



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Doorbreking van rechtsmiddelenverboden

Bentvelzen, F.C.

Citation

Bentvelzen, F. C. (2025, April 9). *Doorbreking van rechtsmiddelenverboden. Burgerlijk Proces & Praktijk*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4211622>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4211622>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

HOOFDSTUK 5. Voorwaarden voor ontvankelijkheid

5.1 Inleiding

133. Formele vereisten vooraf

In de vorige hoofdstukken zijn de doorbrekingsgronden en hun invulling besproken. Hierin stond centraal wanneer sprake is van een doorbrekingsgrond en dus op grond van welke klachten doorbreking mogelijk is. In de volgende hoofdstukken komen twee andere aspecten van doorbreking aan de orde. Het eerste aspect ziet op de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voordat het beroep op een doorbrekingsgrond daadwerkelijk wordt beoordeeld. Het tweede aspect ziet op de mogelijke gevolgen van een beroep op doorbrekingsgronden.

In dit hoofdstuk staat het eerste aspect centraal. Dat aspect ziet op de ontvankelijkheid van het rechtsmiddel dat met een beroep op doorbrekingsgronden wordt ingesteld. Of de rechter aan de beoordeling van de doorbrekingsklacht zelf kan toekomen, hangt onder meer af van de vraag of het betrokken rechtsmiddelenverbod wel kan worden doorbroken. De doorbrekingsjurisprudentie is niet ten aanzien van elk rechtsmiddelenverbod van toepassing (par. 5.2). Is een rechtsmiddelenverbod wel 'doorbreekbaar', dan moet het rechtsmiddel met de doorbrekingsklacht worden ingesteld binnen de daarvoor geldende vervaltermijn. Evenals de doorbrekingsmogelijkheid zelf, is die termijn niet wettelijk geregeld (par. 5.3). De aangevoerde klacht moet daadwerkelijk een doorbrekingsklacht zijn. Als dat niet het geval is, dan wordt de klacht niet beoordeeld, blijft het rechtsmiddelenverbod van toepassing en is het rechtsmiddel niet-ontvankelijk (par. 5.4).

Deze criteria vormen de eerste voorwaarden voor een succesvol beroep op doorbreking. Zoals eerder aangekondigd, behandel ik dit onderdeel met opzet na de bespreking van de invulling van de doorbrekingsgronden. Met kennis over die invulling kunnen de hier besproken vereisten beter worden begrepen.¹ Dat heeft te maken met de samenhang tussen deze vereisten en de invulling van de doorbrekingsgronden. Zoals nog zal blijken, zijn ook deze vereisten voor een groot deel terug te voeren op de uitleg van het rechtsmiddelenverbod. Zo kan de problematiek rondom het vaststellen van de reikwijdte van rechtsmiddelenverboden ook doorklinken in de in dit hoofdstuk besproken materie, met vergelijkbare eigenaardigheden in de rechtspraak tot gevolg.

¹ Zie hiervoor nr. [12].

Anders dan in de voorgaande hoofdstukken komt de interne en externe rechtsvergelijking in dit hoofdstuk minder structureel naar voren. Ik zal slechts aandacht besteden aan andere rechtsgebieden of Frans recht waar opmerkelijke verschillen de werking van de civielrechtelijke doorbrekingsleer in de Nederlandse jurisprudentie inzichtelijker kunnen maken.

5.2 Doorbreekbaarheid

5.2.1 Inleiding

134. De doorbrekingsleer is niet op elk rechtsmiddelenverbod van toepassing

Niet elk rechtsmiddelenverbod kan worden doorbroken. De Hoge Raad heeft de toepasselijkheid van de doorbrekingsjurisprudentie voor een aantal rechtsmiddelenverboden expliciet uitgesloten.² De reden voor deze uitsluiting kan verschillen. In deze paragraaf bespreek ik welke aanknopingspunten de rechtspraak van de Hoge Raad biedt ter vaststelling van de toepasselijkheid van de doorbrekingsleer. Daartoe behandel ik eerst rechtspraak waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk tot deze toepassing heeft geoordeeld. Aan de hand van rechtspraak die de toepasselijkheid met betrekking tot verschillende afzonderlijke rechtsmiddelenverboden uitsluit, kom ik tot aanknopingspunten om de toepasselijkheid te bepalen.

5.2.2 Doorbrekingsmogelijkheid als uitgangspunt

135. Bedoeling van de wetgever

Met de doorbrekingsleer heeft de Hoge Raad mogelijkheden gecreëerd die op het eerste oog indruisen tegen de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever. De doorbrekingsleer is immers nergens in wetgeving vastgelegd. Bij beantwoording van de vraag of een specifiek rechtsmiddelenverbod vatbaar is voor doorbreking ligt het daarom voor de hand om eerst te bezien of de Nederlandse wetgever ruimte heeft gelaten voor toepassing van de leer.

Soms blijkt die ruimte uitdrukkelijk uit de wetsgeschiedenis. Voor sommige rechtsmiddelenverboden geeft de wetgever uitdrukkelijk aan dat bezwaren tegen de uitsluiting van rechtsmiddelen kunnen worden ondervangen door de mogelijkheid om doorbrekingsgronden in te roepen. Zo merkte de minister in de toelichting op de Invoeringswet van het toen nieuwe BW ten aanzien van art. 429a-429t Rv (oud) op dat uitsluiting van hogere voorzieningen slechts gold binnen de grenzen van de bepalingen krachtens welke de beschikking gegeven is. Dat bracht volgens de minister in het licht van de destijds geldende rechtspraak mee dat hoger beroep en cassatie mogelijk bleven tegen beslissingen waarbij de betreffende bepaling ten onrechte niet van toepassing, of ten onrechte wel van toepassing werd geoordeeld. De eerste twee doorbrekingsgronden dus.³ Verder is doorbreking mogelijk geacht in de toe-

² Hierna komen bijv. aan de orde art. 332 lid 1, 337 lid 2 en 130 lid 2 Rv.

³ Parl. Gesch. Wijz. Rv (Inv. 3, 5 en 6), p. 68-69 waarin de minister wijst op HR 17 mei 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB5086, NJ 1975/238 (*Staat/De Cler-Slotboom*) en HR 27 mei 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB6163, NJ 1975/239 (*RDM/US Freight Transport Development*) en de daaronder verschenen noot van Haardt.

lichting op de rechtsmiddelenverboden van art. 31 en 32 Rv (verbetering en aanvulling van uitspraken), zodat onder meer kan worden opgekomen tegen volkomen ten onrechte aangebrachte verbeteringen.⁴ Ook ten aanzien van het nieuwe art. 200 Rv,⁵ dat tegen beslissingen op het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen geen rechtsmiddelen toelaat, heeft de minister opgemerkt dat de doorbrekingsgronden kunnen worden ingeroepen. De doorbrekingsjurisprudentie is ook na invoering van de Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht in het kader van dergelijke beslissingen van toepassing.⁶

136. Waar de wetgever de keuze laat, is doorbreking uitgangspunt

Uit de wetsgeschiedenis valt niet steeds ondubbelzinnig op te maken of de doorbrekingsjurisprudentie toepasselijk is. Ten aanzien van art. 1019bb Rv, dat hogere voorzieningen uitsluit tegen een besluit op een verzoek om een beslissing in een deelgeschilprocedure, bestond twijfel over de toepasselijkheid van de doorbrekingsleer. In de memorie van toelichting merkt de minister op dat het openstaan van een rechtsmiddel zich bezwaarlijk verdraagt met de ratio van de deelgeschilprocedure, te weten het bevorderen dat geschillen over letsel- en overlijdensschade eenvoudig en voortvarend door middel van een minnelijke regeling kunnen worden afgewikkeld.⁷ Desalniettemin kan volgens de minister 'aan de rechtspraak worden overgelaten in hoeverre de uitsluiting van rechtsmiddelen kan worden doorbroken op grond van de daarvoor in de jurisprudentie ontwikkelde gronden'.⁸

In *Schijf c.s./Laclé* hakt de Hoge Raad de knoop door. De Hoge Raad overweegt dat als de wetgever meent dat het openstellen van een rechtsmiddel in de deelgeschilprocedure zich bezwaarlijk verdraagt met de ratio van die procedure, maar aan de rechtspraak laat of het rechtsmiddelenverbod kan worden doorbroken, als uitgangspunt geldt dat de doorbrekingsleer van toepassing is.⁹ Ten aanzien van art. 1019bb Rv ziet de Hoge Raad geen aanleiding anders te oordelen. De Hoge Raad overweegt daartoe voorts dat de vraag of een bepaald wettelijk rechtsmiddelenverbod kan worden doorbroken uit het oogpunt van rechtszekerheid een ondubbelzinnig antwoord behoeft. Gezien de fundamentele strekking van de doorbrekingsjurisprudentie zal dat antwoord de rechtsbescherming moeten waarborgen die in die jurisprudentie wordt verleend. Ondanks mogelijke twijfel over de toepasselijkheid van de doorbre-

4 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, p. 177 (Nota). Wanneer de rechter ten onrechte iets als een kennelijke, ook voor partijen kenbare en voor eenvoudig herstel vatbare fout aanmerkt, is immers sprake van ten onrechte toepassen van art. 31 lid 1 Rv, aldus de minister. Hij wijst ook op HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3878, NJ 2000/171 (*Stichting Thuiszorg Midden-Limburg/Plum-De Groot*).

5 Zie *Stb.* 2024, 62. De bepaling is in werking getreden op 1 januari 2025 (*Stb.* 2024, 72).

6 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 65. Die mogelijkheid bestond al ten aanzien van de rechtsmiddelenverboden bij toewijzing van voorlopige bewijsvoorzieningen van art. 188 lid 2 en 204 lid 2 Rv (oud). Zie ook hiervoor, in het kader van asymmetrische rechtsmiddelenverboden, nr. [44].

7 *Kamerstukken II* 2007/08, 31518, nr. 3, p. 2.

8 *Kamerstukken II* 2007/08, 31518, nr. 3, p. 19. Hoger beroep toestaan op meer of ruimere gronden dan in de doorbrekingsjurisprudentie ontwikkeld, was volgens de minister niet wenselijk. Daarmee zou afbreuk worden gedaan aan de voordelen van uitsluiting van hoger beroep, namelijk een extra stimulans om de onderhandelingen af te ronden en dat hoger beroep niet kan worden aangegrepen om de onderhandelingen te vertragen. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31518, C, p. 5.

9 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:943, NJ 2015/215, r.o. 5.4 (*Schijf c.s./Laclé*).

kingsjurisprudentie, als gevolg van een onzekere appelmogelijkheid in de bodemprocedure op grond van art. 1019cc lid 3 Rv,¹⁰ moet daarom worden aangenomen dat ook ten aanzien van art. 1019bb Rv de doorbrekingsgronden kunnen worden ingeroepen.¹¹

Zo nopen de rechtszekerheid en de fundamentele strekking van de doorbrekingsjurisprudentie tot de toepasselijkheid van de doorbrekingsjurisprudentie bij beschikkingen in de deelgeschilprocedure.¹² Uit deze overwegingen zou in meer algemene zin kunnen worden afgeleid dat de mogelijkheid van doorbreking uitgangspunt is wanneer daarover ten aanzien van een rechtsmiddelenverbod twijfel bestaat.¹³ Uit de overwegingen volgt in ieder geval dat dit uitgangspunt geldt bij twijfelgevallen indien de wetgever de beslissing over de toepasbaarheid van de doorbrekingsleer uitdrukkelijk aan de rechtspraak heeft gelaten.¹⁴

Nadere handvatten geeft de Hoge Raad in *Schijf c.s./Laclé* niet. Daarmee is de beschikking als richtlijn voor de toepasselijkheid van de doorbrekingsjurisprudentie van beperkte waarde, omdat de parlementaire geschiedenis niet steeds opmerkingen bevat over die toepasselijkheid of het al dan niet overlaten aan de rechter daarvan.¹⁵ Ook als wordt aangenomen dat bij twijfel over de toepasselijkheid deze steeds uitgangspunt is, blijft de daadwerkelijke toepasselijkheid dus onzeker. Welke rechtsmiddelenverboden moeten immers worden gekwalificeerd als twijfelgeval? En welke omstandigheden nopen tot afwijken van het uitgangspunt van toepasselijkheid? Bovendien garandeert het feit dat de parlementaire toelichting wijst op de mogelijkheid van doorbreking niet dat de doorbrekingsleer ook toepasselijk is, zo blijkt uit recente rechtspraak. In *NIOC/Schreuder c.s.* komt de Hoge Raad terug van jurisprudentie op grond waarvan het rechtsmiddelenverbod bij wrakingsbeslissingen (art. 39 lid 5 Rv) kan worden doorbroken.¹⁶ In de totstandkomingsgeschiedenis van art. 39 lid 5 Rv wordt weliswaar gewezen op de doorbrekingsmogelijkheid, maar daaruit kan volgens de Hoge Raad niet worden afgeleid dat de mogelijkheid van beroep van een wrakingsbeslissing op een doorbrekingsgrond nodig of wenselijk is

¹⁰ Daarover hierna nr. [140].

¹¹ HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:943, NJ 2015/215, r.o. 5.4-5.5 (*Schijf c.s./Laclé*).

¹² Zie ook Krans, NJ 2015/215, nr. 21.

¹³ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/24.

¹⁴ Ik ken geen voorbeelden waarin de toelichting de keuze uitdrukkelijk aan de rechter laat en de Hoge Raad de doorbrekingsleer vervolgens niet van toepassing acht.

¹⁵ Zie bijv. het met de WHOA ingevoerde art. 369 lid 10 Fw, dat rechtsmiddelen tegen o.a. homologatie van een akkoord ex art. 384 Fw uitsluit. In de toelichting wordt met geen woord gerept over de doorbreekbaarheid van dit rechtsmiddelenverbod. De doorbreekbaarheid is in de literatuur wel aangenomen. Zie bijv. Mennens 2020, nr. 595, p. 753-754 die wijst op de reactie van INSOLAD bij het consultatievoorstel van de WHOA (vn. 618). Zie ook Frentz 2022, p. 34 en Jansen & Orbán 2024, p. 238. Bosch, Damsteegt-Molier & De Vos 2021, p. 332 achten de doorbrekingsjurisprudentie op de meeste WHOA-uitspraken van toepassing. Ook appelrechters achten doorbreking van art. 369 lid 10 Fw mogelijk, zie Hof Den Haag 11 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:721, r.o. 4.4 en Hof Amsterdam 13 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:346, r.o. 4.7.

¹⁶ HR 21 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:918, RvdW 2024/644, r.o. 3.2 en 3.5 (*NIOC/Schreuder c.s.*), met verwijzing naar HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2824, NJ 1999/243, r.o. 3.3 (*S/Stichting Interculturele Jeugdzorg A*), HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3633, NJ 2016/35, r.o. 3.4 (*Tempelaar/Stichting Jeugdbescherming Rotterdam Rijnmond*) en HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2263, NJ 2019/6, r.o. 4.1.

geacht.¹⁷ De Hoge Raad overweegt hiertoe dat de verwijzing naar de doorbrekingsmogelijkheid enkel berust op de rechtspraak op grond waarvan doorbreking van het rechtsmiddelenverbod – tot nu toe – mogelijk was.¹⁸

Dit geval komt in deze paragraaf nader aan de orde, naast andere gevallen waarin de Hoge Raad de doorbrekingsjurisprudentie uitdrukkelijk heeft uitgesloten. Die bespreking kan meer grip op het vraagstuk van de doorbreekbaarheid van rechtsmiddelenverboden geven.

5.2.3 Aard van het rechtsmiddelenverbod

137. Gedeeltelijke uitsluiting van rechtsmiddelen

Het eerste soort gevallen waarin de doorbrekingsleer niet van toepassing is, betreft de rechtsmiddelenverboden die rechtsmiddelen slechts deels uitsluiten. Die gedeeltelijke uitsluiting kan het gevolg zijn van een verbod dat niet alle rechtsmiddelen uitsluit, maar ook van een verbod dat een beperking aanbrengt ten aanzien van het moment waarop rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld. Hiervan is sprake bij de in het procesrecht geldende appelgrens, respectievelijk de uitsluiting van tussentijds hoger beroep en tussentijds cassatieberoep. Zoals ik hierna zal uitwerken, vormt dus de aard van het rechtsmiddelenverbod in beide gevallen de reden om toepassing van de doorbrekingsleer uit te sluiten.

138. Slechts hoger beroep is uitgesloten¹⁹

Art. 332 lid 1 Rv bepaalt dat tegen een vonnis geen hoger beroep mogelijk is wanneer de waarde van de vordering in eerste aanleg niet meer beloopt dan € 1750. De ratio van de appelgrens is dat hoger beroep niet moet openstaan in zaken waarvan het geringe financiële belang niet opweegt tegen de tijd en kosten die gemoeid zijn met de behandeling in hoger beroep.²⁰

Volgens vaste rechtspraak kan dit appelverbod voor kleine vorderingen niet worden doorbroken.²¹ Ook bij deze rechtspraak speelt een rol dat de geringe waarde van de vordering niet opweegt tegen de kosten en tijd die met hoger beroep zijn

17 Hieruit leid ik af dat de rechter toepasselijkheid van de doorbrekingsleer niet kan uitsluiten wanneer noodzaak en wenselijkheid van doorbreking wel uit de toelichting blijken. Ik durf uitzonderingen niet op voorhand uit te sluiten, maar ken geen rechtspraak die op uitzonderingen wijst.

18 HR 21 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:918, RvdW 2024/644, r.o. 3.4 (NIOC/Schreuder c.s.), met verwijzing naar *Kamerstukken II 1999/00*, 26855, B, p. 8 en Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, p. 191 (*Kamerstukken II 1999/00*, 26855, nr. 3, p. 66-67). Hierin zijn minister en staatssecretaris met verwijzing naar HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2824, NJ 1999/243 (S/Stichting Interculturele Jeugdzorg) van oordeel dat behandeling van wrakingsverzoeken met gesloten deuren op buitenwettelijke gronden meebrengt dat sprake is van essentieel vormverzuim en dat hoger beroep mogelijk is ondanks het rechtsmiddelenverbod. Zie hierna nr. [143].

19 Zie reeds Bentvelzen 2021, p. 42-43.

20 HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1490, NJ 2007/637, r.o. 3.6 (*Johannes/Baranco*). Ook bij toepassing van de Europese 'Small Claims-procedure' geldt deze grens, zie met betrekking tot de appelgrens in art. 2 lid 2 Uitvoeringswet verordening Europese procedure voor geringe vorderingen, *Kamerstukken II 2007/08*, 31596, nr. 3, p. 10.

