeld.

Daarom denk ik dat dit argument van Shinn Fu moet worden afgewezen.

Devolutieve werking

13. Het eerste hiervóór in alinea 10 genoemde gegeven ziet op het in het “kopje” boven deze alinea aangeduide leerstuk.

Het gaat dan om de vraag of het oordeel uit de eerste aanleg over het gezag van gewijsde, bij gebreke van in appel ingebrachte klachten over dat onderwerp, “überhaupt” nog ter discussie mocht worden gesteld. Volgens het hof was dat inderdaad het geval, met het oog op het al even genoemde leerstuk van de “devolutieve werking van het hoger beroep”.

14. Middel I neemt in alinea I.1 terecht tot uitgangspunt dat de grenzen van het geschil in hoger beroep in beginsel worden bepaald door (de appeldagvaarding en) de memorie van grieven, en door een eventueel incidenteel beroep.

Het leerstuk van de “devolutive werking” brengt echter een belangrijke uitzondering op dit beginsel aan: voor zover de geïntimeerde niet in het dictum van het vonnis van de eerste rechter in het ongelijk is gesteld, hoeft hij de stellingen die hij in dit verband in eerste instantie had verdedigd, maar die door de eerste rechter buiten behandeling zijn gelaten of verworpen, niet door een incidenteel appel opnieuw aan het oordeel van de appelrechter te onderwerpen. [\[noot:3\]](#)

15. Zodra er grieven doel treffen en dat op zichzelf tot vernietiging van het in appel bestreden vonnis zou moeten leiden, brengt dit leerstuk dan met zich mee dat de niet prijsgegeven stellingen die de (incidenteel) [\[noot:4\]](#) geïntimeerde in de eerste instantie heeft verdedigd alsnog, dan wel wederom moeten worden beoordeeld, voor zover het daarbij aangevoerde van betekenis kan zijn voor de toe- of afwijzing van het gevorderde, zoals dat in het verlengde van de als gegrond aan te merken grieven voor (her-)beoordeling in aanmerking komt. [\[noot:5\]](#)

De (incidenteel) geïntimeerde hoeft dus niet zelfstandig te appelleren tegen voor hem nadelige overwegingen die niet in het dictum tot uitdrukking komen, om de appelrechter in staat te stellen (maar tevens: te verplichten) om de geschilpunten uit de eerste aanleg die vallen binnen de rechtsstrijd zoals die op deze voet in appel is ontsloten, opnieuw te beoordelen.

16. In het verlengde hiervan kan de appelrechter ook besluiten te onderzoeken, of in de eerste aanleg aangevoerde argumenten die bij gegrondbevinding van grieven aan de orde zouden komen, een basis voor definitieve beslissing van de zaak kunnen opleveren, waardoor beoordeling van de grieven niet meer nodig is. [\[noot:6\]](#)

17. Wanneer het hof grieven van Terra Nova gegrond zou hebben bevonden, en de vraag of de vorderingen van Terra Nova toewijsbaar waren daardoor opnieuw ter beoordeling zou komen te staan, zou aan de in eerste aanleg aangevoerde argumenten van Shinn Fu die ertoe strekten dat aan het oordeel over de kwalificatie van de huurverhouding als van onbepaalde duur uit het vonnis van 7 maart 2007 geen gezag van gewijsde toekwam, langs deze weg alsnog betekenis toe kunnen blijken te komen. Die argumenten konden immers bijdragen tot de beoordeling, of het namens Terra Nova aangevoerde al dan niet tot toewijzing van haar vorderingen behoorde te leiden. Er is dus geen sprake van dat die argumenten, zoals namens Terra Nova wordt aangevoerd, niet binnen het kader van de in appel spelende rechtsstrijd zouden liggen.

18. Het hier besproken leerstuk bracht daarom mee dat het hof die argumenten bij gegrondbevinding van grieven had moeten onderzoeken; en dat het hof er, op de voet van het in alinea 16 besprokene, voor kon kiezen om dat onderzoek “op de voorhand” te doen, zonder al op de grieven te zijn ingegaan.

Hierop stuiten alle in het kader van Middel I aangevoerde klachten af.

De kwalificatie van de rechtsverhouding van partijen

19. Het (subsidiair voorgedragen) Middel II strekt ertoe dat het hof ten onrechte, althans op ontoereikende gronden, het in alinea 5 hiervóór aangehaalde oordeel uit het vonnis van 7 maart 2007 heeft gekwalificeerd als een oordeel waaraan geen gezag van gewijsde toekwam; of anders dat het hof ten onrechte of op ontoereikende gronden de rechtsverhouding van de partijen na 31 maart 2006 zo heeft gekwalificeerd als het hof dat heeft gedaan.

20. Gezag van gewijsde komt, blijkens art. 236 lid 1 Rv., toe aan beslissingen in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis tussen dezelfde partijen, die de rechtsbetrekking betreffen die (ook) in geschil is in de zaak waarin het gezag van gewijsde wordt ingeroepen.

Beslissingen als hier bedoeld kunnen in het dictum van een uitspraak staan, maar ook (alleen) in de “dragende” overwegingen van de beslissing.

21. Dat het vonnis van 7 maart 2007 tussen dezelfde partijen is geweest en dat het in kracht van gewijsde is gegaan vormt geen punt van discussie, en kan dus verder buiten beschouwing blijven. De overweging waar het om gaat stond niet in het dictum maar in een overweging van het vonnis; maar dat staat er, zoals zojuist werd besproken, niet aan in de weg dat het desbetreffende oordeel gezag van gewijsde kan hebben. Wel is daarvoor (dus) van belang of dat oordeel de beslissingen die de partijen in die zaak van de rechter wensten, heeft helpen dragen.

22. Wat dat laatste betreft: wil aan een oordeel gezag van gewijsde toekomen, dan moet dat betrekking hebben op een gegeven dat van betekenis was voor een geschilpunt dat inderdaad in de desbetreffende procedure werd beslist (terwijl dat gegeven ook in een volgende procedure van partijen “speelt”).

