

van de tenuitvoerlegging een beroep doen op de weigeringsgrond van art. 45 lid 1, onder e, EEX-Vo. In deze zaak heeft de in Italië gevestigde advocaat Salvoni bij de Italiaanse rechter een betalingsbevel gevorderd jegens zijn cliënte Fiermonte, woonachtig in Duitsland. Dit verzoek is toegewezen. Met het oog op tenuitvoerlegging heeft Salvoni vervolgens aan de Italiaanse rechter gevraagd om het certificaat in de zin van art. 53 EEX-Vo af te geven. Uit ambtshalve gedaan onderzoek op internet en uit nadien door Salvoni overgelegde documenten blijkt dat zijn activiteiten op Duitsland waren gericht en dat Fiermonte ten tijde van deze activiteiten in Duitsland woonachtig was. De rechter heeft daaruit geconcludeerd dat de beslissing inzake het betalingsbevel is gegeven in strijd met de bevoegdheidsgronden in consumentenzaken. De Italiaanse rechter heeft zich afgevraagd of art. 53 EEX-Vo en art. 47 Handvest zich onder deze omstandigheden tegen afgifte van het certificaat zouden verzetten.

Het HvJ EU bespreekt eerst kort de kwestie of is voldaan aan de vereisten in art. 267 VWEU voor het stellen van prejudiciële vragen. Onder verwijzing naar vaste rechtspraak (HvJ EU 28 februari 2019, C-579/17, *NJ* 2019/160, punt 39-41) oordeelt het Hof dat sprake is van uitoefening van rechterlijke taken wanneer een gerecht nagaat of het bevoegd is om het voornoemde certificaat af te geven. De Italiaanse rechter kon dus een verzoek om een prejudiciële beslissing bij het Hof indienen.

Vervolgens merkt het HvJ EU onder verwijzing naar art. 42 lid 1, onder b, en lid 2, onder b, EEX-Vo op dat een gerecht dat wordt verzoekt een certificaat af te geven niet dient te onderzoeken of het gerecht dat de beslissing ten gronde heeft gegeven bevoegd was. Uit de bewoordingen van art. 53 EEX-Vo volgt niet dat het gerecht dat het certificaat moet afgeven inhoudelijke of bevoegdheidskwesties dient te onderzoeken (punt 38). De afgifte van het certificaat geschiedt nagenoeg automatisch (HvJ EU 6 september 2012, C-619/10, *NJ* 2013/79, m.nt. L. Strikwerda, punt 41). Hieruit volgt reeds dat art. 53 EEX-Vo zich verzet tegen het ambtshalve nagaan van de juiste toepassing van de bevoegdheidsregels. Zwakkere partijen zoals consumenten worden beschermd door middel van de nauwkeurige proceduurevoorschriften in de verordening, zoals bijvoorbeeld art. 17 lid 1 EEX-Vo (punt 41 en 42). Bovendien moet de partij tegen wie tenuitvoerlegging wordt gevorderd in staat worden gesteld om weigering van de tenuitvoerlegging of erkenning te verzoeken. Dit kan bijvoorbeeld ingeval van een schending van een bijzondere bevoegdheidsregel, zoals die van de afdeling inzake consumentenovereenkomsten. Tegen deze achtergrond doen art. 47 Handvest, alsmede de rechtspraak van het Hof over richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomst (zie punt 21) geen afbreuk aan die slotsom. De rechter die het certificaat van art. 53 EEX-Vo afgeeft, mag dus de bevoegdheid van de rechter die de beslissing heeft gegeven niet controleren.

NJ 2019/387

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

8 februari 2019, nr. 18/00890
(Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp,
G. Snijders, M.V. Polak, C.E. du Perron;
A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent)
m.nt. C.J.M. Klaassen*

Art. 82, 139, 140 lid 3, art. 335 Rv; art. 6 lid 1 EVRM

RBP 2019/41
RvdW 2019/237
NJB 2019/373
ECLI:NL:PHR:2018:1360
ECLI:NL:HR:2019:207

Procesrecht. Verstekvonnis of vonnis op tegenspraak?; beoordeling door appelrechter. Toegang tot rechter (art. 6 EVRM) indien niet kenbaar dat vonnis op tegenspraak is; gevolgen voor ontvankelijkheid. Geen belang bij voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep tegen onbehandeld laten grieven.

Nu in hoger beroep werd gegriefd tegen het oordeel van de kantonrechter dat het vonnis van 28 november 2013 een verstekvonnis was, diende het hof zelfstandig te beoordelen of dit vonnis een verstekvonnis was dan wel op tegenspraak was gewezen.

Het hof oordeelde terecht dat nu het vonnis van 28 november 2013 moet worden aangemerkt als vonnis op tegenspraak, daarvan geen verzet, maar hoger beroep openstond. Het hof oordeelde voorts dat de kantonrechter eiseres ten onrechte ontvankelijk had verklaard in haar verzet. In cassatie dient echter te worden uitgegaan van de juistheid van het betoog van eiseres dat het vonnis naar zijn uiterlijk een verstekvonnis is en dat zij niet heeft kunnen vaststellen dat de medegegaaide in de procedure voor de kantonrechter was verschenen en dat zij daarom hoger beroep en niet verzet had moeten instellen (art. 140 lid 3 Rv). De beslissing van het hof dat de vonnissen in verzet worden vernietigd en dat het vonnis van 28 november 2013 wordt bekrachtigd, leidt ertoe dat de toegang van eiseres tot de rechter in de kern is aangetast, zodat niet is voldaan aan de eisen van een eerlijk proces (art. 6 EVRM). Als gevolg van die beslissing is eiseres immers veroordeeld tot betaling van een geldschuld zonder dat zij – na aanvankelijk niet in de procedure te zijn verschenen – gelegenheid heeft gehad haar standpunt voor te leggen aan de rechter in verzet dan wel in hoger beroep. Daarom had het hof aan het enkele slagen van de grief niet de slotsom mogen verbinden dat eiseres niet-ontvankelijk is in haar verzet (vgl. HR 18 november 2016, NJ 2016/485).

Er ontbreekt belang bij het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep tegen het onbehandeld laten van de overige grieven. Reeds de vernietiging in het

* Prof. mr. C.J.M. Klaassen is hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

principale beroep van het oordeel van het hof ten aanzien van de eerste grief brengt mee dat ook de daarop voortbouwende beslissing van het hof dat de overige grieven geen behandeling behoeven, niet in stand kan blijven en dat de verwijzingsrechter alsnog de grondigheid van die overige grieven dient te beoordelen.

[eiseres], eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. A.C. van Schaick en mr. N.E. Groeneveld-Tijssens, tegen
Credivance N.V., te Bunnik, verweerster in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. H.J.W. Alt.

Hof:

6. De beoordeling

6.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

- [betrokkene 1] en [eiseres] waren gehuwd en zijn op 18 juli 1986 gescheiden. Het echtscheidingsvonnis is op 21 oktober 1986 ingeschreven.
- Op 8 februari 2002 heeft AMEV financieringen een persoonlijk krediet overeenkomst gesloten met [betrokkene 1]. De overeengekomen krediet som is € 31.765, te vermeerderen met € 8.326 aan kredietvergoeding, terug te betalen in 60 maandelijkse termijnen van € 668,19. Onder de overeenkomst staat ook de naam van [eiseres] vermeld en bij haar naam staat een handtekening (./. 1 bij inleidende dagvaarding).
- Bij brieven van 19 augustus 2002 en 30 september 2002 aan [betrokkene 1] zegt AMEV de overeenkomst op en vordert zij het openstaande bedrag van ruim € 37.000.
- Bij brief van 24 maart 2002 aan [betrokkene 1] wordt nogmaals om betaling verzocht.
- Op 11 september 2006 zou de openstaande vordering € 19.628,62 bedragen.
- Bij brief van 29 november 2006 wordt [eiseres] door Fortis (rechtsopvolger van AMEV) aangeschreven en verzocht te betalen.
- In haar brief van 29 november 2006 aan [betrokkene 1] vermeldt Fortis akkoord te gaan met het betalingsvoorstel van [betrokkene 1] (€ 600 per 3 maanden). De brief is door [betrokkene 1] voor akkoord getekend.
- Met haar brieven van 10 januari 2007 en 19 juni 2007 stuurt Fortis betalingsverzoeken aan [betrokkene 1]. Op 13 juli 2007 wordt een aankondiging dagvaarden aan [betrokkene 1] gestuurd.
- Bij brief van 11 april 2008 schrijft Fortis (de rechtsvoorganger van Credivance) [eiseres] aan en verzoekt tevergeefs om betaling.

6.2.1. In de onderhavige procedure (ingeleid door de dagvaarding van respectievelijk 25 en 26 april 2013 tegen de zitting van 29 augustus 2013) vordert Credivance de hoofdelijke veroordeling van [betrokkene 1] en [eiseres], bij vonnis voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, tot betaling aan Credivance van € 31.513,60, te vermeerderen met de contractu-

ele rente ad 10% per jaar over een bedrag van € 19.628,62 vanaf 4 april 2013 tot aan de dag der algehele voldoening en met hoofdelijke veroordeling van [betrokkene 1] en [eiseres] in de kosten van de procedure, waaronder het salaris van de gemachtigde, met bepaling dat [betrokkene 1] en [eiseres] deze kosten binnen 14 dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis aan Credivance moeten voldoen, bij gebreke waarvan zij daarover de wettelijke rente verschuldigd worden.

6.2.2. Aan deze vordering heeft Credivance, kort samengevat, het volgende ten grondslag gelegd.

Blijkens onderhandse akte van 17 januari/8 februari 2002 heeft (de rechtsvoorganger van) Credivance aan [betrokkene 1] en [eiseres] een persoonlijke lening verstrekt tot een bedrag van € 31.765, te vermeerderen met de kredietvergoeding van € 8.326,40. Overeengekomen is dat het bedrag in 60 maandelijkse termijnen van elk € 668,19 zou worden terug betaald. Bij niet-nakoming van hun verplichtingen zouden [betrokkene 1] en [eiseres] over het alsdan openstaande bedrag rente verschuldigd zijn van 10% per jaar. Alle op grond van de overeenkomst aan Credivance verschuldigde bedragen zijn ineens opeisbaar geworden, omdat [betrokkene 1] en [eiseres] gedurende meer dan twee maanden achterstallig waren in de betaling van een maandtermijn en, na aanmaningen en sommaties en beëindiging van de overeenkomst ook nalatig zijn gebleven in de volledige nakoming van hun verplichtingen.

6.2.3. Op 5 augustus 2013 (dus vóór de aangezegde zittingsdatum van 29 augustus 2013) stuurt [betrokkene 1] een brief aan het kantongerecht te Eindhoven. In die brief schrijft hij, kort weergegeven, dat [eiseres] geen partij bij de kredietovereenkomst is, want hij heeft haar handtekening vervalst onder het contract met AMEV. Zij wist daar niet van. Hij geeft aan geen contact meer met zijn ex-vrouw te hebben. Hij stelt verder geen geld te hebben. Alles is aan gokken opgegaan. Als hij weer een normaal leven leidt en geld heeft, zal hij terug betalen. Ten slotte vermeldt [betrokkene 1] dat hij in Turkije verblijft en dat hij niet naar Nederland zal komen.

6.2.4. De kantonrechter heeft vervolgens op 17 oktober 2013 een tussenvonnis gewezen. In dit tussenvonnis 2013 heeft de kantonrechter de zaak naar de rol verwezen voor het nemen van een akte door Credivance in verband met het bepaalde in artikel 33 aanhef en onder c sub 1 van de WCK. In het vonnis is vermeld dat (alleen) [betrokkene 1] in persoon is verschenen.

6.2.5. Bij eindvonnis van 28 november 2013 heeft de kantonrechter de vorderingen van Credivance toegewezen. Het eindvonnis vermeldt dat tegen gedaagde partij verstek is verleend. Op 24 juni 2014 is het eindvonnis niet in persoon aan [eiseres] betekend.

6.2.6. [eiseres] heeft bij dagvaarding van 28 januari 2015 verzet ingesteld tegen het verstekvonnis van 28 november 2013. In (voorwaardelijke) reconventie vordert [eiseres] een verklaring voor recht

dat de bevoegdheid om de rentevordering tegen haar te incasseren is verjaard op grond van artikel 3:324 BW.

6.2.7. Bij tussenvonnis van 26 februari 2015 heeft de kantonrechter een comparitie van partijen gelast. De comparitie heeft op 7 april 2015 plaats gevonden.

6.2.8. De kantonrechter heeft vervolgens op 2 juli 2015 weer een tussenvonnis gewezen. In dit vonnis is onder meer geoordeeld dat [eiseres] terecht het rechtsmiddel van verzet had aangewend tegen het volgens de kantonrechter bij verstek gewezen vonnis van 28 november 2013. Verder is weer een comparitie van partijen gelast. Deze comparitie heeft op 17 augustus 2015 plaats gevonden.

6.2.9. Bij tussenvonnis van 24 september 2015 heeft de kantonrechter onder meer geoordeeld dat [eiseres] ontvankelijk is in het door haar ingestelde verzet. Verder heeft de kantonrechter de zaak naar de rol verwezen voor het nemen van aktes door beide partijen.

6.2.10. De kantonrechter heeft vervolgens in het eindvonnis van 3 december 2015 beslist dat de vordering van Credivance is verjaard. Het vonnis van 28 november 2013 wordt vernietigd en de vorderingen in conventie van Credivance worden alsnog afgewezen, met veroordeling van Credivance in de proceskosten. Ook is beslist dat de voorwaardelijke vordering in reconventie geen bespreking behoeft en dat de proceskosten in reconventie worden gecompenseerd.

6.3. Credivance heeft in hoger beroep vijf grieven aangevoerd. Credivance heeft geconcludeerd tot vernietiging van de beroepen vonnissen en tot het alsnog toewijzen van de vorderingen van Credivance.

6.4. Met grief 1 richt Credivance zich tegen het oordeel van de kantonrechter in het tussenvonnis van 2 juli 2015, inhoudende dat [eiseres] terecht verzet heeft aangetekend. Credivance stelt dat het eindvonnis van 28 november 2013 als op tegenspraak gewezen moet worden beschouwd, nu, anders dan de kantonrechter in het vonnis van 2 juli 2015 heeft overwogen, [betrokkene 1] door middel van zijn brief van 5 augustus 2013 wel degelijk in de door Credivance gestarte procedure was verschenen. Gelet op het bepaalde in artikel 140 lid 3 Rv was het eindvonnis van 28 november 2013 ook jegens [eiseres] een vonnis op tegenspraak. [eiseres] had daarom binnen drie maanden na 28 november 2013 hoger beroep moeten instellen en dat heeft zij niet gedaan. Zij had daarom niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in het door haar ingestelde verzet en de toewijzing van de vorderingen van Credivance hadden in stand gelaten moeten worden.

