

CURRICULUM VITAE

Victor Kruit



Victor Kruit is werkzaam bij HVG Law LLP als curator en als advocaat. In de tien jaar dat Victor werkzaam is binnen de advocatuur heeft hij zich gespecialiseerd in het insolventierecht en het burgerlijk procesrecht. Zo heeft hij in 2013 de specialisatieopleiding Grotius Insolventierecht succesvol afgerond en in 2017 heeft hij de specialisatieopleiding Burgerlijk Procesrecht (cum laude) afgerond bij de Academie voor de Rechtspraak. Naast advisering omtrent faillissementsrechtelijke onderwerpen en het werk als curator, procedeert Victor binnen HVG Law veelvuldig over tal van ondernemingsrechtelijke geschillen. Tevens is Victor lid van Insolad, een vereniging van insolventierechtsspecialisten.

0103

DE EXCEPTIO PLURIUM LITIS CONSORTIUM

de heer mr. V.H.B. Kruit en mevrouw C.A.A. de Bruijn

Wie vreest dat in de procedure onvoldoende rekening wordt gehouden met zijn of haar belang, kan zich in die procedure voegen of tussenkomen. Op grond van artikel 217 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: 'Rv') kan voeging en tussenkoms worden gevorderd door ieder die een belang heeft bij een tussen andere partijen aanhangig geding.¹

¹ Art. 217 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)

Voeging en vrijwaring in de procedure geschiedt op vrijwillige basis.²

Dit moet worden onderscheiden van verplichte samenvoeging van vorderingen in geval van een ondeelbare rechtsverhouding: exceptio plurium litis consortium. Anders dan bij vrijwillige samenvoeging gaat het bij verplichte samenvoeging niet om afzonderlijke en zelfstandige vorderingen tussen dezelfde partijen, maar juist om een sterk samenhangende rechtsverhouding dat de

² A.C. van Schaick, Assen-Serie Procesrecht, Eerste afdeling, Deventer: Kluwer 2016, nr. 45; H.J. Smeets, Civil Appeal, Deventer: Kluwer 2009, nr. 102

rechter er niet anders over kan oordelen dan in een geding waarbij alle betrokkenen partij zijn, omdat het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing jegens allen in dezelfde zin luidt. Indien er sprake is van een dergelijke rechtsverhouding, is het maar de vraag hoe daarmee moet worden omgegaan. Op 10 maart 2017 kwam de Hoge Raad met een oplossing op deze vraag en formuleerde zij nieuwe regels met betrekking tot de *exceptio plurium litis consortium*, waarbij zij terug komt op een eerder door haar geformuleerde rechtsregel uit 1952 en zij thans aansluiting bij artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: 'EVRM').

In dit artikel wordt in gegaan op de *exceptio plurium litis consortium* (§2), de vereisten voor een beroep hierop (§3) en de kwalificatie van het verweer (§4). Vervolgens bespreken we de *exceptio plurium litis consortium* in hoger beroep (§5) en het *ius recursus extensum* (§6). Ten slotte worden de nieuwe regels van de Hoge Raad (§7) besproken en eindigen we dit artikel met een conclusie voor de praktijk (§8).

Exceptio plurium litis consortium

De *exceptio plurium litis consortium* is een verweer naar ongeschreven recht, inhoudende dat ten onrechte niet nog een andere partij als eiser of gedaagde in het geding is opgeroepen. Het moet noodzakelijk zijn dat de beslissing die in het geding wordt gevorderd ten aanzien van die andere partij(en) eveneens gezag van gewijsde krijgt, i.e. een ondeelbare rechtsverhouding.³

De Hoge Raad vindt dat er pas sprake is van ondeelbaarheid als het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van al die betrokkenen hetzelfde luidt⁴. Daarbij spelen de bijzonderheden van het geval veelal een doorslaggevende betekenis. Voorbeelden uit de rechtspraak zijn: de nakoming van een koopovereenkomst waarbij de verkoper twee huizen als één complex voor één prijs aan twee kopers had verkocht en slechts tegen één koper werd (voort)geprocedeerd.⁵

een vordering tot vernietiging van de ouderlijke boedel omdat de ouderlijke boedel niet op de juiste manier zou zijn verdeeld en waarbij één van de eisers zich uit de procedure wenste te onttrekken⁶ en een vordering tot algehele ontbinding van een huurovereenkomst tussen meerdere huurders⁷.