Geen gezag van gewijsde hebben daarom overwegingen waarin de rechter zich uitspreekt over kwesties die in de desbetreffende zaak niet in geschil waren of zelfs helemaal niet aan de orde waren. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij overwegingen ten overvloede, of bij beschouwingen die de rechter buiten het verband van de conflictstof van partijen ten beste geeft, ter toelichting van zijn gedachtegang of overigens omdat hij meent dat die tot de goede gang van zaken zullen bijdragen. [\[noot:7\]](#)

23. Óf een bepaald oordeel is aan te merken als ten overvloede gegeven, moet vaak aan de hand van uitleg van de desbetreffende uitspraak worden vastgesteld. [\[noot:8\]](#) Dergelijke uitleg geldt als “feitelijk”, en is daarom niet vatbaar voor herbeoordeling in cassatie. [\[noot:9\]](#)

24. Aan de hand van deze parameters denk ik dat het hof, zonder miskennis daarvan, kon oordelen dat aan de kwalificatie van de huurverhouding van partijen als “voor onbepaalde tijd” in het vonnis van 7 maart 2007 geen gezag van gewijsde toekomt. De gezamenlijke wegingsfactoren die het hof in de rov. 4.5.4-4.5.7 de revue heeft laten passeren, kunnen deze bevinding alleszins dragen; en die bevinding berust in belangrijke mate op uitleg van het vonnis van 7 maart 2007, een gegeven dat in cassatie niet kan worden beoordeeld.

25. Hierop lopen de cassatieklachten tegen dit oordeel alle stuk. Ik neem die klachten nog even individueel door:

– onderdeel II.1 spreekt van een volstrekt onjuiste lezing van het vonnis van 7 maart en van de gedingstukken die daaraan ten grondslag lagen; maar voor deze krachtige kwalificaties ontbreekt volgens mij goede grond. Het hof kon er zeer wel van uitgaan dat de partijen in hun eerdere conflict allebei standpunten innamen die er niet toe strekten dat de huurovereenkomst na 1 april 2006 voor onbepaalde tijd zou gelden (zodat het standpunt dat dat wél zo zou zijn door geen van beide partijen werd verdedigd); en dat de vaststelling van de kantonrechter van deze strekking geen punt betrof dat voor de van die kantonrechter gevraagde beslissing van betekenis was (en waarover de partijen geschil hadden).

De suggestie aan het slot van dit middelonderdeel (mogelijk heeft het hof aangenomen dat de gedingstukken en het partijdebat voor het hier gevraagde oordeel geen gewicht in de schaal legden) mist eveneens goede grond: niets wijst erop dat het hof in die zin geoordeeld zou hebben – integendeel, het hof heeft zich rekenschap gegeven van de door partijen in de eerdere procedure betrokken standpunten.

– Onderdeel II.3 (over onderdeel II.2 kom ik in alinea's 26 – 34 hierna te spreken) betoogt opnieuw dat het hof de uitspraak van 7 maart 2007 “volstrekt verkeerd” zou lezen; maar zoals na mijn eerdere opmerkingen voor de hand ligt, denk ik dat ook hier deze kwalificatie goede grond mist.

Ik denk dat de overwegingen van het hof die hier wordt bestreden (uit rov. 4.5.5 en 4.5.6) ertoe strekken dat de beslissing van de kantonrechter in het vonnis van 7 maart 2007 minder duidelijk en ondubbelzinnig blijkt geeft van het aannemen van een overeenkomst voor onbepaalde tijd na 1 april 2006, dan van de kant van Terra Nova in deze zaak werd verdedigd; [\[noot:10\]](#) en dat ook dat ertoe bijdraagt, aan de desbetreffende overweging niet de betekenis toe te kennen van een met gezag van gewijsde gegeven oordeel over een in geding zijnd twistpunt. Dat lijkt mij niet strijdig met het op dit punt geldende recht, en daarbij goed te begrijpen. Dit middelonderdeel draagt een reeksje argumenten aan die tot een andere uitleg van de beslissing van de kantonrechter kunnen bijdragen. Deze brengen echter bepaald niet mee dat de beslissing van het hof in een andere zin als onbegrijpelijk zou zijn te kwalificeren.

De slotalinea van dit onderdeel herhaalt de (ongegronde) suggestie van onderdeel II.1 (slot) die ik hiervóór besprak.

– Onderdelen II.4, II.5 en II.7 bouwen op de eerdere klachten voort. Zij behoeven geen zelfstandige bespreking.

Onderdeel II.6 klaagt over het oordeel in de slotzin van rov. 4.5.6. Dit lijkt mij een overweging ten overvloede, zodat de klacht al daarom niet slaagt. Ik meen overigens dat het hof terecht heeft geoordeeld dat Shinn Fu geen aanleiding had om van het vonnis van 7 maart 2007 te appelleren; [\[noot:11\]](#) en het lijkt mij niet ongerijmd om dat gegeven – dat ik zo versta, dat het desbetreffende oordeel geen materieel belang voor de partij die het daarmee niet eens was, opleverde – te betrekken in zijn afweging of hier sprake was van een dragende, en daarmee gezag van gewijsde bezittende overweging.

26. Onderdeel II.2 betoogt dat art. 7:230 BW “dwingend” zou meebrengen dat wanneer partijen geen overeenstemming over verlenging van een inmiddels verstrijkende huurtermijn hebben en de huurder toch met goedvinden van de verhuurder het gehuurde blijft gebruiken, er een huurvoortzetting voor onbepaalde tijd plaatsvindt. [\[noot:12\]](#)

Ik denk dat dat niet het geval is; maar ik merk dat die bevinding een vrij uitvoerige toelichting behoeft.

27. Art. 7:230 BW houdt in dat als de huurder na afloop van een huurtijd het gehuurde met goedvinden van de verhuurder blijft gebruiken, de (bestaande) huur voor onbepaalde tijd wordt verlengd, tenzij van een andere bedoeling blijkt.

De bepaling strekt ertoe, een weerlegbaar rechtsvermoeden van deze inhoud teweeg te brengen. [\[noot:13\]](#)

28. Het valt te begrijpen dat de wet in een situatie waarin een duurovereenkomst van partijen is “uitgewerkt” maar het genot ingevolge die overeenkomst wordt voortgezet met de klaarblijkelijke instemming van de betrokkenen, de hier omschreven aanname postuleert. Als de verhoudingen inderdaad precies zo liggen als in de vorige volzin omschreven, zal die aanname ook vrijwel altijd verantwoord zijn: te weten dat de partijen er (stilzwijgend) mee instemmen om hun verhouding vooralsnog op dezelfde voet te continueren – of tenminste: dat zij de over en weer ingenomen houdingen redelijkerwijs in die zin mogen uitleggen.

29. Het lijkt mij echter een legitieme vraag of dat ook geldt als de partijen niet stilzwijgend de indruk oproepen dat zij met continuering van de bestaande situatie instemmen, maar er daarentegen blijk van geven dat dat niet het geval is. Dat doet zich bijvoorbeeld gelden wanneer de partijen, ervan doordrongen dat hun huurverhouding in de nabije toekomst zal eindigen, onderhandelingen aanknopen over verlenging van de huur, en in die onderhandelingen niet tot elkaar komen.