Deze grief slaagt. De brief van [betrokkene 1] van 5 augustus 2013 kan niet anders begrepen worden dat dat hij verschenen is in de door Credivance tegen hem en [eiseres] ingestelde procedure. [betrokkene 1] geeft in de brief zijn standpunt ten aanzien van de vordering van Credivance en erkent deze in feite. Het enkele gegeven dat hij schrijft niet naar Nederland (het hof begrijpt: naar de zitting) te zullen komen, betekent niet dat hij daarmee ook

niet in de procedure zou zijn verschenen als bedoeld in artikel 140 Rv. De kantonrechter heeft daarom ten onrechte het vonnis van 28 november 2013 als verstekvonnis aangemerkt. Gelet op het bepaalde in het derde lid van artikel 140 Rv dient vervolgens het eindvonnis ook ten opzichte van [eiseres] als op tegenspraak gewezen te worden beschouwd. Tegen dat vonnis had [eiseres] hoger beroep moeten instellen en dat heeft zij niet gedaan. Het voorgaande betekent ook dat haar verzet tegen het vonnis van 28 november 2013 ten onrechte ontvankelijk is verklaard.

Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de tussen partijen door de kantonrechter gewezen vonnissen van 2 juli 2015, 24 september 2015 en 3 december 2015 zullen worden vernietigd. Het vonnis van 28 november 2013 zal, onder verbetering van gronden inhoudende dat verstaan wordt dat het vonnis van 28 november 2013 op tegenspraak is gewezen, worden bekrachtigd.

6.5. Gelet op het voorgaande behoeven de overige grieven geen bespreking. Bij vernietiging van het tussenvonnis van 17 oktober 2013 heeft Credivance, gelet op het voorgaande, geen belang meer.

6.6. [eiseres] zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van de verzetprocedure in eerste aanleg en de kosten van de procedure in hoger beroep, inclusief de nakosten.

7. De uitspraak

Het hof:

Vernietigt de door de kantonrechter tussen partijen onder zaak-/rolnummer 3822273 \ 15-1044 gewezen vonnissen van 2 juli 2015, 24 september 2015 en 3 december 2015;

Bekrachtigt het door de kantonrechter tussen partijen onder zaak-/rolnummer 903675 \ 13-6735 op 28 november 2013 gewezen vonnis en verstaat dat dit vonnis op tegenspraak is gewezen;

Veroordeelt [eiseres] in de kosten van de procedure, tot op heden aan de zijde van Credivance bepaald op:

- € 1.447,50 aan salaris advocaat in de verzetprocedure;
- € 1.957 aan griffierecht hoger beroep;
- € 79,38 kosten dagvaarding hoger beroep;
- € 2.316 aan salaris advocaat;

met veroordeling van [eiseres] tot betaling aan Credivance van deze proceskosten binnen 14 dagen na dagtekening van dit arrest, bij gebreke waarvan [eiseres] de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd wordt;

Veroordeelt [eiseres] tot betaling aan Credivance van de nakosten ten bedrage van € 131 indien het arrest niet betekend wordt en ten bedrage van € 199 indien het arrest betekend wordt;

Verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

Wijst af het meer of anders gevorderde.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid tot gevolg heeft, doordat het hof in zijn hier bestreden arrest heeft overwogen en beslist als daarbij is geschied, op de in dat arrest genoemde gronden, ten onrechte, om één of meer van de volgende, mede in onderling verband en samenhang te beschouwen redenen.

Klachten

Onderdeel 1. Apparaatsfout komt niet voor rekening van [eiseres] (art. 6 EVRM)

Door zijn beslissing, in rov. 6.4 van het bestreden arrest, dat [eiseres] hoger beroep had moeten instellen tegen het vonnis van 28 november 2013, heeft het hof blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 6 EVRM, in het bijzonder het fundamentele recht van toegang tot de rechter. Het hof had de vonnissen van 2 juli, 24 september en 3 december 2015 niet althans niet zonder meer mogen vernietigen op de grond dat [eiseres] niet-ontvankelijk verklaard had moeten worden in haar verzet. Het hof had ten minste [eiseres] gelegenheid moeten geven om alsnog het – volgens het hof – juiste rechtsmiddel in te zetten, althans had het hof de verzetdagvaarding van [eiseres] moeten aanmerken als een memorie van grieven.

Toelichting bij onderdeel 1

5. *Het uiterlijk van het vonnis van 28 november 2013.* Het hof heeft in rov. 6.4 van zijn bestreden arrest beslist dat het vonnis van 28 november 2013 in werkelijkheid een vonnis op tegenspraak is, omdat de ex-man van [eiseres] in de procedure is verschenen door zijn brief van 5 augustus 2013. Wat er van deze beslissing ook zij, zij doet niets af aan het feit dat het vonnis van 28 november 2013 *naar zijn uiterlijk* een verstekvonnis is. [eiseres] heeft op 16 januari 2015 uit het vonnis niet kunnen afleiden noch op enige andere wijze kunnen vaststellen dat haar ex-man tegen de vordering van Credivance verweer had gevoerd,⁵ dat daarom art. 140 lid 3 Rv van toepassing was en dat zij daarom – binnen veertien dagen nadat zij met het vonnis bekend was geraakt⁶ – tegen het vonnis het rechtsmiddel hoger beroep moest instellen.

6. *Apparaatsfout.* Het is onaanvaardbaar dat het hof in rov. 6.4 van zijn arrest [eiseres] afrekent op het feit dat zij het verkeerde rechtsmiddel heeft ingezet doordat zij zich heeft laten leiden door een voor haar (evident) niet-kenbare fout van de kantonrechter. Dat leidt immers (en evenzeer evident) tot een resultaat dat niet voldoet aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM,⁷ *a fortiori* in een situatie als de onderhavige, waarin [eise-

res] bij verstek is veroordeeld tot betaling van een schuld waaraan zij part noch deel blijkt te hebben gehad.

7. *Slotsom met betrekking tot onderdeel 1.* Het hof had de vonnissen van 2 juli, 24 september en 3 december 2015 niet,⁸ althans niet zonder meer mogen vernietigen op de grond dat [eiseres] niet-ontvankelijk verklaard had moeten worden in haar verzet. Het hof had ten minste [eiseres] gelegenheid moeten geven om alsnog het – volgens het hof – juiste rechtsmiddel in te zetten,⁹ althans had het hof de verzetdagvaarding van [eiseres] moeten aanmerken als een memorie van grieven (vgl. HR 18 november 2016, NJ 2016/485 inz. *Van Leeuwen/Rours*).

Onderdeel 2. Het wezen versus de vorm van de uitspraak

In rov. 6.4 van het bestreden arrest heeft het hof blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te beslissen dat het vonnis van 28 november 2013 als een vonnis op tegenspraak moet worden beschouwd, althans heeft het hof die beslissing onbegrijpelijk gemotiveerd. Omdat het vonnis van 28 november 2013 wel degelijk een verstekvonnis is, had het hof niet mogen beslissen dat de kantonrechter [eiseres] in haar verzet niet ontvankelijk had moeten verklaren. Het hof had de grief van Credivance die daartoe strekte, als ongegrond moeten verworpen.

Toelichting bij onderdeel 2

8. *Wezen en vorm.* Het is vaste rechtspraak dat het wezen van de uitspraak prevaleert boven de vorm ervan. Een vonnis dat het uiterlijk heeft van een verstekvonnis is in werkelijkheid een vonnis op tegenspraak als de gedaagde partij wel degelijk in de procedure is verschenen, en omgekeerd is een vonnis dat het uiterlijk heeft van een vonnis op tegenspraak een verstekvonnis als de gedaagde partij in werkelijkheid niet is verschenen. Van deze regel is het hof in zijn bestreden rov. 6.4 ook uitgegaan.

9. *Miskennen van de beslissing van de kantonrechter.* Het hof heeft in rov. 6.4 echter miskend wat de kantonrechter – dezelfde als de kantonrechter die het verstekvonnis van 28 november 2013 had gewezen – in rov. 3.2 van zijn tussenvonnis van 2 juli 2015 heeft overwogen. In die rov. 3.2 over-

⁵ Vgl. memorie van antwoord, sub 7–8, sub 10, sub 12, sub 21–22.

⁶ HR 3 oktober 2014, NJ 2016/89 (*Van Sligter/Van Soest*). Vgl. memorie van antwoord, sub 12–13.

⁷ Zie ook memorie van antwoord, sub 9–13.

⁸ In Duitsland mag de veroordeelde partij kiezen of hij tegen het vonnis verzet doet of hoger beroep instelt. Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grundz. § 511 ZPO, Rdnr. 27–28; MünchKommZPO/Rimmelspacher, Vorbem. § 511, Rdnr. 89 e.v.

⁹ Aldus luidt de oplossing van art. 536 van de Franse Code de procédure civile: '1. La qualification inexacte d'un jugement par les juges qui l'ont rendu est sans effet sur le droit d'exercer un recours. 2. Si le recours est déclaré irrecevable en raison d'une telle inexactitude, la décision d'irrecevabilité est notifiée par le greffe à toutes les parties à l'instance du jugement. Cette notification fait courir à nouveau le délai prévu pour l'exercice du recours approprié.' Zie voor deze oplossing ook A-G Wesseling-Van Gent in haar conclusie (sub 2.23) voor HR 18 november 2016, NJ 2016/485 (*Van Leeuwen/Rours*).

weegt de kantonrechter *niet* – en dus anders dan het hof in rov. 6.4 heeft aangenomen – dat zijn vonnis van 28 november 2013 een verstekvonnis is *omdat* de brief van de ex-man van [eiseres] van 5 augustus 2013 inhoudt dat hij niet wil/zal verschijnen. De kantonrechter overweegt dat hij op 28 november 2013 *welbewust* een verstekvonnis heeft gegeven omdat hij de brief van de ex-man van [eiseres] *toen* heeft geïnterpreteerd als een bericht dat hij niet wil/zal verschijnen. Daarom heeft de kantonrechter de kwalificatie ter griffie van de brief als een conclusie van antwoord gecorrigeerd, verstek tegen de ex-man van [eiseres] verleend en, omdat tegen [eiseres] zelf al verstek was verleend, vervolgens de vorderingen van Credivance *bij verstekvonnis* toegewezen.¹⁰ Het vonnis van 28 november 2013 is dus niet een verstekvonnis als gevolg van een apparaatsfout, maar als gevolg van een *welbewust* gegeven oordeel van de kantonrechter over de brief van 5 augustus 2013, over welke brief als zodanig geen misverstand bestaat.

Het vonnis van 28 november 2013 is dus niet alleen naar zijn vorm maar *ook naar zijn wezen* een verstekvonnis, en daaraan kan niet afdoen dat dit vonnis op basis van een – volgens het hof – onjuiste waardering van de brief van 5 augustus 2013 als verstekvonnis is geweest.

10. *Geen vonnis op tegenspraak.* Het vonnis van 28 november 2013 is dus een verstekvonnis. Art. 140 lid 3 Rv is in casu daarom niet van toepassing. Tegen het verstekvonnis van 28 november 2013 stond alleen het rechtsmiddel verzet open en [eiseres] heeft dus terecht verzet tegen dat vonnis gedaan. Nu het vonnis van 28 november 2013 een verstekvonnis is, zou het *a fortiori* in strijd zijn met art. 6 EVRM als [eiseres] euvel zou worden geduid dat zij daartegen het wettelijk voorgeschreven rechtsmiddel heeft ingezet. Het hof heeft dus ten onrechte beslist dat de kantonrechter [eiseres] in haar verzet niet-ontvankelijk had moeten verklaren.

11. *Slotsom met betrekking tot onderdeel 2.* Door zijn beslissing dat het vonnis van 28 november 2013 moet worden beschouwd als een vonnis op tegenspraak, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 139-140 Rv. Als het hof is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting ter zake, is zijn beslissing onbegrijpelijk, omdat de kantonrechter niet heeft beslist wat het hof in diens beslissing heeft gelezen.

Slotsom en voortbouwklachten

12. *Het bestreden arrest moet worden vernietigd.* Het hof heeft (in rov. 6.4 van) zijn bestreden arrest ten onrechte geoordeeld dat de vonnissen van 2 juli 2015, 24 september 2015 en 3 december 2015 moeten worden vernietigd, en (in rov. 6.5) ten onrechte beslist dat de overige grieven van Credivance geen bespreking behoeven, en (in rov. 6.6) ten onrechte beslist dat [eiseres] moet worden veroor-

deeld in de kosten van de verzeten appelprocedure, inclusief nakosten.

Het bestreden arrest moet worden vernietigd en verwijzing moet volgen opdat op de overige grieven van Credivance kan worden beslist.

Conclusie A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent:

In deze zaak heeft de kantonrechter tegen eiseres tot cassatie in het principale cassatieberoep (hierna [eiseres]) en haar ex-echtgenoot als gedaagde partij verstek verleend en de vordering jegens hen beiden toegewezen. [eiseres] heeft vervolgens verzet ingesteld. De kantonrechter heeft haar daarin ontvankelijk verklaard en de vordering jegens haar alsnog afgewezen. Oorspronkelijk eiseres, thans verweerster in het principale cassatieberoep, tevens eiseres in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep (hierna: Credivance), is daarop van de vonnissen van de kantonrechter in beroep gekomen. [eiseres] heeft de grieven van Credivance bestreden.

Het hof heeft geoordeeld dat tegen de ex-echtgenoot ten onrechte verstek is verleend en dat hij wel is verschenen. Ingevolge art. 140 lid 3 Rv moet het vonnis dan worden beschouwd als een vonnis op tegenspraak waarvan slechts hoger beroep openstaat. Het hof vernietigt daarom de vonnissen waarvan beroep, bekrachtigt het verstekvonnis en verstaat dat dit vonnis op tegenspraak is geweest. In het principale cassatieberoep ligt de vraag voor of deze beslissing van het hof in strijd is met art. 6 EVRM.

1 Feiten¹ en procesverloop²

1.1 [eiseres] en [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) waren gehuwd en zijn op 18 juli 1986 gescheiden. Het echtscheidingsvonnis is op 21 oktober 1986 ingeschreven.