Effectiviteitsprognose

Zoals in §2 is beschreven is noodzakelijkheid vereist voor een partij die een beroep doet op de *exceptio plurium litis consortium*. De vraag rijst wanneer hieraan wordt voldaan. De Hoge Raad heeft beslist dat voor een beroep op de *exceptio plurium litis consortium* sprake moet zijn van een procesueel ondeelbare rechtsverhouding; het moet 'rechtens noodzakelijk' zijn dat de beslissing ten aanzien van alle betrokkenen in dezelfde zin luidt.⁸ Het is niet altijd duidelijk wanneer sprake is van een rechtens noodzakelijke situatie. Volgens de Hoge Raad kunnen bijzondere omstandigheden van het geval van doorslaggevende betekenis zijn, waardoor het vraagstuk zich niet altijd leent voor beantwoording in algemene zin.⁹

"Het is niet altijd duidelijk wanneer sprake is van een rechtens noodzakelijke situatie"

In de jurisprudentie lijken verschillende bijzondere omstandigheden beslissend te kunnen zijn of sprake is van een procesuele ondeelbare rechtsverhouding. A-G Bakels noemt als redenen de aard van de desbetreffende rechtsverhouding en vordering. Hij is daarnaast van mening dat de werkelijke rechtsgronden vaak gelegen zijn in de redelijkheid en billijkheid, hetzij de maatschappelijke betamelijkheid.¹⁰

3 A.G. van Schick, Asser-Serie Proceduure, Eerste afdeling, Deventer: Kluwer 2016, nr. 35; H.J. Snijders, *Onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 102; A.S. Rubio, E. Gies & A.W. Jongbloed, *Compendium van het Burgerlijk Proceduurecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. B.4.

4 HR 26 maart 1993, NJ 1993/489 (Clarij/Van Goethem).

5 HR 27 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC2608, NJ 1975, 62.

6 HR 24 december 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4511, NJ 1983, 370.

7 HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0405, NJ 1992, 34.

8 HR 24 december 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4511, NJ 1983, 370; HR 12 juni 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AG5622, NJ 1988, 252, m.m. W.L. Haardt; HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2904, NJ 2000, 291, m.m. J.B.M. Vranken (Fransja Van Bakels); HR 2 december 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AU5951, NJ 2006, 444.

9 HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0911, NJ 1993, 489 (Clarij/Van Goethem).

10 In de conclusie van A-G Bakels bij HR 21 mei 1999, ECLI:NL:PHR:1999:ZC2904, NJ 2000, 291, m.m. J.B.M. Vranken (Fransja Van Bakels).

Volgens Vranken is geen precies, eenvormig criterium aan te wijzen en is de processuele ondeelbaarheid een casuïstische aangelegenheid.¹¹ Voor de bijzondere omstandigheden kunnen de aard en inhoud van de rechtsverhouding en de vordering beslissend zijn, maar ook doelmatigheidsoverwegingen: Is de uitspraak wel voldoende effectief als zij niet ten opzichte van alle wenselijke partijen geldt?¹²

“Het verweer mag echter niet zonder meer worden gehonoreerd”

Veegens, Korthals Altes, Groen en Srijders concluderen dat de rechtsgrond van de processuele ondeelbaarheid kan worden gevonden in de vraag of het resultaat van de rechterlijke uitspraak wel effectief is indien deze uitspraak niet tussen alle betrokken partijen wordt gewezen.¹³ Dit wordt ook wel de effectiviteitsprognose genoemd en is beslissend voor het aanvaarden van een beroep op de exceptie. Wat volgens Srijders in ieder geval vaststaat is dat de kans op tegenstrijdige beslissingen geen rechtsgrond vormt voor een processuele ondeelbare rechtsverhouding.¹⁴ Van Schaick is daarentegen van mening dat slechts sprake is van een processuele ondeelbare rechtsverhouding indien tegenstrijdige uitspraken zouden leiden tot problemen bij de executie van de uitspraak.¹⁵

Een rechtens noodzakelijke situatie moet worden onderscheiden van een wenselijke situatie. A-G Bakels geeft aan dat het in de meeste gevallen niet zo zeer noodzakelijk is dat samenhangende rechtsverhoudingen in dezelfde zin worden beslist, maar dat dit wel wenselijk kan zijn.¹⁶

