

Cassatieberoep en uitsluiting daarvan in het licht van art. 6 EVRM

Grondslagen, rechtsmiddelenverboden en doorbreking in het civiele procesrecht en het tuchtrecht

1. Inleiding

De wetgever heeft cassatieberoep tegen bepaalde rechterlijke beslissingen uitgesloten. Bepalingen waarin dergelijke uitsluitingen vorm krijgen – ‘rechtsmiddelenverboden’ – kunnen naar standaardjurisprudentie echter worden doorbroken.¹ Ook in het notariële tuchtrecht ontbreekt een cassatiemogelijkheid. Art. 94 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna) wijst het gerechtshof te Amsterdam aan als hogerberoepsinstantie en bepaalt dat tegen beslissingen van dit hof geen hogere voorziening is toegelaten. Recent moest de Hoge Raad zich buigen over de vraag of cassatie desondanks mogelijk was.² Hij oordeelde van wel. Zijn beslissing en de maatstaf waarmee hij de doorbreking motiveert, leiden tot vragen die ook buiten het notariële tuchtrecht van belang zijn. Het betreft vragen naar de exacte grondslag voor cassatieberoep en de aard van een rechtsmiddelenverbod. De antwoorden geven inzicht in de maatstaf die de Hoge Raad voor doorbreking hanteert. Vervolgens kunnen uitspraken worden gedaan over de rol van art. 6 EVRM daarin en de consequenties van een dergelijk stelsel.

2. Cassabiliteit

2.1. Grondslagen voor cassatievatbaarheid

Ontvankelijkheid in cassatie is afhankelijk van de cassatievatbaarheid van de bestreden uitspraak. Art. 78 lid 1 RO bepaalt dat de Hoge Raad kennisneemt van cassatieberoep tegen handelingen, arresten, vonnissen en beschikkingen van de gerechtshoven en de rechtbanken. Deze bepaling bevat niet enkel een taak- of cassatiebevoegdheidstoedeling aan de Hoge Raad,³ maar tevens een grondslag voor cassatievatbaarheid van de in die bepaling genoemde uitspraken. Deze grondslag lag al besloten in art. 95 RO (oud), de voorganger van art. 78 lid 1 RO.⁴ Als grondslag voor cassatievatbaarheid wordt art. 78 RO vaak in één adem genoemd met art. 398 Rv.⁵ Voor civiele zaken is hierin bepaald dat partijen beroep in cassatie kunnen instellen van uitspraken, die hetzij in eerste en hoogste ressort hetzij in hoger beroep zijn geweest. Deze algemene regel in sub 1° is pas in 1963 ingevoerd.⁶ De wetsgeschiedenis bevat geen opmerkingen over deze toevoeging.⁷ Kennelijk werd met de introductie van deze bepaling geen verandering van het geldende recht beoogd. Dat is in over-



Mr. F.C. Bentvelzen*

eenstemming met de interpretatie van art. 95 RO (oud), waarin immers al een grondslag voor cassatievatbaarheid werd gevonden.

Hoewel met de introductie geen verandering werd beoogd, wekt deze wel vragen over noodzaak en zelfstandig nut van art. 398 sub 1° Rv in verhouding tot art. 78 RO als *zelfstandige* grond-

* Als PhD-fellow werkzaam bij het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.
(f.c.bentvelzen@law.leidenuniv.nl)

1. Rechtsmiddelenverboden kunnen betrekking hebben op zowel hoger beroep als cassatie maar omvatten vaak uitsluiting van beide. In het kader van hoger beroep worden zij veelal aangeduid als ‘appelverbod’.
2. HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51, zaaknr. 15/03129. Zie voor het procesverloop voorafgaand aan deze beschikking de conclusie van plv. P-G Langemeijer bij zaak 16/05359, ECLI:NL:PHR:2018:47, onder 1, alsmede G.J.C. Lekkerkerker, ‘Cassatieberoep in het notariële tuchtrecht en het rechtsmiddelverbod van art. 94 lid 1 Wna’, *JBN* 2019, afl. 5, p. 6-7. Zie voor beschikkingen in dezelfde kwestie ook HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:52, zaaknr. 16/05359 en HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:53, zaaknr. 17/03575.
3. Vgl. Parl. Gesch. Herziening Wet op de Rechterlijke Organisatie, Van Mierlo/Bart, p. 405 en bijv. W. Hugenholtz & W.H. Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, voortgezet door W. Heemskerk en K. Teuben*, Dordrecht: Convooy Uitgevers 2018, p. 271; A.S. Rueb, E. Gras, R.G. Hendrikse & A.W. Jongbloed, *Compendium van het Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 341.
4. Vgl. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 152 en zie HR 25 juli 1911, W. 9255 en HR 22 december 1922, *NJ* 1923, p. 362. L. de Vries, ‘De cassatie in het notariële tuchtrecht’, *WPNR* 1987/5848, p. 596 verwijst naar deze arresten. Plv. P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2016:471 onder 2.3, voetnoot 6 verwijst naar De Vries.
5. Zie bijv. W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018, p. 17; E. Korthals Altes & H.A. Groen, mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken, Deventer: Wolters Kluwer 2015/63.
6. Wet van 20 juni 1963, *Stb.* 1963, 272.
7. Wel over de introductie van sprongcassatie in sub 2°, zie *Kamerstukken II* 1950/51, 2079, 3, p. 5-6.

slag voor cassabiliteit. Kan cassabiliteit in civiele zaken enkel op art. 78 RO worden gebaseerd, of is art. 398 Rv hiervoor thans, al dan niet mede, essentieel? De wetgever heeft zich hierover blijkens de wetsgeschiedenis niet bekreund. Voor het vervolg van mijn betoog is met name de vraag naar de zelfstandigheid van art. 78 RO van belang.