30. Art. 7:230 BW berust op het vermoeden van een stilzwijgend tot stand gekomen wilsovereenstemming, of tenminste van een schijn dat daarvan sprake is, waarop partijen over en weer mogen afgaan. In een huurverhouding waarin partijen over een verlenging van de huurovereenkomst onderhandelen en geen overeenstemming bereiken, is er echter klaarblijkelijk géén stilzwijgende wilsovereenstemming (of relevante schijn daarvan) aanwezig.

De veronderstelling waarop art. 7:230 BW doelt, doet dan geen opgeld; er is, integendeel, sprake van “andere bedoelingen”; met dien verstande dat de partijen het daarover niet eens zijn (geworden).

31. Welke rechtsverhouding er dan na het verstrijken van de huurtermijn gaat gelden, lijkt mij niet met één woord te zeggen. Vaak zal het zo zijn dat, juist om de gang van onderhandelingen niet te verstoren en de zaken niet op scherp te stellen, partijen over en weer een houding hebben ingenomen die de conclusie rechtvaardigt dat men, althans voor de duur van de onderhandelingen, met stilzwijgende verlenging van de huur heeft ingestemd – zodat het verantwoord is om aan te nemen dat de huurovereenkomst tussen partijen heeft voortgeduurd, tenminste totdat de onderhandelingen zijn mislukt/afgebroken; maar het kan ook zijn dat partijen zich zo hebben opgesteld dat er géén wilsovereenstemming over de situatie na het einde van de huurtijd kan worden aangenomen – of in elk geval geen wilsovereenstemming voor de situatie die ontstaat, nadat de onderhandelingen zijn spaakgelopen. [\[noot:14\]](#)

32. In de als laatste genoemde verhoudingen kán, afhankelijk van de omstandigheden, op plausibele gronden worden verdedigd dat de huurder die het gehuurde blijft gebruiken nadat

de op huurverlenging gerichte overeenstemming niet bereikbaar blijkt dan wel geëindigd is, moet worden aangemerkt als gebruiker zonder geldige titel rechtens – het geval waarvoor art. 7:225 BW een beperkte regel biedt.

[33. Dat kan echter weer anders zijn als het gaan om de gebouwde onroerende zaken waarop art. 7:230a BW van toepassing is. Die bepaling geeft de huurder immers het recht om verlenging van de ontruimingstermijn te verzoeken (onder nader in die bepaling omschreven voorwaarden); en die bepaling strekt ertoe dat, behoudens een mogelijke uitzondering voor de huurprijs, de overeengekomen huurcondities blijven gelden voor de duur van de verlenging (art. 7:230a lid 7 BW). Deze bepaling is echter weer niet van toepassing als de huurder zelf de huur heeft opgezegd (wat in de onderhavige zaak het geval lijkt te zijn). [\[noot:15\]](#)]

34. Aan de hand van deze beschouwingen kom ik ertoe dat, althans in een geval als het onderhavige, waarin de partijen in het zicht van het einde van een huurovereenkomst over verlenging (zijn gaan) onderhandelen en daarover geen overeenstemming hebben bereikt, de regel waarop onderdeel II.2 een beroep doet, niet kan worden aanvaard. Dit geval verschilt zodanig van het “normaaltype” dat bij de opstelling van de regel van art. 7:230 BW voor ogen heeft gestaan, dat het op zijn eigen merites moet worden beoordeeld: nagegaan moet worden wat, in het licht van de uitingen van partijen en de door deze ingenomen houding, als de op hun wilsovereenstemming dan wel op “aanvullende” redelijkheid te baseren contractuele rechtsverhouding moet worden aangemerkt; en soms zal in zo’n geval de conclusie (onvermijdelijk) zijn dat er géén vóórtgezette contractuele rechtsverhouding kan worden vastgesteld, en dat eventueel voortgezet gebruik van het gehuurde (dus) als gebruik-zonder-titel moet worden aangemerkt.

35. Onderdeel II.2 verdedigt de hier besproken stelling ten betoge dat het hof niet vrij stond, het oordeel van de kantonrechter uit de beslissing van 7 maart 2007 niet te onderschrijven. Aangezien mij niet aannemelijk lijkt dat die stelling voor gevallen als de onderhavige altijd opgeld doet, acht ik dit argument ongegrond.

De klacht strekt er volgens mij niet toe, dat ook het hof zelf bij zijn oordeel over de rechtsverhouding van de partijen, zich had moeten conformeren aan de door onderdeel II.2 verdedigde regel; maar ook in dat verband zou ik deze klacht, als berustend op een te eenzijdige opvatting, als niet-deugdelijk beoordelen.

36. Er worden verder geen klachten aangevoerd.

Conclusie

Ik concludeer tot verwerping.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

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

a. de vonnissen in de zaak 517340/CV EXPL 08-8756 van de kantonrechter te Bergen op Zoom van 17 december 2008 en 23 september 2009;

b. het arrest in de zaak HD 200.048.456 van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 15 februari 2011.

(...; *red.*)

2. Het geding in cassatie

(...; *red.*)

3. Beoordeling van de middelen

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Tussen Terra Nova als verhuurster en Shinn Fu als huurster heeft een huurverhouding bestaan ten aanzien van enkele bedrijfspanden te Roosendaal.

ii. Shinn Fu heeft bij brief van 25 februari 2005 de huur opgezegd per 31 maart 2006.

iii. Na de opzegging hebben partijen een bespreking gevoerd. Terra Nova heeft bij brief van 21 maart 2005 aan Shinn Fu de gemaakte afspraken als volgt bevestigd:

“Naar aanleiding van uw aangetekend schrijven dd. 25 februari 2005 en de daarop volgende bespreking (...) zijn wij het volgende overeengekomen. De huidige huurovereenkomst zal eindigen op 1 april 2006. Verhuurder en huurder zullen zich geheel vrijblijvend in de tweede helft van de maand december 2005 met elkaar verstaan, indien het pand door verhuurder per 1 april 2006 geheel of gedeeltelijk nog niet is verhuurd of verkocht, dan wel zo goed als zeker nog niet is verhuurd of verkocht. Alsdan heeft huurder het recht om het gehuurde geheel of gedeeltelijk tijdelijk door te huren. (...)”

Deze brief is door Shinn Fu voor akkoord ondertekend en aan Terra Nova geretourneerd.

iv. In december 2005 hebben partijen onderhandelingen gevoerd over een verlenging van de huurverhouding.