Credivance is de rechtsopvolgster van Fortis ASR Financieringen N.V.³ (hierna: Fortis), die op haar beurt de rechtsopvolgster is van AMEV Financieringen N.V. (hierna: AMEV).

1.2 Op 8 februari 2002 heeft AMEV een kredietovereenkomst⁴ gesloten met [betrokkene 1]. De overeengekomen kredietsoort bedroeg € 31.765, te vermeerderen met € 8.326⁵ aan kredietvergoeding,

1 Ik heb de door het gerechtshof 's-Hertogenbosch in rov. 6.1 van zijn arrest van 23 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:245, vastgestelde feiten tot uitgangspunt genomen en daarbij, in de hierna volgende noten, kanttekeningen/toevoegingen geplaatst.

2 Voor zover thans van belang. Zie voor het procesverloop rov. 5 en rov. 6.2 van het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 23 januari 2018 en voor het procesverloop in eerste aanleg de vonnissen van de rechtbank Oost-Brabant van 26 februari 2015, 2 juli 2015, 24 september 2015 en 3 december 2015, telkens rov. 1.

3 Genoemd in de brief van 28 september 2006 van Solvence B.V. aan [betrokkene 1], prod. 3 bij de inleidende dagvaarding.

4 In de als productie 1 bij de inleidende dagvaarding overgelegde overeenkomst, waarnaar het hof verwijst, staat vermeld: Persoonlijke Lening nr. 30043770.

5 In de overgelegde kredietovereenkomst staat een bedrag van € 8.326,40 genoemd.

10 Zie ook memorie van grieven, sub 15.

terug te betalen in 60 maandelijkse termijnen van € 668,19. Onder de overeenkomst staat ook de naam van [eiseres] vermeld en bij haar naam staat een handtekening.⁶

1.3 AMEV heeft bij aan [betrokkene 1] gerichte brieven van 19 augustus 2002 en 30 september 2002 de overeenkomst opgezegd en het openstaande bedrag van ruim € 37.000 gevorderd. Vervolgens is [betrokkene 1] bij brief van 24 maart 2003⁷ nogmaals om betaling verzocht.

1.4 Op 11 september 2006 zou de openstaande vordering € 19.628,62 bedragen.

1.5 Fortis⁸ heeft [eiseres] bij brief van 29 november 2006 aangeschreven en haar verzocht te betalen.

Bij brief van dezelfde datum, 29 november 2006, aan [betrokkene 1] heeft Fortis⁹ vermeld akkoord te gaan met het betalingsvoorstel van [betrokkene 1] (€ 600 per 3 maanden). De brief is door [betrokkene 1] voor akkoord getekend.

1.6 Bij brieven van 10 januari 2007 en 19 juni 2007 heeft Fortis betalingsverzoeken aan [betrokkene 1] verzonden en voorts op 13 juli 2007 een "AANKONDIGING DAGVAARDEN"¹⁰.

1.7 Fortis¹⁰ heeft [eiseres] bij brief van 11 april 2008 aangeschreven en haar, tevergeefs, om betaling verzocht.

1.8 Credivance heeft [betrokkene 1] en [eiseres] bij inleidende dagvaardingen van respectievelijk 25 en 26 april 2013 gedagvaard voor de rechtbank Oost-Brabant, kanton Eindhoven, en heeft daarbij, voor zover van belang, hoofdelijke veroordeling gevorderd tot betaling aan haar van een bedrag van € 31.513,60, te vermeerderen met de contractuele rente van 10% per jaar over een bedrag van € 19.628,62 vanaf 4 april 2013 tot aan de dag der algehele voldoening alsmede met hoofdelijke veroordeling van [betrokkene 1] en [eiseres] in de kosten van de procedure.

In de inleidende dagvaardingen is als zittingsdatum 29 augustus 2013 aangezegd.

1.9 Aan deze vorderingen heeft Credivance ten grondslag gelegd dat zij voor een bedrag van € 31.765 een krediet aan [eiseres] en [betrokkene 1] heeft verstrekt, in 60 maandelijkse termijnen terug te betalen, en dat [eiseres] en [betrokkene 1] daarmee in gebreke zijn gebleven.

1.10 Op 5 augustus 2013 (dus vóór de aangezegde zittingsdatum) heeft [betrokkene 1] een brief aan het kantongerecht te Eindhoven gestuurd, waarin hij, zakelijk weergegeven, heeft gesteld dat (i) [eiseres] geen partij is bij de kredietovereenkomst en dat

hij, zonder dat zij daarvan wist, de lening is aangegaan en hij haar handtekening onder het contract met AMEV heeft vervalst; (ii) hij geen contact meer heeft met zijn ex-vrouw; (iii) hij verder geen geld heeft en alles aan gokken is opgegaan; (iv) hij, als hij weer een normaal leven leidt en geld heeft, zal terugbetalen en tot slot (v) dat hij in Turkije verblijft en niet naar Nederland zal komen.¹¹

1.11 De kantonrechter heeft de zaak bij tussenvonnissen van 17 oktober 2013 naar de rol verwezen voor het nemen van een akte door Credivance in verband met het bepaalde in artikel 33 aanhef en onder c sub 1 van de WCK.

In dit vonnis is vermeld dat [betrokkene 1] in persoon is verschenen.

1.12 Bij eindvonnis van 28 november 2013 heeft de kantonrechter de vorderingen van Credivance toegewezen.

Dit eindvonnis is op 24 juni 2014 aan [eiseres] betekend, maar niet in persoon.

1.13 [eiseres] heeft bij dagvaarding van 28 januari 2015 verzet ingesteld tegen het verstekvonnis van 28 november 2013. De verzetdagvaarding houdt tevens een conclusie van eis in (voorwaardelijke) reconventie in oppositie in, waarin [eiseres] een verklaring voor recht heeft gevorderd dat de bevoegdheid om de rentevordering tegen haar te incasseren, is verjaard op grond van art. 3:324 BW.

1.14 De kantonrechter heeft bij tussenvonnissen van 26 februari 2015 een comparitie van partijen gelast, die op 7 april 2015 heeft plaats gevonden.

Vervolgens heeft de kantonrechter bij vonnis van 2 juli 2015, na onder meer te hebben geoordeeld dat [eiseres] terecht het rechtsmiddel van verzet heeft aangewend (rov. 3.2), wederom een comparitie van partijen gelast. Deze comparitie is op 17 augustus 2015 gehouden.

1.15 Bij tussenvonnis van 24 september 2015 heeft de kantonrechter, voor zover thans van belang, geoordeeld dat [eiseres] ontvankelijk is in het door haar ingestelde verzet (rov. 2.12) en de zaak naar de rol verwezen voor het nemen van aktes door beide partijen.

1.16 Na akte/briefwisseling heeft de kantonrechter bij eindvonnis van 3 december 2015 het vonnis van 28 november 2013 vernietigd en in conventie de vordering jegens [eiseres] alsnog afgewezen, met veroordeling van Credivance in de proceskosten. De voorwaardelijke vordering in reconventie behoeft naar het oordeel van de kantonrechter daarom geen beoordeling meer (rov. 2.6).

1.17 Credivance is van de vonnissen van 2 juli 2015, 24 september 2015 en 3 december 2015 in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch.

6 In de overgelegde kredietovereenkomst wordt [eiseres] in de aanhef genoemd als partner van [betrokkene 1] en tevens als contractspartner en kredietnemer. Onder de overeenkomst staat naast "Eerstgenoemde kredietnemer": partner (zonder naam) en een handtekening.

7 Het hof vermeldt (bij vergissing): 2002.

8 Via het administratiekantoor Solvence B.V., zie prod. 3 bij de inleidende dagvaarding.

9 Zie de vorige noot.

10 Via het administratiekantoor Solvence B.V., zie prod. 4 bij de inleidende dagvaarding.

11 Zie de bij de akte van Credivance van 4 juni 2015 gevoegde brief van 5 augustus 2013 van [betrokkene 1] aan de griffier van de rechtbank Oost-Brabant (stuknummer 8 in het A-dossier en stuknummer 10 in het B-dossier).

Het hof heeft bij tussenarrest van 15 maart 2016 een comparitie na aanbrengen gelast teneinde een regeling te beproeven.

1.18 Na deze zitting, op 19 april 2016, heeft Credivance bij memorie van grieven vijf grieven geformuleerd en geconcludeerd tot vernietiging van vonnissen waarvan beroep en tot het alsnog toewijzen van haar vorderingen.

[eiseres] heeft de grieven bestreden en geconcludeerd tot bekrachtiging van de vonnissen waarvan beroep.

1.19 Het hof heeft bij eindarrest van 23 januari 2018, voor zover thans van belang:

- de tussen partijen gewezen vonnissen van 2 juli 2015, 24 september 2015 en 3 december 2015 vernietigd;

- het tussen partijen op 28 november 2013 gewezen vonnis bekrachtigd en verstaan dat dit vonnis op tegenspraak is gewezen;

- de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad verklaard en

- het meer of anders gevorderde afgewezen.

1.20 [eiseres] heeft tegen dit eindarrest tijdig¹² cassatieberoep ingesteld.

Credivance heeft in het principale cassatieberoep geconcludeerd tot verwerping en tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

[eiseres] heeft geconcludeerd tot verwerping van het incidentele cassatieberoep.

Partijen hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht, waarna [eiseres] heeft gerepliceerd in principaal beroep en gedupliceerd in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep en Credivance een conclusie van dupliek heeft genomen.¹³

2 *Bespreking van het principale cassatiemiddel*

2.1 Het principale cassatiemiddel, dat uit twee onderdelen bestaat, is gericht tegen rov. 6.4, waarin het hof – kort gezegd – heeft geoordeeld dat [eiseres] het verkeerde rechtsmiddel heeft ingesteld omdat het eindvonnis van de kantonrechter van 28 november 2013 als op tegenspraak gewezen moet worden beschouwd.

Het middel klaagt in onderdeel 1 – in de kern – dat het hof het recht van toegang tot de rechter heeft miskend door te oordelen dat [eiseres] hoger beroep had moeten instellen en dat het hof haar ten minste in de gelegenheid had moeten stellen om het juiste rechtsmiddel in te zetten. Het tweede on-

derdeel richt zich tegen het oordeel van het hof dat het eindvonnis van 28 november 2013 als een vonnis op tegenspraak moet worden beschouwd.

2.2 Aangezien onderdeel 2 van de verste strekking is, behandel ik dat onderdeel als eerste.

Daarbij neem ik het volgende tot uitgangspunt.

Vonnis bij verstek of op tegenspraak

2.3 Bij de beantwoording van de vraag of een vonnis bij verstek of op tegenspraak is gewezen, is volgens vaste rechtspraak beslissend hoe het vonnis had behoren te worden uitgesproken; de bewoordingen zijn dat niet.¹⁴

In het geding verschijnen; verstek

2.4 Verstekverlening (art. 139 Rv) is – kort gezegd – de formele constatering dat een behoorlijk opgeroepen gedaagde niet of niet rechtsgeldig is verschenen of, indien verschuldigd, het griffierecht niet tijdig heeft voldaan.¹⁵ Het gevolg is dat de rechter, als de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen,¹⁶ de vordering toewijst, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt.¹⁷

Verrichten van proceshandelingen in kantonzaken

2.5 Partijen kunnen in kantonzaken zelf (in persoon) proceshandelingen verrichten. Art. 82 Rv bepaalt in het eerste lid dat conclusies en akten ter terechtzitting worden genomen, dan wel door indiening ter griffie vóór de roldatum. In aansluiting hierop schrijft artikel 2.1 van het Landelijk procesreglement voor rolzaken kanton voor dat conclusies en akten ter terechtzitting worden genomen dan wel uiterlijk op de dag voorafgaande aan de rolzitting ter griffie worden ingediend. Toezending per post van een conclusie of akte vóór de in de inleidende dagvaarding aangezegde roldatum is dus mogelijk. In een dergelijk geval behoeft een partij niet alsnog op de rolzitting te verschijnen en geldt zij als verschenen als bedoeld in art. 139 Rv.¹⁸

De gedaagde die niet in de procedure verschijnt, neemt geen deel aan de procedure. Eén van de gevolgen daarvan is dat hem geen kopieën van processtukken behoeven te worden gestuurd.¹⁹

12 De procesinleiding in cassatie is op 1 maart 2018 ingediend in het portaal van de Hoge Raad.

13 Het A-dossier en het B-dossier stemmen niet geheel overeen. In het A-dossier ontbreekt het vonnis van de rechtbank Oost-Brabant van 17 oktober 2013, (stuknummer 2 in het B-dossier), de akte na tussenvonnis zijdens Credivance van 31 oktober 2013 (stuknummer 3 in het B-dossier), de brief zijdens Credivance van 2 oktober 2015 (stuknummer 15 in het B-dossier) en de zittingsaantekening zijdens Credivance van 19 april 2016. In het B-dossier ontbreekt de conclusie van antwoord in reconventie in oppositie van 7 april 2015 (stuknummer 6 in het A-dossier) en de akte na comparitie (stuknummer 8 in het A-dossier).

14 Zie o.m. HR 15 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1094, NJ 1994/7 en HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2158, NJ 2003/287. In gelijke zin Asser Procesrecht/ Korthals Altes & Groen 7 2015/88; Sniijders/Wendels, Civiel appel, nr. 122; P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 142 Rv, aant. 4; M. Ynzonides, Verstek en verzet, diss. Erasmus Universiteit Rotterdam, 1996, p. 109.

15 M. van de Hel-Koedoot, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 139 Rv, aant. 2a.

16 Zie in dit verband HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033, NJ 2009/565, m.nt. H.J. Sniijders en P. van Schilfgaarde.

17 Zie over deze maatstaf HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8504, NJ 2010/334.

18 Zie R.H. de Bock, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 82 Rv, aant. 4 en M. van de Hel-Koedoot, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 82, aant. 3.