2.2. Verschillende visies op de verhouding tussen grondslagen voor cassatievatbaarheid

Het valt te betwijfelen of art. 398 sub 1° Rv nog steeds enkel als samenvatting van art. 78 RO moet worden gezien.⁸ De Hoge Raad grondt – evenals in de literatuur wordt aangenomen – de ontvankelijkheid van een cassatieberoep veelal niet alleen uitdrukkelijk op art. 78 RO *in verbanding met* art. 398 Rv.⁹ Het komt ook voor dat hij de cassatiemogelijkheid *enkel* op art. 398 Rv baseert.¹⁰ Deze rechtspraak neigt naar een zelfstandige rol voor art. 398 sub 1° Rv als grondslag voor cassatie maar biedt geen uitsluitel omtrent de betekenis van art. 78 RO op dat punt. Een andere opvatting is dat de werking van art. 78 RO wordt *beperkt* door art. 398 Rv. Deze opvatting lijkt Cleveringa aan te hangen, die heeft opgemerkt dat het middel van cassatie de mogelijkheid opent een uitspraak te vernietigen, wegens de in art. 95, 96, 99 en 100 RO (oud) genoemde onjuistheden, *wanneer zij valt onder art. 398 Rv*. Tevens stelt hij (cursivering toegevoegd, FCB):

‘Voor de bepaling der vatbaarheid voor beroep in cassatie, moet men naast art. 398 nog rekening houden met art. 96 R.O.’¹¹

Hieruit volgt een afzonderlijke functie van art. 398 Rv naast art. 78 RO.

Ik vind in literatuur verder geen uitdrukkelijke opvattingen over de verhouding tussen verschillende cassabiliteitsgrondslagen. De vraag of art. 78 RO naast art. 398 Rv zelfstandige betekenis heeft behouden als grondslag voor cassabiliteit – en niet slechts geldt als zelfstandige grondslag voor cassatiebevoegdheid – is echter tevens van belang buiten het civiele procesrecht. Indien art. 78 RO een zelfstandige grondslag biedt, is een beroep op art. 78 RO voor ontvankelijkheid in cassatie ook voor rechtsgebieden buiten de reikwijdte van Rv voldoende. Zelfstandigheid van art. 78 RO als ontvankelijkheidsgrondslag is daarmee van belang voor de beschikbaarheid van het rechtsmiddel cassatie binnen dergelijke rechtsgebieden. In die visie leidt toepasselijkheid van art. 78 RO tot een cassatiemogelijkheid als uitgangspunt op grond van de wet. Zonder zelfstandige betekenis van art. 78 RO moet cassabiliteit voortvloeien uit een andere,

met art. 398 Rv vergelijkbare, bepaling binnen de rechtsgebiedspecifieke wetgeving. Zo kent het strafprocesrecht art. 427 Sv. Waar andere rechtsgebieden binnen hun specifieke wetgeving geen cassatiegrondslag kennen, moet deze buiten deze wetgeving, doch binnen toepasselijk recht worden gezocht. Als art. 78 RO geen zelfstandige grondslag biedt, brengt dat mee dat voor zaken buiten rechtsgebieden met een bijzondere wettelijke cassatiegrondslag, het uitgangspunt van de mogelijkheid tot cassatie ontbreekt. Cassatieberoep is dan categorisch uitgesloten. Het notariële tuchtrecht kende een cassatiegrondslag in de specifieke wetgeving (art. 50f lid 7 en 50g lid 5 Wna (oud)). Deze verviel echter in 1984. De uitdrukkelijke uitsluiting van cassatie is pas later, met het huidige art. 94 lid 1 Wna, toegevoegd.¹² Het notariële tuchtrecht is dus een rechtsgebied zonder cassatiegrondslag in de specifieke wetgeving, waarvoor de vraag of art. 78 RO een zelfstandige grond voor cassatie biedt, relevant is. Hierna spreek ik gemakshalve van rechtsgebieden buiten het toepassingsbereik van Rv – en daarmee art. 398 sub 1° Rv.

2.3. Art. 78 RO als zelfstandig uitgangspunt voor cassatievatbaarheid

De Hoge Raad beantwoordt de vraag naar de zelfstandige betekenis van art. 78 RO bevestigend. In de zaak waaraan ik in de inleiding refereer, oordeelde hij dat het cassatieberoep ondanks de uitsluiting daarvan in art. 94 lid 1 Wna ontvankelijk was. Op basis van een aangevoerde schending van het beginsel van hoor en wederhoor, moet de in art. 94 lid 1 Wna vervatte *afwijking van art. 78 RO* buiten toepassing blijven. De Hoge Raad merkt art. 78 RO expliciet aan als grondslag voor het uitgangspunt dat cassatie openstaat (onderstreping toegevoegd, FCB):¹³

8. D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 72. Evenzo in de bewerk Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/63.
9. Zie recent bijv. HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:112, NJ 2017/64, r.o. 4.2 (*ING/X & Lucky Parrot*).
10. HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4896, NJ 2013/351, r.o. 4.2.1 (*X/Stichting Joodse Omroep*).
11. R.P. Cleveringa, *mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlands Wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Deel I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972, p. 950-951. De regel in art. 96 RO (oud) is thans te vinden in art. 78 lid 6 RO.
12. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 23706, 6, p. 31, De Vries, WPNR 1987/5848, p. 595-596 en noot Heemskerk bij HR 5 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB9034, NJ 1988/893. Hierover ook concl. plv. P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2016:471, onder 2.3, voetnoot 6. Dit punt komt terug in par. 5.
13. HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51, r.o. 3.4.1.