Shinn Fu wenste een verlenging tot eind 2006, terwijl Terra Nova slechts wilde meewerken aan een verlenging van aanmerkelijk langere duur. Partijen hebben bij die gelegenheid geen overeenstemming bereikt.

v. Bij brief van 8 februari 2006 heeft Terra Nova aan Shinn Fu meegedeeld dat het gehuurde op 31 maart 2006 leeg, ontruimd en bezemschoon aan Terra Nova ter beschikking diende te

worden gesteld. Bij brief van 9 februari 2006 heeft Shinn Fu aan Terra Nova meegedeeld, onder verwijzing naar de afspraken neergelegd in de brief van 21 maart 2005, dat Shinn Fu wenste te huren tot eind 2006.

vi. Na 31 maart 2006 is Shinn Fu de onder de huurverhouding begrepen ruimten blijven gebruiken tot en met december 2006. In die periode betaalde zij de huur overeenkomstig de gang van zaken vóór 31 maart 2006.

vii. Op 30 augustus 2006 heeft Terra Nova Shinn Fu in rechte betrokken en gevorderd dat voor recht zou worden verklaard dat tussen partijen na 31 maart 2006 een huurovereenkomst gold voor vijf, en subsidiair voor drie jaar. De kantonrechter heeft deze vordering bij vonnis van 7 maart 2007 afgewezen. In zijn vonnis overwoog de kantonrechter onder meer dat “(...) ex art. 7:230 BW wordt uitgegaan van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd vanaf 1 april 2006.”. Tegen dit vonnis is geen rechtsmiddel aangewend.

3.2. In het onderhavige geding heeft Terra Nova zich op het standpunt gesteld dat na 31 maart 2006 tussen partijen een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft gegolden, dat die overeenkomst niet door rechtsgeldige opzegging is beëindigd en dat Shinn Fu daarom huur is verschuldigd tot het moment waarop Terra Nova andere huurders voor de desbetreffende percelen had gevonden.

De kantonrechter heeft dit standpunt verworpen.

Hij overwoog dat het gezag van gewijsde van het vonnis van 7 maart 2007 meebrengt dat vaststaat dat na 31 maart tussen partijen een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd gold, maar oordeelde vervolgens dat deze overeenkomst door opzegging per 31 december 2006 is geëindigd.

3.3. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Het oordeelde, met gegrondbevinding van het in eerste aanleg door Shinn Fu gevoerde desbetreffende verweer, dat geen gezag van gewijsde toekomt aan de overweging van de kantonrechter in zijn vonnis van 7 maart 2007 dat vanaf 1 april 2006 tussen partijen een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd gold, zodat de beantwoording van de vraag of een overeenkomst voor bepaalde tijd tot 31 december 2006 is overeengekomen (standpunt Shinn Fu) dan wel of de huurovereenkomst voor onbepaalde tijd is voortgezet (standpunt Terra Nova) nog volledig openligt (rov. 4.5). Uit de verklaringen en gedragingen van partijen volgt dat omstreeks 1 april 2006 is overeengekomen dat de huurverhouding per 31 december 2006 zou eindigen, aldus – beknopt samengevat – het hof (rov. 4.6).

3.4. Middel I betoogt dat het hof niet de vrijheid had om het hiervoor in 3.3 bedoelde verweer van Shinn Fu in het hoger beroep te betrekken. Het middel stelt daartoe dat het gezag van gewijsde van het vonnis van 7 maart 2007 niet behoort tot het door de grieven ontsloten gebied. Het middel faalt. Terecht heeft het hof overwogen dat het, indien gegrondbevinding van de grieven van Terra Nova in beginsel tot toewijzing van haar vordering zou leiden, op grond van de devolutieve werking van het appel alsnog acht zou moeten slaan op de op afwijzing van die vordering gerichte verweren die in eerste aanleg door Shinn Fu zijn gevoerd en door de kantonrechter zijn verworpen of onbehandeld zijn gelaten, ook al heeft Shinn Fu (een deel van) die verweren niet in haar incidenteel appel aan de orde gesteld. Ook stond het hof vrij om die verweren te behandelen voordat het, voor zover nog nodig, over de grieven besliste.

3.5. Onderdeel II.1 bestrijdt tevergeefs het oordeel van het hof over de omvang van het gezag van gewijsde van het vonnis van 7 maart 2007. Het hof heeft dat vonnis aldus uitgelegd dat de overweging dat moet worden uitgegaan van een overeenkomst voor onbepaalde tijd niet dragend is geweest voor de beslissing dat geen sprake is geweest van een verlenging van de overeenkomst met een periode van drie of vijf jaren. Een dergelijke uitleg is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt en kan in cassatie slechts op begrijpelijkheid en toereikendheid van de motivering worden onderzocht. In het licht van de daarvoor in rov. 4.5.4-4.5.6 gegeven motivering is het door het onderdeel bestreden oordeel van het hof geenszins onbegrijpelijk. Dat oordeel is ook voldoende gemotiveerd. Ook onderdeel II.3 faalt derhalve.

3.6. De door het hof aan het vonnis van 7 maart 2007 gegeven uitleg brengt mee dat geen gezag van gewijsde toekomt aan het in dat vonnis neergelegde oordeel dat vanaf 1 april 2006 tussen partijen een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd gold, en dat derhalve nog kon worden beslist over het standpunt van Shinn Fu dat een verlenging tot 31 december 2006 is overeengekomen. Hierop stuiten ook de onderdelen II.2 en II.6 af.

3.7. De onderdelen II.4, II.5 en II.7 bouwen voort op eerdere klachten en behoeven geen behandeling.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Terra Nova in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Shinn Fu begroot op € 5.965,34 verschotten en € 2.200,= voor salaris.

»Annotatie

1. Inleiding

1.1. Met deze uitspraak neemt de Hoge Raad de twijfel weg die na het arrest HR 30 maart 2012, *NJ* 2012, 583, m.nt. H.B. Brans, «JBPr» 2012/42, m.nt. G.C.C. Lewin (*Fafiani/KSN*) in de literatuur is gerezen over de reikwijdte van de devolutive werking van het appel. Voorts laat hij hier zijn licht schijnen over de toetsing in cassatie van het oordeel van de feitenrechter of aan een beslissing in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis gezag van gewijsde toekomt. Na een beknopte samenvatting van het arrest komen deze beide aspecten van het arrest aan de orde.

2. Feiten

2.1. Eiseres tot cassatie, Terra Nova, heeft met verweerster in cassatie, Shinn Fu, voor verschillende bedrijfspanden een huurovereenkomst gesloten.