19 HR 27 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7688, NJ 2003/525.

Het aan te wenden rechtsmiddel

2.6 Op grond van art. 143 Rv kan de gedaagde die bij verstek is veroordeeld daartegen verzet doen. Het rechtsmiddel van verzet maakt het voor de niet verschenen gedaagde die niet is gehoord, mogelijk om alsnog voor zijn belangen op te komen en verweer te voeren.²⁰ De ratio van het recht op verzet is daarmee gelegen in het beginsel van hoor en wederhoor. Snijders, Klaassen en Meijer verwoorden het als volgt:

“Verzet (oppositie) is het rechtsmiddel tegen verstekuitspraken (...). Verzet ‘repareert’ het gebrek aan hoor en wederhoor in verstekzaken. Aldus levert het een bijdrage aan de rechtsbeschermingsfunctie van het burgerlijk procesrecht en beantwoordt het ook aan het toegankelijkheidsbeginsel, dat ‘effective access to the courts’ eist (...).”²¹

2.7 Zijn er verschillende gedaagden, waarvan er één of meer is/zijn verschenen en één of meer niet, dan wordt tussen de eiser en de verschenen gedaagden voortgeprocedeerd en ten aanzien van de overige gedaagden verstek verleend (art. 140 lid 1 Rv). Art. 140 lid 3 Rv bepaalt dat tussen alle partijen één vonnis wordt gewezen, dat als vonnis op tegenpraak wordt beschouwd. Deze regeling strekt ertoe dat in gevallen waarin een vordering tegen meer gedaagden wordt ingesteld, tussen de eiser(s) en de gedaagden geen tegenstrijdige vonnissen ten aanzien van eenzelfde rechtsbetrekking worden gewezen.²² Om die reden staat ingevolge art. 140 lid 3 Rv tegen een vonnis dat is gewezen tussen alle partijen – waarmee, naast de eiser(s), zijn bedoeld: zowel de verschenen gedaagde(n) als de niet verschenen gedaagde(n) tegen wie verstek is verleend – slechts het rechtsmiddel van hoger beroep open. Daarmee wordt voorkomen dat tegen hetzelfde vonnis zowel een appelprocedure door de verschenen gedaagden, als een verzetprocedure door de niet verschenen gedaagden kan worden gevoerd, met het gevaar van tegenstrijdige beslissingen.²³ Dat een dergelijk vonnis wordt beschouwd als een vonnis op tegenpraak is een lang geleden gemaakte keuze van de wetgever.²⁴

Dit geding

2.8 In dit geding zijn [betrokkene 1] en [eiseres] door de kantonrechter tezamen aangemerkt als

gedaagde partij onder 1 en onder 2. In het tussenvonnis van 17 oktober 2013 is vermeld dat gedaagde partij onder 1 ([betrokkene 1]) in persoon is verschenen.

In het eindarrest van 28 november 2013 heeft de kantonrechter – voor zover hier van belang – “gelet op het tegen gedaagde partij verleend verstek” de vordering van Credivance als niet onrechtmatig of ongegrond bevonden, en in het dictum de vordering toegewezen en de gedaagde partij hoofdelijk in de proceskosten veroordeeld.

2.9 In het door [eiseres] ingestelde verzet is door Credivance aangevoerd dat de termijn om een rechtsmiddel aan te wenden in dit geval is overschreden hetzij, omdat er in verband met het tussenvonnis van 17 oktober 2013 sprake is van een procedure op tegenpraak en daartegen geen verzet open staat, hetzij omdat de verzettermijn is overschreden.²⁵

2.10 Dienaangaande heeft de kantonrechter bij vonnis van 2 juli 2015 als volgt overwogen:

“3.2. In artikel 128 lid 2 Rv is bepaald dat de gedaagde antwoordt op de eerste of een nader te bepalen roldatum. In kantonzaken kan de gedaagde op de rolzitting mondeling verweer voeren. Gedaagde kan ook schriftelijk vooraf een conclusie van antwoord indienen. Om het als een conclusie van antwoord te kunnen aanmerken, dient allereerst uit het schriftelijk stuk van gedaagde te blijken dat hij in het geding wenst te verschijnen. Uit de brief van [betrokkene 1] van 5 augustus 2013 (productie 2 bij de akte van Credivance N.V. van 4 juni 2015) blijkt dat [betrokkene 1] niet wil/zal verschijnen. Deze brief is door de griffier dan ook ten onrechte aangemerkt als een conclusie van antwoord. De kantonrechter heeft dit vervolgens gecorrigeerd en alsnog verstek verleend tegen [betrokkene 1]. Tegen [eiseres] was reeds verstek verleend. [eiseres] heeft dan ook terecht het rechtsmiddel van verzet aangewend.”

De kantonrechter heeft de brief van [betrokkene 1] dus uitgelegd en daaraan een andere betekenis toegekend dan de griffier had gedaan en in het tussenvonnis is opgenomen.

2.11 Tegen dit oordeel is Credivance in haar eerste grief opgekomen. Het hof heeft de grief geslaagd geacht en daartoe in de bestreden rov. 6.4 het volgende geoordeeld:

“Met grief 1 richt Credivance zich tegen het oordeel van de kantonrechter in het tussenvonnis van 2 juli 2015, inhoudende dat [eiseres] terecht verzet heeft aangetekend. Credivance stelt dat het eindvonnis van 28 november 2013 als op tegenpraak gewezen moet worden beschouwd, nu, anders dan de kantonrechter in het vonnis van 2 juli 2015 heeft overwogen, [betrokkene 1] door middel van zijn brief van 5 augustus 2013 wel degelijk in de door Credivance gestarte procedure was verschenen. Gelet op het bepaalde in

20 Hugenholtz/Heemskerck, 2018/167.

21 Snijders/Klaassen/Meijer, 2017, nr. 249.

22 HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1274, NJ 2017/305, rov. 3.3 en HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, NJ 2016/89, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.1. Zie ook o.m. Ynzonides, a.w., par. 2.5.3.9, met name p. 60-61 en Hugenholtz/Heemskerck, 2018/168 en nr. 63. Zie over de ratio van art. 140 Rv uitgebreid mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2014:618) voorafgaand aan HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, NJ 2016/89, m.nt. H.J. Snijders, onder 2.6-2.13.

23 HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1274, NJ 2017/305, rov. 3.3, laatste zin met verwijzing naar HR 10 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCO570, NJ 1992/448.

24 Zie ook mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2014:618) voorafgaand aan HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, NJ 2016/89, m.nt. H.J. Snijders, onder 2.9.

25 Zie het vonnis van de kantonrechter van 2 juli 2015, rov. 3.1.

artikel 140 lid 3 Rv was het eindvonnis van 28 november 2013 ook jegens [eiseres] een vonnis op tegenspraak. [eiseres] had daarom binnen drie maanden na 28 november 2013 hoger beroep moeten instellen en dat heeft zij niet gedaan. Zij had daarom niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in het door haar ingestelde verzet en de toewijzing van de vorderingen van Credivance hadden in stand gelaten moeten worden.

Deze grief slaagt. De brief van [betrokkene 1] van 5 augustus 2013 kan niet anders begrepen worden dan [n] dat hij verschenen is in de door Credivance tegen hem en [eiseres] ingestelde procedure. [betrokkene 1] geeft in de brief zijn standpunt ten aanzien van de vordering van Credivance en erkent deze in feite. Het enkele gegeven dat hij schrijft niet naar Nederland (het hof begrijpt: naar de zitting) te zullen komen, betekent niet dat hij daarmee ook niet in de procedure zou zijn verschenen als bedoeld in artikel 140 Rv. De kantonrechter heeft daarom ten onrechte het vonnis van 28 november 2013 als verstekvonnis aangemerkt. Gelet op het bepaalde in het derde lid van artikel 140 Rv dient vervolgens het eindvonnis ook ten opzichte van [eiseres] als op tegenspraak gewezen te worden beschouwd. Tegen dat vonnis had [eiseres] hoger beroep moeten instellen en dat heeft zij niet gedaan. Het voorgaande betekent ook dat haar verzet tegen het vonnis van 28 november 2013 ten onrechte ontvankelijk is verklaard.

Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de tussen partijen door de kantonrechter gewezen vonnissen van 2 juli 2015, 24 september 2015 en 3 december 2015 zullen worden vernietigd. Het vonnis van 28 november 2013, onder verbetering van gronden inhoudende dat verstaan wordt dat het vonnis van 28 november 2013 op tegenspraak is gewezen, worden bekrachtigd."

Anders dan de kantonrechter is het hof dus van oordeel dat de brief van [betrokkene 1] van 5 augustus 2013 niet anders kan worden begrepen dan dat hij is verschenen in de door Credivance tegen hem en [eiseres] ingestelde procedure.

2.12 Onderdeel 2 klaagt dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te beslissen dat het vonnis van 28 november 2013 als een vonnis op tegenspraak moet worden beschouwd, althans dat het oordeel onbegrijpelijk is gemotiveerd. Omdat het vonnis, aldus het onderdeel, wel degelijk een verstekvonnis is, had het hof niet mogen beslissen dat de kantonrechter [eiseres] in haar verzet niet-ontvankelijk had moeten verklaren en had het hof de grief van Credivance als ongegrond moeten verwerpen.

2.13 Het onderdeel betoogt daartoe dat volgens vaste rechtspraak het wezen van de uitspraak prevaleert boven de vorm ervan, zodat een vonnis dat het uiterlijk heeft van een verstekvonnis in werkelijkheid een vonnis op tegenspraak is als de gedaagde wel degelijk in de procedure is verschenen, en

omgekeerd. Het hof heeft echter miskend, aldus het betoog, dat de kantonrechter in zijn tussenvonnis van 2 juli 2015 welbewust heeft overwogen dat hij een verstekvonnis heeft gewezen omdat hij de brief van [betrokkene 1] heeft geïnterpreteerd als een bericht dat hij niet wil/zal verschijnen en de kantonrechter daarom de kwalificatie van de griffie van de brief heeft gecorrigeerd. Het vonnis is dus niet een verstekvonnis als gevolg van een apparaatsfout, maar als gevolg van een oordeel van de kantonrechter over de brief van [betrokkene 1] van 5 augustus 2013. Het vonnis is daarmee ook naar zijn wezen een verstekvonnis, en daaraan kan niet afdoen dat dit vonnis op basis van een – volgens het hof – onjuiste waardering van de brief van 5 augustus 2013 als verstekvonnis is gewezen. Het hof heeft met zijn bestreden oordeel blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 139 en art. 140 Rv, althans zijn oordeel is onbegrijpelijk, omdat de kantonrechter niet heeft beslist wat het hof in diens beslissing heeft gelezen.

2.14 Ik constateer allereerst dat het onderdeel als zodanig niet opkomt tegen het oordeel van het hof dat [betrokkene 1] rechtsgeldig is verschenen. Ingevolge art. 140 lid 1 en lid 3 Rv leidt dit oordeel er toe dat het vonnis van 28 november 2013 als een vonnis op tegenspraak moet worden beschouwd. Van een vonnis dat ingevolge 140 lid 3 Rv dient te worden beschouwd als een vonnis op tegenspraak, staat voor alle partijen slechts het rechtsmiddel van hoger beroep open en niet het rechtsmiddel van verzet, ook niet voor de niet-verschenen gedaagde.

2.15 Dat de kantonrechter een welbewust (andersluidend) oordeel heeft gegeven over de brief van 5 augustus 2013 en de verschijning van [betrokkene 1] doet hieraan niet af.

De herbeoordeling van de procesrechtelijke betekenis van de brief van [betrokkene 1] vloeide in dit geval voort uit de aan het hof voorgelegde grief waarin de uitleg van de bedoelde brief en de consequenties ervan aan de orde werden gesteld, maar de appelrechter dient sowieso ambtshalve te beoordeelen of het juiste rechtsmiddel is ingesteld, en dus of sprake is van een vonnis op tegenspraak of bij verstek.

Uitgaande van de door het hof als feitenrechter gegeven uitleg van de brief en de daaraan verbonden gevolgtrekking dat [betrokkene 1] rechtsgeldig is verschenen, heeft het hof op zichzelf terecht geoordeeld dat het vonnis van 28 november 2013 moet worden beschouwd als een vonnis op tegenspraak waartegen [eiseres] geen verzet bij de kantonrechter had moeten instellen, maar hoger beroep bij het hof.

Dit oordeel is evenmin onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

Onderdeel 2 faalt mitsdien.

2.16 *Onderdeel 1* klaagt dat het hof met zijn beslissing, dat [eiseres] hoger beroep had moeten instellen van het vonnis van 28 november 2013, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 6 EVRM, in het bijzonder het fun-

damentele recht op toegang tot de rechter. Het hof had, aldus de klacht, de vonnissen van 2 juli, 24 september en 3 december 2015 niet, althans niet zonder meer, mogen vernietigen op de grond dat [eiseres] niet-ontvankelijk verklaard had moeten worden in haar verzet.

2.17 In de toelichting op het onderdeel wordt gesteld dat het vonnis van 28 november 2013 naar zijn uiterlijk een verstekvonnis is en dat [eiseres] op 16 januari 2015 (de dag waarop [eiseres] volgens het middel bekend is geworden met het vonnis,²⁶ tov. A-G) daaruit niet heeft kunnen afleiden noch op enige wijze heeft kunnen vaststellen dat haar examen tegen de vordering van Credivance verweer heeft gevoerd. Het is onaanvaardbaar dat het hof in zijn bestreden oordeel [eiseres] afrekent op het feit dat zij een verkeerd rechtsmiddel heeft ingezet doordat zij zich heeft laten leiden door een voor haar niet-kenbare fout van de kantonrechter. Dat leidt volgens de toelichting tot een resultaat dat niet voldoet aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM.

Art. 6 EVRM

2.18 Het onderdeel stelt de vraag aan de orde of de niet-ontvankelijkheid van het verzet van [eiseres] op grond van onze toepasselijke procesregels strijd oplevert met art. 6 EVRM. Het in art. 6 EVRM besloten liggende recht op een eerlijk proces, in het bijzonder de toegang tot de rechter, is niet absoluut en kan onderhevig zijn aan beperkingen die met name gelegen zijn in de ontvankelijkheidsvraag, een terrein waarop de lidstaten over een zekere "margin of appreciation" beschikken.²⁷ The Guide on Article 6, Right to a Fair Trial²⁸ vermeldt in dit kader het volgende:

"90. The right of access to the courts is not absolute but may be subject to limitations permitted by implication (Golder v. the United Kingdom, § 38; Stanev v. Bulgaria [GC], § 230; Zubac v. Croatia [GC], § 78). This applies in particular where the conditions of admissibility of an appeal are concerned, since by its very nature it calls for regulation by the State, which enjoys a certain margin of appreciation in this regard (Luordo v. Italy, § 85).

91. Nonetheless, the limitations applied must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a 'legitimate aim' and if there is not a 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved' (*Ashingdane v. the United Kingdom*, §

57; *Fayed v. the United Kingdom*, § 65; *Markovic and Others v. Italy* [GC], § 99; *Naït-Liman v. Switzerland* [GC], §§ 114-115)."