‘Ingevolge art. 94 lid 1 Wna wordt de tuchtrecht-spraak (...) in hoger beroep [uitgeoefend] door het gerechtshof Amsterdam. Tegen beslissingen van het gerechtshof is geen hogere voorziening toegelaten. Aldus geeft art. 94 lid 1 Wna een bijzondere wettelijke regeling die afwijkt van de algemene regel van art. 78 Wet RO, op grond waarvan de Hoge Raad kennisneemt van het beroep in cassatie tegen de handelingen, arresten, vonnissen en beschikkingen van de gerechtshoven.’

Zo is duidelijk dat art. 78 RO een *zelfstandige* grondslag voor cassatie vormt. De Hoge Raad spreekt immers van een algemene regel, hetgeen moeilijk anders kan worden begrepen dan dat die zelfstandigheid ook buiten het notariële tuchtrecht geldt. Het bestaan van rechtsgebied-specifieke bepalingen als art. 398 Rv doet dus niet af aan art. 78 RO als zelfstandige grondslag. De Hoge Raad verwijst nergens naar art. 398 Rv.¹⁴ Naar mijn mening kennen ook rechtsgebieden die van het toepassingsbereik van BW en Rv zijn afgescheiden dus een uitgangspunt voor cassatievatbaarheid. In dat geval moet dan wel aan de voorwaarden van art. 78 RO zijn voldaan. Cassatie staat volgens art. 78 lid 1 RO open tegen arresten en beschikkingen van de gerechtshoven. In het notarieel tuchtrecht wordt hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Zo vindt de Hoge Raad het uitgangspunt van cassatievatbaarheid voor het notariële tuchtrecht buiten de toepasselijke tuchtwetgeving. Overigens blijft de vraag of art. 398 Rv, mogelijk in samenhang met art. 78 RO, in civiele zaken een essentiële grondslag vormt, onbeantwoord.

3. Rechtsmiddelenverboden en doorbreking

3.1. Uitzonderingen op verschillende uitgangspunten

Wanneer een zaak buiten de reikwijdte van Rv valt en art. 78 RO geen zelfstandige betekenis had gekend, is wettelijke uitsluiting van cassatie tegen beslissingen in een dergelijke zaak niet zinvol. Cassatie zou dan al categorisch zijn uitgesloten. Dit legt de aard van rechtsmiddelenverboden bloot. Het zijn wettelijke uitzonderingen op het uitgangspunt dat een bepaald rechtsmiddel openstaat. Dat uitgangspunt kan dus zijn gebaseerd op verschillende grondslagen. Er zijn verschillende wettelijke verboden aan te wijzen, allereerst binnen Rv en BW. Deze vormen een uitzondering op het uitgangspunt in art. 78 RO, al dan niet juncto art. 398 Rv of in art. 398 Rv afzonderlijk. Ze zijn verspreid door de gehele privaatrechtelijke wetgeving, doorgaans in een formule als ‘tegen [beslissing A] is geen hogere voorziening toegelaten’ (vgl. art. 188 lid 2 Rv) of

‘tegen [beslissingen ingevolge artikel X] staat geen andere voorziening open dan cassatie in het belang der wet’ (vgl. art. 807 Rv).

Buiten Rv bestaan rechtsmiddelenverboden als uitzondering op het uitgangspunt dat slechts kan worden gebaseerd op art. 78 RO, zoals het eerdergenoemde art. 94 Wna. Hetzelfde geldt voor het tuchtrecht voor gerechtsdeurwaarders en octrooigemachtigden. Art. 34 Gerechtsdeurwaarderswet (Gdw) respectievelijk art. 23w lid 7 Rijksoctrooiwet 1995 (ROW 1995) laten geen hogere voorzieningen toe tegen beslissingen van een specifiek daartoe aangewezen hof.¹⁵ De aard van rechtsmiddelenverboden en het bepalen op welke grondslag dit uitgangspunt wordt gebaseerd, zijn relevant voor het duiden van de gehanteerde maatstaven voor doorbreking.

3.2. Vaste doorbrekingsjurisprudentie in het civiele procesrecht

Sinds het arrest *Enka/Dupont*¹⁶ is het vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat rechtsmiddelenverboden in civiele zaken kunnen worden ‘doorbroken’ op drie gronden.¹⁷ Doorbreking is mogelijk als de rechter in de vorige instantie de bepaling waarop het rechtsmiddelenverbod ziet ten onrechte heeft toegepast (1)¹⁸ of als de rechter die regeling ten onrechte niet heeft toegepast (2).¹⁹ Het betreft bijvoorbeeld foutief beantwoorde voorvragen naar rechterlijke bevoegdheid.²⁰

14. In dit licht is opmerkelijk concl. plv. P-G Langemeijer, zaak 16/05359, ECLI:NL:PHR:2018:47, onder 3.6. De plv. P-G merkt – zijdelings – op dat de aanname dat *in beginsel* beroep in cassatie openstaat tegen de beslissing van het gerechtshof een basis vindt in art. 78 RO en *overeenkomstige toepassing van art. 398 Rv*.

15. Vgl. concl. plv. P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2016:471, onder 2.4.

16. HR 29 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4989, *NJ* 1986/242, m.nt. W.H. Heemskerk (*Enka/Dupont*).

17. Niet alle rechtsmiddelenverboden zijn vatbaar voor doorbreking. Zie recent bijv. HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:112, *NJ* 2017/64 en Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:138.

18. Snijders & Wendels 2009, p. 286. In rechtspraak en literatuur wordt hieronder ook, soms als afzonderlijke grond, begrepen dat de rechter ‘buiten het toepassingsgebied van de regeling is getreden’, zie bijv. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3633, *NJ* 2016/35; I.F. Dam, ‘Doorbreking van wettelijke appel- en cassatieverboden’, *TCR* 1994, afl. 2, p. 26; Hugenholtz/Heemskerk 2018, p. 269, voetnoot 167; HR 17 juni 1994, *NJ* 1995/367, m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Sporting*).