21 Zie naast de voorbeelden in de volgende voetnoten bijv. concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2023:903, voor HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1647, RvdW 2023/1128 (X/DUO), onder 4.17. Hof Den Haag 3 augustus 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1397 miskent deze rechtspraak.

gemoeid.²² De Hoge Raad heeft hieraan toegevoegd dat er geen aanleiding is voor doorbreking van art. 332 lid 1 Rv, omdat tegen vorderingen van geringe omvang wel cassatieberoep openstaat op de voet van art. 80 RO.²³ De regel dat doorbreking van een rechtsmiddelenverbod niet mogelijk is wanneer het verbod cassatie niet uitsluit,²⁴ geldt ook buiten art. 332 Rv. Zo heeft de Hoge Raad in het kader van art. 388 lid 2 Rv (heropeningsbeslissingen) en art. 490d Rv (staat van verdeling van executie-opbrengst), die slechts hoger beroep uitsluiten, reeds overwogen dat de doorbrekingsjurisprudentie niet van toepassing is.²⁵

Hier wordt duidelijk dat de aard van het rechtsmiddelenverbod dat niet elk rechtsmiddel uitsluit een grote rol speelt bij de vraag of de doorbrekingsleer kan worden toegepast.²⁶ Aan doorbreking is geen behoefte wanneer de desbetreffende klachten nog door aanwending van een ander rechtsmiddel kunnen worden beoordeeld. De doorbrekingsmogelijkheid moet dus worden gezien als een subsidiaire mogelijkheid.

139. Uitsluiting van tussentijds beroep

Het subsidiaire karakter van doorbreking speelt op een vergelijkbare manier een rol bij het verbod op tussentijds hoger beroep. Tussentijds hoger beroep is het hoger beroep tegen een tussenuitspraak dat wordt ingesteld voordat de einduitspraak is gewezen.²⁷ Tussentijds hoger beroep anders dan tegen een provisioneel tussenvonnis is niet mogelijk, tenzij de rechter die de tussenuitspraak doet hoger beroep open-

- 22 HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1490, NJ 2007/637, r.o. 3.6 (*Johannes/Baranco*). De wetgever neemt hetzelfde aan voor art. 2 lid 2 Uitvoeringswet verordening Europese procedure voor geringe vorderingen, zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31596, nr. 3, p. 10. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3969, r.o. 3.6, waarin het hof tevens overweegt dat het feit dat de zaak van appellant verknocht is met een andere zaak die bij het hof aanhangig is en dat tegenstrijdige uitspraken kunnen ontstaan, geen doorbrekingsgrond oplevert. Het hof overweegt ook dat bij het vaststellen of de appelpgrens is gehaald, geen rekening wordt gehouden met vorderingen van of tegen andere partijen in een gevoegde procedure, omdat de zaken ondanks samenvoeging zelfstandig blijven en verwijst naar HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1032, NJ 2009/477 (*Van Wanrooij/Victory Projectontwikkeling & Tromp*).
- 23 HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1490, NJ 2007/637, r.o. 3.6 (*Johannes/Baranco*); HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0210, NJ 1992/215, r.o. 3.3 (*Ben Amor/Groningen*). Zie bijv. ook Hof Leeuwarden 28 april 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI5014, r.o. 2 en Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3835, r.o. 4.4. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BZ1135, r.o. 4.9 inzake art. 2 lid 2 Uitvoeringswet verordening Europese procedure voor geringe vorderingen.
- 24 Lewin, *JBPr* 2012/68, nr. 7, betwijfelt of uit HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4896, NJ 2013/351 (*Betsalel-Beukers/Stichting Joodse Omroep*) (zie volgende voetnoot) kan worden afgeleid dat de cassatiemogelijkheid een doorslaggevend argument voor het uitsluiten van doorbrekingsmogelijkheden is.
- 25 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4896, NJ 2013/351, r.o. 4.2.1 (*Betsalel-Beukers/Stichting Joodse Omroep*), resp. HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:112, NJ 2017/64, r.o. 4.2 (*ING/Visser & Lucky Parrot*). In *Betsalel-Beukers/Stichting Joodse Omroep* overweegt de Hoge Raad overigens dat ook de aard van de beslissing – heropening staat slechts in zeer bijzondere gevallen open – relevant is voor de uitsluiting van doorbrekingsmogelijkheden (r.o. 4.2.1). Vgl. hierna par. 5.2.4.
- 26 Overigens speelt bij de appelpgrens, gezien de daarvoor geldende ratio, ook de aard van de beslissing mee. Zie voor andere voorbeelden hierna par. 5.2.4.
- 27 In een tussenuitspraak wordt in het dictum geen einde gemaakt aan het geding omtrent enig deel van het gevraagde, dat wil zeggen de rechtsvordering die, of het verzoek dat inzet in het geding is. Zie bijv. HR 22 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1639, NJ 2011/269, r.o. 3.3.2; HR 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:57, NJ 2024/42, r.o. 3.1 (*Sonos/Google*).

stelt (art. 337 lid 2 Rv).²⁸ In andere gevallen geldt dus een verbod op tussentijds hoger beroep en is het beroep slechts mogelijk samen met het eindvonnis. Voor cassatie geldt eenzelfde regeling (art. 401a lid 2 Rv).²⁹ Absoluut is het verbod echter niet. Zo is al langer vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat tegen tussenvonnisdelen van een deelvonnis wel tussentijds hoger beroep kan worden ingesteld wanneer tegen het eindvonnisgedeelte van het deelvonnis wordt geappelleerd. De goede procesorde vereist dan dat het verbod op tussentijds beroep mag worden genegeerd omdat anders berechting van met elkaar samenhangende vorderingen zou worden gesplitst, wat zou kunnen leiden tot tegenstrijdige beslissingen.³⁰ Ook staat van een tussenvonnis waartegen geen tussentijds hoger beroep openstaat toch hoger beroep open als daarop een tussenvonnis volgt waartegen wel hoger beroep mogelijk is.³¹ Als eenmaal de continuïteit van de instantie is doorbroken, moet een procespartij tegelijkertijd zijn bezwaren tegen voorgaande tussenvonnissen in appel kunnen voorleggen, ter voorkoming van versnippering van de procedure in hogere instantie.³²

Het verbod op tussentijds hoger beroep kan echter niet worden doorbroken met een beroep op de doorbrekingsjurisprudentie. De Hoge Raad heeft in het arrest *Tros/Pretium* overwogen dat de doorbrekingsjurisprudentie niet van toepassing is op art. 337 lid 2 Rv, dat de bevoegdheid tot appel niet uitsluit, 'maar het slechts het moment regelt waarop deze bevoegdheid kan worden uitgeoefend'.³³ Art. 337 lid 2 Rv stelt het moment van de mogelijkheid van hoger beroep uit. De bepaling is daarmee niet op een lijn te stellen met rechtsmiddelenverboden die de rechtsmiddelen geheel uitsluiten. Deze lijn geldt ook ten aanzien van de uitsluiting van cassatieberoep tegen tussenarresten, zo blijkt uit het recente arrest *Sonos/Google*.³⁴ Een rechtsmiddel dat is ingesteld tegen een tussenvonnis of tussenarrest waarvan

28 Art. 337 lid 1 Rv regelt de mogelijkheid van tussentijds hoger beroep tegen een provisioneel tussenvonnis. Voor cassatie tegen provisionele tussenarresten kent art. 401a lid 1 Rv eenzelfde regeling. Als een provisionele tussenuitspraak is overigens niet aan te merken een beslissing in het kader van de voortgang en de instructie van de zaak. De beslissing blijft dan een tussenuitspraak waartegen geen tussentijds rechtsmiddel kan worden ingesteld. Zie HR 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:57, NJ 2024/42, r.o. 3.1 (*Sonos/Google*); HR 22 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1639, NJ 2011/269, r.o. 3.4.3. Een dergelijke kwalificatie kan ook overigens nog gevolgen hebben voor de toepasselijkheid van de doorbrekingsjurisprudentie, zie hierna nr. [146].

29 Vgl. bijv. HR 12 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:224, NJ 2021/62, r.o. 3.3.

30 Zie bijv. HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AL7051, NJ 2005/510, r.o. 3.2 (*Pontecen/Stratex*).

31 Zie bijv. HR 18 november 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB5226, NJ 1967/222 (*Breta/Eelman*) en HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3168, NJ 2006/229, r.o. 3.5 (*Beek/Commercial Realty Associates*).

32 Hierover en ook verder over deze wijzen van, en vereisten voor, doorbreking van het verbod op tussentijds hoger beroep, uitgebreid Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/36 en 36a en Stein/Rueb/Gras, Hendrikse & Jongbloed 2024, p. 293-294. Zie ook concl. A-G Van Peursesem, ECLI:NL:PHR:2023:1030, voor HR 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:57, NJ 2024/42 (*Sonos/Google*), onder 3.1.

33 HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0598, NJ 2012/556, r.o. 4.5 (*Tros/Pretium*). Het betrof overigens een overweging ten overvloede, omdat de rechtbank het tussentijds hoger beroep had opengesteld. Door een administratieve tekortkoming was deze rolbeschikking echter aan het hof voorbijgegaan (r.o. 4.2). Zie bijv. ook Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:477, r.o. 2.16.

34 HR 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:57, NJ 2024/42, r.o. 3.1 (*Sonos/Google*). In dezelfde zin reeds de belastingkamer in HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:639, BNB 2022/85, r.o. 2.5-2.6.

geen tussentijds beroep is opengesteld is dus steeds niet-ontvankelijk, ook als doorbrekingsgronden zijn aangevoerd. Beoordeling van die gronden blijft immers uit.³⁵

In eerdere rechtspraak had de Hoge Raad al geoordeeld dat een beroep op schending van het beginsel van hoor en wederhoor niet kan afdoen aan de onmogelijkheid van tussentijds cassatieberoep tegen een tussenbeschikking, zoals geregeld in art. 426 lid 4 jo. 401a lid 2 Rv.³⁶ Vergelijkbare overwegingen werden gegeven ten aanzien van het verbod op tussentijds hoger beroep tegen tussenbeschikkingen van art. 429n lid 3 Rv (oud; thans art. 358 lid 4 Rv),³⁷ al werd daarin niet uitdrukkelijk gerefereerd aan toepasselijkheid van de doorbrekingsleer als zodanig. Evenmin werd het betreffende verbod daarin door de Hoge Raad getypeerd als bepaling die slechts het moment regelt waarop de appelbevoegdheid kan worden uitgeoefend, zoals in *Tros/Pretium*. Mijns inziens kan op grond van deze rechtspraak, en omdat voor tussenbeschikkingen vrijwel hetzelfde regime geldt als voor tussenvonnissen en -arresten, worden aangenomen dat de overwegingen uit *Tros/Pretium* thans evengoed gelden ten aanzien van tussentijds beroep tegen tussenbeschikkingen.

Waarom op art. 337 lid 2 Rv als ‘tijdelijk rechtsmiddelenverbod’ de doorbrekingsjurisprudentie niet van toepassing is, motiveert de Hoge Raad overigens niet expliciet. De motivering zal zijn dat het verbod niet belet dat doorbrekingsgronden tegen een tussenuitspraak uiteindelijk kunnen worden aangedragen, zij het na het eindvonnis. Bovendien kan op dat moment ook met andere gronden tegen de tussenuitspraak worden opgekomen.³⁸

140. Rechtsmiddelenverbod in de deelgeschilprocedure als ‘uitzondering’: *Schijf c.s./Laclé*

Het argument dat een rechtsmiddelenverbod slechts het moment uitstelt waarop een rechtsmiddel kan worden ingesteld, is voor uitsluiting van de doorbrekingsleer niet steeds voldoende. Het argument kan ook worden aangevoerd in het kader van art. 1019bb Rv. Tegen beschikkingen op het verzoek om een beslissing in een deelgeschil staat geen voorziening open. Hoger beroep tegen deze beschikking is op grond van art. 1019cc lid 3 onder b Rv wel mogelijk tegelijk met het hoger beroep in het eindvonnis in een eventuele bodemprocedure. In dit opzicht is art. 1019cc lid 3 Rv vergelijkbaar met art. 337 lid 2 Rv.³⁹ Desalniettemin liet de Hoge Raad in *Schijf*

³⁵ In HR 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2019:57, r.o. 3.1 (*Sonos/Google*) verklaart de Hoge Raad om deze reden het principale en incidentele cassatieberoep niet-ontvankelijk. De A-G concludeerde na beoordeling van de doorbrekingsgronden ten onrechte tot verwerving. Zie concl. A-G Van Peurseem, ECLI:NL:PHR:2023:1030, onder 4.18-4.32. Hieruit blijkt ook dat de niet-doorbreekbaarheid van een rechtsmiddelenverbod niet kan leiden tot het oordeel dat een doorbrekingsklacht ongegrond is. Ontvankelijkheid en doorbreking moeten van elkaar worden onderscheiden. Zie ook hierna nrs. [155], [157] en [177].

³⁶ HR 8 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3664, NJ 2009/223, r.o. 3.2.

³⁷ HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0554, NJ 1992/475, r.o. 3.3 (*Dr. Sophie Redmondstichting/Weening*); HR 5 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2664, NJ 1998/626, r.o. 3.5. Vgl. ook HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2724, RvdW 2007/36 (*X/Bank Bercoop*) waarin in het cassatiemiddel wel een beroep werd gedaan op doorbrekingsgronden (ten onrechte buiten toepassing laten van art. 2 Fw, dan wel met verzuim van essentiële vormen toepassen daarvan), maar de Hoge Raad louter met een beroep op art. 401a lid 2 jo. 426 lid 4 Rv het cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaart.

³⁸ Krans, NJ 2015/215, nr. 14.

³⁹ Op grond van art. 1019cc lid 3 sub a Rv is hoger beroep ook mogelijk indien de rechter in eerste aanleg deze mogelijkheid heeft geopend. Zie ook in dit opzicht de gelijkenis met art. 337 lid 2 Rv.

c.s./Laclé de doorbrekingsjurisprudentie ten aanzien van art. 1019bb Rv niet buiten toepassing. De rechtszekerheid en het fundamentele karakter van de doorbrekingsjurisprudentie gaven de doorslag voor dit oordeel, waarin de Hoge Raad door de wetgever uitdrukkelijk was vrijgelaten, zo bleek reeds hierboven.⁴⁰

De rechtszekerheid was in het geding door de beperkte reikwijdte van art. 1019cc lid 3 Rv. De Hoge Raad overweegt, met verwijzing naar *Tros/Pretium*, dat in de die bepaling vastgelegde mogelijkheid tot 'uitgesteld hoger beroep' aanleiding zou kunnen worden gevonden om doorbreking van het verbod in art. 1019bb Rv niet toe te staan.⁴¹ Die redenering leidt echter tot afbakeningsproblemen nu de uitgestelde mogelijkheid niet voor alle mogelijke soorten deelgeschilbeschikkingen geldt.⁴² Op grond van art. 1019cc lid 3 (aanhef) jo. lid 1 Rv is hoger beroep in een bodemprocedure tegen deelgeschilbeschikkingen alleen mogelijk als daarin uitdrukkelijk en zonder voorbehoud is beslist op een of meer geschilpunten tussen partijen betreffende hun materiële rechtsverhouding. Daaronder valt bijvoorbeeld niet de beslissing om het verzoek op grond van art. 1019z Rv af te wijzen voor zover de verzochte beslissing naar het oordeel van de rechter onvoldoende kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Ook meer processuele beslissingen, die niet de materiële rechtsverhouding van partijen betreffen, vallen niet onder de reikwijdte van art. 1019cc lid 3 Rv.⁴³ Er zijn echter grensgevallen denkbaar waarin het onderscheid tussen beslissingen die ingrijpen in de materiële rechtsverhouding van partijen en meer processueel getinte beslissingen niet makkelijk is te maken.⁴⁴ Het zal dus niet voor elke deelgeschilbeslissing makkelijk zijn om vast te stellen of daadwerkelijk 'uitgesteld' hoger beroep mogelijk is. De lijn van *Tros/Pretium* en art. 337 lid 2 Rv indachtig, wordt vervolgens onzeker of de doorbrekingsleer toepasselijk is na dergelijke beslissingen op een verzoek om een deelgeschilbeschikking.

Het voorkomen van die onzekerheid, gecombineerd met het fundamentele karakter van de doorbrekingsjurisprudentie, vormt voor de Hoge Raad, als gezegd, de grondslag voor het oordeel dat de doorbrekingsgronden wel kunnen worden ingeroepen.⁴⁵ Dat oordeel houdt in dat na alle deelgeschilbeslissingen een beroep kan worden gedaan op de doorbrekingsleer, ongeacht of een rechtsmiddel in de zin van art. 1019cc lid 3 Rv openstaat of zal openstaan.⁴⁶ Daarmee vervalt, voor wat betreft de doorbreekbaarheid, het onderscheid tussen beslissingen die wel en beslissingen die niet ingrijpen in de materiële rechtsverhouding van partijen. Zo lijken de deelgeschilbeslissingen over geschilpunten betreffende de materiële rechtsverhouding van partijen en over geschilpunten van puur procedurele aard, voor wat betreft beroepsmogelijkheden, mee te liften op het oordeel van de Hoge Raad dat toch spe-

40 Zie hiervoor nr. [136].

41 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:943, NJ 2015/215, r.o. 5.4 (*Schijf c.s./Laclé*).

42 In *Schijf c.s./Laclé* hanteert de Hoge Raad de begrippen 'uitgesteld hoger beroep' of 'temporeel' of 'tijdelijk rechtsmiddelenverbod' niet als zodanig.

43 Zo ook het cassatiemiddel in de zaak, onder 9.

44 De Hoge Raad overweegt dat ook de wetgever zich van deze grensgevallen rekenschap heeft gegeven en wijst op *Kamerstukken II 2007/08*, 31518, nr. 3, p. 20 (r.o. 5.4).

45 Volgens Van Weerden, *JIN 2014/134*, nr. 29 laat deze gedachtegang zich verklaren doordat de beschikbaarheid van rechtsmiddelen een kwestie van openbare orde is, en de rechtspraktijk zich op dit punt geen onduidelijkheid kan veroorloven.