2.2. Nadat Shinn Fu de huurovereenkomst bij brief van 25 februari 2005 tegen 31 maart 2006 had opgezegd, heeft Terra Nova bij brief van 21 maart 2005 aan Shinn Fu voorgesteld in overleg te treden over een tijdelijke voortzetting van de huurovereenkomst na 1 april 2006. Shinn Fu heeft deze brief voor akkoord getekend.

2.3. Nadat het overleg op niets was uitgelopen, heeft Terra Nova Shinn Fu opgedragen het gehuurde per 31 maart 2006 leeg en ontruimd op te leveren, waarop Shinn Fu, onder verwijzing naar de afspraken in de brief van 21 maart 2005, heeft geantwoord de panden tot eind 2006 te willen blijven huren.

2.4. Shinn Fu heeft vervolgens, tegen betaling van huurpenningen, tot eind 2006 gebruikgemaakt van de panden.

2.5. Bij vonnis van 7 maart 2007 heeft de kantonrechter afwijzend beslist op de vordering van Terra Nova om voor recht te verklaren dat na 31 maart 2006 tussen partijen een huurovereenkomst gold voor vijf, subsidiair voor drie jaar. In dit vonnis overwoog de kantonrechter onder meer: “(...) ex art. 7:230 BW wordt uitgegaan van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd vanaf 1 april 2006”. Tegen deze uitspraak is geen rechtsmiddel aangewend.

3. Procesverloop

3.1. In dit geding vordert Terra Nova Shinn Fu bij vonnis te veroordelen de huurpenningen te voldoen tot aan de data waarop zij – Terra Nova – de bedrijfspanden aan derden heeft verhuurd. Zij beroept zich hiertoe op een (aldus haar) tussen partijen per 31 maart 2006 aangevallen huurovereenkomst voor onbepaalde tijd.

3.2. De kantonrechter heeft de vordering van Terra Nova afgewezen. Naar zijn oordeel kwam weliswaar gezag van gewijsde toe aan de overweging in het vonnis van 7 maart 2007 dat tussen partijen vanaf 1 april 2006 een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd gold, maar was die huurovereenkomst per 31 december 2006 door opzegging geëindigd.

3.3. Terra Nova is van deze uitspraak in appel gekomen. Het Hof heeft het bestreden vonnis bekrachtigd. Anders dan de rechter in eerste aanleg, nam het echter geen gezag van gewijsde aan van de overweging in het vonnis van 7 maart 2007 dat “(...) ex art. 7:230 BW wordt uitgegaan van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd vanaf 1 april 2006”. Aldus het Hof lag derhalve open of de huurovereenkomst voor bepaalde tijd (tot aan 31 december 2006) dan wel voor onbepaalde tijd was voortgezet. Uit verklaringen en gedragingen van partijen leidt het Hof af dat de huurovereenkomst per 31 december 2006 zou eindigen.

3.4. Het geding in cassatie spitste zich toe op de volgende twee vragen: a) of het Hof vrijstond om aan voormelde beslissing van de kantonrechter in zijn vonnis van 7 maart 2007 – waarvan de kantonrechter ex art. 236 Rv. de bindende kracht had aangenomen – alsnog, eigener beweging, gezag van gewijsde te ontzeggen, meer in het bijzonder of het in eerste aanleg gevelde oordeel over de bindende kracht van de overweging binnen de door de grieven getrokken grenzen van de rechtsstrijd viel, en b) of het oordeel van het Hof, dat de overweging in het vonnis van 7 maart 2007 geen gezag van gewijsde draagt, naar de eisen der wet met redenen was omkleed.

3.5. Beide vragen beantwoordt de Hoge Raad bevestigend. Zijn oordeel luidt, naar de kern genomen, als volgt. Indien gegrondbevinding van een grief in beginsel moet leiden tot toewijzing van de vordering, moet de appelrechter krachtens de devolutieve werking van het hoger beroep, in zijn beoordeling mede betrekken de ter zake gevoerde, niet prijsgegeven en in eerste aanleg onbehandeld gelaten of verworpen verweren van de in het dictum van het vonnis in het gelijk gestelde geïntimeerde. Dit geldt ook als geïntimeerde in incidenteel appel komt, doch daarin die verweren niet aan de orde stelt. Het staat het Hof vrij die verweren te behandelen alvorens (voor zover nog nodig) te beslissen over de grieven.

3.6. Of de afwijzing van de vordering bij vonnis van de kantonrechter van 7 maart 2007 wordt gedragen door de overweging dat moet worden uitgegaan van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd (dus of hieraan gezag van gewijsde toekomt), vergt een aan de rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden uitleg van het (in kracht van gewijsde gegaan) vonnis, over de juistheid waarvan in cassatie niet kan worden geklaagd. Het betreft een feitelijk – en dus in cassatie slechts op begrijpelijkheid en toereikendheid te onderzoeken – oordeel. De Hoge Raad acht het oordeel van het Hof niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd.

4. Reikwijdte devolutieve werking

4.1. De devolutie, waaronder moet worden verstaan “overheveling” naar de hogere rechter, dient de proceseconomie (vgl. bijv. *Fafiani/KSN*). Deze afwenteling op de hogere rechter reikt niet verder dan het petitum van de appeldagvaarding en het door de grieven, in de hieraan door de Hoge Raad toegekende ruime betekenis (vgl. HR 19 juni 2009, *NJ* 2010, 154), afgebakende terrein. De grieven vormen dus een correctief op de devolutieve werking (vgl. A. Hammerstein, 'Het spook van de devolutieve werking', in *Liber Amicorum mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Den Haag, 2012, p. 116). Deze inperking van de rechtsstrijd in appel vormt het belangrijkste facet van wat wordt aangeduid als de negatieve zijde van de devolutieve werking (vgl. Asser *Procesrecht/Bakels*, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012, nr. 130 e.v.). Het hierbuiten gelegen gedeelte van het geschil vormt voor de appelrechter onbegaanbaar terrein.