19. F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functies van het hoger beroep in burgerlijke zaken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005, p. 47.

20. Hovens 2005, p. 48; Snijders & Wendels 2009, p. 290.

Mijn focus ligt echter op de grond dat de rechter bij het toepassen van de regeling essentiële vormen heeft verzuimd (3).

Een essentieel vormverzuim bestaat blijkens de standaard civielrechtelijke doorbrekingsjurisprudentie wanneer de rechter *een zo fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd, dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak*.²¹ Wanneer een partij zich beroept op veronachtzaming van een dergelijk beginsel is zij ontvankelijk bij het instellen van een rechtsmiddel, ondanks het toepasselijke rechtsmiddelenverbod. Dat geldt volgens vaste jurisprudentie bijvoorbeeld bij beroep op schending van hoor en wederhoor,²² maar niet bij beroep op schending van het motiveringsbeginsel.²³

3.3. Een andere maatstaf voor doorbreking buiten het toepassingsbereik van Rv?

In de civielrechtelijke doorbrekingsjurisprudentie is schending van een fundamenteel rechtsbeginsel dat voortvloeit uit art. 6 EVRM niet steeds een schending die doorbreking rechtvaardigt. De motiveringsplicht vloeit volgens vaste EHRM-rechtspraak immers wel voort uit het recht op een eerlijke en onpartijdige behandeling ex art. 6 EVRM.²⁴

In de hierboven aangehaalde notariële tuchtzaak werd een afwijkende maatstaf gehanteerd. Verzoeker in cassatie klaagde dat het hof hem ten onrechte niet de gelegenheid had geboden zich uit te laten over een mogelijke verzwaring van de aan hem opgelegde sanctie, zodat sprake zou zijn van een schending van hoor en wederhoor. De Hoge Raad laat het rechtsmiddelenverbod ex art. 94 lid 1 Wna buiten toepassing op grond van art. 94 Grondwet (Gw) en komt tot ontvankelijkheid, waarbij hij expliciet refereert aan art. 6 EVRM. Art. 6 EVRM was van toepassing omdat de bestreden beslissing de maatregel van ontzetting uit het ambt betrof²⁵

‘(...) hetgeen meebrengt dat de in art. 94 lid 1 Wna vervatte afwijking van 78 Wet RO buiten toepassing wordt gelaten indien aan het cassatieberoep ten grondslag is gelegd dat de rechter bij de behandeling van de zaak die tot die oplegging heeft geleid het door art. 6 EVRM gegarandeerde recht op een eerlijke en onpartijdige behandeling heeft veronachtzaamd (vgl. HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2824).’²⁶

De Hoge Raad bezigt hier niet de standaardformule uit de eerdergenoemde doorbrekingsjurisprudentie in civielrechtelijke zaken – ‘[veronachtzaming van] een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak’ – waarin art. 6 EVRM geen expli-

ciete plaats krijgt.²⁷ De overweging raakt wel aan de doorbrekingsjurisprudentie en wordt door de Hoge Raad ook hiermee in verband gebracht, blijkens de verwijzing naar een uitspraak waarin deze jurisprudentie wordt aangehaald, aan het slot van de geciteerde overweging.

De Hoge Raad maakt niet duidelijk hoe dit verband precies moet worden begrepen. Plv. P-G Langemeijer duidt deze maatstaf in zijn conclusie als ‘overeenkomstige’ toepassing van de doorbrekingsjurisprudentie.²⁸ Ook het cassatiemiddel doet een beroep op doorbreking.²⁹ De Hoge Raad overweegt niet expliciet dat wordt doorbroken op overeenkomstige wijze als in civiele zaken, maar ook als hij dat wel bedoelt, resten vragen omtrent de betekenis van de gehanteerde maatstaf. Is er een andere maatstaf voor doorbreking buiten Rv en betekent dit dat geen sprake kan zijn van toepassing van de standaardformule? Of betreft het hier een uitbreiding van die geldende doorbrekingsjurisprudentie, die wellicht slechts geldt in het kader van de notariële tuchtrechtspraak?

Het besproken verschil in grondslagen voor casabiliteit biedt wellicht inzichten.

21. HR 4 maart 1988, NJ 1989/4 (HBM/X), meer recent HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:943, NJ 2015/215, m.nt. H.B. Krans; HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3633, NJ 2016/35 en Hof Arnhem-Leeuwarden 25 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:634.

22. HR 29 maart 1985, NJ 1986/242, m.nt. W.H. Heemskerk (Enka/Dupont); HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2263.

23. HR 4 maart 1988, NJ 1989/4, m.nt. W.H. Heemskerk (HBM/X); HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3733. Zie voor kritiek op dit punt bijv. J.B.M. Vranken, *Mr. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel***, Deventer: Kluwer 1995/233; I. Giesen, *Mr. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/472.

24. EHRM 16 december 1992, nr. 12945/87, r.o. 33 (*Hadji-nastassiou t. Griekenland*).

25. De Hoge Raad wijst op EHRM 27 juni 1997, nr. 19773/92, r.o. 45 (*Philis t. Griekenland*, No. 2). Zie *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a fair trial (civil limb)*, ECHR 2018, p. 12.

26. HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51, r.o. 3.4.2.

27. Soms wordt deze formule niettemin opgevat als duidelijke referentie aan art. 6 EVRM, zie Snijders & Wendels 2009, p. 288; Dam 1994, p. 28; J.G.A. Linssen, ‘Een zuur appel-verbod. Over rechterlijke misslagen, de (on)mogelijkheid tot doorbreking van het appelverbod ex art. 7A:1639w lid 11 BW en de aansprakelijkheid terzake van onrechtmatige rechtspraak’, in: R.D. Vriesendorp e.a. (red.), *Het actuele recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1993, p. 121.