46 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:943, NJ 2015/215, r.o. 5.5 (*Schijf c.s./Laclé*).

cifiek lijkt ingegeven door de grensgevallen waarvoor niet op voorhand duidelijk is of uitgesteld beroep op grond van art. 1019cc lid 3 Rv mogelijk is.⁴⁷ Bij het volgen van de redenering in *Tros/Pretium* zou immers de doorbrekingsleer niet van toepassing zijn op materiële beslissingen als daartegen beroep op grond van art. 1019cc lid 3 jo. lid 1 Rv openstaat. Voor puur procedurele beslissingen zouden rechtsmiddelen geheel zijn uitgesloten door art. 1019bb Rv en de beperkte reikwijdte van art. 1019cc lid 3 jo. lid 1 Rv. Tegen deze beslissingen kan nu in ieder geval met een beroep op een of meer doorbrekingsgronden worden opgekomen.⁴⁸

141. Tussentijds beroep en *appel-nullité* onder Frans recht

Zoals eerder bij de bespreking van het Franse recht aan de orde kwam, geldt ook voor *appel-nullité* een subsidiariteitsvereiste.⁴⁹ Dat wil zeggen dat *appel-nullité* alleen met succes kan worden ingesteld als de wetgever alle andere middelen om de betreffende rechterlijke uitspraak aan te tasten heeft uitgesloten.⁵⁰ Als het gaat om het verbod op tussentijds beroep wordt de subsidiariteitsgedachte in het Franse recht echter sterk genuanceerd. Waar het Nederlandse recht doorbreking van het verbod op tussentijds beroep uitsluit, volgt het Franse recht in het kader van *appel-nullité* een andere lijn.

Ook in het Franse procesrecht is tussentijds hoger beroep (*appel immédiat*) in beginsel slechts toegestaan tegen uitspraken waarin de zaak ten principale in het geheel wordt afgedaan, alsmede tegen deeluitspraken waarin een deel van het hoofdgeding wordt afgedaan en waarin ook onderzoeksmaatregelen of voorlopige maatregelen worden getroffen (*jugements partiels*; art. 544, al. 1 CPC). Hoger beroep is ook mogelijk tegen uitspraken over een procedureel bezwaar, beroep op niet-ontvankelijkheid, of uitspraken in andere incidenten die een eind aan de instantie maken (art. 544, al. 2 CPC). In andere gevallen is het in beginsel niet mogelijk om hoger beroep in te stellen onafhankelijk van het hoger beroep tegen de uitspraak die de zaak ten gronde beslist. Alleen in de gevallen bij wet bepaald kan tegen *jugements avant dire droit* toch direct hoger beroep worden ingesteld (art. 545 CPC).⁵¹ Vol-

47 Dit roept tevens de vraag op in hoeverre art. 337 lid 2 en 1019bb Rv daadwerkelijk vergelijkbaar zijn. Uit de overweging van de Hoge Raad – met verwijzing naar *Tros/Pretium* – dat in het 'uitgesteld hoger beroep' van art. 1019cc lid 3 Rv aanleiding zou kunnen worden gevonden om doorbreking niet toe te laten, kan overigens niet eenduidig worden afgeleid dat de Hoge Raad de aard van art. 1019bb Rv op een lijn stelt met die van art. 337 lid 2 Rv. Evenzo Krans, *NJ* 2015/215, nr. 17. Concl. A-G Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2013:2369, voor HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:943, *NJ* 2015/215 (*Schiff c.s./Laclé*), onder 3.14 trekt wel uitdrukkelijk de vergelijking tussen art. 1019cc lid 3 en 337 lid 2 Rv en acht de overwegingen uit *Tros/Pretium* rechtstreeks van toepassing op art. 1019bb Rv.

48 Vgl. Collignon-Smit Sibinga 2019, p. 60. In de bodemprocedure blijft het onmogelijk om met een rechtsmiddel tegen deze beslissingen op te komen. Wanneer deze procedurele beslissingen in de bodemprocedure toch aan de orde komen, kan de rechter daar eventueel bij de beoordeling van de vordering ten principale rekening houden, zo was de gedachte van de wetgever. Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 31518, nr. 4, p. 2.

49 Zie hiervoor nr. [81].

50 Zie bijv. Cour de cassation (civ. 2^e) 27 juni 1984, nr. 83-10.743, *Bull.* II, nr. 122; Cour de cassation (soc.) 29 juni 2005, nr. 02-45.885; Barret 1990, nrs. 25 en 28; Guinchard, Ferrand & Chainais 2008, nr. 1587, p. 1154-1155; Hoc 2019, nr. 444, p. 291.

51 Zie Couchez & Lagarde 2014, p. 446-447; Guinchard, Ferrand & Chainais 2008, nr. 1669, p. 1194.

gens een hiermee vergelijkbare regeling is ook cassatieberoep (*pourvoi en cassation*) slechts tussentijds mogelijk in de gevallen bij wet bepaald (art. 606-608 CPC).⁵²

Naast deze wettelijke uitzonderingen is in de rechtspraak aanvaard dat direct hoger beroep tegen deze ‘tussenuitspraken’ mogelijk is via de band van appel-nullité, dus in het geval de tussenuitspraak is gegeven met *excès de pouvoir*. Een beroep op appel-nullité is dus ook mogelijk in het geval hoger beroep niet volledig is uitgesloten, maar slechts is uitgesteld totdat de zaak ten gronde is beslist.⁵³ Dit geldt ook voor tussenuitspraken waartegen hoger beroep slechts met verlov van het hof van beroep mogelijk is. Dat geen verlov is gegeven verhindert dus niet dat in geval van *excès de pouvoir* hoger beroep wordt ingesteld.⁵⁴

Deze rechtspraak is gebaseerd op de gedachte dat het vasthouden aan uitstel van hoger beroep in gevallen van *excès de pouvoir*, al dan niet bestaand in een schending van fundamentele beginselen, neerkomt op de aanvaarding van ernstige, veelal onomkeerbare gevolgen van de betreffende uitspraak. Daarmee wordt het recht om hoger beroep in te stellen feitelijk tenietgedaan, terwijl de schending te ernstig is om nog langer te worden geduld.⁵⁵ Deze rechtspraak geldt ook in gevallen waarin tussentijds cassatieberoep in beginsel is uitgesloten. *Pourvoi-nullité* is in dergelijke gevallen dus mogelijk.⁵⁶

Deze rechtspraak staat haaks op de Nederlandse doorbrekingsjurisprudentie. In de doorbrekingsleer wordt de uitgestelde mogelijkheid van appel of cassatie nu juist gezien als rechtvaardiging voor de onmogelijkheid van doorbreking van het verbod op tussentijds beroep, zo blijkt uit *Tros/Pretium*.⁵⁷ Het wel toelaten van appel-nullité – of *pourvoi-nullité* – in dergelijke gevallen en de daarvoor gezochte rechtvaardiging, toont dat het Franse recht meer nadruk legt op de voor appel-nullité relevante schendingen en meer belang hecht aan het recht op hoger beroep. In de Nederlandse benadering is daarentegen doorslaggevend dat het wettelijke stelsel nog mogelijkheden biedt. De vraag of het gaat om reële mogelijkheden lijkt daarbij geen rol te spelen.

142. Doorbreking van het bestuursrechtelijk appelverbod tegen voorlopige voorzieningen

De nuancering van de subsidiariteitsgedachte komt ook voor in de bestuursrechtelijke toepassing van de doorbrekingsleer. In dit verband is in het bijzonder interessant de doorbrekingsmogelijkheid van het appelverbod ten aanzien van de uitspraak op een verzoek om een voorlopige voorziening (art. 8:104 lid 2 sub d jo. 8:84 lid 1 Awb). Die mogelijkheid is bijzonder, vooral nu zij aanvankelijk niet werd aanvaard.

52 Zie Guinchard, Ferrand & Chainais 2008, nr. 1794, p. 1254-1255.

53 Zie bijv. Cour de cassation (soc.) 23 februari 1977, nr. 75-14.506, *Bull. V*, nr. 131; Cour de cassation (soc.) 29 januari 1981, nr. 79-40.818, *Bull. V*, nr. 91; Cour de cassation (civ. 1^{re}) 28 april 1998, nr. 95-22.241, *Bull. I*, nr. 151. Zie ook Barret 1990, nrs. 12 en 26.

54 Cour de cassation (civ. 2^e) 7 oktober 2010, nr. 09-16.829, *Bull. II*, nr. 167; Cour de cassation (civ. 2^e) 21 februari 2013, nr. 12-15.549. Zie ook Hoc 2019, nr. 344, p. 226, die meent dat het verlov wel eerst moet zijn gevraagd en dat appel-nullité hier dus een subsidiair karakter heeft.

55 Guinchard, Ferrand & Chainais 2008, nr. 1672, p. 1196-1197; Guinchard e.a. 2013, nr. 256, p. 594.

56 Guinchard, Ferrand & Chainais 2008, nrs. 1672 en 1794, p. 1197 en 1255-1256; Boré & Boré 2023, nr. 38.162, p. 165.

57 Zie hiervoor nr. [139].

In zijn uitspraak van 9 mei 1997 moest de Centrale Raad van Beroep beslissen op het hoger beroep tegen het verlenen van een voorlopige voorziening door de president van de Rechtbank Den Haag.⁵⁸ De voorlopige voorziening omvatte de plicht tot betaling van een voorschot op een schadevergoeding vanwege de vernietiging van een besluit in een andere procedure tegen appellant. Appellant betoogde dat het appelverbod niet aan hoger beroep in de weg stond. Hij voerde aan dat de president zich bij zijn beslissing niet had gehouden aan het connexiteitsvereiste en daarmee de grenzen van het onderliggende bodemgeschil had overschreden.⁵⁹ Het connexiteitsvereiste houdt in dat de president slechts bevoegd is voorlopige voorzieningen te treffen wanneer er ook een bodemprocedure aanhangig is gemaakt (art. 8:81 lid 1 Awb). De Centrale Raad hield echter vast aan het appelverbod en verklaarde het hoger beroep niet-ontvankelijk. Daartoe overwoog hij dat op grond van de Awb een verzoek om opheffing of wijziging van een uitspraak op het verzoek om een voorlopige voorziening kon worden gedaan. De omstandigheid dat de president buiten de grenzen van het aan hem voorgelegde geschil was getreden kon er, gelet op de mogelijkheid van opheffing of wijziging, niet toe leiden dat het appelverbod zou moeten worden doorbroken.⁶⁰

De Centrale Raad zag in de mogelijkheid van opheffing of wijziging (art. 8:87 Awb) dus een alternatief voor een nieuwe toets in hoger beroep en rechtvaardigde daarmee de beslissing om niet te doorbreken. Tegen deze gedachtegang is in de literatuur ingebracht dat de opheffings- en wijzigingsmogelijkheid niet vergelijkbaar is met de mogelijkheid van hoger beroep. De eerste mogelijkheid kan in beginsel slechts worden gebruikt in geval van nova. Er kan dus geen sprake zijn van een andere rechter die hetzelfde feitencomplex en/of juridische complex opnieuw beoordeelt.⁶¹ Bovendien is het de vraag of een rechter die over opheffing of wijziging van zijn eigen beslissing moet oordelen dat onbevangen kan doen.⁶² De kritiek betrof ook meer in het algemeen de ratio van het appelverbod. Een van de argumenten tegen een appelmogelijkheid was het voorkomen van doorkruising van de procedure in het bodemgeschil.⁶³ Dit argument van processuele eenheid van de rechtsbeschermingsprocedure werd echter niet gezien als steekhoudend argument tegen een beperkte appelmogelijkheid. Die mogelijkheid is nodig als de rechter in voorlopige voorziening zijn bevoegdheid overschrijdt of fundamentele beginselen van rechtspleging schendt.⁶⁴ Van belang is dat met een voorlopige voorziening mogelijk burgerlijke rechten en plichten worden vastgesteld, dat rechtsposities onomkeerbaar kunnen worden beïnvloed en dus dat art. 6 EVRM toepasselijk is.⁶⁵

58 CRvB 9 mei 1997, *JB* 1997/175. Destijds vormde art. 18 lid 2 sub c Beroepswet (oud) jo. art. 8:84 Awb de wettelijke basis voor het rechtsmiddelenverbod. Voor voorlopige voorzieningen die in hoger beroep aan de Afdeling werden voorgelegd gold het appelverbod op grond van art. 37 lid 2 sub c Wet op de Raad van State (Wet RvS (oud)).

59 Het aan de president voorgelegde geschil betrof slechts gedaagdes aanspraken op uitkeringen krachtens de AAW en de WAO.

60 CRvB 9 mei 1997, *JB* 1997/175.

61 Schlössels 1997, p. 744; vgl. Willemsen 2014, p. 111 en De Waard 2015, p. 283.

62 Schlössels 1997, p. 744.

63 Zie ook Willemsen 2014, p. 111.

64 Schlössels 1997, p. 745 en 749.

65 Schlössels 1997, p. 748, met verwijzing naar Viering 1994, p. 88-89.

Deze kritiek heeft uiteindelijk – deels – weerklink gevonden in de rechtspraak van de Centrale Raad.⁶⁶ In een zaak met een tamelijk ingewikkeld feitencomplex⁶⁷ oordeelde de Centrale Raad dat kon worden doorbroken, omdat de Centrale Raad zelf ten onrechte het door appellant tegen een beslissing op voorlopige voorziening ingesteld hoger beroep had aangemerkt als een verzoek om wijziging en had doorgestuurd naar de rechtbank. De rechtbank kwam tot een niet-ontvankelijkverklaring van het veronderstelde wijzigingsverzoek, voor welke beslissing net als voor beslissingen op voorlopige voorziening een appelverbod gold. Dat verbod werd echter doorbroken omdat de Centrale Raad het appelschrift ten onrechte had doorgestuurd naar de rechtbank, die daarmee een uitspraak had gedaan met schending van het fundamentele rechtsbeginsel dat de rechter een beslissing moet geven inzake een bij hem aanhangig gemaakte zaak. Dit leidde ertoe dat de Centrale Raad alsnog kennis moest nemen van het ten onrechte doorgestuurde appelschrift tegen de beslissing op de voorlopige voorziening. De Centrale Raad overweegt dat ook hier een evidente schending van eisen van goede procesorde dan wel van fundamentele rechtsbeginselen, zodanig dat van een eerlijk proces geen sprake is, tot doorbreking van het toepasselijke appelverbod kan leiden. Appellant had aangevoerd dat het bestuursorgaan niet alle op de zaak betrekking hebbende stukken aan de president had overhandigd. Tot doorbreking leidde dat uiteindelijk niet, omdat de president de betreffende stukken al op een andere manier had verkregen.⁶⁸

Ook de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft aanvaard dat doorbreking mogelijk is bij beslissingen op verzoek tot voorlopige voorziening.⁶⁹ De Afdeling heeft uitdrukkelijk overwogen dat de mogelijkheid van opheffing en wijziging geen argument tegen doorbreking vormt wanneer uitspraak is gedaan met ernstige schending van eisen van goede procesorde en fundamentele rechtsbeginselen, met name dat van hoor en wederhoor, zodanig dat van een eerlijk proces geen sprake is geweest. Bij dergelijke schendingen 'is het de taak van de appelrechter om te verzekeren dat daartegen voorziening kan worden verkregen, omdat alleen de appelrechter de aldus getroffen voorziening ab initio kan vernietigen, hetgeen gelet op de aard van het gebrek aangewezen is. Die voorziening kan niet via de in art. 8:87 Awb geboden mogelijkheid worden verkregen.' Opheffing of wijziging tast immers de eerdere uitspraak die is gedaan met de bedoelde schendingen niet aan.⁷⁰ Hiermee wijkt de Afdeling duidelijk af van de overwegingen van de Centrale Raad in diens uitspraak van 9 mei 1997.

Deze bestuursrechtspraak toont dat de opvatting over het subsidiaire karakter van een doorbrekingsmogelijkheid kan veranderen. Doorbreking vormt dan bij nader inzien toch de enige of meest geschikte weg om de gevolgen van een uitspraak weg te nemen als deze uitspraak met fundamentele gebreken tot stand kwam.⁷¹

66 CRvB 11 december 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AD8031, AB 2002/83.

67 Zie Bröring, AB 2002/83, nr. 1-5.

68 CRvB 11 december 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AD8031, AB 2002/83.

69 Bijv. ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4164, r.o. 2.1.

70 ABRvS 11 februari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT0655, AB 2005/181, r.o. 2.11.

71 Deze rechtspraak is om een tweede reden bijzonder. De rechter stelt namelijk een rechtsmiddel open waarin de wet, ook los van het appelverbod, niet voorziet. De rechter creëert zo een rechtsmiddel dat in

143. Doorbreking is niet meer mogelijk in wrakingszaken

Verandering van opvatting over het subsidiaire karakter van doorbreking kan er ook toe leiden dat doorbreking niet meer mogelijk is. Een voorbeeld is de beschikking *NIOC/Schreuder c.s.* De Hoge Raad komt daarin terug van zijn rechtspraak waarin op doorbrekingsgronden hoger beroep of cassatieberoep kan worden ingesteld tegen wrakingsbeslissingen. Daardoor kan het rechtsmiddelenverbod van art. 39 lid 5 Rv niet meer worden doorbroken. De Hoge Raad ziet geen reden meer voor een afzonderlijke mogelijkheid om de wrakingsbeslissing aan een hogere rechter voor te leggen.⁷² Kennelijk heeft ook een afzonderlijk beroep dat berust op doorbrekingsgronden een subsidiair karakter, waardoor het achterwege behoort te blijven.