4.2. Indien een grief doel treft en in beginsel leidt tot vernietiging van het vonnis, dient de appelrechter ambtshalve – binnen het door de grieven omliggende deel van de rechtsstrijd – de in eerste aanleg onbehandeld gelaten of verworpen, in dit verband verdedigde en niet prijsgegeven stellingen of wesen van de in het dictum van het vonnis in het gelijk gestelde geïntimeerde, alsnog dan wel wederom in zijn beoordeling te betrekken (vgl. *Fafiani/KSN*). Deze uitbreiding van de beoordeling in appel vormt het belangrijkste facet van de positieve zijde van de devolutieve werking (vgl. *Snijders/Wendels* (2009), nr. 219). Zij ziet op in eerste aanleg verdedigde stellingen van geïntimeerde die – nu zij in het verlengde liggen van de gehonoreerde grief en van belang zijn voor de beslissing tot toe- of afwijzing van de vordering – bij honorering van de grief als het ware vanzelf opkomen, alsnog of wederom actueel worden (vgl. t.a.p. Hammerstein, p. 113). De devolutie neemt aldus voor geïntimeerde die in het gelijk is gesteld de noodzaak weg de desbetreffende (in eerste aanleg ter onderbouwing van zijn standpunt aangedragen) stellingen, in een incidenteel appel, wederom ter beoordeling voor te leggen aan de appelrechter. De behandeling van het appel wordt aldus (binnen de door het appel getrokken grenzen van de rechtsstrijd) ingevolge de devolutieve werking van het hoger beroep boven de enkele beoordeling van de gegrondheid van de grieven uitgetild naar het niveau van een (her)beoordeling (ex nunc) van het – in het verlengde van de grief gelegen – debat. Toepassing van de devolutieve werking levert geen

verrassingsbeslissing op. Appellant moet hierop verdacht zijn (vgl. HR 12 november 2004, *NJ* 2005, 24).

4.3. Nu het hoger beroep slechts devolutieve werking kent binnen de door de grieven getrokken grenzen van het debat, zal de appelrechter om te beginnen moeten vaststellen welk deel van de rechtsstrijd door de grieven aan zijn oordeel wordt onderworpen. De beoordeling van het appel doorloopt, als het ware, twee stadia: eerst onderzoekt de appelrechter of de grieven terecht zijn voorgesteld (en bakent hij het hoger beroep af), en vervolgens gaat hij, als één of meer grieven doel treffen, met inachtneming van de uit hoofde van de devolutieve werking van het appel in de beoordeling te betrekken stellingen en weren van geïntimeerde, na of de gegrondbevinding van een grief moet leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis, dus of de vordering van oorspronkelijk eiser (alsnog, geheel of ten dele) moet worden toe- of afgewezen (vgl. A. Hammerstein. t.a.p. en Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012, nr. 130 e.v.).

4.4. Het eerste onderdeel van het cassatiemiddel had ten dele betrekking op de afbakening van het hoger beroep. In de optiek van Terra Nova stond het het Hof niet vrij, zonder een incidentele grief van die strekking, ambtshalve het door de kantonrechter verworpen verweer van Shinn Fu tegen het (door de kantonrechter gehonoreerde) beroep op gezag van gewijsde te onderzoeken. De Hoge Raad heeft de klachten van dit onderdeel verworpen. Dit oordeel van de Hoge Raad laat zich als volgt verstaan. Zou de grief, gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat partijen een beëindiging van de huur per 31 december 2006 waren overeengekomen, doel hebben getroffen dan had dit in beginsel moeten leiden tot toewijzing (alsnog) van Terra Nova's vordering, nu (indien Shinn Fu's verweer buiten beschouwing zou worden gelaten) moest worden uitgegaan van een voor onbepaalde tijd gesloten huurovereenkomst. Aangezien Shinn Fu zich in eerste aanleg, naar het oordeel van het Hof, echter met recht had verweerd tegen Terra Nova's beroep op gezag van gewijsde (en dus in dit geding niet kon worden uitgegaan van een voor onbepaalde tijd gesloten huurovereenkomst) lag nog volledig open of de huur al dan niet slechts voor bepaalde tijd was voortgezet, en kon het Hof, nu het laatste het geval was, zonder te hoeven toekomen aan Shinn Fu's grieven komen tot bekrachtiging van het bestreden vonnis.

4.5. De Hoge Raad laat het hier niet bij. Hij benadrukt de vrijheid van de feitenrechter de uit hoofde van de devolutieve werking in aanmerking te nemen stellingen van geïntimeerde bij voorrang te onderzoeken en, zo de grieven niet (meer) kunnen leiden tot vernietiging van de bestreden uitspraak, een (verdere) beoordeling volledig achterwege te laten. Dat het Hof een beoordeling van de grieven achterwege mag laten als een (uit hoofde van de devolutieve werking meegewogen) verweer terecht is aangedragen, is staande jurisprudentie (vgl. bijv. HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6). Het Hof mocht zelfs ambtshalve (en met voorrang) Shinn Fu's verweer in zijn beoordeling betrekken, terwijl Shinn Fu zelf van het vonnis in incidenteel appel was gekomen (doch had nagelaten met een grief de beslissing tot verwerping van haar verweer aan het oordeel van het Hof voor te leggen). Ofschoon de devolutieve werking van het hoger beroep met name is bedoeld om nodeloze appellanten te voorkomen, plukt dus ook de geïntimeerde die zelf incidenteel beroep instelt, doch nalaat daarin de bewuste overweging aan te vallen, de vruchten van de devolutieve werking.

5. Antwoord op vragen over Fafiani/KSN; devolutie ziet ook op verworpen stellingen

5.1. De betekenis van deze uitspraak moet vooral worden gezocht in de beantwoording van de in de literatuur, naar aanleiding van het arrest *Fafiani/KSN*, opgeworpen vraag of de devolutieve werking zich enkel nog uitstrekt tot in eerste aanleg onbehandeld gelaten stellingen en niet (langer) ook tot in eerste aanleg verworpen stellingen. De met zijn arrest *Fafiani/KSN* in de literatuur – vgl. bijv. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012, nr. 4, 133 – gerezen vrees voor een beperking van de devolutieve werking van het appel tot in eerste aanleg onbesproken gelaten (en niet prijsgegeven) verweren, lijkt met dit arrest te zijn weggenomen.