28. Zie concl. plv. P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2016:471, onder 2.12, die de redenering waarin art. 6 EVRM centraal staat, opwerpt.

29. HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51, r.o. 3.3. Vgl. J.C.H. Melis & B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 522 die voor doorbreking van art. 94 lid 1 Wna de standaardformule hanteert.

3.4. Terugvallen op een uitgangspunt

De verschillen tussen de genoemde maatstaven en in grondslag voor cassatievatbaarheid binnen en buiten Rv, gaan eveneens gepaard met een verschil in de techniek die het gevolg van een schending binnen die maatstaven weergeeft. Zo bezigt de Hoge Raad in het hierboven geciteerde arrest nergens de term ‘doorbreken’. De Hoge Raad spreekt slechts van ‘buiten toepassing laten (op grond van art. 94 Gw)’ van art. 94 lid 1 Wna.

Het effect is in beide gevallen echter hetzelfde: de bepaling die het rechtsmiddel uitsluit geldt niet, dus wordt teruggevallen op het uitgangspunt van cassatievatbaarheid. Dit effect is alleen mogelijk als een rechtsgebied een grondslag voor dat uitgangspunt kent. Ik beredeneerde hierboven dat het notarieel tuchtrecht, evenals het civiele procesrecht, dat uitgangspunt bevat, zij het dat het uitgangspunt zijn grondslag moet vinden in een zelfstandig art. 78 RO en niet in art. 398 Rv.

Nu het effect binnen en buiten Rv echter hetzelfde is, kunnen de verschillende technieken onder dezelfde noemer van doorbreken worden gebracht. Dit doorbreken moet dan ruimer worden opgevat dan het doorbreken op basis van de doorbrekingsgronden in de vaste civielrechtelijke doorbrekingsjurisprudentie, waarin art. 6 EVRM vooralsnog geen expliciete plaats krijgt. Waar tussen het effect van doorbreking binnen het bereik van Rv en andere rechtsgebieden ondanks andere grondslagen voor cassabiliteit geen verschil bestaat, is het mijns inziens systematisch gezien moeilijk een verschil in maatstaf waarin art. 6 EVRM al dan niet een rol speelt, te rechtvaardigen.

4. De rol van art. 6 EVRM bij doorbreking nader beschouwd

4.1. Vooronderstellingen voor de toepassing van art. 6 EVRM

Art. 6 EVRM kan in de doorbrekingsjurisprudentie pas een rol spelen als men uitgaat van in ieder geval twee vooronderstellingen.

In de *eerste* plaats moet de beslissing waartegen een rechtsmiddel wordt ingesteld binnen het toepassingsbereik van art. 6 EVRM vallen. De procedure moet zien op het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen, zoals de hierboven aangehaalde zaak betreffende ontzetting uit het ambt die gevolgen had voor de bevoegdheid om een beroep uit te oefenen.³⁰

De *tweede* vooronderstelling ziet op de samenhang tussen art. 94 Gw en art. 6 EVRM. Art. 94 Gw bepaalt dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Een rol van art. 6 EVRM in de doorbrekingsjurisprudentie vooronderstelt

dat toepassing van de wettelijke uitsluiting van rechtsmiddelen – rechtsmiddelenverboden dus – onverenigbaar kan zijn met art. 6 EVRM.³¹

4.2. Toepassing van art. 6 EVRM in civielrechtelijke doorbrekingsjurisprudentie

De eerste vooronderstelling verklaart deels waarom de combinatie van art. 94 Gw en 6 EVRM binnen de doorbrekingsjurisprudentie niet steeds expliciet wordt gehanteerd als grondslag voor doorbreking wegens essentieel vormverzuim. Art. 6 EVRM heeft een beperkte reikwijdte. Hiermee is de genoemde combinatie beperkt inzetbaar. Rechtsmiddelenverboden zien immers niet louter op beslissingen die leiden tot vaststelling van burgerlijke rechten en plichten. Zo ziet art. 188 lid 2 Rv op de beslissing tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor. Zonder expliciete koppeling met art. 6 EVRM blijft het ook voor zulke beslissingen mogelijk het rechtsmiddelenverbod te doorbreken op grond van fundamentele rechtsbeginselen die een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak waarborgen. Dit verklaart echter niet waarom in zaken die wel gaan over het vaststellen van burgerlijke rechten en plichten, de vaste doorbrekingsjurisprudentie in civiele zaken geen expliciete verwijzing naar art. 6 EVRM bevat.³²

Ik zie een tweede reden. Achterwege laten van die expliciete koppeling maakt ook dat de Hoge Raad kan blijven vasthouden aan de lijn waarin de essentiële vormverzuimen die tot doorbreking kunnen leiden, niet steeds parallel lopen aan de schendingen van de rechten die voortvloeien uit het recht op een eerlijk en onpartijdig proces dat door art. 6 EVRM wordt gewaarborgd – zelfs waar het gaat om beslissingen tot vaststelling van burgerlijke rechten en plichten. Schending van het motiveringsbeginsel is volgens de vaste

30. HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51, r.o. 3.4.1. Zie eerder al par. 3.3. De gedefungeerde notaris kon door de ontzetting niet meer tot notaris of waarnemer worden benoemd of worden toegevoegd (art. 103 lid 8 Wna).

31. Een vergelijkbare constructie hanteert het Hof Arnhem-Leeuwarden bij ‘buiten toepassing laten’ van art. 14 lid 1 Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv). Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:220 en Hof Arnhem-Leeuwarden 12 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6402.