De Hoge Raad overweegt dat de partij die zonder succes een wrakingsverzoek heeft gedaan, later in de hoofdprocedure in hogere instantie kan aanvoeren dat door ontbreken van rechterlijke onpartijdigheid geen sprake is geweest van een eerlijke procedure. Deze grond, waarop ook het wrakingsverzoek berustte, kan in appel of cassatie van een einduitspraak aan de orde worden gesteld. Behandeling van de grond in appel of cassatie van een na de wrakingsbeslissing gegeven tussenuitspraak is ook mogelijk, mits voor tussentijds beroep verlof is verleend. Een rechtsmiddelenverbod verhindert deze gang van zaken niet. In zoverre bestaat geen belang bij een zelfstandig beroep tegen een wrakingsbeslissing. De toetsing van bezwaren met betrekking tot de rechterlijke onpartijdigheid gaat op in de toetsing van de bestreden uitspraak.⁷³ Dat in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 39 lid 5 Rv wel op de doorbrekingsmogelijkheid wordt gewezen, rechtvaardigt een zelfstandig beroep op doorbrekingsgronden niet. Deze overweging kwam hierboven al aan de orde.⁷⁴ Art. 6 EVRM noodzaakt evenmin tot handhaving van de doorbrekingsmogelijkheid. Of sprake is van een eerlijk proces moet worden bezien ten aanzien van de procedure als geheel, en dan voldoet de mogelijkheid om de onpartijdigheid van een rechter aan de orde te stellen in beroep tegen de uitspraak van die rechter. Bovendien kan opnieuw een wrakingsverzoek worden ingediend als nieuwe omstandigheden in het vervolg van de procedure daartoe aanleiding geven. Gelet op dit alles ontnemt het rechtsmiddelenverbod de partij die zonder succes wraking instelt geen rechten.⁷⁵ Op grond van het voorgaande oordeelt de Hoge Raad dat het belang om een wrakingsbeslissing afzonderlijk aan een hogere rechter voor te leggen onvoldoende opweegt tegen het belang bij voortgang van de procedure dat aan het rechtsmiddelenverbod ten grondslag ligt, ook al berust het rechtsmiddel op doorbrekingsgronden. Het

het stelsel van de Awb eigenlijk niet bestaat. Of een dergelijke doorbreking van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen wel mogelijk moet zijn, komt in hoofdstuk 7 aan de orde. Zie nr. [205].

72 HR 21 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:918, RvdW 2024/644, r.o. 3.2 en 3.5 (*NIOC/Schreuder c.s.*).

73 HR 21 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:918, RvdW 2024/644, r.o. 3.3 (*NIOC/Schreuder c.s.*), met verwijzing naar *Kamerstukken II* 1999/00, 26855, B, p. 8.

74 HR 21 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:918, RvdW 2024/644, r.o. 3.4 (*NIOC/Schreuder c.s.*), waarover nr. [136].

75 HR 21 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:918, RvdW 2024/644, r.o. 3.4 (*NIOC/Schreuder c.s.*). Uit de laatste overweging blijkt duidelijk dat de aard van het rechtsmiddelenverbod meebrengt dat doorbreking als subsidiair wordt gezien. Dit wordt benadrukt doordat de overwegingen tevens verwijzen naar de rechtspraak waarin doorbreking van het verbod op tussentijds beroep wordt uitgesloten. De Hoge Raad verwijst ook naar rechtspraak inzake art. 130 lid 2 Rv. Die rechtspraak wordt hieronder besproken in het kader van de aard van de beslissing als contra-indicatie voor doorbreekbaarheid. Ook die aard kan mijns inziens subsidiariteit van de doorbrekingsleer meebrengen. Zie nr. [145], m.n. vn. 81, alsook nr. [147].

rechtsmiddelenverbod van art. 39 lid 5 Rv kan dus niet meer worden doorbroken.⁷⁶ Bij mijn weten is *NIOC/Schreuder c.s.* het enige voorbeeld waarin de Hoge Raad de eerder aanvaarde doorbreekbaarheid van een rechtsmiddelenverbod verwerpt.

144. Doorbreking heeft niet per definitie een subsidiair karakter bij gedeeltelijke uitsluiting van rechtsmiddelen

De voorgaande beschouwingen komen in de kern op het volgende neer. Doorbreking is vaak niet mogelijk als er ondanks een rechtsmiddelenverbod andere rechtsmiddelen openstaan, of als de mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen slechts is uitgesteld. Doorbreking moet dan worden gezien als een subsidiaire mogelijkheid. De rechtspraak kent echter voorbeelden waarin het subsidiaire karakter van doorbreking terzijde wordt geschoven of wordt genuanceerd. In gevallen van gedeeltelijke uitsluiting van rechtsmiddelen wordt doorbreking dan toch aangemerkt als de enige geschikte manier om op te komen tegen een rechterlijke beslissing. Daarbij komt het aan op de vraag of de niet-uitgesloten mogelijkheid wel een reële mogelijkheid biedt om tegen een rechterlijke beslissing op te komen. Het antwoord op die vraag kan verschillend worden beantwoord, zo blijkt uit vergelijking van het Nederlandse en Franse recht in het kader het verbod op tussentijds beroep. Bovendien kan het belang van rechtszekerheid vereisen dat het subsidiaire karakter van doorbreking niet doorslaggevend is, zo bleek uit *Schijf c.s./Lacé*. Tegelijkertijd kan de opvatting over het subsidiaire karakter van een doorbrekingsmogelijkheid veranderen. Dit kan zowel van positieve als negatieve gevolgen hebben voor de doorbreekbaarheid van een rechtsmiddelenverbod.

5.2.4 Aard van de beslissing

145. Beslissingen op bezwaar tegen eisverandering of -vermeerdering (art. 130 Rv)

De toepasselijkheid van de doorbrekingsjurisprudentie kan ook afhangen van de aard van de betreffende beslissing. Dat wil zeggen dat de toets die aan de beslissing ten grondslag ligt en/of de gevolgen van die beslissing mogelijk een belemmering vormen voor toepassing van de doorbrekingsjurisprudentie. De beslissing op grond van art. 130 Rv is hiervan een goed voorbeeld. Tegen beslissingen op bezwaar tegen eisveranderingen of -vermeerderingen, of ambtshalve buiten beschouwing laten van dergelijke wijzigingen, staan geen hogere voorzieningen open (art. 130 lid 2 Rv). In het arrest *Heep/Heep* moest de Hoge Raad oordelen in een geschil tussen erfgena-

⁷⁶ HR 21 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:918, *RvdW* 2024/644, r.o. 3.5 (*NIOC/Schreuder c.s.*). A-G Valk gaat in zijn conclusie overigens uitgebreid in op de vraag of een rechtsmiddel tegen een wrakingsbeslissing slechts tegelijk met een rechtsmiddel in de hoofdzaak kan worden ingesteld of ook tussentijds. Relevant is dan of de uitspraak op een wrakingsverzoek een tussen- of einduitspraak is – een tussenuitspraak, aldus de A-G. Zie ECLI:NL:PHR:2024:233, onder 3.12 e.v. De Hoge Raad laat het antwoord op deze vraag uitdrukkelijk in het midden, nu hij doorbreking van art. 39 lid 5 Rv heeft uitgesloten (r.o. 3.5). Toch blijft het antwoord op de vraag voorlopig relevant, omdat de Hoge Raad ook overweegt dat de uitsluiting van de doorbrekingsleer in wrakingszaken niet geldt voor gevallen waarin voor de datum van deze uitspraak rechtsmiddelen tegen wrakingsbeslissingen zijn ingesteld (r.o. 3.6). In de onderhavige zaak kon de Hoge Raad de kwestie links laten liggen, omdat NIOC motiveringsklachten had aangevoerd en in haar cassatieberoep reeds daarom niet-ontvankelijk was (r.o. 3.7). Zie ook hierna nr. [158].

men.⁷⁷ Een van de erfgenamen wilde in hoger beroep zijn eis in reconventie wijzigen. Het hiertegen door twee andere erfgenamen gevoerde verzet werd door de rolraadsheer gegrond verklaard. De eerste erfgenaam ging tegen deze beslissing in cassatie.

De Hoge Raad overweegt eerst dat in de wetsgeschiedenis van art. 134 Rv (oud; thans art. 130 Rv) uitdrukkelijk naar voren komt dat tegen beslissingen op verzet tegen de wijziging van eis geen hogere voorziening moet openstaan, omdat dit zou kunnen leiden tot grote vertragingen en het risico van misbruik.⁷⁸ Vervolgens stelt de Hoge Raad aan de orde of tegen deze beslissingen doorbrekingsgronden kunnen worden ingeroepen. Die vraag beantwoordt de Hoge Raad ontkennend.⁷⁹ De doorslaggevende factor is de aard van de betreffende beslissing, dus van de beslissing op het verzet tegen de eisverandering of -vermeerdering. Twee kenmerken van de beslissing zijn in dit geval van belang. Ten eerste is de beslissing het resultaat van een marginale toets. De rechter toetst slechts of de voorgenomen eiswijziging de verdediging onredelijk bemoeilijkt of onredelijke vertraging van het geding veroorzaakt.⁸⁰ Ten tweede kan de beslissing niet worden aangemerkt als definitief, zodat de eiser in de regel geen rechten worden ontnomen. Een eiswijziging is immers ook later in het geding nog mogelijk, of kan in een nieuw geding aan de rechter worden voorgelegd.⁸¹ De Hoge Raad erkent dat dit laatste niet steeds opgaat, bijvoorbeeld waar sprake is van verval van recht. Deze betrekkelijk zeldzame gevallen acht hij echter van onvoldoende gewicht voor toepasbaarheid van de doorbrekingsjurisprudentie.⁸²

Het zijn dus de inhoud van de toets die aan de beslissing ten grondslag ligt, alsmede de – beperkte – gevolgen van die beslissing, die maken dat de aard van de beslissing in de zin van art. 130 lid 1 Rv zich tegen het inroepen van doorbrekingsgronden verzet. Die aard acht de Hoge Raad in 2013 niet gewijzigd, zo blijkt uit het arrest *Pinckaers/Weisz & Van Gelderen*.⁸³ De klacht dat het hof had miskend dat art. 130 lid 2 Rv niet in de weg staat aan hoger beroep bij een klacht dat de rechter ten onrechte toepassing geeft aan art. 130 lid 1 Rv, was dan ook ongegrond.⁸⁴

77 HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2914, NJ 2000/220 (*Heep/Heep*).

78 HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2914, NJ 2000/220, r.o. 3.3 (*Heep/Heep*), met verwijzing naar *Kamerstukken II* 1951/52, 1971, nr. 5, p. 3 e.v.

79 Vgl. eerder HR 19 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AG5761, NJ 1988/487, r.o. 4 (*Albada Jelgersma/Inza*) en HR 8 september 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0504, NJ 1990/390, r.o. 4, waarin de Hoge Raad nog geen uitdrukkelijk antwoord gaf op de vraag of de doorbrekingsjurisprudentie op het verbod van toepassing was.

80 En dus of al dan niet sprake is van strijd met de eisen van de goede procesorde, welke toets vereist is op grond van art. 130 lid 1 Rv.

81 Vgl. de uitsluiting van de doorbrekingsleer in wrakingszaken, hiervoor besproken in nr. [143]. Die uitsluiting berust deels op vergelijkbare argumenten. Het gebruik van dergelijke argumenten duidt erop dat de aard van de beslissing evenals de aard van het rechtsmiddelenverbod de subsidiariteit van doorbreking kan meebrengen. Zie ook vn. 75. Soms overlappen aard van de beslissing en aard van het rechtsmiddelenverbod elkaar als aanknopingspunt voor uitsluiting van de doorbrekingsleer. Zie ook nr. [147].

82 HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2914, NJ 2000/220, r.o. 3.4 (*Heep/Heep*).

83 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2599, NJ 2013/102, r.o. 3.6 (*Pinckaers/Weisz & Van Gelderen*). Zie eerder al HR 16 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0731, NJ 2012/654, r.o. 3. Zie recent ook concl. A-G Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2023:358, voor HR 13 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1426, NJ 2023/311 (*Crownvest/SKU*), onder 3.8.

84 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2599, NJ 2013/102, r.o. 3.6 (*Pinckaers/Weisz & Van Gelderen*). Zie ook HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO4579, *JBPr* 2011/29, r.o. 3.5, waarin de Hoge Raad overweegt dat de vraag of sprake is van een vermeerdering van eis een oordeel betreft dat berust op de aan

De Hoge Raad maakt ook direct een eind aan mogelijke twijfel naar aanleiding van zijn overwegingen in een beschikking van 12 mei 2006 in een alimentatiegeschil. In deze zaak had de vrouw na cassatie en verwijzing haar alimentatieverzoek bij aanvullend verzoekschrift vermeerderd. Het hof had deze vermeerdering ambtshalve getoetst aan de maatstaf in art. 130 lid 1 Rv. Tegen die toetsing zelf is, ingevolge art. 130 lid 2 Rv, geen rechtsmiddel mogelijk. De Hoge Raad overwoog echter ook dat waar klachten inhielden dat het hof ten onrechte toepassing had gegeven aan art. 283 en 130 lid 1 Rv, zij in zoverre ontvankelijk waren.⁸⁵ Toch kan uit die overwegingen niet worden afgeleid dat de doorbrekingsgronden toepasselijk zijn op art. 130 lid 2 Rv, zo overweegt de Hoge Raad in *Pinckaers/Weisz & Van Gelderen*. In de beschikking van 12 mei 2006 ging het om een klacht die gericht was ‘tegen het oordeel van het hof omtrent de omvang van het geding na cassatie en verwijzing en de mogelijkheid om daarin door het aanvoeren van nieuwe stellingen of grieven dan wel door vermeerdering van het verzoek wijziging te brengen.’ Tegen dergelijke oordelen is wel cassatieberoep mogelijk, ook als deze oordelen tevens kunnen worden aangemerkt als beslissing over een vermeerdering van het verzoek.⁸⁶ Voor een oordeel over de omvang van het geding na cassatie en verwijzing is de toets van art. 130 lid 1 (jo. art. 283) Rv klaarblijkelijk niet bedoeld. Daarmee valt een dergelijk oordeel evenmin onder het bereik van art. 130 lid 2 Rv.⁸⁷

146. Instructiebeslissingen (regiebeslissingen en rolbeschikkingen)

De aard van de beslissing staat ook in de weg aan de toepassing van de doorbrekingsjurisprudentie op het rechtsmiddelenverbod in art. 2:339 lid 1 BW.⁸⁸ Het verbod sluit hogere voorzieningen uit tegen de deskundigenbenoeming in uitkoopprocedures. Deze deskundige wordt benoemd voor vaststelling van de prijs van de over te dragen aandelen. Art. 2:343 lid 2 BW verklaart deze regeling van overeenkomstige toepassing bij de benoeming van een deskundige in een uittredingsprocedure. In *JKS Holding c.s./Craver* had de Ondernemingskamer het hoger beroep tegen de deskundigenbenoeming in een uittredingsprocedure niet-ontvankelijk verklaard. De deskundige was namelijk benoemd bij tussenvonnis en daartegen is slechts tegelijkertijd met het eindvonnis hoger beroep mogelijk, op grond van art. 337 lid 2 Rv, aldus de Ondernemingskamer. De regel dat de doorbrekingsjurisprudentie niet van toepas-

het hof voorbehouden uitleg van de gedingstukken. Daarmee is de klacht dat art. 130 lid 1 Rv ten onrechte is toegepast in cassatie niet mogelijk. Van Aerde, *JBPr* 2011/29, nr. 4 merkt op dat de Hoge Raad hiermee breekt met de lijn in o.a. HR 3 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0463, *NJ* 1992/154, r.o. 3.6 (*Willemse/Sinitex*), waarin de Hoge Raad ingreep toen het hof in de stellingen van Sinitex ten onrechte een wijziging of aanvulling had gelezen.

⁸⁵ HR 12 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV8720, *NJ* 2006/293, r.o. 3.3.2.

⁸⁶ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2599, *NJ* 2013/102, r.o. 3.7 (*Pinckaers/Weisz & Van Gelderen*).

⁸⁷ Kritisch voor wat betreft de uitsluiting van doorbreking als het gaat om ten onrechte (niet) toepassen van de regeling is Lewin *JBPr* 2016/44, nrs. 10-12. Hij leidt uit HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:493, r.o. 3.3.2-3.3.3 af dat de Hoge Raad daarin wel degelijk – en mogelijk ambtshalve – doorbreekt wegens ten onrechte niet toepassen van art. 130 lid 1 Rv (nr. 12). De Hoge Raad overwoog dat het hof zijn beslissing niet had gegrond op een bezwaar op grond van art. 130 lid 1 jo. 353 lid 1 Rv en dat art. 130 lid 2 Rv daarom niet in de weg stond aan beoordeling in cassatie (r.o. 3.3.2), en tegelijkertijd dat aan de oorspronkelijk eiser wel de bevoegdheid toekwam om op grond van art. 130 lid 1 jo. 353 lid 1 Rv in hoger beroep zijn eis te veranderen of te vermeerderen (r.o. 3.3.3). Zie ook Lewin & Wattel 2023, p. 106-107.

⁸⁸ Hugenholtz/Heemskerk/Heemskerk e.a. 2024, nr. 173, p. 270.

sing is op het tussentijdse appelverbod gold volgens de Ondernemingskamer echter niet voor de benoeming van een deskundige in een uittredingsprocedure, omdat op grond van art. 2:343 lid 2 jo. 2:339 lid 1 BW de bevoegdheid tot hoger beroep daartegen geheel is uitgesloten. Dat wil zeggen dat die uitsluiting niet slechts het moment regelt waarop die bevoegdheid kan worden uitgeoefend. Het hoger beroep tegen de benoeming, waarbij een doorbrekingsgrond wordt gesteld, is echter alleen mogelijk tegelijk met hoger beroep tegen het eindvonnis waarin de prijs van de over te dragen aandelen wordt vastgesteld. Beslissingen op grond van art. 2:339 lid 1 BW blijven immers gegeven bij tussenvonnis, zo overwoog de Ondernemingskamer.⁸⁹

De Hoge Raad overweegt anders. Het vonnis waarbij de deskundige is benoemd is inderdaad aan te merken als tussenvonnis en als gevolg daarvan is het cassatieberoep niet-ontvankelijk. Volgens vaste rechtspraak is immers een uitspraak waarin uitsluitend een tussenuitspraak wordt bekrachtigd of vernietigd en de zaak wordt teruggewezen naar de vorige rechter, ook een tussenuitspraak. De uitspraak van de Ondernemingskamer was daarmee een tussenuitspraak, en dan geldt ingevolge art. 401a lid 2 Rv dat cassatieberoep in beginsel slechts tegelijk met het eindarrest mogelijk is.⁹⁰ Waar het mij hier echter vooral om gaat is hetgeen de Hoge Raad afsluitend en ten overvloede overweegt. Anders dan de Ondernemingskamer overweegt de Hoge Raad dat de doorbrekingsjurisprudentie niet van toepassing is op het hier toepasselijke rechtsmiddelenverbod in art. 2:343 lid 2 jo. 2:339 lid 1 BW. De Hoge Raad overweegt dat de beslissing om een deskundige te benoemen betrekking heeft 'op de instructie van de zaak en [zich] naar haar aard [ertegen] verzet dat het daarop betrekking hebbende rechtsmiddelenverbod wordt doorbroken met een beroep op een van de doorbrekingsgronden.'⁹¹ De instructie van de zaak is aan de rechter voorbehouden.⁹² Dat het verbod het appel geheel uitsluit en niet slechts het moment bepaalt waarop het appel kan worden aangewend, doet klaarblijkelijk niet ter zake. Het uitsluiten van de rechtsmiddelen tegen de benoeming en de onmogelijkheid van een beroep op doorbrekingsgronden, staan er overigens niet aan in de weg dat in hoger beroep op het eindvonnis waarin de prijs van de aandelen is bepaald, wordt aangevoerd dat het deskundigenbericht, mede gelet op art. 6 EVRM, niet aan de beslissing ten grondslag had mogen worden gelegd.⁹³

Bij beslissingen die zien op de instructie van de zaak en die aan de rechter zijn voorbehouden speelt de doorbrekingsjurisprudentie dus geen rol. De Hoge Raad maakt daarmee nog niet expliciet welke kenmerken van een instructiebeslissing verder bepalen dat de doorbrekingsjurisprudentie niet van toepassing is. Het is aannemelijk dat de Hoge Raad ook in dit verband doelt op beslissingen die kunnen worden aangemerkt als louter maatregelen ter bevordering van een behoorlijke rechtspraak en ter verzekering van de procesgang, omdat zij niet ingrijpen in

89 Hof Amsterdam (OK) 24 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4926, r.o. 2.11-2.13.

90 HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2578, NJ 2016/476, r.o. 3.4.1-3.4.4 (*JKS Holding c.s./Craver*).