5.2. Mag de appelrechter nu onbekommerd ambtshalve alle in eerste aanleg verdedigde stellingen van geïntimeerde in zijn beoordeling betrekken en eigener beweging tot een aan de (voor geïntimeerde negatieve) beslissingen van de feitenrechter tegengesteld oordeel komen? Zo ver reikt de devolutieve werking niet. Hier doet zich het belang gevoelen van de uitspraak *Fafiani/KSN*, die doorklinkt in dit arrest. In *Fafiani/KSN* was het volgende aan de orde. Fafiani vorderde voor recht te verklaren dat de arbeidsovereenkomst met zijn werkgever, KSN, in stand was gebleven tot 20 mei 2008 en KSN te veroordelen tot uitbetaling van achterstallig loon over de periode van 20 november 2007 tot aan 20 mei 2008. KSN voerde hiertegen een tweeledig verweer. Primair weersprak KSN het bestaan van de arbeidsovereenkomst, subsidiair betwistte KSN het recht op loonbetaling over de periode vóór 1 januari en na 1 april 2008, nu Fafiani voordien noch nadien zijn arbeidskracht aan KSN ter beschikking had gesteld. De kantonrechter had het primaire verweer verworpen en geoordeeld dat tussen partijen van 1 november 2007 tot en met 20 mei 2008 een arbeidsovereenkomst heeft bestaan. Hij had evenwel het subsidiaire verweer gehonoreerd en KSN (slechts) veroordeeld tot betaling van loon over de periode van 1 januari 2008 tot 1 april 2008. Het dictum was voor KSN en Fafiani dus deels gunstig deels ongunstig. Fafiani heeft gegriefd tegen de (gedeeltelijke) afwijzing van zijn loonvordering. KSN is niet opgekomen tegen de verwerping van haar primaire verweer. Het Hof heeft de uitspraak van de kantonrechter bekrachtigd nadat het uit hoofde van de devolutieve werking van het appel had beoordeeld of vóór 1 januari en na 30 april 2008 tussen partijen een arbeidsovereenkomst had bestaan. KSN was echter niet opgekomen tegen het door de verwerping van haar primaire verweer gedragen, voor haar nadelige, gedeelte van het dictum. Het onbestreden gedeelte van het dictum ging mitsdien in kracht van gewijsde, en de beslissing waardoor dit deel van het dictum werd gedragen verkreeg gezag van gewijsde. Naar het oordeel van de Hoge Raad kon het primaire verweer van KSN om die reden in appel niet meer aan de orde komen. Een onbeperkte werking van de devolutie kon hier – teneinde tegenstrijdige rechterlijke uitspraken (in één procedure) te vermijden – niet worden aanvaard. Het Hof had in dit geval dus niet uit hoofde van de devolutieve werking van het appel ambtshalve acht mogen slaan op het in eerste aanleg aangevoerde, door de kantonrechter verworpen primaire verweer van geïntimeerde.

5.3. Het arrest *Fafiani/KSN* ontbloomt een wezenlijke (aan art. 236 Rv. inherente) begrenzing van de devolutieve werking van het appel. Die houdt namelijk halt bij beslissingen in eerste aanleg waarvan ex art. 236 Rv. de bindende kracht wordt ingeroepen. Die beslissingen zijn bij gebreke van een daartegen (in incidenteel appel) gericht grievele onaanastbaar, ongeacht of zij zijn vervat in het dictum dan wel in overwegingen waarop dit dictum (mede) steunt. Geïntimeerde is niet enkel wanneer het dictum voor hem ten dele negatief luidt, doch ook wanneer dit rust op een voor hem ongunstige overweging waarvan een voor hem van nadelige invloed kan uitgaan op de beoordeling van het hoger beroep, genoopt tot incidenteel appel (vgl. M. Ynzonides en M. de Boer, 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2012, afl. 35, p. 2429, 2430).

5.4. De geïntimeerde kan dus niet rustig achterover leunen: hij zal moet nagaan of aan die beslissing van de eerstelijns rechter gezag van gewijsde toekomt, in welk geval hij hiertegen een grief zal moeten richten, teneinde gebondenheid van de appelrechter aan de voor geïntimeerde negatieve beslissing te voorkomen.

6. Gezag van gewijsde

6.1. Of aan een beslissing in een eerder tussen partijen gewezen rechterlijke uitspraak gezag van gewijsde toekomt – een oordeel waartoe de rechter slechts kan komen na een beroep op art. 236 Rv – is, zo benadrukt de Hoge Raad, feitelijk van aard en daarom in cassatie niet toetsbaar op juistheid, maar slechts op begrijpelijkheid en toereikendheid van de motivering. Zoals vermeld, kan niet alleen van het dictum gezag van gewijsde worden aangenomen, maar ook van beslissingen waarop dit (mede) rust. De Hoge Raad acht 's Hofs kennelijke oordeel dat de in het vonnis van 7 maart 2007 gegeven beslissing tot afwijzing van de vordering niet steunt op de vaststelling van een in beginsel voor onbepaalde tijd gesloten huurovereenkomst niet onbegrijpelijk. Voor een uiteenzetting over de ter beoordeling van een beroep op gezag van gewijsde in ogenschouw te nemen factoren, zij verwezen naar de fraaie conclusie van A-G Huydecoper.

6.2. Deze zaak onderscheidt zich van *Fafiani/KSN* mede omdat de beslissing waarvan gezag van gewijsde werd ingeroepen, was gegeven in een eerdere procedure tussen dezelfde partijen. Thans lag dus niet de vraag voor of het gezag van gewijsde van een in eerste aanleg gegeven beslissing (voor zover het betreft het hiermee verworpen verweer) de devolutieve werking blokkeerde, maar of het verworpen verweer tegen het in eerste aanleg gehonoreerde beroep op gezag van gewijsde ambtshalve in ogenschouw mocht worden genomen. Deze laatste vraag moest bevestigend worden beantwoord.

7. Conclusie

7.1. Het oordeel of aan een beslissing gezag van gewijsde toekomt is, als feitelijk van aard, voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt en dus in cassatie slechts toetsbaar op toereikendheid en begrijpelijkheid van de motivering. De devolutieve werking van het appel geldt niet enkel de in eerste aanleg onbehandeld gelaten, doch nog steeds tevens de in die instantie verworpen stellingen. Zij treedt bovendien ferm op de voorgrond indien zij aan een beoordeling van de grieven het belang ontnemt. De devolutieve werking van het appel geldt uitdrukkelijk slechts voor zover geïntimeerde in het dictum van het vonnis in het gelijk is gesteld. Is dit ten dele niet het geval, dan zal de geïntimeerde tegen de voor hem ongunstige beslissing in het dictum (en tegen de overwegingen waarop dit rust) moeten opkomen teneinde de appelrechter in staat te stellen over te gaan tot een herbeoordeling. Voor de devolutieve werking van het hoger beroep is immers geen plaats voor zover aan beslissingen van de rechter in eerste aanleg ex art. 236 Rv gezag van gewijsde toekomt. De devolutieve werking loopt hier tegen zijn grenzen aan. Zij breekt in die situatie niet door het gezag van gewijsde heen. Heeft appellant als eiser in eerste aanleg met succes het gezag van gewijsde ingeroepen van een tussen dezelfde partijen, in een ander geding gegeven beslissing, vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, dan kan de appelrechter – zo de voorwaarden voor toepassing van de devolutieve werking van het hoger beroep zijn vervuld – wel ambtshalve beoordelen of het tevergeefs in eerste aanleg tegen het beroep op art. 236 Rv. gevoerde verweer alsnog moet worden gehonoreerd.

mr. J. den Hoed, cassatieadvocaat te Den Haag

»Voetnoten

[1]

Mijn voorbehoud wordt ingegeven door het feit dat Shinn Fu in de loop van de tijd een aantal percelen naast de aanvankelijk gehuurde ruimten heeft “bijgehuurd”.