Van Schaick legt een dergelijke situatie uit met het volgende voorbeeld. Het ging om een geschil waarbij twee procedures liepen ten behoeve van de nakoming: één tegen de borg en één tegen de hoofdschuldenaar. In de procedure tegen de borg werd geoordeeld dat de hoofdschuldenaar tekortschoot in de nakoming, waardoor de borg de schuldeiser moest voldoen. In de procedure tegen de hoofdschuldenaar werd echter niet geoordeeld van tekortkoming in de nakoming met als onwenselijk gevolg dat tegenstrijdigheid van uitspraken ontstond.

Ergo, in dit geval was het wenselijk geweest met het oog op de rechtsverhouding om de procedure met de borg en de hoofdschuldenaar gezamenlijk te behandelen, terwijl dit niet rechtens noodzakelijk is.¹⁷

Uit het bovenstaande kunnen we concluderen dat er geen eenduidig criterium bestaat voor de processueel ondeelbare rechtsverhouding. Over het algemeen wordt het in de literatuur aanvaardbaar geacht dat de effectiviteitsprognose beslissend is.

Principaal verweer

De exceptio plurium litis consortium kan worden gekenmerkt als een principaal verweer¹⁸ waardoor het verweer zowel na de conclusie van antwoord als na de memorie van antwoord, naar voren kan worden gebracht.¹⁹ Een geslaagd beroep op de exceptio plurium litis consortium leidt tot niet-ontvankelijkheid van de vordering.²⁰ Indien een partij ten onrechte niet in het geding is betrokken, kan dit verzuim niet worden hersteld

11 In de annotatie van Vranken bij HR 21 mei 1999, ECLI:NL:LR:1999.ZC2904, NJ 2000, 291, m.nt. J.B.M. Wankem (Rijnmaal van Bakels).
12 Zie HR 24 december 1982, ECLI:NL:PHR:1982.AG4811, NJ 1983, 370, zie de conclusie van A-G Baagman-Hartog en HR 20 maart 1990, ECLI:NL:PHR:1990.AD1082, NJ 1991, 644.
13 H.J. Srijders, *Civiel Appé*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 107 en D.J. Weegens, E. Korthals Altes & H. Groen, *Asser-Beleidsrecht, casuïste in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 54.
14 H.J. Srijders, *Civiel Appé*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 107.
15 A.C. van Schaick, *Asser-Beleidsrecht, Eerste afdeling*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 35.
16 In de conclusie van A-G Bakels bij HR 21 mei 1999, NJ 2000, 291, m.nt. J.B.M. Wankem.

17 A.C. van Schaick, *Asser-Beleidsrecht, Eerste afdeling*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 35.
18 Een principaal verweer is een materieel geschiedpunt en zit op de hoofdzaak. Voorbeeld: een inhoudelijke toedeling van een beroep op werpinstelling. Dit in tegenstelling tot een exceptie verweer (ofwel processueel verweer) waarbij de rechter niet hoeft toe te komen aan de beoordeling van het materieel geschiedpunt. Voorbeeld een wettige dagbesteding.
19 Art. 353 Rv/ju, art. 126 lid 3 Rv; HR 9 juli 2010, ECLI:NL:LR:2010.BM0979, NJ 2010, 403; F.S. Bakens, A. Hamsterliën & E.M. Weesling-van Gent, *Asser-Beleidsrecht 4 Hoger Beroep*, Kluwer: Deventer 2012, nr. 199; H.J. Srijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Mejer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 144; D.J. Weegens, E. Korthals Altes & H. Groen, *Asser-Beleidsrecht, casuïste in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 54.
20 Albus Srijders kan het verweer derhalve ook als een exceptie verweer worden beschouwd omdat het gaat niet om een materieel-rechtelijke voorvraag met een duidelijk procesrechtelijk oordeel, zie hierover maar H.J. Srijders, *Civiel Appé*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 103. Zie ook HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993.ZC0011, NJ 1993, 489 (Clarijs/Van Goolhem), conclusie A-G Wankem; HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1992.ZC0405, NJ 1992, 34, conclusie A-G Hartkamp.