91 HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2578, NJ 2016/476, r.o. 3.6 (*JKS Holding c.s./Craver*).

92 HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2578, NJ 2016/476, r.o. 3.4.1 (*JKS Holding c.s./Craver*).

93 Hierbij kunnen bijv. omstandigheden in verband met de persoon van de deskundige een rol spelen, zie HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2578, NJ 2016/476, r.o. 3.6 (*JKS Holding c.s./Craver*).

de rechten en belangen van (een van de) procespartijen.⁹⁴ De beslissing is dan in lijn met de overwegingen in *Heep/Heep*. Voor het buiten toepassing laten van de doorbrekingsgronden in het kader van art. 130 lid 2 Rv is immers ook relevant dat een beslissing in dat kader partijen in de regel geen rechten ontnemt.⁹⁵ Ik vind hiervoor bevestiging in recente rechtspraak. Daarin oordeelt de Hoge Raad dat van de beslissing om al dan niet tussentijds beroep open te stellen naar haar aard geen hogere voorziening openstaat, ook niet met een beroep op doorbrekingsgronden. De Hoge Raad overweegt daartoe dat die beslissing is overgelaten aan het procesbeleid van de rechter die de tussenuitspraak heeft gewezen en dat het gaat om een regiebeslissing waarmee partijen geen rechten worden ontnomen.⁹⁶ Daarmee lijkt het criterium voor kwalificatie als instructiebeslissing – al dan niet aangeduid als ‘rolbeschikking’, ‘administratieve beslissing’ of ‘regiebeslissing’ – ook leidend voor de vraag of tegen dergelijke beslissingen op doorbrekingsgronden een rechtsmiddel kan worden ingesteld.⁹⁷ Tegen dergelijke beslissingen kunnen, los van de vraag naar de toepasselijkheid van de doorbrekingsjurisprudentie, geen rechtsmiddelen worden aangewend.⁹⁸ Zoals bleek uit *Heep/Heep* kan ook de inhoud van de toets relevant zijn voor de inroepbaarheid van de doorbrekingsgronden. Ook dit punt is van belang voor de kwalificatie als instructiebeslissing: het betreft immers vaak relatief eenvoudige beslissingen.⁹⁹

Dat de doorbrekingsgronden nooit zouden kunnen worden ingeroepen tegen een instructie- of rolbeschikking, staat evenwel niet vast. Niet alleen blijkt dit niet onomwonden uit de overwegingen van de Hoge Raad, ook is niet geheel uitgesloten dat dergelijke beslissingen, hoewel relatief eenvoudig en voornamelijk gericht op verzekering van de procesgang, toch ingrijpen in belangen of rechten van partijen.¹⁰⁰ Uit *Heep/Heep* bleek al dat de Hoge Raad deze mogelijkheid ook ziet, maar van onvoldoende gewicht acht om de doorbrekingsjurisprudentie van toepassing te achten op art. 130 lid 2 Rv. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat ook voor andere instructiebeschikkingen geldt dat, waar zij ingrijpen in belangen of rechten, de doorbrekingsgronden buiten beschouwing blijven.¹⁰¹ De vraag is of deze redenering opgaat naarmate een rolbeschikking, of de gevolgen daarvan, de belangen

94 Vgl. HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2568, NJ 2017/396, r.o. 2.1-2.2 (*Stadegaard/ABN AMRO*); HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2395, NJ 2019/37, r.o. 3.6 (*Magna Group/Quantera Global*).

95 HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2914, NJ 2000/220, r.o. 3.4 (*Heep/Heep*).

96 HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1924, NJ 2023/63, r.o. 3.2.5 (*X/Gem. Borger-Odoorn*). Deze overwegingen gelden voor tussentijds hoger beroep van tussenvonnissen ex art. 337 lid 2 Rv en -beschikkingen ex art. 358 lid 4 Rv, en voor tussentijds beroep in cassatie op grond van art. 401a lid 2 Rv (vorderingsprocedure) jo. art. 426 lid 4 Rv (verzoekprocedure) (r.o. 3.2.6). Bevestigd in HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:83, NJ 2022/51, r.o. 3.4 (*Capgemini/X*).

97 Zie ook concl. A-G Bakels voor HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2914, NJ 2000/220 (*Heep/Heep*), onder 2.5; Van Mierlo 2003, p. 189.

98 Zie hiervoor nr. [40]; HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2568, NJ 2017/396, r.o. 2.1-2.2 (*Stadegaard/ABN AMRO*) en HR 10 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6519, NJ 2006/405, r.o. 4.3 (*Van Paassen/Kas-Bank*). In de laatste uitspraak hanteert de Hoge Raad nog niet de uitgebreide definitie van instructiebeslissing, maar overweegt hij uitdrukkelijk dat de betreffende beslissingen – bepalen van roldata voor nadere processuele verrichtingen – hebben te gelden als rolbeschikking en dat het daartegen gerichte cassatieberoep daarom niet-ontvankelijk is.

99 Bosselaar 2019, p. 132. Zie hiervoor nr. [40].

100 Al zijn ze dan strikt genomen niet meer aan te merken als rolbeschikking. Zie hiervoor nr. [40].

101 Bosselaar 2019, p. 135.

of rechten van partijen zwaarder raken. In dergelijke gevallen is het ook maar de vraag of nog van een instructie- of rolbeschikking kan worden gesproken.¹⁰² Het verwondert dan ook niet dat er beslissingen zijn die doorgaans als instructiebeslissing worden aangemerkt, maar niettemin vatbaar zijn voor doorbreking. Denk hierbij aan de verbetering van uitspraken waartegen ondanks het rechtsmiddelenverbod in art. 31 lid 4 Rv wel met een beroep op de doorbrekingsgronden kan worden opgekomen.¹⁰³

147. Gegeven beslagverlof (art. 700 lid 2 Rv)

Met het oog op de hiervoor besproken gevallen is ook de doorbreekbaarheid van het rechtsmiddelenverbod van art. 700 lid 2 Rv onzeker. Art. 700 lid 2 Rv sluit hogere voorzieningen uit tegen toewijzing van een verzoek om verlof voor het leggen van conservatoir beslag.¹⁰⁴ De Hoge Raad heeft zich vooralsnog niet uitdrukkelijk uitgelaten over de vraag of de doorbrekingsjurisprudentie van toepassing is op art. 700 lid 2 Rv. In de literatuur bestaat op dit punt geen overeenstemming.¹⁰⁵ Auteurs die menen dat het rechtsmiddelenverbod niet kan worden doorbroken wijzen op de mogelijkheid om in kort geding opheffing te vorderen van het na het verlof gelegde beslag (art. 705 Rv).¹⁰⁶ In de door hen gevolgde redenering brengt die mogelijkheid mee dat de verlofverlening de schuldenaar geen rechten ontnemt. Het verlof wordt gegeven in een eenvoudige procedure na summier onderzoek en strekt niet tot beslechting van enig geschil of tot vaststelling van rechten en plichten van partijen. Bovendien biedt het opheffingskortgeding een rechtsgang waarin de klachten die aanleiding zouden kunnen geven tot doorbreking, alsnog aan de orde kunnen komen.¹⁰⁷ Op soortgelijke gronden blijft de doorbrekingsjurisprudentie buiten toepassing in het kader van art. 130 lid 2 Rv en instructiebeslissingen, zo bleek hiervoor. Het presenteren van het opheffingskortgeding als gelijkwaardige rechtsgang benadrukt in deze redenering ook het subsidiaire karakter van de doorbrekingsmogelijkheden. In dat opzicht is dus naast de aard van de beslissing ook de aard van het rechtsmiddelenverbod relevant voor de doorbreekbaarheid.

Toch lijken doorbrekingsmogelijkheden niet uitgesloten. In de beschikking *Hagemeyer/Bekkers & Gispen q.q.* ging het om de vraag of art. 700 lid 2 Rv ook gold voor een op tegenspraak gewezen toewijzende verlofbeschikking. De Hoge Raad oordeelde dat de wetgever op het rechtsmiddelenverbod geen uitzondering heeft willen maken voor het geval de schuldenaar in het kader van het verzoek om beslag-

102 Zie opnieuw nr. [40]. Zo is het bijvoorbeeld de vraag in hoeverre de feitelijke gang van zaken een rol moet spelen bij de kwalificatie, zie Bosselaar 2019, p. 135.

103 Zie hiervoor nr. [40]. Snijders e.a. 2022/255, p. 354 lijken deze beslissing aan te duiden als rolbeschikking.

104 Zie over dit asymmetrische rechtsmiddelenverbod hiervoor nr. [42].

105 Zo is de doorbrekingsleer niet van toepassing volgens Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/25 en Van Mierlo, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 700, aant. 11 (online, bijgewerkt 25 april 2022), maar wel volgens Asser Procesrecht/Steneker 5 2023/213 en Jongkind 2010, p. 265, vn. 7. Ritsema van Eck-van Drempt, *JBPr* 2006/14, nr. 7 ziet gronden voor doorbreekbaarheid, maar kan zich om praktische redenen vinden in het ontbreken daarvan.

106 Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/25.

107 Van Mierlo, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 700, aant. 11 (online, bijgewerkt 25 april 2022) en Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT8830, *JBPr* 2006/13, r.o. 6.1-6.3 waarnaar door Van Mierlo wordt verwezen (vn. 6).

verlof reeds is gehoord.¹⁰⁸ Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat dus 'het middel, dat – terecht – niet aanvoert dat in het onderhavige geval aanleiding bestaat tot doorbreking van dit rechtsmiddelenverbod, faalt'.¹⁰⁹ Deze overweging kan erop duiden dat terecht geen doorbrekingsgrond is aangevoerd, omdat doorbreking van art. 700 lid 2 Rv in het geheel niet mogelijk is. Zij laat echter ook ruimte voor de interpretatie dat in dit geval geen grond voor doorbreking bestond, maar dat wanneer die er wel was geweest en was aangevoerd, er wel aanleiding voor doorbreking had kunnen zijn.¹¹⁰ Ruimte voor de doorbrekingsmogelijkheden wordt klaarblijkelijk ook door de verschillende rechtbanken aangenomen, nu in de beslag syllabus wordt opgemerkt dat het geen kwaad kan om in het beslagrekest om uitvoerbaar bij voorraad verklaring van de beschikking te vragen, '[o]mdat ook bij een beslagverlof de gerekwestreerde kan proberen het appelverbod doorbroken te krijgen'.¹¹¹ Uitvoerbaar bij voorraad verklaring wordt dan ook standaard verzocht en eigenlijk altijd toegewezen.¹¹²

Los van eventuele ruimte in de overwegingen van de Hoge Raad is het de vraag of het juist is dat toewijzen van een beslagverlof de schuldenaar geen rechten ontnemt, of daarin ingrijpt. Ondanks een opheffingsmogelijkheid achteraf is niet ondenkbaar dat een verlofverlening en de daaropvolgende beslaglegging ingrijpende en onomkeerbare gevolgen voor de schuldenaar heeft.¹¹³ Bovendien hoeft het – ook meer in het algemeen – niet steeds zo te zijn dat het feit dat een beslissing een partij geen rechten ontnemt, meebrengt dat er geen ruimte is voor doorbreking. Een voorbeeld is de toelichting op het nieuwe, symmetrische art. 200 Rv, dat ook tegen afwijzing van het verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen hogere voorzieningen uitsluit. In de toelichting is opgemerkt dat een partij de afwijzende beslissing eventueel aan de orde kan stellen in de mogelijk daarna te beginnen procedure. Als daartoe aanleiding bestaat kan de bewijsverrichting dan alsnog plaatsvinden. Een partij kan na afwijzing van het verzoek ook opnieuw een verzoek om een voorlopige bewijsverrichting indienen als omstandigheden zijn gewijzigd.¹¹⁴ Tegelijkertijd wijst de minister toch ook uitdrukkelijk op de doorbrekingsmogelijkheid.¹¹⁵ Ten slotte wordt in de hierboven weergegeven redenering geen rekening gehouden met gevallen waarin art. 705 Rv geen toepassing kan vinden en dus de rechtsgang van het opheffingskortgeding niet beschikbaar is.¹¹⁶ Het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen waarin de verzoeker

108 HR 25 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8517, NJ 2009/460, r.o. 3.4 (*Hagemeyer/Bekkers & Gispen q.q.*).

109 HR 25 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8517, NJ 2009/460, r.o. 3.5 (*Hagemeyer/Bekkers & Gispen q.q.*).

110 Ook Van Geuns & Jansen, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 358, aant. 9 (online, bijgewerkt 11 juli 2012) lezen ruimte voor doorbrekingsmogelijkheden in deze beschikking.

111 Beslag syllabus 2024, onderdeel A.14, p. 12.

112 De Bruin 2023/183, p. 90; Van Mierlo, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 700, aant. 11 (online, bijgewerkt 25 april 2022).

113 In dezelfde zin Ritsema van Eck-van Drempt, *JBPr* 2006/14, nr. 7.

114 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, 3, p. 63.

115 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, 3, p. 65. Zie hiervoor nrs. [44] en [135] over het verval van asymmetrie in het rechtsmiddelenverbod bij voorlopige bewijsverrichtingen onder de recent aangenomen wetgeving.

116 Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT8830, *JBPr* 2006/13, r.o. 6.4 dat uitdrukkelijk terzijde laat of de doorbrekingsleer in deze gevallen opgaat.

van het beslagverlof vanwege de daaraan verbonden voorwaarden wil opkomen tegen een verleend verlof.¹¹⁷

De vraag is wel of aanvaarding van de toepasselijkheid van de doorbrekingsjurisprudentie ten aanzien van art. 700 lid 2 Rv meebrengt dat een beroep op alle doorbrekingsgronden mogelijk is. In ieder geval lijkt niet aannemelijk dat doorbreking op grond van schending van hoor en wederhoor steeds mogelijk zal zijn, omdat de aspirant-beslagene gelet op het doel van een conservatoir beslag vaak niet wordt gehoord.¹¹⁸ In de literatuur wordt doorbreking met name mogelijk geacht wanneer wordt geklaagd dat dat het verlof is gegeven op een beslagrekest waarop gezien vorm en inhoud geen verlof kon worden gegeven, of wanneer wordt geklaagd dat het verlof zelf gezien vorm en inhoud in strijd is met de wet.¹¹⁹

148. Toets en gevolgen als beslissende factoren

De aard van de beslissing ten aanzien waarvan een rechtsmiddelenverbod rechtsmiddelen uitsluit, kan bepalend zijn voor de vraag of dat rechtsmiddelenverbod doorbreekbaar is. Uit de hierboven besproken beslissingen blijkt dat wanneer beslissingen kunnen worden aangemerkt als instructie-, regie- of rolbeslissing, de doorbrekingsjurisprudentie doorgaans geen rol kan spelen. Het gaat er daarbij uiteindelijk om of de beslissing berust op een marginale toets en/of aan het procesbeleid van de rechter is overgelaten, maar vooral of de beslissing ingrijpt in de rechten van procespartijen. Als dat het geval is, staan hogere voorzieningen niet open en blijft de doorbrekingsjurisprudentie buiten toepassing. Daarvoor hoeft een instructiebeslissing niet uitdrukkelijk als zodanig te zijn aangemerkt. Sterker, het is denkbaar dat het van de concrete omstandigheden kan afhangen of een specifieke beslissing meer of minder ingrijpend is. Dat maakt het begrip instructiebeslissing niet per definitie bruikbaar in de beoordeling van de doorbreekbaarheid van een rechtsmiddelenverbod.¹²⁰ Uit de onduidelijkheid omtrent art. 700 lid 2 Rv kan mogelijk zelfs worden afgeleid dat voor doorbreekbaarheid niet doorslaggevend hoeft te zijn of een beslissing al dan niet ingrijpt in rechten van procespartijen.

117 Doorbreking lijkt dan wel mogelijk gezien Hof's-Hertogenbosch 5 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT8829, *JBPr* 2006/14, r.o. 9.4 en 10. Zie ook Ritsema van Eck-van Drempt, *JBPr* 2006/14, nr. 2; Hovens, *JBPr* 2007/9, nr. 5. Hof Amsterdam 10 augustus 2006, *JBPr* 2007/9, r.o. 2.4 kwam tot ontvankelijkheid op grond van het oordeel dat het rechtsmiddelenverbod van art. 700 lid 2 Rv dergelijke gevallen niet beslaat.

118 Van Geuns & Jansen, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 358, aant. 9 (online, bijgewerkt 11 juli 2012).

119 Asser Procesrecht/Steneker 5 2023/213. Een terechte vraag is overigens wel wat dan het nut van een doorbrekingsmogelijkheid is. Een schuldenaar zal in de meeste gevallen pas op het moment van beslaglegging op de hoogte raken van het verleende beslagverlof en dan is het kwaad vaak al geschied. Zie Ritsema van Eck-van Drempt, *JBPr* 2006/14, nr. 7. Mijns inziens kan dat anders zijn wanneer de wet voor verlenen van beslagverlof het horen van de aspirant-beslagene vereist, zoals bijv. in art. 720 Rv. In die gevallen lijkt doorbreking op grond van schending van hoor en wederhoor juist wel mogelijk.