32. In *Enka/Dupont* stond een verzoek om voorlopig getuigenverhoor nog centraal. Echter, in de zaak waarin ter invulling van ‘essentieel vormverzuim’ de standaardformule werd geïntroduceerd (*HBM/X*) – zonder expliciete verwijzing naar art. 6 EVRM – betrof het een verzoek tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst.

doorbrekingsjurisprudentie immers geen essentieel vormverzuim dat tot doorbreking leidt, terwijl dat beginsel wel voortvloeit uit art. 6 EVRM. In de literatuur is een verklaring onder meer gezocht in de redenering dat een toetsing aan het motiveringsbeginsel neer zou komen op een ongewenste inhoudelijke beoordeling van de zaak zelf,³³ of de angst voor een stortvloed aan zaken.³⁴ Voor deze divergentie tussen de rechten die voortvloeien uit art. 6 EVRM en die waarvan schending tot essentieel vormverzuim leidt, heeft de Hoge Raad nog nooit een uitdrukkelijke reden gegeven.³⁵

Wellicht vormt de uitspraak in de aangehaalde notariële tuchtzaak een toenadering tot convergentie. Ik vraag mij daarbij af of een beroep op een motiveringsgebrek van het gerechtshof Amsterdam ook tot ontvankelijkheid van het cassatieberoep had geleid. Als gezegd, overweegt de Hoge Raad niet uitdrukkelijk dat de doorbrekingsjurisprudentie van overeenkomstige toepassing is. Hij lijkt zo art. 6 EVRM te willen inzetten om art. 94 lid 1 Wv op grond van art. 94 Gw buiten toepassing te houden, zonder dat hij riskeert dat hij de derde doorbrekingsgrond – verzuim van essentiële vormen – uitbreidt met meer uit art. 6 EVRM voortvloeiende rechten. Een expliciete link tussen de doorbrekingsjurisprudentie en art. 6 EVRM blijft immers uit. Het is echter zeer de vraag of dit systematisch gezien houdbaar is. Art. 94 Gw is ook binnen het bereik van Rv onverkort van toepassing. Bovendien leidt het hanteren van een schending van art. 6 EVRM als maatstaf tot hetzelfde effect van doorbreking: terugvallen op een uitgangspunt van cassabiliteit.

Een aanwijzing voor convergentie kan worden gevonden in de overweging van de Hoge Raad waarin hij met de afkorting ‘vgl.’ wijst op HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2824.³⁶ In die uitspraak werd, als gezegd, de doorbrekingsjurisprudentie aangehaald in het kader van een wrakingsbeslissing.³⁷ De Hoge Raad heeft de verwijzing naar deze uitspraak in zijn onderbouwing strikt genomen niet nodig en had kunnen volstaan met de door hem gegeven grondslag voor ontvankelijkheid. Blijkbaar bestaat er een verband tussen de grondslag van art. 94 Gw jo. art. 6 EVRM en de doorbrekingsgrond van essentieel vormverzuim.³⁸ Dit duidt mogelijk op een uitbreiding van de gevestigde doorbrekingsjurisprudentie in het civiele procesrecht.

Er is wellicht een aanvullende indicatie voor convergentie. De Hoge Raad gebruikt art. 6 EVRM en bijbehorende rechtspraak in de vaste doorbrekingsjurisprudentie niet expliciet bij vaststelling van rechtsbeginselen waarvan schending tot doorbreking leidt. Dat doet hij wel bij de invulling van die beginselen. Zie recent een beschikking van 7 december 2018.³⁹ De Hoge

Raad ontleende de inhoud en de ratio achter het beginsel van hoor en wederhoor aan EHRM-rechtspraak. Schending leidde tot doorbreking. Het niet expliciet aan art. 6 EVRM ontleenen van rechtsbeginselen met ‘doorbrekingspotentie’ sluit natuurlijk niet uit dat voor de concrete toets aan een dergelijk beginsel wel aansluiting wordt gezocht bij art. 6 EVRM. Erg coherent is die werkwijze echter niet.

Al met al bestaat systematisch gezien geen goede rechtvaardiging voor verschillende doorbrekingsmaatstaven binnen en buiten het toepassingsbereik van Rv. Daaruit volgt dat waar een procedure binnen de reikwijdte van art. 6 EVRM valt, geen goede grond lijkt te bestaan om in doorbrekingsjurisprudentie niet expliciet te refereren aan art. 6 EVRM.

4.3. Art. 6 EVRM biedt geen grondslag voor toetsing in hogere instantie

Of bestaat die grond wel? Een rol van art. 6 EVRM in de doorbrekingsjurisprudentie vooronderstelt dat toepassing van een rechtsmiddelenverbod onverenigbaar kan zijn met art. 6 EVRM. Vanuit die vooronderstelling kan een verbod op grond van art. 94 Gw buiten toepassing blijven. Deze vooronderstelling vereist nadere beschouwing. Toepassing van een verbod houdt in dat cassatieberoep tegen een uitspraak van bijvoorbeeld een gerechtshof niet openstaat. Is dat een schending van de rechten die voortvloeien uit art. 6 EVRM? Uit vaste jurisprudentie van het EHRM volgt dat art. 6 EVRM geen recht op beroep bij een hogere instantie waarborgt. Landen kunnen dus zelf kiezen of en, zo ja, wanneer zij de mogelijkheid van hoger beroep openstellen. Dat die opengestelde procedures moeten

33. Zie bijv. C.J. Loonstra, ‘Appel en cassatie bij art. 1639w BW: wat is nog mogelijk?’, WPNR 1990/5953, p. 183.

34. Asser/Vranken Algemeen deel** 1995/233.

35. In het arrest *HBM/X* noch in latere jurisprudentie.

36. HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51, r.o. 3.4.2.

37. HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2824, NJ 1999/243, r.o. 3.3.

38. De Hoge Raad gebruikt ‘vgl.’ bij beslissingen die niet geheel dezelfde vraag betreffen, maar daarbij wel nauw aansluiten. Het betreft dan een amendering of uitbreiding van de regel uit de eerdere beslissing waarnaar wordt verwezen. Zie W.D.H. Asser, ‘Cassatie in civiele zaken (Nederlands recht)’, in: A. de Moor-van Vugt (red.), *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges. Preadviezen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 224, voetnoot 129 en M.W.C. Feteris, *Beroep in cassatie in belastingzaken*, Deventer: Kluwer 2014, p. 420-421.

39. HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2263, r.o. 5.2.

voldoen aan de vereisten van een eerlijk proces op grond van art. 6 EVRM, is wat anders.⁴⁰ De toepassing van het rechtsmiddelenverbod door de hogere rechter, de onmogelijkheid van cassatieberoep, kan dus niet direct in strijd komen met art. 6 EVRM. Daardoor is buiten toepassing laten van een rechtsmiddelenverbod met een grondslag in art. 94 Gw jo. art. 6 EVRM rechts-systematisch gezien onmogelijk.⁴¹ Dit geldt voor zowel het civiele procesrecht als rechtsgebieden daarbuiten.

Een lagere rechter kan bij de behandeling van de zaak art. 6 EVRM schenden maar een partij kan daartegen dus slechts beroep instellen wanneer dat binnen nationaal recht mogelijk is. Klaarblijkelijk volgt de Hoge Raad deze redenering, gezien de besproken notariële tuchtzaak, niet. Hij maakt althans niet inzichtelijk hoe de toepassing van art. 94 lid 1 Wna, anders door uitsluiten van de cassatiemogelijkheid ex art. 78 RO, in strijd kan komen met art. 6 EVRM.

5. Consequentie: geen cassatiemogelijkheid na tuchtcollege anders dan gerechtshof

Het gebruik van art. 78 RO als grond voor uitgangspunt van cassabiliteit in het notariële tuchtrecht is nieuw. Het terugvallen op dit uitgangspunt baseert de Hoge Raad als gezegd op art. 94 Gw jo. art. 6 EVRM. Los van de vraagtekens hierboven, heeft de constructie een opmerkelijk gevolg.

Als grondslag voor een vangnetregel voor cassabiliteit, brengt art. 78 RO mee dat ontvanke-lijkheid van cassatieberoep gaat uiteenlopen afhankelijk van het toepasselijke tuchtrechtsge- bied. Aangezien art. 78 RO voor de Hoge Raad slechts ziet op uitspraken in hoger beroep van gerechtshoven is cassatieberoep na beslissingen van andere colleges uitgesloten.⁴² Dat geldt eveneens wanneer het cassatieberoep is gebaseerd op strijd met art. 6 EVRM inzake een maatregel die onder het toepassingsbereik van die bepaling valt. Het betreft tuchtzaken in de advocatuur, waar hoger beroep bij het Hof van Discipline wordt ingesteld,⁴³ en ook het medisch tuchtrecht waar de appelland zich moet wenden tot het centraal tuchtcollege voor de gezondheidszorg (CTG).⁴⁴

Het betreft hier rechtsgebieden waarin geen uitgangspunt voor cassabiliteit kan worden gevon- den.⁴⁵ Die grondslag ontbreekt in de betreffende gebieden binnen zowel de daarop toepasselijke specifieke wetgeving (vgl. art. 398 Rv) als het toepasselijke recht daarbuiten (vgl. art. 78 RO). Een rechtsmiddelenverbod dat bepaalt dat geen hogere voorziening is toegelaten of openstaat is voor deze rechtsgebieden strikt genomen niet nodig. De bepaling in art. 75 Wet beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG), die inhoudt dat tegen beslissingen van het CTG

geen andere voorziening openstaat dan cassatie in het belang der wet, is dus deels overbodig. Dat andere voorzieningen – cassatieberoep voor partijen – niet openstaan, volgt immers al uit art. 78 RO en de regel die meebrengt dat hoger be- roep in het medisch tuchtrecht niet plaatsvindt bij een gerechtshof.⁴⁶ Doorbreken is in dergelijke rechtsgebieden onmogelijk, nu terugvallen op een uitgangspunt van cassabiliteit onmogelijk is. Niet valt uit te sluiten dat art. 94 lid 1 Wna door de wetgever evenmin was bedoeld als rechtsmid- delenverbod in voornoemde zin, maar louter als aanduiding dat een uitgangspunt voor cassatie ontbreekt. Dat lijkt aannemelijker als in ogen- schouw wordt genomen dat de uitdrukkelijke uitsluiting van hogere voorzieningen pas bij latere wetswijzing werd opgenomen, nadat de cassatiemogelijkheid in 1984 was vervallen. De uitdrukkelijke uitsluiting is met het huidige art. 94 lid 1 Wna toegevoegd vanuit de wens van verduidelijking, omdat in de literatuur betwijfeld werd of schrappen van de betreffende bepalin-

40. Snijders, Klaassen & Meijer 2017, p. 75, die verwijzen naar o.a. EHRM 26 oktober 1984, ECLI:CE:ECHR: 1984:1026JUD000918, *NJ* 1988/744 (*De Cubber t. België*) en EHRM 16 februari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017: 0216JUD001898606 (*Karakutsya t. Oekraïne*).

41. Zie anders bijv. Dam 1994, p. 28, die doorbreking wel grondt op art. 94 Gw jo. art. 6 EVRM.

42. Zie ook concl. plv. P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2016:471, onder 2.12, in fine.

43. Vgl. HR 25 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8495 met bijbehorende conclusie; zie ook Asser Proces- recht/Korthals Altes & Groen 7 2015/63, voetnoot 2, verwijzend naar HR 4 februari 1994, *NJ* 1994/352. Cassatieonmogelijkheid na uitspraken van het Hof van Discipline wordt afgeleid uit art. 78 RO jo. art. 118 lid 2 en 3 Grondwet, zie concl. plv. P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2016:471, voetnoot 13.