door de partij in een ander geding te betrekken en deze zaken te voegen. Bij voeging is immers sprake van twee verschillende zaken, die gevoegd worden behandeld.²¹

Om niet-ontvankelijkheid van de eiser of appelland te voorkomen kwam de Hoge Raad in 1994 met een oplossing: zij besliste dat op grond van artikel 118 Rv derden alsnog in het geding mogen worden opgeroepen. Het gevolg van de oproeping van derden als procespartij is dat het vonnis ook tegenover die partij wordt gewezen, verschenen of niet. Een beroep op de exceptio plurium litis consortium kan dus worden gefrustreerd door oproeping van derden op grond van artikel 118 Rv.²²

Hoger beroep

Zoals blijkt uit de vorige paragraaf kan de exceptio plurium litis consortium tevens in hoger beroep als verweer worden opgeworpen. Hier kan de exceptio plurium litis consortium betrekking hebben op de eerste aanleg of het hoger beroep. Het is mogelijk het verweer aan te voeren ten aanzien van de eerste aanleg, maar het kan ook zijn dat een partij voor het eerst in appel opmerkt dat derden tevens als procespartij in eerste aanleg hadden moeten worden betrokken.²³ Het verweer mag echter niet zonder meer worden gehonoreerd. In hoger beroep dient de rechter onderscheid te maken of de wederpartij of de medepartij ten onrechte niet is betrokken in appel.²⁴ Is een wederpartij in de eerste aanleg ten onrechte niet in het geding betrokken én is er sprake van een ondeelbare rechtsverhouding, dan is de exceptio plurium litis consortium gegrond en dient de appelland niet-ontvankelijk te worden verklaard.²⁵

Zijn er medepartijen in de eerste aanleg wel in het geding betrokken in eerste aanleg,

maar gaan niet af deze partijen mee in hoger beroep dan luidt de hoofdregel dat de uitspraak in hoger beroep geen werking heeft ten aanzien van de partij(en) die geen deel uitmaakten van het appel.²⁶

“De mogelijkheid om derden als procespartij in het geding op te roepen ex artikel 118 Rv bestond in 1952 namelijk nog niet”

Op deze hoofdregel heeft de Hoge Raad voor de procesueel ondeelbare rechtsverhouding in 1952 een uitzondering gemaakt door toe staan dat de uitspraak in hoger beroep ook rechtskracht bezit ten aanzien van de medepartij in eerste aanleg, die geen deel uitmaakte van het hoger beroep.²⁷

Ius recursus extensum

Veegens noemt de rechtsregel van de Hoge Raad uit 1952 ook wel het ius recursus extensum.²⁸

De reden voor deze oplossing is volgens de Hoge Raad gelegen in de ondeelbaarheid van de rechtsverhouding, omdat bij een andersluidend dictum in hoger beroep (ten opzichte van de uitspraak in eerste aanleg), ófwel het vonnis ófwel het arrest niet te executeren zijn. A-G De Bock bepleit dat in zo'n geval moet worden gekozen voor ófwel niet-ontvankelijkheid van de solo-opererende appelland, ófwel voor uitbreiding van de rechtskracht van de uitspraak tot de niet in hoger beroep betrokken medepartijen. De Hoge Raad gaf in 1952 voorkeur aan de laatste optie omdat zij groot gewicht toekent aan het recht om een rechtsmiddel in te stellen en dit niet afhankelijk mag zijn van de procesopstelling van medegedaagden.²⁹

21 H.J. Snijders, *Civiel Appiel*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 102.

22 HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 564; HR 5 oktober 2001, NJ 2002, 410; A.S. Ruess, E. Orie & A.W. Jongbloed, *Compendium van het Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 8.4.

23 H.J. Snijders, *Civiel Appiel*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 106-109 en D.J. Weegerts, E. Korthals Altes & H. Groen, *Asser-Smeu Procesrecht, casuïstiek in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 55.

24 Een medepartij, of een medegedaagde of een mede-eiser uit eerste aanleg.

25 W. Hugenholz & W.H. Heinsmaek, *Hoofdlijnen van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Conway 2006, nr. 150; H.J. Snijders, *Civiel Appiel*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 109.

26 HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3637 (Advocaatenmaatschappij).

27 HR 21 november 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1994, NJ 1953, 468, r.o. 1; D.J. Weegerts.

28 In de annotatie bij HR 21 november 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1994, NJ 1953, 468, r.o. 1; D.J. Weegerts.