2.19 Het is vaste rechtspraak dat art. 6 EVRM lidstaten niet verplicht een appellinstantie in te stellen. Wanneer een lidstaat echter de mogelijkheid opent om een rechtsmiddel aan te wenden tegen een uitspraak, dan gelden de waarborgen van art. 6 EVRM, waaronder de garantie op een effectief recht op toegang tot de rechter om civielrechtelijke rechten en verplichtingen vast te stellen.²⁹ Beperking van het recht op toegang tot de rechter is slechts toegestaan indien de beperking voorzienbaar is, een gerechtvaardigd doel dient, proportioneel is en het recht op toegang tot de (appel)rechter daardoor niet in de kern wordt geraakt.³⁰ Het EHRM toetst daarbij of het effect van de (nationale interpretatie van) procesregels niet in strijd is met art. 6 EVRM. Excessief formalisme doorstaat deze toets niet. In dit kader zijn "legal certainty" en "proper administration of justice" twee centrale elementen om de grens tussen excessief formalisme en een geaccepteerde toepassing van procedurele formaliteiten vast te stellen.³¹ Indien een partij afgaat op door een gerecht verstrekte onjuiste informatie over de mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen, mag hij daarvan niet de dupe worden.³² Bij de beoordeling of een beperking geoorloofd is, dient telkens gekeken te worden naar de bijzonderheden van de specifieke procedure. De procedure moet in zijn geheel worden genomen en er dient rekening te worden gehouden met de rol van de specifieke procedure in de gehele procedure.³³ In dit kader geldt dat de toegang tot de rechter in hoger beroep beperkter kan zijn dan de toegang tot de eerste rechter. Het EHRM houdt er rekening mee dat de zaak al één of tweemaal is beoordeeld door een rechter met volle rechtsmacht.³⁴

2.20 In deze zaak zorgt het resultaat van een samenstel van toepasselijke rechtsregels voor een beperking op het recht op toegang tot de appelrechter.

²⁹ EHRM 5 april 2018, nr. 40160/12 (*Zubac v. Croatia*), rov. 80. Zie Guide on Article 6, Right to a Fair Trial (civil limb), 31 augustus 2018, nr. 84, dat naar deze uitspraak verwijst voor de algemene beginselen van toegang tot een hogere rechter. In gelijke zin van Oevelen, Rozie en Rutten, a.w., nr. 18 en R.P.J.L. Tjittes en W.D.H. Asser, *Rechtsmiddelen*, Deventer: Kluwer, 2011, par. 1.4, en zie in dit verband P. Smits, Artikel 6 EVRM en de civiele procedure. Serie Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10, Deventer: Kluwer 2008, par. 2.5.2.

³⁰ Zie o.m. van Oevelen, Rozie en Rutten, a.w., nr. 12 en T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiele EVRM-rechten*, Deventer: Kluwer, 2017, p. 36.

³¹ EHRM 5 april 2018, nr. 40160/12 (*Zubac v. Croatia*), rov. 96-99. Zie Guide on Article 6, Right to a Fair Trial (civil limb), 31 augustus 2018, nr. 84, dat naar deze uitspraak verwijst de rechtspraak met betrekking tot excessief formalisme en nr. 129 e.v.

³² Zie in dit verband The Guide on Article 6, Right to a Fair Trial, nr. 89. Zie in gelijke zin mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2016:474) voorafgaand aan HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2642, NJ 2016/485, onder 2.19.

³³ EHRM 5 april 2018, nr. 40160/12 (*Zubac v. Croatia*), rov. 82.

³⁴ Zie van Oevelen, Rozie en Rutten, a.w., nr. 19 en de daar aangehaalde rechtspraak.

²⁶ Procesinleiding onder 2 (vii).

²⁷ In gelijke zin Aloïs van Oevelen, Joëlle Rozie en Stefan Rutten, *Recht op toegang tot de rechter*, Antwerpen: Intersentia, 2016, nr. 18.

²⁸ Guide on Article 6, Right to a Fair Trial (civil limb), 31 augustus 2018, te raadplegen via www.echr.coe.int.

Bij de beoordeling van de geoorlooftheid van deze beperking, neem ik het volgende in aanmerking.

2.21 Het rechtsmiddel van verzet repareert het beginsel van hoor en wederhoor en biedt daarmee een niet-verschenen gedaagde alsnog de mogelijkheid de tegen hem ingestelde vordering tegen te spreken. In het geval van een vonnis dat op de voet van art. 140 lid 3 Rv als een vonnis op tegenspraak heeft te gelden, wordt deze mogelijkheid (slechts) door het instellen van hoger beroep geboden.

2.22 In cassatie staat vast dat de kantonrechter tegen [eiseres] verstek heeft verleend en vervolgens eveneens tegen [betrokkene 1]. De kantonrechter heeft dan ook de zaak als verstekzaak behandeld en de toewijsbaarheid van de vordering getoetst aan de hand van de maatstaf van art. 139 Rv. Als gevolg van het tegen haar verleende verstek is [eiseres] verder niet betrokken bij de procedure.

2.23 Het onderdeel benadrukt terecht dat uit het eindvonnis op geen enkele wijze kan worden afgeleid dat het vonnis als een vonnis op tegenspraak dient te worden beschouwd. [eiseres] is door het verleende verstek tegen [betrokkene 1] en het eindvonnis dan ook door de kantonrechter op het verkeerde been gezet. Dat de onjuiste kwalificatie – naar het hof vier en een half jaar later oordeelt – het gevolg is van een onjuiste rechtsopvatting, doet hieraan niet af. Er kan m.i. van een niet-verschenen gedaagde niet worden verwacht dat hij onder deze omstandigheden bij het instellen van een rechtsmiddel tegen de achtergrond van art. 140 lid 3 Rv anticipeert op een mogelijk andersluidend oordeel over het verschenen zijn van een mede-gedaagde.

2.24 Gelet op het voorgaande leidt onverkorte toepassing van onze rechtsregels m.i. tot een resultaat dat niet voldoet aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM, nu de toegang tot de rechter daardoor wordt geraakt. Het oordeel van het hof dat omdat [betrokkene 1] in de procedure is verschenen, [eiseres] niet-ontvankelijk is in haar verzet en, zo voeg ik toe, daarom in appel niet wordt gehoord, getuigt m.i. dan ook, gelet op art. 6 EVRM, van een onjuiste rechtsopvatting.

In zoverre slaagt onderdeel 1.

Herstel van een fout/conversie/ontvankelijkheid van het verzet

2.25 Volgens het onderdeel had het hof [eiseres] ten minste gelegenheid moeten geven om alsnog het – volgens het hof – juiste rechtsmiddel in te zetten, althans had het hof de verzetdagvaarding van [eiseres] moeten aanmerken als een memorie van grieven.

2.26 De wet biedt, indien een verkeerd rechtsmiddel wordt aangewend, maar een beperkte mogelijkheid tot herstel, te weten in art. 340 Rv voor het geval cassatieberoep is ingesteld in plaats van hoger beroep, namelijk door het stellen van een nieuwe termijn.³⁵

Ons rechtsstelsel kent niet de mogelijkheid van conversie van rechtsmiddelen.³⁶ Wordt verzet per ongeluk ingesteld, dan is conversie niet mogelijk.³⁷ In dit kader heeft de Hoge Raad onderstreept dat voor appel en verzet zeer verschillende procedure-regels gelden, hetgeen conversie verhindert.

2.27 In mijn conclusie vóór HR 18 november 2016,³⁸ waarin eveneens sprake was van een situatie dat onverkorte toepassing van onze rechtsregels tot een resultaat leidde dat niet voldeed aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM, heb ik enkele oplossingsrichtingen uit de literatuur genoemd³⁹ en heb ik er op gewezen dat analoge toepassing van het beginsel van art. 340 Rv een enkele keer heeft plaatsgevonden.⁴⁰

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 november 2016⁴¹ de weg gekozen van een uitzondering op de niet-ontvankelijkheid van het verzet.⁴²

In die zaak was in hoger beroep het tegen verweerders verleende verstek gezuiverd door de betaling van het door hen in hoger beroep verschuldigde griffierecht. De door het hof nadien gewezen (tussen)arresten dienden derhalve te worden aange-merkt als arresten die op tegenspraak zijn gewezen, waartegen cassatieberoep had moeten worden ingesteld. Maar omdat de zaak in hoger beroep steeds is behandeld als een verstekzaak, hadden verweerders verzet ingesteld, waarin zij door het hof niet-ontvankelijk werden verklaard.

De Hoge Raad overwoog dat verweerders geen proceshandelingen hebben verricht in de periode tussen de zuivering van het verstek en het eindarrest waardoor de veroordelingen ten laste van verweerders in het eindarrest van 4 maart 2014 tot stand zijn gekomen met schending van het recht van verweerders om zich in het door hun wederpartij ingestelde hoger beroep te verdedigen, met het volgende gevolg:

“3.3.4 Door [verweerders] in het verzet niet-ontvankelijk te achten op de grond dat herstel van het (...) processuele verzuim aan de zijde van het hof, niet mogelijk is (...) is de toegang tot de appelrechter in de kern aangetast. Onder derge-

36 Snijders, Klaassen en Meijer, a.w., nr. 291; S.A.M. de Loos-Wijker, *GS Vermogensrecht*, artikel 42 Boek 3 BW, aant. 9.7.3.2.

37 Zie HR 17 januari 1992: ECLI:NL:HR:1992:ZC0479, NJ 1992/263, rov. 3.4.

38 Vindplaats conclusie ECLI:NL:PHR:2016:474, par. 2.26 e.v.

39 Ynzonides, a.w., p. 110-111 en Asser *Procesrecht*/Van Schaik 2 2016/79.

40 In HR 29 oktober 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4466, NJ 1983/196, m.nt. B. Wachter bestond aanleiding voor analoge toepassing van het beginsel van art. 340 Rv, omdat op grond van vroegere rechtspraak van de Hoge Raad de rechtszoekende ervan mocht uitgaan dat het rechtsmiddel van verzet niet openstond. Zie daarentegen HR 24 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2077, NJ 1996/538 waar geen grond was voor analoge toepassing. In gelijke zin G. van Rijssen, *Commentaar op Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering art. 340 (Burgerlijk procesrecht)* en E.D. van Geuns & mr. M.V.E.E. Jansen, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 340 Rv, aant. 1.

41 ECLI:NL:HR:2016:2642, NJ 2016/485, rov. 3.3.2-3.3.4.

42 J.P. Lock, *Kroniek, Hoger beroep*, TCR 2017/2, p. 58-59 zet daar vraagtekens bij.

35 Zie bijvoorbeeld HR 14 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7590, NJ 2011/478.

lijke omstandigheden leidt onverkorte toepassing van die regels tot een resultaat dat niet voldoet aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM. (...) Daarom had het hof in dit bijzondere geval aanleiding behoren te zien het verzet ontvankelijk te achten, met als gevolg dat de appelinstantie werd heropend, waarbij de verzetdagvaarding heeft te gelden als memorie van antwoord (vgl. HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3741, NJ 2014/142). In zoverre is de klacht gegrond.”

2.28 De bijzonderheid van deze zaak is dat [eiseres] al verzet heeft ingesteld, daarin ontvankelijk is verklaard en bovendien door de kantonrechter in het gelijk is gesteld doordat haar beroep op verjaring van de vordering van Credivance is gehonoreerd. De appelinstantie is tijdig en op de juiste wijze aangevangen en daarin zijn grieven geformuleerd door Credivance, die door [eiseres] bij memorie van antwoord zijn bestreden. Door de vernietiging van de vonnissen die de kantonrechter in de verzetprocedure heeft gewezen en de bekrachtiging van het verstekvonnis, is [eiseres] met terugwerkende kracht de rechterlijke instantie ontnomen die zij na het wijzen van het verstekvonnis van 28 november 2013 had, hetgeen m.i. strijdt oplevert met art. 6 EVRM. In hoger beroep is [eiseres] door de beslissing van het hof in feite de beoordeling van haar verweer in de appelprocedure ontzegd. M.i. ligt het dan in de lijn van het arrest van 18 november 2016 om [eiseres] vooralsnog (zie hierna onder 3.2) in haar verzet ontvankelijk te achten en de (overige) grieven en het daartegen gevoerde verweer in de memorie van antwoord na vernietiging en verwijzing alsnog door het verwijzingshof te laten beoordelen.

2.29 Het slagen van het principaal cassatieberoep betekent dat aan de voorwaarde voor het incidentele cassatieberoep is voldaan.

3 *Bespreking van het voorwaardelijke incidentele cassatiemiddel*

3.1 Het incidenteel cassatieberoep, dat uit een onderdeel met vier subonderdelen bestaat, is gericht tegen rov. 6.4 en rov. 6.5 van het bestreden eindarrest. Rov. 6.4 is hiervoor onder 2.11 al geciteerd. Rov. 6.5 luidt als volgt:

“Gelet op het voorgaande behoeven de overige grieven geen bespreking. Bij vernietiging van het tussenvonnis van 17 oktober 2013 heeft Credivance, gelet op het voorgaande, geen belang meer.”

3.2 De subonderdelen klagen in de kern dat het hof niet is ingegaan op de grieven waarin is aangevoerd dat ook [eiseres] in de procedure is verschenen en dat zij het verzet buiten de termijn heeft ingesteld. Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Het hof heeft zijn beslissing om de vonnissen waarvan beroep te vernietigen en het (verstek) vonnis van de kantonrechter van 28 november 2013 te bekrachtigen gegrond op het slagen van grief 1. Bij

die stand van zaken behoeft het hof niet in te gaan op de overige grieven. Echter, zoals hiervoor onder 2.28 opgemerkt, meen ik dat het na vernietiging en verwijzing aan het verwijzingshof is om over de overige grieven te oordelen. In zoverre slaagt dan ook het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep.

4 *Conclusie in het principale en incidentele cassatieberoep*

De conclusie strekt in het principale en voorwaardelijk incidentele cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

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

- a. de vonnissen in de zaak 903675 13-6735 van de kantonrechter te Eindhoven van 17 oktober 2013 en 28 november 2013;
 - b. de vonnissen in de zaak 3822273 15-1044 van de kantonrechter te Eindhoven van 26 februari 2015, 2 juli 2015, 24 september 2015 en 3 december 2015;
 - c. de arresten in de zaak 200.184.556/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 15 maart 2016 en 23 januari 2018.
- Het arrest van het hof van 23 januari 2018 is aan dit arrest gehecht.

2 *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof van 23 januari 2018 heeft [eiseres] beroep in cassatie ingesteld. Credivance heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

De procesinleiding en het verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Credivance heeft een verweerschrift tot verwerping van het principale beroep ingediend.