120 Overigens is de uitsluiting van rechtsmiddelen van rolbeschikkingen niet steeds wettelijk vastgelegd, zie hiervoor nr. [40].

5.2.5 Aard van de regel

149. De aard van art. 155 lid 1 Rv

In een enkel geval is het niet zozeer de aard van een beslissing, als wel de aard van de door die beslissing geschonden regel die verhindert dat de doorbrekingsjurisprudentie op een specifiek rechtsmiddelenverbod toepasselijk kan zijn. In deze atypische situatie valt doorbreekbaarheid eigenlijk samen met de negatieve beoordeling van een doorbrekingsgrond. Het enige mij bekende voorbeeld is de regeling van art. 155 lid 1 Rv, met het bijbehorende rechtsmiddelenverbod in lid 2. Ik besprak de regeling eerder in het kader van doorbrekingsmogelijkheden wegens schending van het onmiddellijkheidsbeginsel.¹²¹ Uit die bespreking bleek dat het onmiddellijkheidsbeginsel zoals uitgewerkt in de regel van art. 155 lid 1 Rv volgens de Hoge Raad geen absolute gelding toekomt. Dat volgt uit de regeling van art. 155 Rv zelf en uit de rechtspraak van het EHRM in het kader van de vereisten voor een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. Dit alles brengt mee dat de regeling van art. 155 Rv niet van zo fundamentele aard moet worden geacht, dat bij schending ervan reeds daarom niet van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken en dat de uitsluiting van rechtsmiddelen in art. 155 lid 2 Rv niet kan leiden tot een onherroepelijke uitspraak in strijd met art. 6 EVRM. Bij afwijking van art. 155 lid 1 Rv, of als wordt nagelaten om die afwijking en de oorzaak daarvan te vermelden, bestaat dus geen ruimte voor doorbreking.¹²²

De – te weinig fundamentele – aard van de regel in art. 155 lid 1 Rv bepaalt hier dus of het rechtsmiddelenverbod in lid 2 kan worden doorbroken op de genoemde doorbrekingsgrond, en niet de aard van een beslissing op grond van art. 155 Rv. Voorts laat de situatie dat art. 155 lid 1 Rv ten onrechte wel of juist niet wordt toegepast, zich eigenlijk niet voorstellen. De regeling is immers uit zichzelf van toepassing, ongeacht het handelen van de rechter. Van de rechter is slechts afhankelijk of de regel in art. 155 lid 1 Rv in acht wordt genomen. Ook in die zin brengt de aard van de regel dus mee dat de doorbrekingsjurisprudentie niet toepasselijk is.

5.2.6 Tussenconclusie

150. Een sterk verband tussen doorbreekbaarheid en reikwijdte van een rechtsmiddelenverbod

Voordat de rechter een doorbrekingsgrond beoordeelt, moet hij vaststellen of de doorbrekingsleer op het betreffende rechtsmiddelenverbod van toepassing is. Waar de wetgever de keuze voor de toepasselijkheid van de doorbrekingsjurisprudentie aan de rechtspraak laat, geldt volgens de Hoge Raad dat doorbreking uitgangspunt is. In de parlementaire toelichting is echter niet steeds aandacht voor de doorbreekbaarheid van een rechtsmiddelenverbod, en dus is het maar de vraag hoe vrij de rechter mag zijn in zijn beoordeling van de toepasselijkheid van de doorbrekingsleer. Voor die beoordeling kan hij gebruikmaken van verschillende aanknopingspunten.

¹²¹ Zie hiervoor nr. [96].

¹²² HR 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1711, NJ 2022/88, r.o. 3.4.2 (*Villa op Ibiza*).

Toepasselijkheid van de doorbrekingsjurisprudentie kan zijn uitgesloten vanwege de aard van het rechtsmiddelenverbod. Het is dan de vraag of het rechtsmiddelenverbod nog ruimte laat voor andere rechtsmiddelen. Is dat het geval, dan is doorbreking geen optie. Hieruit blijkt dat de doorbrekingsmogelijkheid in beginsel een subsidiair karakter heeft. Of dat daadwerkelijk zo is, kan ervan afhangen of het wel beschikbare rechtsmiddel een reële mogelijkheid biedt om de gevolgen van onregelmatigheden in de bestreden uitspraak tegen te gaan.¹²³ De opvatting over het subsidiaire karakter van een doorbrekingsmogelijkheid kan overigens aan verandering onderhevig zijn.

Ook de aard van de beslissing waartegen rechtsmiddelen zijn uitgesloten kan bepalend zijn voor de doorbreekbaarheid van een rechtsmiddelenverbod. Doorslaggevende factoren zijn in beginsel de inhoud van de toets die aan de beslissing ten grondslag ligt en de ingrijpendheid van de gevolgen van de beslissing. Een marginale toets, een beslissing die aan het procesbeleid van de rechter is overgelaten, maar vooral het ongemoeid laten van de rechten van procespartijen, zijn factoren die meebrengen dat de doorbrekingsjurisprudentie buiten toepassing blijft. Twijfel omtrent de vraag of die rechten daadwerkelijk buiten schot blijven, leidt tot discussie over de doorbreekbaarheid van een rechtsmiddelenverbod.

Een wat atypische factor is ten slotte de aard van de door de beslissing geschonden regel. Wanneer het rechtsmiddelenverbod ziet op de beslissing waarmee van die regel wordt afgeweken en die afwijking geen doorbreking kan opleveren, brengt dat mee dat de doorbrekingsjurisprudentie niet van toepassing kan zijn. Beoordeling van doorbrekingsgrond en doorbreekbaarheid vallen dan samen. Art. 155 Rv vormt het enige mij bekende voorbeeld.

Het valt op dat de aanknopingspunten sterk overeenkomen met de factoren die in hoofdstuk 2 zijn besproken in het kader van de reikwijdte van rechtsmiddelenverboden in algemene zin. Klaarblijkelijk zijn die factoren in het ene geval wel, en in het andere geval niet doorslaggevend voor een minder omvangrijke beperking van het rechtsmiddelenverbod via de band van de doorbrekingsleer.

5.3 Beroepstermijnen

151. Uitgangspunt

Ook rechtsmiddelen die worden ingesteld met beroep op een doorbrekingsgrond moeten tijdig worden ingesteld. De ontvankelijkheid van het rechtsmiddel is, naast het stellen van doorbrekingsgrond,¹²⁴ afhankelijk van een beroepstermijn. In dat opzicht bestaat overeenstemming met een geval zonder wettelijke uitsluiting van het rechtsmiddel. Het verschil is dat de doorbrekingsgronden en de beroepsmogelijkheid die zij openen, zijn gebaseerd op jurisprudentie en dus niet wettelijk zijn vastgelegd. Logischerwijs is dus ook de termijn waarbinnen een rechtsmiddel met een beroep op een doorbrekingsgrond moet worden ingesteld, niet wettelijk gere-

¹²³ Onder wel beschikbaar rechtsmiddel kan hier ook worden verstaan een pas later beschikbaar rechtsmiddel, alsmede andere instrumenten tegen gevolgen van een uitspraak, zoals wijziging en opheffing. Zie nrs. [141-142].

¹²⁴ Zie hierna par. 5.4.2.

geld.¹²⁵ De Hoge Raad hanteert in dergelijke gevallen als uitgangspunt de termijn die voor het instellen van het desbetreffende rechtsmiddel zou gelden als het rechtsmiddelenverbod zou ontbreken.¹²⁶ In dagvaardingsprocedures geldt dan op grond van art. 339 lid 1 Rv in beginsel de gewone appeltermijn van drie maanden, te rekenen van de dag van de uitspraak van het vonnis of de dag van de mondelinge uitspraak in de zin van art. 29a Rv.¹²⁷ De cassatietermijn is op grond van art. 402 lid 1 Rv in beginsel eveneens drie maanden. Ingevolge art. 402 lid 2 Rv is de cassatietermijn echter het dubbele van de appeltermijn in gevallen waarin de wet de appeltermijn op korter dan drie maanden heeft bepaald. Voor verzoekschriftprocedures geldt op grond van art. 358 lid 2 Rv (appeltermijn) en art. 426 lid 1 en 2 Rv (cassatietermijn) hetzelfde, met dien verstande dat bij een niet in de procedure verschenen belanghebbende de appeltermijn niet loopt vanaf de dag van de uitspraak, maar vanaf de betekening van de uitspraak of nadat de beschikking op andere wijze bekend is geworden (art. 358 lid 2, eerste zin, Rv).

152. Aansluiten bij wel in de bijzondere wet geregelde termijnen

Het toepasselijke wettelijke kader kan meebrengen dat van het uitgangspunt wordt afgeweken, zo volgt eveneens uit de rechtspraak van de Hoge Raad. In het eerder besproken *L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.* was het rechtsmiddelenverbod van art. 282 Fw van toepassing.¹²⁸ Aan de orde was of het cassatieberoep, met de klacht dat een zodanig fundamenteel rechtsbeginsel was geschonden dat geen sprake meer was van een eerlijke en onpartijdige behandeling, tijdig was ingesteld. Volgens het door de Hoge Raad gehanteerde uitgangspunt staat daarvoor een termijn van drie maanden. Zonder rechtsmiddelenverbod had in de betreffende verzoekschriftprocedure immers ook de termijn van art. 426 lid 1 Rv gegolden. De Hoge Raad wijkt echter af van zijn uitgangspunt en komt tot een kortere termijn. De Hoge Raad overweegt dat in de gevallen waarin de hier toepasselijke Titel II Fw wel voorziet in rechtsmiddelen, sprake is van een appel- en cassatietermijn van acht dagen.¹²⁹ In Titel II Fw inzake surseances wordt niet alleen van de gewone appel- en cassatietermijn afgeweken (art. 358 lid 2 Rv resp. art. 426 lid 1 Rv), maar ook van de in art. 426 lid 2 Rv vervatte regel dat de verkorte termijn voor cassatie tweemaal de verkorte appeltermijn bedraagt. De achtergrond van die afwijking is dat waar surseance niet eindigt door algehele voldoening van de schuldeisers of een akkoord, vaak een andere, ingrijpendere insolventiemaatregel volgt. De kortere termijn van acht dagen is passend bij het spoedeisende karakter van zaken waarin na een aanvankelijke surseance toch ingrijpendere insolventiemaatregelen worden overwogen of getroffen.¹³⁰ Tegen die

125 Van der Wiel & Dempsey 2019/163, p. 166; HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1676, NJ 2022/131, r.o. 3.2.

126 HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, NJ 2018/13, r.o. 3.7.2 (*L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.*). Zie reeds Hof Amsterdam 4 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM2916, r.o. 4.19.

127 Art. 339 lid 2 Rv bepaalt de termijn voor een vonnis in kort geding op vier weken.

128 HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, NJ 2018/13 (*L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.*). Zie over dit arrest hiervoor al nr. [37] en voor de specifieke doorbrekingsklachten nr. [101].

129 HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, NJ 2018/13, r.o. 3.7.2 (*L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.*). De Hoge Raad wijst op art. 219 lid 1 en 221 lid 1, 243 lid 1 en 244 lid 1, 247b lid 2 en lid 4, 269a en 270 lid 1, en 278 lid 1 en 279 lid 2 Fw.

130 HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, NJ 2018/13, r.o. 3.7.2 (*L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.*).

achtergrond moeten rechtsmiddelen die worden ingesteld met een beroep op doorbreking van art. 282 Fw evengoed worden gezien, aldus de Hoge Raad. Ook in die gevallen geldt daarom, voor zowel hoger beroep als beroep in cassatie, een termijn van acht dagen, te rekenen vanaf de dag van de uitspraak.¹³¹

Ten aanzien van Titel III Fw, die ziet op de toepassing van de schuldsaneringsregeling, geldt inmiddels dezelfde redenering.¹³² Art. 360 Fw bevat een met art. 282 Fw vergelijkbaar rechtsmiddelenverbod. De bepaling sluit hogere voorzieningen uit tegen beslissingen van de rechter die zijn genomen ingevolge de bepalingen van Titel III, tenzij de wet het tegendeel bepaalt. Juist in de gevallen waarin de wet het tegendeel bepaalt, is de appel- en cassatietermijn bepaald op acht dagen. Gelet op die termijnen heeft de Hoge Raad ook de termijn voor een rechtsmiddel waarin een beroep wordt gedaan op doorbreking van art. 360 Fw op acht dagen bepaald. Dat geldt dus ook voor een cassatieberoep dat is gericht tegen de beslissing van de rechtbank in een hoger beroep dat op grond van art. 315 lid 1 Fw is aangewend tegen een beslissing van een rechter-commissaris.¹³³ Ook dan wordt dus niet de hoofdregel van verdubbeling van de appeltermijn van vijf dagen (art. 315 lid 1 Fw) gehanteerd.¹³⁴ De Hoge Raad is daarmee teruggekomen van zijn eerdere oordeel in 2005 waarin hij nog overwoog dat de cassatietermijn van een beschikking op de voet van art. 315 Fw – daargelaten of daartegen cassatieberoep openstond – volgens art. 426 lid 2 jo. 315 Fw neerkwam op tien dagen.¹³⁵

Deze beschikkingen zijn in lijn met rechtspraak die ziet op andere gevallen waarin een wettelijke appel- of cassatietermijn ontbreekt. Het is niet ongebruikelijk dat de Hoge Raad tot een termijn komt die past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wet in de wet geregelde gevallen.¹³⁶ Een voorbeeld vormt het arrest *Conservatrix Groep/DNB c.s.* Dat betrof het cassatieberoep tegen een toewijzende beschikking op het

131 HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, NJ 2018/13, r.o. 3.7.2 (*L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.*). Van Galen, *JOR* 2018/102, nr. 5 vindt een tiendagetermijn voor cassatie logischer. Die zou aansluiten bij de termijn voor een art. 146 Fw-beslissing in faillissement en vormt dan een analoge toepassing van art. 67 lid 1 Fw jo. 426 lid 2 Rv. Ook concl. A-G Van Peursem, ECLI:NL:PHR:2017:885, voor HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, NJ 2018/13 (*L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.*), onder 2.5, tweede alinea, noemt deze optie. De Hoge Raad zoekt de oplossing echter binnen Titel II Fw voor surseances. Die titel bevat niet een met art. 67 lid 1 en 315 lid 1 Fw vergelijkbare bepaling waarin tegen beslissingen van de rechter-commissaris binnen vijf dagen hoger beroep bij de rechtbank kan worden ingesteld.

132 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1676, NJ 2022/131, r.o. 3.4.

133 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1676, NJ 2022/131, r.o. 3.4-3.5. Bevestigd in HR 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:51, *RvdW* 2024/119, r.o. 3.2.

134 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1676, NJ 2022/131, r.o. 3.5-3.6. Concl. A-G Van Peursem, ECLI:NL:PHR:2021:810, voor HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1676, NJ 2022/131, onder 2.10 geeft hiervoor nog een aanvullend argument. Door de zeer korte appeltermijn van vijf dagen, die korter is dan de gebruikelijke acht dagen in de Faillissementswet, ligt het voor de hand niet te verdubbelen. De cassatietermijn zou anders langer zijn dan de andere cassatietermijnen van acht dagen in Titel III Fw. Zie ook concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:809, voor HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1670, NJ 2022/38, onder 4.5.

135 HR 11 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6209, NJ 2005/143, r.o. 3.1 (*X/Eigen Haard Olympus Wonen*).

136 Van Mierlo, NJ 2018/169, nr. 1 spreekt van een '*Quint/Te Poel*-maatstaf' in het procesrecht. Die maatstaf uit HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, NJ 1959/548 (*Quint/Te Poel*) houdt, kort gezegd, in dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld de oplossing moet worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wet in de wet geregelde gevallen. Verbintenissen die niet uit een overeenkomst voortvloeien, behoeven dus niet rechtstreeks op enig wetsartikel te steunen. De Hoge Raad aanvaardde in het arrest de nog buitenwettelijke mogelijkheid van schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

verzoek van De Nederlandsche Bank (DNB) tot het uitspreken van een overdrachtsregeling op grond van art. 3:159ij lid 1 Wft (oud).¹³⁷ Het ging om een overdrachtsplan waarin de aandelen in een levensverzekeraar (Conservatrix) moesten worden overgedragen door de enig aandeelhouder (Conservatrix Groep). Hoger beroep tegen de toewijzende beschikking was uitgesloten op grond van art. 3:159aa lid 2 Wft (oud).¹³⁸ Anders dan DNB betoogt, oordeelt de Hoge Raad dat cassatieberoep openstaat op grond van de hoofdregel van art. 398, aanhef en onder 1°, Rv.¹³⁹ Vervolgens is aan de orde welke cassatietermijn geldt, nu de Wft hiervoor, evenals voor de cassatiemogelijkheid zelf, geen bijzondere regeling bevat. Op grond van de hoofdregel van art. 426 lid 1 Rv zou een cassatietermijn van drie maanden gelden. Ook hier sluit de Hoge Raad echter aan bij het stelsel van de wet, meer in het bijzonder bij de regeling in afdelingen 3.5.4a en 3.5.5 van de Wft, over de overdrachtsregeling respectievelijk de noodregeling. Die afdelingen bevatten regelingen voor rechterlijke beslissingen waarvoor wel uitdrukkelijk in rechtsmiddelen en de bijbehorende termijnen werd voorzien. Voor hoger beroep was die termijn acht dagen (zie art. 3:159aa lid 1 en art. 3:191 lid 1 en 2 Wft (oud)), voor cassatie gold een termijn van veertien dagen (zie art. 3:191 lid 6 Wft (oud)). De afdelingen weken voor wat betreft de cassatietermijn dus af van de algemene regeling in art. 426 lid 1 en 2 Rv.