29 In de conclusie bij HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, RvdW 2017, 341; D.J. Weegerts, E. Korthals Altes & H. Groen, *Asser-Smeu Procesrecht, casuïstiek in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 55.

De mogelijkheid om derden als procespartij in het geding op te roepen ex artikel 118 Rv bestond in 1952 namelijk nog niet.³⁰

De aanvaarding van het *ius recursus extensum* wordt door sommige auteurs bekritiseerd, omdat rechten van niet-appellerende partijen in het geding komen. Er is immers geen sprake van hoor- en wederhoor.³¹ A-G De Bock stelt dat men het aanvaardbaar kan achten dat de uitspraak in hoger beroep rechtskracht bezit jegens de niet-appellerende partijen voor zover de positie van de niet-appellerende partijen hetzelfde blijft of verbetert, maar merkt hierbij op dat afbreuk wordt gedaan aan de rechtsregel dat uitspraken slechts gelden voor de in het geding betrokken partijen.³² Snijders noemt dit ook wel 'het meeliften van de niet in het appel betrokken medepartijen'.³³ Aangezien uit de jurisprudentie niet valt af te leiden of het *ius recursus extensum* slechts geldt indien de positie van de niet-appellerende partij hetzelfde blijft of verbetert, plaatst A-G De Bock wel kritische kanttekeningen ten aanzien van deze praktijk op het moment dat de situatie voor de niet-appellerende partij verslechtert. Immers in een dergelijk geval wordt er namelijk niet meer voldaan aan de fundamentele procesrechtelijke beginselen van hoor en wederhoor.³⁴ Ook Gras is van mening dat het beginsel van hoor en wederhoor wordt geschonden door het *ius recursus extensum* en verdedigt als oplossing de mogelijkheid van derdenverzet voor niet-appellerende medepartijen.³⁵ Deze oplossing van Gras spreekt niet erg aan, omdat in zo'n geval na het arrest van het Hof nog rekening moet worden gehouden met een hernieuwd debat. Om die reden verdedigen Haardt, De Bock en Van Schaick de oplossing dat de rechter verplicht is de medegedaagden op grond

van artikel 118 Rv in het geding op te roepen.³⁶ Aan deze discussie is inmiddels een einde gekomen, omdat de Hoge Raad met haar uitspraak van 10 maart 2017 terug is gekomen op haar arrest uit 1952.

Hoge Raad 10 maart 2017, RvdW 2017, 341

De feiten in de onderhavige procedure zijn als volgt. Moeder (de erflaatster) is overleden en er zijn vier erfgenamen benoemd: dochters M. en S., partner van de erflaatster L. en een huisvriend van L. (genaamd K.).

Het testament bepaalt dat dochters M. en S. ieder 1/3 deel van de nalatenschap erven, en L. en K. gerechtigd zijn tot ieder 1/6 deel. Dochter M. vordert op 14 februari 2011 een boedelbeschrijving en de verdeling van nalatenschap van de erflaatster aan de rechtbank, waarbij zij betaling vordert van L. ter zake het haar toekomende deel van de nalatenschap. L. heeft verweer gevoerd en dochter S. en huisvriend K. zijn niet in de procedure verschenen. Partner L. stelt in 2014 hoger beroep in tegen dochter M., maar niet tegen dochter S. en huisvriend K. Het Hof beslist dat minder kan worden verdeeld tussen de vier erfgenamen en vernietigt het vonnis van de rechtbank. In cassatie klaagt dochter M. (eiseres tot cassatie) dat het Hof niet tot een (ongunstigere) beslissing heeft kunnen komen over de boedelbeschrijving en de verdeling van de nalatenschap, omdat niet alle deelgenoten in de nalatenschap in het geding zijn betrokken.³⁷ Hoewel de Hoge Raad in 1952 nog van mening was dat 'dit probleem' werd opgelost door uitbreiding van de rechtskracht van de uitspraak tot de niet-appellerende medegedaagden, komt de Hoge Raad nu terug op de *ius recursus extensum* en overweegt als volgt. Zij stelt voorop dat indien sprake is van een procesueel ondeelbare rechtsverhouding,

30 Art. 118 Rv (art. 128 Rv oud) is namelijk ingevoerd in 1992 bij invoering van het nieuwe BW.

31 In de conclusie bij HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, RvdW 2017, 341/RvdW 2017, 341.

32 In de conclusie bij HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, RvdW 2017, 341, zie onder 3.16 conclusie A-G De Bock. Zie ook: E. Gras, 'Procesuele ondeelbaarheid', in: Te PAS (P.A. Steen-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 146-147.