[eiseres] heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid, althans tot verwerping van het incidentele beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt in het principale en voorwaardelijk incidentele cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

De advocaten van [eiseres] hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

3 *Uitgangspunten in cassatie*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) [eiseres] en [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) zijn tot 21 oktober 1986 met elkaar gehuwd geweest.
- (ii) Credivance is de rechtsoptvolgster van Fortis ASR Financieringen N.V. (hierna: Fortis), die

op haar beurt de rechtsopvolgster is van AMEV Financieringen N.V. (hierna: AMEV).

(iii) Op 8 februari 2002 heeft AMEV een kredietovereenkomst gesloten met [betrokkene 1]. De overeengekomen kredietsoort bedroeg € 31.765, te vermeerderen met € 8.326 aan kredietvergoeding, terug te betalen in 60 maandelijkse termijnen van € 668,19. Onder de overeenkomst staat ook de naam van [eiseres] vermeld en bij haar naam staat een handtekening.

(iv) AMEV heeft bij aan [betrokkene 1] gerichte brieven van 19 augustus 2002 en 30 september 2002 de kredietovereenkomst opgezegd en het openstaande bedrag van ruim € 37.000 gevorderd. Vervolgens is [betrokkene 1] bij brief van 24 maart 2003 nogmaals om betaling verzocht.

(v) Op 11 september 2006 zou de openstaande vordering € 19.628,62 bedragen.

(vi) Fortis heeft [eiseres] bij brief van 29 november 2006 aangeschreven en haar verzocht te betalen.

(vii) Bij brief van eveneens 29 november 2006 aan [betrokkene 1] heeft Fortis vermeld akkoord te gaan met het betalingsvoorstel van [betrokkene 1] (€ 600 per drie maanden). De brief is door [betrokkene 1] voor akkoord getekend.

(viii) Bij brieven van 10 januari 2007 en 19 juni 2007 heeft Fortis betalingsverzoeken aan [betrokkene 1] verzonden. Op 13 juli 2007 heeft Fortis een "Aankondiging dagvaarding" aan [betrokkene 1] gestuurd.

(ix) Fortis heeft [eiseres] bij brief van 11 april 2008 aangeschreven en haar om betaling verzocht. [eiseres] is niet tot betaling overgegaan.

3.2.1 Credivance vordert in deze procedure, voor zover in cassatie van belang, [betrokkene 1] en [eiseres] hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 31.513,60, te vermeerderen met de contractuele rente van 10% per jaar over € 19.628,62 vanaf 4 april 2013. Aan deze vordering heeft Credivance ten grondslag gelegd dat zij voor € 31.765 een krediet aan [eiseres] en [betrokkene 1] heeft verstrekt, in 60 maandelijkse termijnen terug te betalen, en dat [eiseres] en [betrokkene 1] daarmee in gebreke zijn gebleven.

3.2.2 Vóór de aangezegde zittingsdatum heeft [betrokkene 1] een brief aan het kantongerecht gestuurd, waarin hij heeft gesteld, kort weergegeven, dat (i) [eiseres] geen partij is bij de kredietovereenkomst en [betrokkene 1], zonder dat [eiseres] daarvan wist, de lening is aangegaan en haar handtekening onder het contract met AMEV heeft vervalst, (ii) [betrokkene 1] geen contact meer heeft met [eiseres], (iii) [betrokkene 1] verder geen geld heeft en alles aan gokken is opgegaan, (iv) [betrokkene 1] zal terugbetalen zodra hij weer een normaal leven leidt en geld heeft, en (v) [betrokkene 1] in Turkije verblijft en niet naar Nederland zal komen.

3.3.1 De kantonrechter heeft de zaak bij tussenvonnissen van 17 oktober 2013 naar de rol verwezen voor het nemen van een akte door Credivance. In dit

vonnissen is vermeld dat [betrokkene 1] in persoon is verschenen.

3.3.2 Bij eindvonnis van 28 november 2013 heeft de kantonrechter de vorderingen van Credivance toegewezen. Het eindvonnis vermeldt dat "tegen gedaagde partij" verstek is verleend. Op 24 juni 2014 is het eindvonnis aan [eiseres] betekend, maar niet in persoon.

3.4.1 [eiseres] heeft bij dagvaarding van 28 januari 2015 verzet gedaan tegen het vonnis van 28 november 2013. Zij heeft primair aangevoerd dat de vordering van Credivance ten aanzien van haar is verjaard, en subsidiair dat zij geen overeenkomst met Credivance is aangegaan. Voorts heeft [eiseres] betwist dat ten tijde van het sluiten van de kredietovereenkomst [betrokkene 1] haar partner was, zodat zij op die grond evenmin tot betaling kan worden aangesproken. De verzetdagvaarding bevat tevens een voorwaardelijke vordering in reconventie, waarin [eiseres] een verklaring voor recht vordert dat de bevoegdheid om de rentevordering tegen haar te incasseren op grond van art. 3:324 BW is verjaard.

3.4.2 De kantonrechter heeft in zijn tussenvonnissen van 2 juli 2015 onder meer geoordeeld dat [eiseres] terecht het rechtsmiddel van verzet heeft aangewend (rov. 3.2).

In zijn tussenvonnissen van 24 september 2015 heeft de kantonrechter onder meer geoordeeld dat [eiseres] ontvankelijk is in het door haar gedane verzet (rov. 2.12).

In zijn eindvonnis van 3 december 2015 heeft de kantonrechter het hiervoor in 3.3.2 genoemde vonnis van 28 november 2013 vernietigd en in conventie de vordering van Credivance jegens [eiseres] afgewezen, op de grond dat het (primaire) beroep van [eiseres] op verjaring slaagt. De kantonrechter is niet toegekomen aan de beoordeling van [eiseres]'s voorwaardelijke vordering in reconventie (rov. 2.6).

3.5.1 Credivance heeft hoger beroep ingesteld van de hiervoor in 3.4.2 genoemde vonnissen van 2 juli, 24 september en 3 december 2015.

3.5.2 Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, (i) de hiervoor in 3.5.1 genoemde vonnissen vernietigd, (ii) het hiervoor in 3.3.2 genoemde vonnis van 28 november 2013 bekrachtigd en verstaan dat dit vonnis op tegenspraak is gewezen, en (iii) het meer of anders gevorderde afgewezen. Daartoe heeft het hof het volgende overwogen:

"6.3. Credivance heeft in hoger beroep vijf grieven aangevoerd. Credivance heeft geconcludeerd tot vernietiging van de beroepen vonnissen en tot het alsnog toewijzen van de vorderingen van Credivance.

6.4. Met grief 1 richt Credivance zich tegen het oordeel van de kantonrechter in het tussenvonnissen van 2 juli 2015, inhoudende dat [eiseres] terecht verzet heeft aangetekend. Credivance stelt dat het eindvonnis van 28 november 2013 als op tegenspraak gewezen moet worden beschouwd, nu, anders dan de kantonrechter in het vonnis van 2 juli 2015 heeft overwogen, [betrokkene 1]

door middel van zijn brief van 5 augustus 2013 wel degelijk in de door Credivance gestarte procedure was verschenen. Gelet op het bepaalde in artikel 140 lid 3 Rv was het eindvonnis van 28 november 2013 ook jegens [eiseres] een vonnis op tegenspraak. [eiseres] had daarom binnen drie maanden na 28 november 2013 hoger beroep moeten instellen en dat heeft zij niet gedaan. Zij had daarom niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in het door haar ingestelde verzet en de toewijzing van de vorderingen van Credivance hadden in stand gelaten moeten worden.

Deze grief slaagt. De brief van [betrokkene 1] van 5 augustus 2013 kan niet anders begrepen worden dan dat hij verschenen is in de door Credivance tegen hem en [eiseres] ingestelde procedure. [betrokkene 1] geeft in de brief zijn standpunt ten aanzien van de vordering van Credivance en erkent deze in feite. Het enkele gegeven dat hij schrijft niet naar Nederland (het hof begrijpt: naar de zitting) te zullen komen, betekent niet dat hij daarmee ook niet in de procedure zou zijn verschenen als bedoeld in artikel 140 Rv. De kantonrechter heeft daarom ten onrechte het vonnis van 28 november 2013 als verstekvonnis aangemerkt. Gelet op het bepaalde in het derde lid van artikel 140 Rv dient vervolgens het eindvonnis ook ten opzichte van [eiseres] als op tegenspraak gewezen te worden beschouwd. Tegen dat vonnis had [eiseres] hoger beroep moeten instellen en dat heeft zij niet gedaan. Het voorgaande betekent ook dat haar verzet tegen het vonnis van 28 november 2013 ten onrechte ontvankelijk is verklaard.

Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de tussen partijen door de kantonrechter gewezen vonnissen van 2 juli 2015, 24 september 2015 en 3 december 2015 zullen worden vernietigd. Het vonnis van 28 november 2013 zal, onder verbetering van gronden inhoudende dat verstaan wordt dat het vonnis van 28 november 2013 op tegenspraak is gewezen, worden bekrachtigd.

6.5. Gelet op het voorgaande behoeven de overige grieven geen bespreking. Bij vernietiging van het tussenvonnis van 17 oktober 2013 heeft Credivance, gelet op het voorgaande, geen belang meer.”

4 *Beoordeling van het middel in het principale beroep*

4.1.1 Onderdeel 2 van het middel klaagt dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door (in rov. 6.4) te beslissen dat het vonnis van 28 november 2013 als een vonnis op tegenspraak moet worden beschouwd, althans dat het hof die beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd. Volgens het onderdeel is het vonnis van 28 november 2013 wel degelijk een verstekvonnis, zodat het hof niet had mogen beslissen dat de kantonrechter [eiseres] in haar verzet niet-ontvankelijk had moeten verklaren.

4.1.2 Deze klacht faalt.

Naar aanleiding van grief 1 van Credivance, die het hof aanhaalt in rov. 6.4 (zie hiervoor in 3.5.2), had het hof te beoordelen of het vonnis van de kantonrechter van 28 november 2013 moet worden aangemerkt als een verstekvonnis dan wel als een vonnis op tegenspraak, en of de kantonrechter derhalve terecht [eiseres] ontvankelijk heeft geacht in het door haar ingestelde verzet. Bij die beoordeling was het hof niet gebonden aan het oordeel van de kantonrechter dat het vonnis van 28 november 2013 moet worden beschouwd als verstekvonnis. Het hof diende dit immers naar aanleiding van grief 1 zelf te onderzoeken.

Het oordeel van het hof dat het vonnis van 28 november 2013 moet worden aangemerkt als vonnis op tegenspraak, berust op diens uitleg van de hiervoor in 3.2.2 genoemde brief van [betrokkene 1] aan het kantongerecht. Deze uitleg geeft in het licht van hetgeen is bepaald in art. 82 lid 1 Rv in verbinding met art. 139 Rv, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

4.2.1 Onderdeel 1 voert aan dat de beslissing van het hof leidt tot een resultaat dat niet voldoet aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM. Het hof had niet zonder meer de vonnissen van 2 juli, 24 september en 3 december 2015 mogen vernietigen op de grond dat [eiseres] in haar verzet niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard, maar had [eiseres] ten minste de gelegenheid moeten bieden alsnog het juiste rechtsmiddel in te stellen, dan wel de verzetdagvaarding van [eiseres] moeten aanmerken als memorie van grieven, aldus het onderdeel.

4.2.2 Het hof heeft terecht geoordeeld dat nu het vonnis van 28 november 2013 moet worden aangemerkt als vonnis op tegenspraak, daarvan geen verzet, maar hoger beroep openstond. Bij de beoordeling van de klacht dient echter tot uitgangspunt dat het hof niet is ingegaan op het betoog van [eiseres] in hoger beroep – kort gezegd – dat het vonnis van 28 november 2013 naar zijn uiterlijk een verstekvonnis is en dat [eiseres] uit dat vonnis niet heeft kunnen afleiden, noch op enige andere wijze heeft kunnen vaststellen dat [betrokkene 1] in de procedure voor de kantonrechter was verschenen (en dat daarom art. 140 lid 3 Rv van toepassing was en zij tegen dat vonnis hoger beroep en niet verzet had moeten instellen). In cassatie dient dan ook te worden uitgegaan van de juistheid van dat betoog.

Bij die stand van zaken leidt de beslissing van het hof – kort gezegd – (i) dat de vonnissen van 2 juli, 24 september en 3 december 2015 worden vernietigd, en (ii) dat het vonnis van 28 november 2013 wordt bekrachtigd en wordt verstaan als op tegenspraak te zijn gewezen, ertoe dat voor [eiseres] het recht op toegang tot de rechter in de kern wordt aangetast. Als gevolg van die beslissing is [eiseres] immers veroordeeld tot betaling van een geldschuld zonder dat zij – na aanvankelijk niet in de procedure te zijn verschenen – gelegenheid heeft gehad haar standpunt met betrekking tot die geldschuld voor te

leggen aan de rechter in verzet, dan wel de rechter in hoger beroep. Dat resultaat voldoet niet aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM. Daarom had het hof aan het enkele slagen van grief 1 van Credivance niet de slotsom mogen verbinden dat [eiseres] niet-ontvankelijk is in haar verzet. (Vgl. HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2642, rov. 3.3.4.)

4.2.3 De op het vorenstaande gerichte klacht van onderdeel 1 treft doel. De overige klachten behoeven geen behandeling.

5 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1 Het incidentele beroep is ingesteld onder de voorwaarde dat een of meer klachten in het principale beroep slagen. Blijkens hetgeen hiervoor in 4.2.3 is overwogen, is deze voorwaarde vervuld, zodat het middel in het incidentele beroep moet worden onderzocht.

5.2.1 Het middel klaagt in de kern dat het hof (in rov. 6.5; zie hiervoor in 3.5.2) ten onrechte heeft geoordeeld dat, gelet op het slagen van grief 1 van Credivance, de overige door Credivance voorgedragen grieven geen bespreking behoeven.

5.2.2 Deze klacht kan niet tot cassatie leiden.

Nu de gegrondbevinding van grief 1 van Credivance het hof bracht tot de door Credivance in hoger beroep gevorderde beslissing – kort gezegd – (i) dat de vonnissen van 2 juli, 24 september en 3 december 2015 worden vernietigd, en (ii) dat het vonnis van 28 november 2013 wordt bekrachtigd en wordt verstaan als op tegenspraak te zijn gewezen, had Credivance geen belang meer bij behandeling van haar overige grieven. Het hof kon die grieven dan ook onbehandeld laten.