De Hoge Raad beziet deze afwijkingen tegen de achtergrond van het spoedeisende karakter van de zaken waarin toepassing werd gegeven aan de overdrachtsregeling of de noodregeling. De Hoge Raad overweegt dat die spoedeisendheid ook geldt in geval van cassatieberoep tegen toewijzende beschikkingen op grond van art. 3:159ij Wft (oud). Met dat spoedeisende karakter is niet te rijmen dat de termijn wordt bepaald aan de hand van de hoofdregel in art. 426 lid 1 Rv. De Hoge Raad overweegt dat het past in het stelsel van de wet om aan te sluiten bij de veertiendagentermijn van art. 3:191 lid 6 Wft (oud). De Hoge Raad wijst ter vergelijking nog op het eerder gewezen *L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.* en zoekt dus uitdrukkelijk aansluiting bij het bepalen van beroepstermijnen in doorbrekingssituaties.¹⁴⁰

153. Beroepstermijn voor *appel-nullité*: vergelijkbare benadering onder Frans recht

Uit de Franse rechtspraak komt ten aanzien van de beroepstermijn voor *appel-nullité* een benadering naar voren die grotendeels vergelijkbaar is met die in de doorbrekingsjurisprudentie. Het uitgangspunt is dat wordt aangesloten bij de termijn die geldt voor het reguliere rechtsmiddel. Dat lijkt wat algemener geformuleerd dan het Nederlandse uitgangspunt, waarin de wettelijke uitsluiting van het rechtsmiddel wordt weggedacht, maar komt in beginsel ook neer op de algemene beroepstermijn die in het kader van *appel* veelal een maand zal bedragen (art. 538 CPC).¹⁴¹ De onderbouwing voor aansluiting bij het reguliere rechtsmiddelenregime kan wor-

137 Zie ook concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:809, voor HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1670, NJ 2022/38, onder 4.5.

138 De hier besproken bepalingen van de Wft zijn met ingang van 1 januari 2019 komen te vervallen.

139 HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:538, NJ 2019/169, r.o. 3.4.2 (*Conservatrix Groep/DNB c.s.*).

140 HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:538, NJ 2019/169, r.o. 3.4.4 (*Conservatrix Groep/DNB c.s.*).

141 Gerbay & Gerbay 2016, nr. 50, p. 22; Hoc 2019, nr. 488, p. 321.

den gevonden in de rechtspraak waarin het Cour de cassation heeft overwogen dat appel-nullité geen autonoom, afzonderlijk, rechtsmiddel is.¹⁴²

Tegelijkertijd geldt dat appel-nullité niet steeds gebonden is aan de algemene beroepstermijn. Wanneer de op de zaak toepasselijke wetgeving bijvoorbeeld kortere appeltermijnen kent, zijn die kortere termijnen ook van toepassing wanneer appel-nullité wordt ingesteld.¹⁴³ Aanvankelijk werd in de literatuur nog betoogd dat de kortere termijnen niet golden voor appel-nullité, omdat zij als uitzonderingen terughoudend moesten worden toegepast. De wetgever had bij het opstellen van de verkorte termijnen immers geen rekening gehouden met de mogelijkheid van appel-nullité en dus konden die termijnen niet zomaar op het instellen van appel-nullité worden toegepast, zo was de gedachte. Volgens die redenering moest worden teruggevallen op het uitgangspunt van de algemene appeltermijn.¹⁴⁴ Een langere termijn werd bovendien als passend gezien, omdat het partijen die zouden willen opkomen tegen ernstige gebreken in de rechterlijke beslissing, of onregelmatigheden bij de totstandkoming daarvan, daartoe een effectieve mogelijkheid zou bieden.¹⁴⁵ Toch kiest het Cour de cassation in het kader van appel-nullité voor een specifieke, kortere beroepstermijn als een dergelijke termijn onder de relevante wetgeving van toepassing is op de wel beschikbare beroepsmogelijkheid. De termijn voor appel-nullité moet dus steeds worden gevonden in het toepasselijke, eventueel specifieke, regime.¹⁴⁶ Zo bedraagt de appeltermijn voor appel-nullité in procedures inzake herstructurering en vereffening van vennootschappen (*procédures collectives*) tien dagen, gelijk aan de wettelijke appeltermijn in dergelijke zaken (art. R661-3 C. com.).¹⁴⁷ Met deze benadering wordt gepoogd zoveel mogelijk aan te sluiten bij het doel van de wetgever om zo snel mogelijk tot definitieve geschilbeslechting te komen.¹⁴⁸

154. Naar een beperktere termijn als uitgangspunt?

De hierboven besproken rechtspraak komt kort gezegd op het volgende neer. Wanneer een toepasselijke bijzondere wet geen rechtsmiddelentermijn bevat voor de beslissing in kwestie, maar wel voor andere beslissingen op grond van die wet, geldt deze termijn ook ten aanzien van de betrokken beslissing. Dit geldt ook voor rechtsmiddelen die worden ingesteld met een beroep op een doorbrekingsgrond. In de

142 Zie Cour de cassation (civ. 2^e) 8 december 2011, nr. 10-18.413, *Bull.* II, nr. 222, waarover hiervoor nr. [80]; vgl. Cour de cassation (civ. 2^e) 29 januari 2004, nr. 02-15.347. Gerbay & Gerbay 2016, nr. 53, p. 22; Hoc 2019, nr. 488, p. 321.

143 Gerbay & Gerbay 2016, nr. 53, p. 22; Héron, Le Bars & Salhi 2019, nr. 734, p. 597; D'Ambra 2021, nr. 111.93, p. 25.

144 Zie bijv. Barret 1990, nr. 13; Hoc 2019, nr. 489, p. 322. Vgl. Gallet 2010, nr. 66, p. 40.

145 D'Ambra 2021, nr. 111.93, p. 25; Barret 1990, nr. 13.

146 Zie bijv. Cour de cassation (com.) 15 januari 1991, nr. 89-18.185, *Bull.* IV, nr. 26; Cour de cassation (com.) 2 oktober 2007, nr. 04-19.526, *Bull.* IV, nr. 211; Cagnoli 2002, nr. 489, p. 400; Gallet 2010, nr. 66, p. 40; Gerbay Gerbay 2016, nr. 53, p. 22; D'Ambra 2021, nr. 111.93, p. 25.

147 Zie bijv. Cour de cassation (com.) 15 januari 1991, nr. 89-18.185, *Bull.* IV, nr. 26; Cour de cassation (com.) 26 april 1994, nrs. 92-18.966, 92-1.719, 92-20.213, 92-20.789 en 92-20.790, *Bull.* IV, nr. 154; Héron, Le Bars & Salhi 2019, nr. 734, p. 597. Zie ook Cagnoli 2002, nr. 489, p. 400, die tevens opmerkt dat de wet geen specifieke cassatietermijn kent en dat bij *pourvoi-nullité* dus moet worden aangesloten bij de algemene termijn van twee maanden (art. 612 CPC).

148 Hoc 2019, nr. 489, p. 323.

gevallen waarin het bijzondere wettelijke kader geen specifieke – kortere – termijnen bevat, geldt als uitgangspunt dat de termijn wordt aangehouden die had gegolden als geen rechtsmiddelenverbod van toepassing was geweest. Het Franse recht kent voor appel-nullité als gezegd een vergelijkbare benadering. Onder Nederlands recht betekent een en ander dat in het laatste soort gevallen de hoofdregels voor de dagvaardings- en verzoekschriftprocedures uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden gevolgd.

Dat uitgangspunt is begrijpelijk. De Hoge Raad zoekt bij het bepalen van de betreffende termijnen steeds aansluiting bij het toepasselijke wettelijke stelsel. Biedt een bijzondere wet geen bijzondere regel, dan wordt die aansluiting vanzelfsprekend gevonden in het wettelijk kader van de algemene restregeling.

Toch kunnen juist naar aanleiding van de overwegingen van de Hoge Raad en de door de wetgever gegeven ratio voor de kortere termijnen in de Faillissementswet en de Wft ook vraagtekens bij dit uitgangspunt worden geplaatst. Als de Hoge Raad bij niet-geregelde termijnen voor appel- en cassatiemogelijkheden in het spoedeisende karakter van de betreffende beslissingen aanleiding ziet om af te wijken van het uitgangspunt, is het de vraag in hoeverre dat uitgangspunt nog valt te rechtvaardigen. Voor rechtsmiddelenverboden in wetgeving waarin geen bijzondere rechtsmiddelentermijnen gelden, geldt vaak evenzeer dat zij in het leven zijn geroepen om de procesgang te bespoedigen wegens het spoedeisende karakter van de betreffende beslissing. Valt dan niet in algemene zin een beperking van de rechtsmiddelentermijn bij beroep op een doorbrekingsgrond te billijken? Een dergelijke beperking kan ook recht doen aan de spoedeisendheid die voor het te doorbreken rechtsmiddelenverbod redengevend is geweest en vermindert eventuele vertraging van de procedure die mede het gevolg is van het relatieve gemak waarmee met een beroep op een of meer doorbrekingsgronden ontvankelijkheid van het rechtsmiddel kan worden bereikt.¹⁴⁹ In hoofdstuk 7 werk ik deze gedachte verder uit.¹⁵⁰

5.4 Stellen van een doorbrekingsklacht

5.4.1 Inleiding

155. Algemeen

In de voorgaande hoofdstukken is besproken op basis van welke gronden doorbreking mogelijk is. Wil de rechter aan de inhoudelijke beoordeling van een doorbrekingsklacht toekomen, dan is niet alleen vereist dat het betreffende rechtsmiddelenverbod doorbreekbaar is (par. 5.2) en dat de klacht tijdig naar voren is gebracht (par. 5.3). Het is ook van belang dat de procespartij die haar beroep een doorbrekingsgrond beoordeeld wil zien daartoe op voorhand voldoende naar voren brengt. De aangevoerde klacht moet daadwerkelijk een doorbrekingsklacht zijn. Ook dat is een – cumulatieve – voorwaarde voor de ontvankelijkheid van een rechtsmiddel dat

149 Waarover hierna nrs. [160] en [174-175].

150 Zie hierna nrs. [248] en [256].

niettegenstaande een rechtsmiddelenverbod wordt aangewend.¹⁵¹ In deze paragraaf werk ik deze voorwaarde uit. Voor begrip van de voorwaarde zij vooraf benadrukt dat een doorbrekingmogelijkheid niet ambtshalve wordt onderzocht. Ook moet onderscheid worden gemaakt tussen ontvankelijkheid en doorbreking.

156. Ambtshalve toepassing van rechtsmiddelenverboden leidt niet tot ambtshalve beoordeling van doorbrekingsgronden

Of en voor wie een rechtsmiddel openstaat, wordt bepaald door regels van openbare orde en staat dus niet ter vrije bepaling van partijen. De betreffende regels moeten door de rechter zo nodig ambtshalve worden toegepast.¹⁵² Hieruit vloeit voort dat de rechter ook een rechtsmiddelenverbod ambtshalve dient toe te passen.¹⁵³ Dat brengt mee dat er in cassatie over kan worden geklaagd dat de appelrechter een rechtsmiddelenverbod niet heeft toegepast, ook door een partij die zich in hoger beroep niet op het rechtsmiddelenverbod heeft beroepen.¹⁵⁴ Dit betekent niet dat de Hoge Raad uit eigen beweging casseert als niet wordt geklaagd dat de appelrechter een rechtsmiddelenverbod over het hoofd ziet. De Hoge Raad mag immers niet ambtshalve casseren. In dergelijke gevallen dient de ontvankelijkheid van het hoger beroep in cassatie als uitgangspunt.¹⁵⁵ De Hoge Raad is uiteraard wel gehouden ambtshalve na te gaan of het cassatieberoep ontvankelijk is en dus of ten aanzien van de uitspraak waartegen het cassatieberoep is gericht een rechtsmiddelenverbod geldt. Hij kan immers in elke stand van het geding, zowel ambtshalve als naar aanleiding van een daarop gericht beroep van een van de partijen, beslissen dat eiser of verzoeker niet-ontvankelijk is in zijn cassatieberoep.¹⁵⁶

De ambtshalve toetsing door de beroepsrechter gaat echter niet zover, dat de beroepsrechter bij een toepasselijk rechtsmiddelenverbod ook uit eigen beweging dient te onderzoeken of sprake is van een doorbrekingsgrond. Is een rechtsmid-

151 Het rechtsmiddel is dus niet ontvankelijk wanneer wel een doorbrekingsklacht naar voren is gebracht, maar het betreffende rechtsmiddelenverbod niet doorbreekbaar is. De doorbrekingsklacht kan dan niet worden beoordeeld en het rechtsmiddelenverbod geldt onverkort. Anders Van Mierlo, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 700, aant. 11 (online, bijgewerkt 25 april 2022), die ondanks zijn aanname dat art. 700 lid 2 Rv niet kan worden doorbroken opmerkt dat een schuldenaar ontvankelijk is in hoger beroep tegen een verleend beslagverlof als hij een doorbrekingsgrond stelt.

152 Zie bijv. HR 2 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1546, NJ 2023/208, r.o. 3.2 (*ACT Commodities/Youngray c.s.*). Dit geldt ook voor regels die bepalen ten aanzien van welke partijen een rechtsmiddel en de daarop gedane uitspraak werking hebben,

153 Zie bijv. concl. A-G Lückers, ECLI:NL:PHR:2018:1109, voor HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2395, NJ 2019/37 (*Magna Group/Quantera Global*), onder 2.6. Zie verder HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9630, NJ 2009/490, r.o. 4.2 (*Makau/Van den End*) in het kader van art. 110 lid 3 Rv; HR 20 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6529, NJ 2007/244, r.o. 3.3 en HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7032, RvdW 2008/208, r.o. 3.3 (*X/Woningsstichting Bergh*) in het kader van de appelgrens in art. 332 lid 1 Rv; HR 24 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2077, NJ 1996/538, r.o. 3 (*Zonweg Holding/Staat*) in het kader van de appelgrens in art. 38 RO (oud). Vgl. ook HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, NJ 2004/569, r.o. 4.4 (*Waterschap Regge en Dinkel/Milieutech Beheer*) in het kader van request-civiel bij de overheidsrechter tegen een arbitraal tussenvonnissen en arbitraal eindvonnissen (thans herroeping ex art. 1068 Rv).

154 Vgl. HR 24 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2077, NJ 1996/538, r.o. 3 (*Zonweg Holding/Staat*) waar de Hoge Raad dit in meer algemene zin overweegt ten aanzien van schending van 'een wettelijke regel van appellabiliteit'.

155 Snijders & Wendels 2009/35, p. 41; HR 24 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7002, NJ 2004/396, r.o. 3 (*Revabo/Amev*).

156 HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2578, NJ 2016/476, r.o. 3.3.2 (*JKS Holding e.a./Craver*).

delenverbod van toepassing, dan is een rechtsmiddel naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad pas ontvankelijk wanneer een appelland of eiser tot cassatie zich op een doorbrekingsgrond beroept.¹⁵⁷

157. Onderscheid tussen ontvankelijkheid en doorbreking

Voor ontvankelijkheid is voldoende dat appelland dan wel eiser tot cassatie één van de doorbrekingsgronden stelt.¹⁵⁸ Voor ontvankelijkheid is dus niet vereist dat de doorbrekingsklacht gegrond is.¹⁵⁹ De appel- dan wel cassatierechter zal vervolgens dienen te onderzoeken of de doorbrekingsgrond zich daadwerkelijk voordoet en of het betreffende rechtsmiddelenverbod dus ook echt kan worden doorbroken.¹⁶⁰ Is dat laatste het geval, dan kan herbeoordeling van het geding volgen, al dan niet met inachtneming van de juiste regeling, of met inachtneming van de vereisten voor een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. Ontvankelijkheid en doorbreking moeten dus van elkaar worden onderscheiden. Een rechtsmiddel kan ondanks een rechtsmiddelenverbod ontvankelijk zijn, maar doorbreking en dus ook de beoordeling van de beslissing in vorige instantie blijven uit als het beroep op de doorbrekingsgronden niet slaagt.¹⁶¹ Wordt na het falen van doorbrekingsklachten het beroep ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard, dan zijn de praktische gevolgen echter nihil. Een cassatieklacht tegen deze fout faalt namelijk bij gebrek belang.¹⁶²

5.4.2 Inhoud stelplicht

158. Een voor ontvankelijkheid voldoende beroep op een doorbrekingsgrond

Voor ontvankelijkheid van een rechtsmiddel dat wordt ingesteld ondanks een toepasselijk rechtsmiddelenverbod, moet dus een doorbrekingsgrond worden gesteld. Daartoe moet de inhoud van de aangevoerde klacht overeenstemmen met een van de doorbrekingsgronden.¹⁶³ De vraag is wanneer de klacht voldoende overeenstemt

157 Van der Wiel & Dempsey 2019/162, p. 165. Zie recent bijv. HR 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:51, RvdW 2024/119, r.o. 3.2.

158 Asser 2018, p. 65; Van der Wiel & Dempsey 2019/162, p. 165; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/26. Zie bijv. HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0712, NJ 1992/771, r.o. 3 (Zuidhoek/Stichting Cultureel Centrum); HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3536, NJ 2015/275, r.o. 3.4.3 (Matarrese/Tiels Schoonmaakbedrijf); HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1387, RvdW 2022/918, r.o. 3.2 (Depra c.s./Oldenburgische Landesbank). Aan de overige ontvankelijkheidsvereisten moet dan uiteraard ook zijn voldaan, zie HR 30 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1080, NJ 1990/524, r.o. 3 (Knijff/Radio Modern). Zie ook hierna nr. [158].

159 Zie bijv. HR 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0417, NJ 1992/119, r.o. 3.2 (Stichting Huisvesting voor Ouderen Naarden/Jakma); HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2208, NJ 1997/205, r.o. 3.8 (Boukacem/Martinair). Vgl. Lindijer 2006/357, p. 374, die opmerkt dat niet hoeft te worden aangevoerd dat sprake is van een voldoende ernstige schending van een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat geen sprake meer kan zijn van een eerlijke en onpartijdige zaaksbehandeling. Dat strookt met de lijn dat de ernst van de schending van het beginsel irrelevant is voor het oordeel of sprake is van een essentieel vormverzuim, zie hiervoor nr. [90].

160 Zie bijv. HR 25 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1003, NJ 2021/274, r.o. 3.8 (moeder/Jeugdbescherming Brabant).

161 Zie bijv. HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51, NJ 2019/236, r.o. 3.4.2-3.5.2.

162 Zie bijv. HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1683, NJ 1998/414, r.o. 3.4.2 (Saueressig/Forbo); HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2557, NJ 1998/332, r.o. 3.2 (Noordanus/Exploitatiemaatschappij 'De Wittenburg').