33 H.J. Snijders, *Civiel Appen*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 109.

34 In de conclusie bij HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, RvdW 2017, 341, zie onder 3.16 conclusie A-G De Bock.

35 E. Gras, 'Procesuele ondeelbaarheid', in: Te PAS (P.A. Steen-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 147.

36 A.C. van Schaick, *Assen-Serie Procesrecht, Eerste afdeling*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 3b-WL; Haardt, *De onuitspraakbaarheid van het burgerlijk proces. Theoretisch in het Jaarboek van de Vereniging voor de burgerlijke studie van het recht van België en Nederland 1969-1970*, p. 291 - 299, 295 en 289; HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, RvdW 2017, 341, zie onder 3.16 conclusie A-G De Bock.

37 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, RvdW 2017, 341, zie latere passages.

de rechter slechts een beslissing kan geven indien alle partijen zijn betrokken in het geding.³⁸ Indien niet alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding zijn opgeroepen, dan dient de rechter ambtshalve of naar aanleiding van een verweer, de gelegenheid te geven om op grond van artikel 118 Rv deze partijen alsnog in het geding te betrekken.

“het moet rechtens noodzakelijk zijn dat de beslissing ten aanzien van alle betrokkenen in dezelfde zin luidt”

De rechter zal hiervoor een termijn stellen.³⁹ Wordt geen, dan wel niet tijdig, gebruik gemaakt van de herstelkans dan wordt de solo-appellant alsnog niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering respectievelijk het aangewende rechtsmiddel.⁴⁰ Volgens de Hoge Raad wordt met de nieuwe rechtsregel gehoor gegeven aan artikel 6 EVRM: het recht op hoor en wederhoor en het recht op toegang tot de rechter.⁴¹

Conclusie

Het verweer naar ongeschreven recht dat ten onrechte niet nóg een andere partij als eiser of gedaagde in het geding is opgeroepen wordt ook wel de *exceptio plurium litis consortium* genoemd. Hiervoor is een processueel ondeelbare rechtsverhouding vereist: het moet rechtens noodzakelijk zijn dat de beslissing ten aanzien van alle betrokkenen in dezelfde zin luidt. Het is niet geheel duidelijk wanneer hier sprake van is, maar de algemene opvatting in de literatuur is dat een effectiviteitsprognose beslissend zal zijn.

In hoger beroep dient de rechter onderscheid te maken tussen de situaties dat de wederpartij of de medepartij ten onrechte niet is betrokken in appel. Indien een solo-appellant ten onrechte een medepartij uit eerste aanleg niet in het geding heeft betrokken én er is sprake van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, dan krijgt de uitspraak in hoger beroep eveneens rechtskracht ten aanzien van de medepartij. Het *ius recursus extensum* was tot 2017 vaste rechtspraak van de Hoge Raad, maar in de literatuur bestond hierop kritiek doordat onder andere het recht van hoor en wederhoor in het gedrang zou zijn. In 2017 formuleert de Hoge Raad nieuwe regels. Vanaf heden moet de rechter een herstelkans bieden indien niet alle partijen zijn betrokken in het geding en er sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Indien de solo-appellant geen gebruik maakt van de herstelkans dan wordt hij alsnog niet-ontvankelijk verklaard. De Hoge Raad verschuift hiermee het accent van het recht op hoger beroep naar het recht op hoor en wederhoor en het recht op toegang tot de rechter uit artikel 6 EVRM.



38 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, RvdW 2017, 341, r.o. 3.4.
39 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, RvdW 2017, 341, r.o. 3.6.1. Dit geldt in eerste aanleg, als in hoger beroep, HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZOO405, NJ 1992, 34 (Shaska/Merckel-oepn).
40 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, RvdW 2017, 341, r.o. 3.6.2.
41 HR 10 maart 2017, NJ 1992, 34, RvdW 2017, 341, r.o. 3.7.1.