Voor zover de klacht beoogt te bewerkstelligen dat na cassatie en verwijzing alsnog wordt beslist op de overige door Credivance voorgedragen grieven, mist Credivance daarbij belang. Reeds de vernietiging in het principale beroep van het oordeel van het hof (in rov. 6.4) ten aanzien van grief 1 van Credivance, brengt immers mee dat ook de daarop voortbouwende beslissing van het hof (in rov. 6.5) ten aanzien van de overige grieven van Credivance niet in stand kan blijven en dat de verwijzingsrechter alsnog de gegrondheid van die overige grieven dient te beoordelen.

6 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 23 januari 2018;

verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Credivance in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] begroot op € 973,19 aan verschotten en € 2.600 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke

rente over deze kosten indien Credivance deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Credivance in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Credivance deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Noot

1. Dit arrest betreft in de kern de positie van een procespartij indien een vonnis naar het oordeel van het hof door zowel de desbetreffende procespartij als de (kanton)rechter in eerste aanleg ten onrechte als een verstekvonnis is behandeld in plaats van als een vonnis op tegenspraak, met als gevolg dat hiertegen – achteraf bezien – ten onrechte verzet is ingesteld in plaats van hoger beroep. De achterliggende feiten zijn als volgt. Eiseres in cassatie – hierna 'mevrouw' – is tezamen met haar ex-echtgenoot – hierna 'mijnheer' – door Credivance NV ('Credivance') gedagvaard voor de Rechtbank Oost-Brabant, kanton Eindhoven. De aanleiding hiertoe was een door AMEV Financieringen NV ('AMEV'), na beëindiging van het huwelijk, met mijnheer gesloten kredietovereenkomst, uit hoofde waarvan nog een vordering openstond. Onder deze kredietovereenkomst staat tevens de naam van mevrouw vermeld en bij haar naam staat een handtekening. Als rechtsopvolger van AMEV, heeft Fortis ASR Financieringen NV ('Fortis') tevergeefs getracht betaling te verkrijgen van zowel mijnheer als mevrouw. Vervolgens is de rechtsopvolger van Fortis, Credivance, tot dagvaarding overgegaan, waarbij hoofdelijke veroordeling van mijnheer en mevrouw is gevorderd tot betaling van de openstaande hoofdsom, te vermeerderen met rente en kosten. Vóór de aangezegde zittingsdag heeft mijnheer een brief aan het kantongerecht gestuurd, waarin hij – in de kern weergegeven – heeft gesteld (i) dat mevrouw geen partij is bij de kredietovereenkomst en hij, zonder dat mevrouw daarvan wist, de lening is aangegaan en haar handtekening onder de overeenkomst heeft vervalst, (ii) hij geen contact meer heeft met mevrouw, (iii) hij verder geen geld heeft en alles aan gokken is opgegaan, (iv) hij zal terugbetalen zodra hij weer een normaal leven leidt en geld heeft, en tot slot (v) hij in Turkije verblijft en niet naar Nederland zal komen.

2. De processuele gang van zaken – voor zover relevant voor een goed begrip van het oordeel van de Hoge Raad – is de volgende. De kantonrechter heeft de zaak naar de rol verwezen voor het nemen van een akte door Credivance, waarbij in het desbetreffende tussenvonnis, op basis van de hiervoor (onder 1) gememoreerde brief van mijnheer, is vermeld dat mijnheer in persoon is verschenen. Bij eindvonnis (van 28 november 2013) wijst de kantonrechter de vorderingen van Credivance toe en vermeldt dat 'tegen gedaagde partij' verstek is ver-

leend. Het eindvonnis is aan mevrouw betekend, maar niet in persoon. Mevrouw gaat vervolgens veertien maanden na het wijzen van voormeld eindvonnis hiertegen in verzet. Mevrouw voert hierbij primair aan dat de vordering van Credivance ten aanzien van haar is verjaard en voert voorts inhoudelijk verweer. Mevrouw stelt tevens een voorwaardelijke reconventionele vordering in (namelijk een verklaring voor recht dat de bevoegdheid om de rentevordering tegen haar te incasseren is verjaard). Hierop wijst de kantonrechter enkele tussenvonnissen. Hierin wordt overwogen dat de griffier voormelde brief van mijnheer ten onrechte heeft aangemerkt als een 'verschijnen' omdat mijnheer hierin aangeeft dat hij 'niet wil/zal verschijnen'. De kantonrechter corrigeert dit en verleent mijnheer alsnog verstek, tevens overwegende dat tegen mevrouw reeds verstek was verleend en dat mevrouw dan ook terecht het rechtsmiddel van verzet heeft aangewend (en er een comparitie wordt gelast). In een volgend tussenvonnis wordt geoordeeld dat mevrouw ontvankelijk is in haar verzet. Bij eindvonnis vernietigt de kantonrechter het eerdere eindvonnis (van 28 november 2013) en wijst hij de vordering van Credivance af op grond van verjaring. Aan de voorwaardelijke reconventie wordt niet toegekomen. Credivance gaat in hoger beroep en grieft allereerst tegen het oordeel dat mevrouw terecht verzet heeft aangetekend tegen het vonnis van 28 november 2013. Credivance stelt dat dit vonnis moet worden beschouwd als een vonnis op tegenspraak nu mijnheer door zijn brief aan het kantongerecht terdege in de procedure is verschenen en gelet op het bepaalde in art. 140 lid 3 Rv het eindvonnis daarom ook jegens mevrouw een vonnis op tegenspraak is. Mevrouw had tegen dit vonnis daarom desgewenst binnen drie maanden het rechtsmiddel hoger beroep moeten instellen, aldus Credivance, en had in haar verzet niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard. Ter toelichting: art. 140 lid 1 Rv bepaalt dat, in geval van meerdere gedaagden, waarvan er tenminste één in het geding verschijnt, tegen de niet-verschenen gedaagde(n) verstek wordt verleend – als jegens hen de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen – en tussen de eiser en de verschenen gedaagde(n) wordt voortgeprocedeerd. Art. 140 lid 3 Rv bepaalt vervolgens dat tussen alle partijen – waaronder mede wordt begrepen de niet-verschenen gedaagde(n) tegen wie verstek is verleend – één vonnis wordt gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd (zie tevens art. 111 lid 2 onder j (juncto art. 343 lid 1 Rv)). Deze regeling gaat er vanuit dat er een zekere connectie bestaat tussen de in één procedure tegen verschillende gedaagden ingestelde vordering(en) – anders ontbreekt voor een dergelijke subjectieve cumulatie ook een redelijk belang (vgl. art. 107 Rv) – en strekt ertoe te voorkomen dat door het uiteenlopen van rechtsmiddelen tegenstrijdige beslissingen tussen de eiser(s) en de gedaagden ten aanzien van eenzelfde rechtsbetrekking worden gewezen (o.a. HR 3 oktober 2014,

NJ 2016/89, m.nt. H.J. Snijders (*eiser/verweerster*) en HR 7 juli 2017, NJ 2017/305, JBPr 2017/63, m.nt. G. van Rijssen (*A/B e.a.*)). In de onderhavige zaak honoreert het hof voormelde grief van Credivance en oordeelt dat het vonnis van 28 november 2013 inderdaad als een vonnis op tegenspraak moet worden beschouwd. Immers, zo overweegt het hof, de door mijnheer aan het kantongerecht gestuurde brief 'kan niet anders begrepen worden' dan dat hij is verschenen in de onderhavige procedure. Het enkele gegeven dat mijnheer schrijft niet naar Nederland ofwel niet naar de zitting te zullen komen, doet hieraan naar het oordeel van het hof niet af. Het hof vernietigt vervolgens de vonnissen gewezen in de verzetprocedure en bekrachtigt het eerdere eindvonnis van 28 november 2013, zodat de vorderingen van Credivance alsnog zijn toegewezen. Wat betreft de hierop volgende cassatieprocedure is met name relevant de cassatieklacht van mevrouw tegen de duiding van het vonnis van 28 november 2013 als een vonnis op tegenspraak en de daaraan door het hof verbonden gevolgen.

3. De Hoge Raad stelt voorop dat het hof voor de duiding van dit vonnis niet is gebonden aan het oordeel van de kantonrechter hierover, maar het hof op basis van de ingestelde grief het karakter van dit vonnis zelf diende te onderzoeken. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het oordeel van het hof ter zake berust op diens uitleg van de meergenoemde brief van mijnheer en deze uitleg in het licht van art. 82 lid 1 juncto 139 Rv geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is. Van belang is dat het gaat om een kantonzaak en een partij derhalve geen advocaat behoeft te stellen maar in persoon kan procederen. Het 'verschijnen' is hiermee in dergelijke zaken wat minder duidelijk gemarkeerd dan als regel het geval is in zaken waar in rechtsbijstand verplicht is en het verschijnen – behoudens bij niet-betaling van het griffierecht – in beginsel gebeurt door advocaat te stellen (vgl. evenwel art. 121 lid 1 en 123 lid 1 Rv). Immers, een partij die in een kantonzaak in persoon procedeert, kan verschijnen door naar de zitting te gaan en daar (schriftelijk of mondeling) een conclusie of akte te nemen, maar kan dit ook doen door vóór de roldatum schriftelijk een conclusie of akte in te dienen ter griffie (art. 82 lid 1 en 2 Rv; zie tevens art. 2.1 Landelijk procesreglement voor rolzaken kanton (2014)). Een brief volstaat in dit verband. Vgl. ook <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Rechtsgebieden/Civiel-recht/Kantonrechter/Procedures/Paginas/Dagvaardingsprocedure>. Hier wordt uitdrukkelijk vermeld dat een gedaagde die door middel van een brief aan de kantonrechter reageert op de dagvaarding, niet naar de zitting hoeft te komen. Los daarvan, geldt meer in het algemeen (ook in advocaatzaken) dat voor het verschijnen niet bepalend is of gedaagde inhoudelijk verweer voert en deelneemt aan het processuele debat.

4. Echter, het afwijzen van de cassatieklacht van mevrouw tegen de duiding van het vonnis door het hof impliceert niet dat Credivance zegeviert. Im-

mers, de tweede pijl op de boog van mevrouw treft doel. De Hoge Raad volgt haar in de klacht dat de handelwijze van het hof – het ‘simpelweg’ vernietigen van de vonnissen in de verzetprocedure omdat mevrouw niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard en het vervolgens bekrachtigen van het veroordelend vonnis van 28 november 2013 – leidt tot een resultaat dat niet voldoet aan de eisen van een eerlijk proces zoals bedoeld in art. 6 EVRM. De Hoge Raad oordeelt dat voor mevrouw het recht op toegang tot de rechter in de kern is aangetast doordat zij als gevolg van de handelwijze van het hof is veroordeeld tot betaling van een geldschuld zonder dat zij de gelegenheid heeft gehad haar standpunt dienaangaande voor te leggen aan de rechter in verzet, dan wel in hoger beroep. Daarom had het hof aan het slagen van de grief van Credivance over het door de kantonrechter kwalificeren en behandelen van het vonnis van 28 november 2013 als een verstekvonnis, niet de slotsom mogen verbinden dat mevrouw niet-ontvankelijk was in haar verzet.

5. Opmerkelijk is in dit verband dat de Hoge Raad aansluit bij de door mevrouw gestelde omstandigheid dat het hof niet is ingegaan op haar betoog dat het vonnis van 28 november 2013 naar zijn uiterlijk een verstekvonnis is en zij uit dat vonnis niet heeft kunnen afleiden dat mijnheer in de procedure voor de kantonrechter was verschenen (waardoor vanwege art. 140 lid 3 Rv hoger beroep ook voor haar het aangewezen rechtsmiddel was). De Hoge Raad overweegt dat ‘bij die stand van zaken’ het recht van mevrouw op toegang door de rechter is aangetast. Met andere woorden: omdat veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat mevrouw uit het desbetreffende vonnis niet heeft kunnen afleiden dat het weliswaar in vorm om een verstekvonnis ging, maar er vanwege het verschijnen van mijnheer in wezen sprake was van een vonnis op tegenspraak, mocht het hof niet simpelweg uitgaan van de niet-ontvankelijkheid van het door mevrouw ingestelde verzet. Vorm prevaleert dus boven wezen (in dit geval).

6. (Hoe) past deze beslissing in de lijn van de eerdere rechtspraak? Uitgangspunt in de eerdere rechtspraak is reeds lange tijd dat het wezen van een uitspraak prevaleert boven de vorm. Anders gezegd: het werkelijke karakter van een vonnis is bepalend voor de kwalificering en behandeling hiervan als ofwel een verstekvonnis ofwel een vonnis op tegenspraak, niet de uiterlijke verschijningsvorm of de duiding hiervan door de rechter die het vonnis wijst. Zie reeds HR 12 mei 1944, NJ 1944/392 (C/Griffier) en sindsdien met name HR 15 oktober 1993, NJ 1994/7 (*Homoeo Pharma/Iso-Werk*) en HR 21 maart 2003, NJ 2003/287 (*Bruynzeel/verweerder c.s.*). Zie wat de literatuur betreft o.a. M. Ynzonides, *Verzet en verstek* (diss. EUR, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 109, P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 143 Rv, aant. 3.1 en *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/88. Op het uitgangspunt dat het wezen prevaleert boven de vorm zijn in de loop der tijd echter wel uit-

zonderingen gemaakt, naar het lijkt niet in de laatste plaats vanwege de tegen dit uitgangspunt in de literatuur geuite kritiek (bijvoorbeeld Ynzonides, a.w., p. 109, *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/88, *Asser Procesrecht/Van Schaik* 2 2016/79). Dit geldt met name daar waar misverstand is ontstaan en kon ontstaan door zogenoemde ‘apparaatsfouten’: gevallen waarin een procespartij door de handelwijze van het gerecht op het verkeerde been is gezet. Vergelijk bijvoorbeeld HR 11 september 2009, NJ 2009/565, m.nt. H.J. Snijders (en P. van Schilfgaarde; Comsys/Van den End e.a.), waar – vanwege het niet vervuld zijn van de voorgescreven formaliteiten – in appel ten onrechte verstek is verleend en de Hoge Raad de mogelijkheid van verzet openlaat tegen de daarop volgende verstekuitspraak. Zie in het bijzonder ook HR 18 november 2016, NJ 2016/485, m.nt. G. van Rijssen onder *JBPr* 2017/58 (*eisers/verweerder*). Deze zaak was in appel aangevangen als verstekzaak vanwege het niet tijdig voldoen van het verschuldigde griffierecht (art. 139 lid 1 juncto art. 353 lid 1 Rv). Nadat het griffierecht alsnog was betaald en het verstek derhalve op de voet van art. 142 Rv (juncto art. 353 lid 1 Rv) was gezuiverd, is het hof in zijn arresten echter blijven uitgaan van het niet verschijnen. Deze foutieve, voortgezette behandeling van de zaak als een verstekzaak leidde tot het oordeel van de Hoge Raad dat het hof ‘in dit bijzondere geval’ geïntimeerde ontvankelijk had behoren te achten in zijn verzet, met als gevolg dat de appelinstantie zou zijn heropend. De verzetdagvaarding zou hierbij hebben te gelden als memorie van antwoord (in lijn met art. 147 juncto art. 353 lid 1 Rv en HR 4 oktober 2013, NJ 2014/142, m.nt. L. Strikwerda, *JBPr* 2014/3, m.nt. M.A.J.G. Janssen (*Dongray/Gécamines*), en anders dan geadviseerd door A-G Wesseling-van Gent). De Hoge Raad week met zijn beslissing in het arrest van 18 november 2016 (NJ 2016/485) af van de lijn zoals gevolgd in het arrest *Homoeo Pharma/Iso-Werk*, waar immers Iso-Werk, die afgaande op de door de appelrechter ten onrechte gewezen verstekuitspraak verzet instelde, bij de Hoge Raad het lid op de neus kreeg. De met het arrest van 18 november 2016 in gang gezette koersverlegging wordt in het arrest *Mevrouw/Credivance* dus doorgetrokken. Dit is in elk geval met het oog op het recht van de (aanvankelijk) niet-verschenen partij om (alsnog) gehoord te worden op zichzelf toe te juichen, zeker als een partij door het gerechtelijk apparaat op het verkeerde been is gezet. Zie echter ook onder 9.