44. Art. 47 lid 3 Wet BIG. Vgl. het overzicht van plv. P-G Langemeijer in ECLI:NL:PHR:2016:471, onder 2.4.

45. Vgl. concl. plv. P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2016:471, onder 2.11. Hij onderscheidt twee 'gevallen' waarin de cassatiemogelijkheid ont- breekt – het burgerlijk procesrecht en een daarvan afgescheiden rechtsgebied – ter onderbouwing van de toepasselijkheid van de doorbrekingsjurisprudentie op het notariële tuchtrecht.

46. Wél noodzakelijk is het deel dat aangeeft dat cassatie in het belang der wet openstaat. Art. 78 RO koppelt im- mers ook de vatbaarheid voor cassatie in het belang der wet aan de voorwaarde dat de uitspraak afkomstig is van een gerechtshof of rechtbank. Zo vormt art. 75 Wet BIG een grondslag voor cassatie in het belang der wet in het tuchtrecht. De redactie had gezien de hierboven gevoerde redenering evenwel economischer gekund: 'Tegen een beslissing van het centrale tuchtcollege staat cassatie in het belang der wet open.'

gen voldoende zou zijn voor het daadwerkelijk doen vervallen van de cassatiemogelijkheid.⁴⁷ Dat de wetgever in 1984 al niet meer wilde voorzien in een mogelijkheid tot instellen van cassatie volgt echter duidelijk uit de parlementaire geschiedenis.⁴⁸ Met de overweging dat art. 78 RO voor het notariële tuchtrecht als uitgangspunt voor cassatievatbaarheid geldt, heeft de Hoge Raad art. 94 lid 1 Wna daadwerkelijk een noodzakelijke functie als rechtsmiddelenverbod bezorgd.

Mede op basis van de voorgaande beschouwing zie ik niet direct een rechtvaardiging voor cassabiliteitsverschil binnen de verschillende tuchtrechtgebieden. Waar de wetgever voor een speciaal tuchtcollege koos en niet voor een gerechtshof, zal hij hoogstwaarschijnlijk niet de eventuele consequenties voor cassabiliteit in overweging hebben genomen. De keuze voor een gerechtshof is verklaarbaar; voor publieke functionarissen, zoals de notarissen en gedeputeerde waarden, is ook toezicht in de publieke sfeer gewenst. Vragen over cassabiliteit op grond van een buiten de Wna of Gdw gelegen grondslag zullen daarbij, lijkt mij, echter niet aan de orde zijn geweest. Dit doet er niet aan af dat de keuze voor het gerechtshof als hogerberoepsrechter thans essentieel blijkt voor de Hoge Raad. Zonder die keuze kon de ontvankelijkheidsconstructie niet op art. 78 RO worden gebaseerd.

6. Besluit

Cassatievatbaarheid van uitspraken is uitgangspunt in rechtsgebieden zonder bijzondere wettelijke cassatiegrondslag, mits is voldaan aan de vereisten van art. 78 RO. Rechtsmiddelenverboden vormen uitzonderingen op uitgangspunten van cassatievatbaarheid. Als een rechtsmiddelenverbod wordt doorbroken, wordt op een dergelijk uitgangspunt teruggevallen. De doorbrekingsmaatstaf die de Hoge Raad in zaken binnen het bereik van Rv hanteert, wijkt af van die in het notariële tuchtrecht. De eerste maatstaf bevat geen expliciete verwijzing naar art. 6 EVRM, de tweede baseert ontvankelijkheid expliciet op een vermeende schending van die bepaling. Dit verschil is opmerkelijk, nu het effect van doorbreken in beide gevallen, ondanks verschillende cassabiliteitsgrondslagen, gelijk is. Bovendien is art. 94 Gw in beide gevallen onverkort van toepassing. Wel zie ik aanwijzingen voor convergentie tussen de schending van beginselen ex art. 6 EVRM en de schending van ‘zo fundamentele rechten’ die doorbreking op grond van essentieel vormverzuim rechtvaardigen. Het is de vraag of dat een juiste ontwikkeling is. Art. 6 EVRM vereist immers geen recht op beroep bij een hogere instantie en dus kan toepassing van een rechtsmiddelenverbod strikt genomen niet leiden tot een schending van de rechten die dat

artikel waarborgt. Doorbreking wegens essentieel vormverzuim is slechts mogelijk als het nationale recht rechtsmiddelen openstelt. De Hoge Raad lijkt deze redenering niet te volgen. Zijn overwegingen leiden tot verschil in cassabiliteit tussen de onderscheiden tuchtrechtsgebieden, omdat niet elk tuchtrechtsgebied het gerechtshof als hogerberoepsrechter kent – een vereiste van art. 78 RO.

47. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 23706, 6, p. 31, en kritiek van De Vries, *WPNR* 1987/5848, p. 595-596 en noot Heemskerk bij HR 5 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB9034, NJ 1988/893. Over deze discussie ook concl. plv. P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2016:471, onder 2.3, voetnoot 6.

48. Rechtseenheid werd voldoende gewaarborgd geacht met de concentratie bij één gerechtshof. Zie concl. plv. P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2016:471, onder 2.3, die verwijst naar *Kamerstukken II* 1981/82, 17404, 3, p. 7-8; *Kamerstukken II* 1982/83, 17404, 6, p. 3-4, 5 en 7; *Kamerstukken I* 1983/84, 17404, 159b, p. 3.