[2]

Het in cassatie bestreden arrest is van 15 februari 2011. De cassatiedagvaarding is op 16 mei 2011 uitgebracht (15 mei 2011 viel op een zondag).

[3]

Deze beschouwingen zijn ontleend aan HR 30 maart 2012, RvdW 2012, 497, rov. 3.3.2.

[4]

Het leerstuk vindt toepassing, zowel bij succes van grieven in principaal appel als bij succes van grieven in incidenteel appel.

[5]

Zie behalve de al aangehaalde plaats uit HR 30 maart 2012, RvdW 2012, 497, rov. 3.3.2 bijvoorbeeld: HR 30 maart 2012, RvdW 2012, 494, rov. 3.3.3; HR 23 december 2011, NJ 2012, 20, rov. 3.3; HR 30 januari 2009, NJ 2010, 497, rov. 3.7; HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, m.nt. HJS, rov. 3.3.2; HR 3 september 2004, NJ 2007, 116, rov. 3.3.2; HR 11 juni 2004, NJ 2005, 232 m.nt. HJS, rov. 3.5 (NB: dit is het arrest waarnaar in rov. 4.4.2 van het in cassatie bestreden arrest wordt verwezen); Ras-Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, 2011, par. 3.3, i.h.b. de nrs. 76, 78, 79 en 81; Asser *Procesrecht/Bakels*, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4, 2009, nrs. 130 e.v.; Asser, *Civiele cassatie*, 2010, par. 5.3.6, i.h.b. p. 67-68; Snijders/Wendels, *Civiel appel*, 2009, par. 7.2.3 (i.h.b. nr. 219).

[6]

Zie voor een opmerkelijk voorbeeld HR 12 november 2004, NJ 2005, 24, rov. 3.4.

[7]

HR 20 januari 1984, NJ 1987, 295, rov. 3.10 (dit arrest wordt aangehaald in rov. 4.5.2 van het in cassatie bestreden arrest); *Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.)*, Numann, art. 236, aant. 7, 8, 9, 11; *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Van Maanen, 2010, art. 236, aant. 2 onder a en b; Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2, 2011, nr. 149; Gras, *Kracht en gezag van gewijsde*, diss. 1994, nr. 8.4.5; Beukers, *Eenmaal andermaal?*, diss. 1994, nr. 4.5.8; Veegens, *Het gezag van gewijsde*, 1972, par. 11 en 12.

[8]

Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), Numann, art. 236, aant. 11; Asser Procesrecht/Van Schaick 2, 2011, nr. 149 (slot); Veegens, Het gezag van gewijsde, 1972, p. 37.

[\[9\]](#)

HR 19 december 2003, NJ 2004, 386 m.nt. PCEvW, rov. 3.5; HR 7 november 2003, NJ 2004, 99 m.nt. TK, rov. 3.5; HR 3 mei 2002, NJ 2002, 348, rov. 3.2; HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. CJHB, rov. 3.3; Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, 2005, nr. 61 (bij noot 5, p. 134).

[\[10\]](#)

De samenvatting van de uitspraak in eerste aanleg in de onderhavige zaak, die het hof in rov. 4.3.2 heeft gegeven, laat ook zien dat het hof het oordeel uit die uitspraak zo heeft opgevat, dat de eerste rechter de thans centraal staande overweging uit de beslissing van 7 maart 2007 niet heeft verstaan, als zou “zonder meer” het bestaan van een verlengde overeenkomst voor onbepaalde tijd zijn komen vast te staan.

[\[11\]](#)

Volgens mij kon Shinn Fu van dat vonnis niet appelleren, omdat zij in materieel opzicht geheel in het gelijk was gesteld. In dat geval ontbreekt de mogelijkheid om rechtsmiddelen aan te wenden tegen overwegingen waarmee men het niet eens is, zie bijvoorbeeld Snijders-Wendels, Civiel appel, 2009, nr. 81 met verwijzing naar o.a. HR 14 mei 1993, NJ 1993, 445, rov. 3 en HR 14 november 1975, NJ 1977, 96.

[\[12\]](#)

Ik heb het woord “dwingend” tussen aanhalingstekens geplaatst omdat dat woord hier van de kant van Terra Nova kennelijk in een enigszins ongebruikelijke betekenis wordt toegepast: er wordt niet beweerd dat hier van dwingend recht sprake zou zijn (wat, nu het in deze zaak niet gaat om woonruimte, ook ongetwijfeld niet het geval is); er wordt, denk ik, zoveel bedoeld als dat de regel van art. 7:230 BW tot de door het middelonderdeel verdedigde uitkomst dwingt.

[\[13\]](#)

Huurrecht, (losbl.), Jongbloed, art. 230, aant. 3 en 4; Sdu Commentaar Huurrecht, Borst, 2012, art. 230, nrs. C.2-C.4; Rossel, Huurrecht Algemeen, 2011, nrs. 7.5.1.1-7.5.1.3; T&C Burgerlijk Wetboek Boeken 6, 7, 8 en 10, Huydecoper, 2011, art. 7:230, aant. 1; Kloosterman c.s., Hoofdlijnen in het huurrecht, 2011, nr. 5.2.2; De Jonge-De Wijkerslooth-Vinke, Parlementaire Geschiedenis Huurrecht, 2008, p. 407-413 (waarvan in het bijzonder p. 408-409, par. 3, mijn aandacht trok). De MvT verwijst blijkens p. 410 naar het hier geciteerde gedeelte van de TM.

[\[14\]](#)

Zie voor de verschillende manieren waarop aan een rechtsverhouding in deze omstandigheden uitleg kan worden gegeven HR 7 november 1980, NJ 1981, 295 m.nt. PAS, “O. daaromtrent”, en de gevallen, besproken in Teeuw, Huurgeschillen ontleed, 2012, p.

338-339. De daar aangehaalde uitspraak hof Amsterdam 17 december 2011, rechtspraak.nl LJN BP0591 (en Prg. 2011, 42), geeft overigens blijk van een andere rechtsopvatting dan ik in deze conclusie verdedig.

[\[15\]](#)

Er zijn in het bestreden arrest geen vaststellingen gedaan omtrent de aard van de door Shinn Fu gehuurde bedrijfsruimten. Het lijkt mij echter verantwoord om er, op z'n minst veronderstellenderwijs, van uit te gaan dat het hier niet bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW betrof, maar (alleen) bedrijfsruimte waarop de regels van art. 7:230a BW van toepassing zijn.