7. Het arrest *Mevrouw/Credivance* illustreert (weer eens) dat ook voor professionals niet steeds helder is wanneer een partij als ‘verschenen’ wordt beschouwd en een uitspraak moet worden beschouwd als een uitspraak op tegenspraak (en het aangewezen rechtsmiddel daartegen in beginsel appel is) dan wel als een verstekuitspraak (en het aangewezen rechtsmiddel daartegen in beginsel verzet is), althans dat er ook onder professionals verschil van inzicht kan bestaan over het karakter van een uitspraak en het geëigende rechtsmiddel hiertegen.

Hiernaast wordt soms over het hoofd gezien dat een partij is verschenen, zoals uit diverse hiervoor gememoreerde uitspraken blijkt; zie tevens J.M. Veldhuis, 'Wel verschenen, maar niet opgemerkt. En dan...?', *TvPP* 2014, p. 111-114. Tegen deze achtergrond is het wat mij betreft minder gelukkig dat de Hoge Raad zijn beslissing betreffende het alsnog bieden van een kans aan mevrouw om in rechte haar zegje te doen, koppelt aan het uitgangspunt dat zij uit het desbetreffende vonnis niet heeft kunnen afleiden, noch op enige andere wijze heeft kunnen vaststellen dat mijnheer in de procedure is verschenen (r.o. 4.2.2). Mede gelet op het verschil van inzicht dat hierover kennelijk zelfs binnen het rechterlijk apparaat kan bestaan, komt het mij niet juist voor de beoordeling hiervan voor risico van een procespartij te laten komen en in dit verband gewicht toe te kennen aan de omstandigheid of deze 'beter had kunnen weten' (vergelijk ook R. Bakels, *JBPr* 2019/29). Want wat betekent dit bijvoorbeeld als zich in de toekomst een vergelijkbare kantonzaak voordoet, maar de aanvankelijk niet verschenen gedaagde, afgaand op de vorm van het vonnis, verzet instelt, bijgestaan door een advocaat (die immers geacht wordt de rechtspraak bij te houden)? Hoe dan ook zouden deze perikelen worden ondervangen indien een partij de gelegenheid zou hebben van 'spoor' te wisselen na het (tijdig) instellen van een onjuist geoordeeld rechtsmiddel; zie nader onder 9.

8. De wrange gevolgen die een onjuiste duiding c.q. interpretatie van een rechterlijke uitspraak en het daardoor aanwenden van een onjuist rechtsmiddel kunnen hebben – immers, de onmogelijkheid (alsnog) tijdig een juist rechtsmiddel in te stellen – springen in het geval van meerdere gedaagden waarop art. 140 lid 3 Rv ziet in het bijzonder in het oog. Niet alleen bij aanvang van de procedure (zoals in de onderhavige zaak), maar tevens gedurende de procedure bepalen handelingen of omstandigheden van de zijde van de andere, verschenen gedaagde(n) – zoals het aangaan van een schikking of failliet gaan – het karakter van de uitspraak jegens de niet verschenen gedaagde (zie bijvoorbeeld resp. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8312, *JBPr* 2014/20, m.nt. E. Gras en Rb. Zwolle-Lelystad 25 oktober 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AZ9312, *JBPr* 2007/90, m.nt. J.R. Sijmonsma). Maar bovenal kan art. 140 lid 3 Rv ontaarden in het min of meer afstraffen van het niet verschijnen, zelfs in het geval de niet verschenen gedaagde hiervan geen 'verwijt' te maken valt c.q. dit geen bewuste keuze was. Immers, als gevolg van art. 140 lid 3 Rv begint de appeltermijn van een vonnis dat (ook) jegens de niet verschenen partij als een vonnis op tegenspraak is te beschouwen, te lopen vanaf de dag van de uitspraak (art. 339 lid 1 Rv), ook in het geval de dagvaarding aan de niet verschenen partij niet in persoon is betekend en hij evenmin anderszins op de hoogte was van de jegens hem aangespannen procedure, en hetzelfde geldt voor het vonnis waarin hij is veroordeeld (vergelijk daarentegen art. 143 lid 2 Rv wat betreft de aanvang van de ver-

zettermijn). Het gevolg kan vergaand zijn: verlies van een feitelijke instantie (door de wettelijke uitsluiting van de mogelijkheid van verzet) én wellicht van de mogelijkheid hoger beroep in te stellen van een in wezen bij verstek gewezen vonnis. De opening die door de Hoge Raad is geboden voor verlenging van de appeltermijn biedt niet steeds soelaas (HR 3 oktober 2014, *NJ* 2016/89, m.nt. H.J. Sniijders (*eiser/verweerster*) en HR 5 juni 2015, *RvdW* 2015/723, *JBPr* 2015/61, m.nt. G. van Rijssen). Men kan zich afvragen of het streven tegenstrijdige uitspraken in samenhangende zaken te voorkomen, dergelijke vergaande gevolgen rechtvaardigt. Wat mij betreft niet. In dezelfde zin reeds Ynzonides, *Verstek en verzet*, p. 66-67 alsmede recenter Gras in diens annotatie van Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8312, *JBPr* 2014/20.

9. Ik kom bij een volgend, en laatste punt, namelijk de wenselijkheid van de door de Hoge Raad in de hier besproken zaak verkozen oplossing om mevrouw alsnog de gelegenheid te bieden gehoord te worden. (Ook) hierover kan men van mening verschillen. De Hoge Raad sluit blijkbaar aan bij zijn arresten *Dongray/Gécamines* en *Van Leeuwen c.s./Rours* (voormeld, resp. *NJ* 2014/142 en *NJ* 2016/485), waarin eveneens het verzet ontvankelijk werd geacht en werd aangenomen dat de verzetdagvaarding als memorie van antwoord had te gelden. Een benadering in de lijn van art. 340 Rv, waarbij alsnog de mogelijkheid wordt geboden het juiste rechtsmiddel in te stellen, had wat mij betreft de voorkeur verdiend. In dezelfde zin, naast A-G Wesseling-van Gent, zoals reeds vermeld, o.a. *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/88, *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/79 en Lock, *TCR* 2017, p. 58. De Hoge Raad wil hier echter kennelijk niet aan. Een voorziening in lijn met art. 340 Rv zou niettemin meer in het algemeen – dus niet alleen bij kwalificeringsfouten van het rechterlijk apparaat – een, naar ik meen, passende oplossing kunnen bieden voor het verlies van de toegang tot het recht dan wel het 'lapwerk', waarin duidingsperikelen rond de aard van een uitspraak en/of de werking van art. 140 lid 3 Rv toch met enige regelmaat resulteren (vergelijk naast Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8312, *JBPr* 2014/20, m.nt. E. Gras, voornoemd, bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:827, *JBPr* 2015/40, m.nt. G. van Rijssen en J.W. Westenberg en HR 7 juli 2017, *NJ* 2017/305, *JBPr* 2017/63, m.nt. G. van Rijssen (*A/B e.a.*)). Een voor rechtzoekenden, naar ik meen, betere oplossing dan voor de zekerheid maar voor twee ankers te gaan liggen en zowel hoger beroep als verzet in te stellen bij twijfel over het wezen van een uitspraak. En zowel voor de rechtspraak als de rechtzoekende goedkoper. Voor de hiervoor, onder 8, besproken consequentie waartoe art. 140 lid 3 Rv kan leiden, biedt een voorziening als art. 340 Rv echter geen oplossing. Hiertegen helpt, om ook op dat gebied lapwerk te voorkomen teneinde de toe-

gang tot het recht te garanderen, slechts het schrapen hiervan.

C.J.M. Klaassen

NJ 2019/388

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

22 maart 2019, nr. 18/01654

(Mrs. E.J. Numann, T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff; A-G mr. W.L. Valk)
m.nt. J.L. Smeehuijzen*

Art. 3:310, 6:174 BW

RVR 2019/42

RvdW 2019/394

RAV 2019/51

NJB 2019/697

ECLI:NL:HR:2019:412

ECLI:NL:PHR:2018:1433

Aansprakelijkheid voor gebrekkige opstal (art. 6:174 BW); verjaring vordering benadeelde. Twintigjarige verjaringstermijn art. 3:310 lid 1 BW; aanvangsmoment; gebeurtenis die schade heeft veroorzaakt; voortdurende karakter gebeurtenis. Nuancering HR 25 juni 1999, NJ 2000/16.

De bezitter van een opstal die gevaar oplevert voor personen of zaken doordat deze niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, is op grond van art. 6:174 lid 1 BW aansprakelijk indien dat gevaar zich verwezenlijkt. Het aanpakken van deze aansprakelijkheid is dus niet verboden aan een schadeveroorzakende gedraging, maar aan de schadeveroorzakende toestand waarop art. 6:174 BW ziet. Aan de twintigjarige verjaring van art. 3:310 lid 1 BW ligt blijkens de wetsgeschiedenis en de vaste rechtspraak van de Hoge Raad het belang van de rechtszekerheid ten grondslag (HR 31 oktober 2003, NJ 2006/112, m.nt. C.E. du Perron). De rechtszekerheid eist in het bijzonder met betrekking tot de twintigjarige verjaring een naar objectieve maatstaven vaststaand aanvangstijdstip. Voor het aanvangstijdstip van de twintigjarige verjaring is beslissend het objectief gegeven tijdstip waarop de gebeurtenis plaatsvond waardoor de schade is veroorzaakt. (HR 25 juni 1999, NJ 2000/16, m.nt. A.R. Bloembergen.) Het hof heeft als gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, aangemerkt de — sinds 1974 voortdurende — aanwezigheid van een oprit zonder grondkerende voorziening en de gronddruk die het gewicht van die oprit, al dan niet in combinatie met dat van voertuigen op die oprit, sinds de aanleg is blijven uitoefenen op de muur. Het voortdurende karakter van de aldus vastgestelde gebeurtenis in deze zaak brengt mee

dat die gebeurtenis niet tot één moment kan worden herleid. Als gevolg hiervan bestaat onzekerheid over het aanvangstijdstip van de twintigjarige verjaring. Dat verdraagt zich niet met het aan die termijn ten grondslag liggende belang van de rechtszekerheid. Daarom moet in een geval als dit worden aangenomen dat de termijn van twintig jaren begint te lopen zodra de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, is opgehouden te bestaan. Dit strookt met hetgeen in art. 3:310 lid 3 BW is geregeld voor de in art. 3:310 lid 2 BW genoemde gevallen. Het oordeel in HR 25 juni 1999 dat het in art. 3:310 lid 3 BW bepaalde alleen geldt voor de in art. 3:310 lid 2 BW met zoveel woorden genoemde rechtsvorderingen, behoeft dus in zoverre nuancering.

Vereniging van Eigenaars van het flatgebouw [A], te Zandvoort, eiseres tot cassatie, adv.: mr. B.T.M. van der Wiel en mr. P.A. Fruytier,
tegen

Vereniging van Eigenaren Parkeergarage Zandvoort, te Zandvoort, verweerster in cassatie, niet verschenen.

Hof (tussenarrest):

3 Beoordeling

3.1 In dit geding vordert Parkeergarage — samengevat — dat voor recht wordt verklaard dat [A] aansprakelijk is voor de schade die Parkeergarage heeft geleden en nog zal lijden als gevolg van de gebrekkige oprit die [A] op haar grond naast de afscheidingsmuur van Parkeergarage heeft aangelegd, dat [A] wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade die Parkeergarage als gevolg daarvan lijdt, deels nader op te maken bij staat en dat [A] op straffe van verbeurte van een dwangsom wordt veroordeeld tot het aanbrengen van een grondkerende constructie op haar eigen terrein naast de scheidsmuur. Aan haar vorderingen legt Parkeergarage ten grondslag dat [A] de bezitter is van een oprit die, door het ontbreken van een grondkerende constructie, niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen en daarom op grond van artikel 6:174 BW aansprakelijk is voor de schade die Parkeergarage lijdt doordat het door de oprit in het leven geroepen gevaar zich heeft verwezenlijkt in de vorm van scheefstand van de muur.

3.2 [A] heeft de vorderingen weersproken. Zij heeft primair aangevoerd dat de schadevergoedingsvordering van Parkeergarage is verjaard door het verstrijken van zowel de lange verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW. Subsidiair heeft [A] betwist aansprakelijk te zijn op grond van het bepaalde in artikel 6:174 BW. Meer subsidiair heeft [A] de verschillende schadeposten bestreden.

3.3 Bij het bestreden vonnis heeft de rechtbank het beroep op verjaring verworpen en geoordeeld dat [A] als bezitter van een gebrekkige opstal aansprakelijk is voor de door Parkeergarage geleden schade. Voorts heeft de rechtbank overwogen be-

* Prof. mr. dr. J.L. Smeehuijzen is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.