163 Snijders & Wendels 2009/322, p. 292.

en wanneer dus voldoende is gesteld. In de doorbrekingsrechtspraak komt deze vraag niet in elke uitspraak expliciet aan bod.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat slechts het stellen dat een regeling ten onrechte is toegepast, of ten onrechte niet is toegepast,¹⁶⁴ voldoende is voor ontvankelijkheid.¹⁶⁵ Dat komt doordat deze gronden zien op de beantwoording van voorvragen door de rechter in eerdere aanleg. Die beantwoording valt niet binnen de reikwijdte van het rechtsmiddelenverbod – dat ziet immers op de toepassing en niet op de toepasselijkheid van de regeling. Zo is een klacht betreffende deze beantwoording ontvankelijk in hoger beroep.¹⁶⁶

Of voldoende is gesteld voor ontvankelijkheid op grond van een klacht over verzuim van essentiële vormen, en dus schending van zo fundamentele beginselen dat geen sprake meer is van een eerlijke en onpartijdige behandeling, laat zich uit de rechtspraak van de Hoge Raad minder eenduidig opmaken. Hier speelt een rol dat niet elk fundamenteel rechtsbeginsel fundamenteel genoeg is om bij schending daarvan tot doorbreking te leiden. De vraag is of ontvankelijkheid een beroep vereist op schending van het specifieke beginsel, zoals hoor en wederhoor, of dat kan worden volstaan met de aanduiding dat van schending van 'een' zo fundamenteel beginsel sprake is. Anders gezegd, moet de hogere rechter voordat hij tot ontvankelijkheid komt eerst beoordelen of de aangevoerde schending een beginsel betreft dat fundamenteel genoeg is? Of speelt dat punt pas bij de beoordeling van de gegrondheid van de doorbrekingsklacht en dus bij de vraag of van schending daadwerkelijk sprake is?

Dat de kwalificatie van het ingeroepen beginsel al een rol speelt bij de ontvankelijkheidsvraag, lijkt te volgen uit de kernoverweging van de eerder besproken beschikking *HBM/Wielenga*:

'(...) Weliswaar is niet uitgesloten dat een klacht betreffende verzuim van essentiële vormen (...) tot ontvankelijkheid van het hoger beroep leidt, doch dit is alleen dan het geval wanneer aan die klacht ten grondslag ligt dat een zo fundamenteel rechtsbeginsel is veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, zoals in het geval van veronachtzaming van het beginsel van hoor en wederhoor (...). Daartoe is niet voldoende de klacht dat de betreffende beschikking niet of niet naar de eis der wet met redenen is omkleed.

Dit brengt mee dat de Rb. *Wielenga* ten onrechte met betrekking tot voormelde grieven in zijn beroep heeft ontvangen (...).¹⁶⁷

Wielenga had geklaagd dat de kantonrechter de betreffende beslissing niet had gemotiveerd. Uit de overweging van de Hoge Raad blijkt dat een motiveringsklacht niet voldoende is voor een klacht dat een 'zo fundamenteel rechtsbeginsel (...)' is geschonden. De Hoge Raad overweegt tevens uitdrukkelijk dat het ontvankelijkheidsoordeel van de rechtbank dus onjuist was. Niet alleen kan een motiveringsklacht niet tot doorbreking leiden, ook de ontvankelijkheid is dus afhankelijk van

164 Zie bijv. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3629, *RvdW* 2016/116, r.o. 3.4 (*X/Stichting Jeugdbescherming Rotterdam*); HR 17 mei 2024, ECLI:NL:HR:2024:718, *RvdW* 2024/162, r.o. 3.2.

165 Zie reeds HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0712, *NJ* 1992/771, r.o. 3 (*Zuidhoek/Stichting Cultureel Centrum*).

166 Zie hiervoor nr. [56].

167 HR 4 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8701, *NJ* 1989/4, r.o. 3.3 (*HBM/Wielenga*).

het specifieke beginsel dat – al dan niet expliciet – wordt ingeroepen.¹⁶⁸ Dat blijkt kort nadien eveneens uit *Staat/ABN*. Ondanks het rechtsmiddelenverbod van art. 878 lid 2 Rv (oud) was door de Staat cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad overweegt dat het beroep alleen ontvankelijk is indien erover wordt geklaagd dat de rechter art. 878 jo. 876 Rv (oud) ten onrechte of met verzuim van essentiële vormen heeft toegepast of ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten. Dat was niet het geval omdat het middel slechts klachten over verzuim van de wettelijke motiveringseis bevatte en dus aan de klacht niet ten grondslag lag dat een zo fundamenteel beginsel was veronachtzaamd dat van eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kon worden gesproken. De Staat werd in zijn cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaard.¹⁶⁹ Uit deze overwegingen volgt dat de klacht dat een essentiële vorm is geschonden op zichzelf niet voldoende is voor ontvankelijkheid wanneer een rechtsmiddelenverbod van toepassing is. Voor die ontvankelijkheid is vereist dat schending van een beginsel wordt ingeroepen en ook dat dat ingeroepen beginsel fundamenteel genoeg is om volgens de maatstaf uit *HBM/Wielenga* in appel of cassatie te worden ontvangen.¹⁷⁰ Niet voldoende is een uitdrukkelijk beroep op de schending van een dergelijk beginsel, als uit de toelichting op de klacht blijkt dat een dergelijke schending niet werkelijk aan het beroep ten gronde is gelegd. Een voorbeeld is de beschikking *NIOC/Schreuder c.s.* Verzoekster tot cassatie had aangevoerd dat de wrakingskamer van het hof bij de behandeling van de zaak het beginsel van hoor en wederhoor had geschonden, maar feitelijk betroffen haar klachten de begrijpelijkheid van het oordeel van de wrakingskamer. Nu zij daarmee motiveringsklachten en geen doorbrekingsgrond had aangevoerd, was zij niet-ontvankelijk in haar cassatieberoep.¹⁷¹ Het gaat dus om het inroepen van een schending van het juiste beginsel, en de inhoud van de klacht moet ook daadwerkelijk op schending van dat beginsel zien. Net als bij de beoordeling van de doorbrekingsgrond doet de ernst van de schending hier niet ter zake.¹⁷²

159. Enige inconsistentie inzake de ontvankelijkheidstoets

Als inderdaad wordt geklaagd over een schending van een beginsel dat is aan te merken als ‘zo fundamenteel dat (...)’, dan is dat ondanks een toepasselijk rechtsmid-

168 Vgl. 3 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8475, *NJ* 1989/857, r.o. 3.3 (*Boks-Horstman/Den Aantrekker*) waarin de Hoge Raad de niet-ontvankelijkverklaring van het hof terecht acht, omdat het beroep op verzuim van essentiële vormen was gebaseerd op motiveringsklachten. Vgl. ook HR 19 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0788, *NJ* 1989/802, r.o. 3.1 (*Ramaker/Streekziekenhuis ‘Oranjeoord’*). Uit het vervolg blijkt overigens dat, anders dan gebruikelijk, de Hoge Raad de ontvankelijkheid afhankelijk stelt van de beoordeling van de doorbrekingsgrond. Zie ook het volgende nr. [159].

169 HR 25 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC2367, *NJ* 1989/3, r.o. 2 (*Staat/ABN*). Overigens had de Staat zijn klachten niet uitdrukkelijk geformuleerd op de formule ‘verzuim van essentiële vormen’ of ‘schending van een zo fundamenteel beginsel dat (...)’.

170 In *HBM/Wielenga* werd in hoger beroep wel uitdrukkelijk geklaagd dat ‘essentiële vormen’ waren verzuimd.

171 HR 21 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:918, *RvdW* 2024/644, r.o. 3.7 (*NIOC/Schreuder c.s.*). A-G Valk merkt in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2024:233, onder 4.2) treffend op dat hem voor de ontvankelijkheid ‘toch ook niet bepalend [lijkt] dat bij wijze van ritueel de juiste woorden zijn gebruikt, als tegelijk blijkt dat de werkelijke klacht een inhoud heeft die met die woorden niet overeenstemt.’ Zie ook hiervoor nr. [102] en over de beschikking nrs. [136] en [143].

172 Concl. A-G Van Peurseem, ECLI:NL:PHR:2021:810, voor HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1676, *NJ* 2022/131, onder 3.9, vn. 48. Zie hiervoor nr. [90].

delenverbod voldoende voor ontvankelijkheid van het ingestelde rechtsmiddel. De Hoge Raad heeft deze regel aanvankelijk niet geheel consistent toegepast. Niet lang na *HBM/Wielenga* en *Staat/ABN* oordeelt hij in *Ramaker/Streekziekenhuis 'Oranjeoord'* dat de rechtbank uit de door haar in aanmerking genomen omstandigheden niet had mogen afleiden dat de kantonrechter in de voorafgaande instantie het beginsel van hoor en wederhoor had veronachtzaamd. De rechtbank had daarom het hoger beroep niet-ontvankelijk moeten verklaren.¹⁷³ In hoger beroep was geklaagd over een schending van hoor en wederhoor en was dus gesteld dat sprake was van een schending van een beginsel dat als 'zo fundamenteel' heeft te gelden. Toch stelt de Hoge Raad de ontvankelijkheid van het hoger beroep afhankelijk van de beoordeling van de doorbrekingsgrond zelf.¹⁷⁴

Inmiddels lijkt van inconsistentie in de rechtspraak van de Hoge Raad geen sprake meer. Een klacht over schending van een beginsel dat kan worden aangemerkt als een 'zo fundamenteel beginsel (...) – ongeacht of die klacht gegrond is – is steeds voldoende voor ontvankelijkheid.¹⁷⁵ Zo oordeelde de Hoge Raad in 2019 dat het betreffende cassatieberoep ontvankelijk was, omdat het middel met verwijzing naar art. 6 EVRM betoogde dat het hof verzoeker ten onrechte niet de gelegenheid had gegeven zich over een mogelijke verzwaring van de aan hem opgelegde tuchtrechtelijke sanctie uit te laten, en dat dus sprake was van schending van hoor en wederhoor.¹⁷⁶ Hieruit blijkt een duidelijk onderscheid tussen de ontvankelijkheidsvraag en de doorbrekingsvraag. Na het ontvankelijkheidsoordeel komt de Hoge Raad namelijk tot de conclusie dat het middel niet tot cassatie kan leiden. In cassatie was niet geklaagd dat verzoeker tot cassatie geen gelegenheid had gehad zich uit te laten over alle bescheiden en andere gegevens die ter kennis van het hof waren gebracht, en over de rechtsgronden die tot de beslissing die tot de tuchtrechtelijke sanctie hadden geleid. Een en ander bleek ook niet uit de bestreden beslissing.¹⁷⁷

Overigens wordt het onderscheid tussen de ontvankelijkheidsvraag en de doorbrekingsvraag in feitenrechtspraak thans niet steeds gemaakt.¹⁷⁸

5.4.3 Constructie van doorbrekingsgronden door de rechter

160. Een kennelijk beroep op doorbrekingsgronden

Ontvankelijkheid van een rechtsmiddel, niettegenstaande een rechtsmiddelenverbod, vereist het stellen van een doorbrekingsgrond. Wat moet worden gesteld

173 HR 19 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0788, NJ 1989/802, r.o. 3.4-3.5 (*Ramaker/Streekziekenhuis 'Oranjeoord'*).

174 In dezelfde zin HR 9 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0928, NJ 1990/56, r.o. 3.1-3.2 (*Bos/Dijkstra*). In beide zaken had ook de appelrechter de ontvankelijkheid gebaseerd op het slagen van de klacht dat sprake was van verzuim van essentiële vormen en niet slechts op het stellen van dat verzuim.

175 Bijv. HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2208, NJ 1997/205, r.o. 3.8 (*Boukacem/Martinair*); HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4503, NJ 2005/257, r.o. 3.3-3.4 (*Polderman & Van Diepen/Land-inrichtingscommissie 'De Gouw'*).

176 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51, NJ 2019/236, r.o. 3.4.2.

177 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51, NJ 2019/236, r.o. 3.5.2.

178 Bijv. Hof Den Haag 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3889, r.o. 4.2; Hof Amsterdam 1 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5013, r.o. 3.5; Hof 's-Hertogenbosch 3 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3503, r.o. 2.4.15; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10177, r.o. 4.12; Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:5535, r.o. 5.6.

besprak ik hierboven. Ontvankelijkheid zelf lijkt op dit punt relatief gemakkelijk af te dwingen. Daar komt bij dat voor ontvankelijkheid niet is vereist dat uitdrukkelijk beroep wordt gedaan op een of meer doorbrekingsgronden. De Hoge Raad accepteert ook doorbrekingsgronden die in grieven of cassatieklachten besloten liggen.

In de eerder besproken beschikking *L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.* oordeelt de Hoge Raad dat het rechtsmiddelenverbod van art. 282 Fw van toepassing is op bepaalde beslissingen van de rechter-commissaris in het kader van een surseance.¹⁷⁹ Verzoeker in cassatie klaagt dat de rechter-commissaris niet onpartijdig en onafhankelijk is geweest en dat geen rechtsgeldige stemming over het surseanceakkoord heeft plaatsgevonden. De rechtbank heeft volgens verzoeker in cassatie ten onrechte geoordeeld dat geen sprake was van schending van fundamentele rechten van verzoeker.¹⁸⁰ Tevens klaagt hij dat de rechtbank heeft geoordeeld dat geen sprake was van het ten onrechte buiten toepassing laten van art. 269 Fw, omdat de stemming niet voldeed aan de eisen van art. 269 Fw nu uit het proces-verbaal niet blijkt hoe de crediteuren hebben gestemd.¹⁸¹

L doet in zijn cassatiemiddel geen uitdrukkelijk beroep op 'doorbreking' van een rechtsmiddelenverbod en van de standaard doorbrekingsjurisprudentie en de doorbrekingsgronden wordt in het middel evenmin uitdrukkelijk gewag gemaakt. Dat is volgens de Hoge Raad ook niet nodig. De Hoge Raad overweegt dat 'met de hiervoor (...) weergegeven klachten kennelijk een beroep [wordt] gedaan op een grond voor doorbreking van het in art. 282 Fw neergelegde verbod op het instellen van een gewoon rechtsmiddel (...).'¹⁸² De klachten worden vervolgens ook uitdrukkelijk behandeld als doorbrekingsgronden.

Een ander voorbeeld is een beschikking uit 2021 in een zaak waarin de schuldsaneringsregeling (Wsnp) was toegepast. De eerder aangestelde beschermingsbewindvoerder van de schuldenaar had de rechter-commissaris meermaals gevraagd te bepalen dat het saldo op de beheerrekening van de schuldenaar niet aan de boedel behoefde te worden afgedragen. Die verzoeken waren gegrond op art. 317 Fw. Na de derde, negatieve, beslissing gaat de beschermingsbewindvoerder in hoger beroep bij de rechtbank, op grond van art. 315 lid 1 Fw, dat de beroepstermijn bepaalt op vijf dagen. De rechtbank wijst het beroep af. Zij overweegt dat met art. 317 Fw kan worden opgekomen tegen een bepaalde handeling of nalaten van de wsnp-bewindvoerder, maar dat beschermingsbewindvoerder art. 317 Fw gebruikt om op te komen tegen eerder genomen, gelijklopende beschikkingen van de rechter-commissaris door deze te vragen om in een nieuwe beschikking terug te komen op zijn eerdere besluiten. Daarmee zou beschermingsbewindvoerder art. 317 Fw voor een ander doel gebruiken dan waarvoor het is geschreven. Art. 315 lid 1 Fw zou een dode letter

179 HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, *NJ 2018/13 (L/Poorthuis Dekker q.q. c.s.)*.

180 HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, *NJ 2018/13*, r.o. 3.6.1 (*L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.*). Zie over de precieze klachten hiervoor nr. [101].

181 HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, *NJ 2018/13*, r.o. 3.6.2 (*L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.*).

182 HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, *NJ 2018/13*, r.o. 3.6.3 (*L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.*). De Hoge Raad overweegt dat kennelijk een beroep wordt gedaan op 'een' grond voor doorbreking. De Hoge Raad leest in het betoog alleen de grond dat een 'zo fundamenteel rechtsbeginsel dat (...) is geschonden. Uit r.o. 3.8.3 volgt dat de klacht in r.o. 3.6.2 miskent dat onjuiste toepassing van een regel geen doorbrekingsgrond is.

zou worden indien de daarin opgenomen korte beroepstermijn kan worden omzeild door de rechter-commissaris steeds om herziening van zijn eerdere beschikking te vragen.¹⁸³ De rechtbank geeft in hoger beroep dus geen inhoudelijk oordeel in het kader van art. 317 Fw. Tegen beschikkingen ingevolge art. 315 lid 1 Fw staat op grond van art. 360 Fw geen hogere voorziening open. In cassatie klaagt de beschermingsbewindvoerder dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat verzoeker art. 317 Fw heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor het is geschreven. De Hoge Raad overweegt dat hierin de klacht besloten ligt dat de rechtbank het toepassingsbereik van art. 317 Fw heeft miskend en daardoor die bepaling ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten.¹⁸⁴ Daarmee doet verzoeker een kennelijk een beroep op een doorbrekingsgrond en is hij in zoverre ontvankelijk in zijn cassatieberoep.¹⁸⁵

Doorbrekingsgronden mogen dus worden ingelezen in hetgeen in hoger beroep en cassatie is aangevoerd. Een klacht hoeft door partijen of belanghebbenden dus niet steeds in het keurslijf van een van de doorbrekingsformules te worden gewrongen. De aangevoerde klachten moeten de strekking hebben van een doorbrekingsgrond.¹⁸⁶

161. Geen ambtshalve onderzoek na niet-ontvankelijkheid

Doorbrekingsgronden kunnen dus uitdrukkelijk worden aangevoerd of besloten liggen in grieven of cassatieklachten. Dat zij worden gesteld blijft echter een harde ontvankelijkheidseis. De ondergrens ligt als gezegd bij ambtshalve onderzoek naar doorbrekingsgronden. De hogere rechter is wel ambtshalve verplicht om rechtsmiddelenverboden toe te passen, maar niet gehouden ambtshalve na te gaan of sprake is van een doorbrekingsgrond buiten hetgeen is aangevoerd door de insteller van het rechtsmiddel.¹⁸⁷ De vraag is of een plicht tot ambtshalve onderzoek eveneens ontbreekt wanneer wel een beroep is gedaan op een doorbrekingsgrond, maar de daaraan ten grondslag liggende onderbouwing onvoldoende blijkt voor i) ontvankelijkheid van het rechtsmiddel, of voor ii) een *succesvol* beroep op een doorbrekingsgrond, terwijl de aangevoerde doorbrekingsgrond wel voldoende is voor ontvankelijkheid van het rechtsmiddel.

De vraag onder i) moet mijns inziens in negatieve zin worden beantwoord. Wanneer een klacht is geformuleerd als beroep op een doorbrekingsgrond, maar niet tot ontvankelijkheid van het rechtsmiddel kan leiden, is geen sprake van een daadwerkelijk beroep op een doorbrekingsgrond. Er is dan dus ook geen doorbrekingsgrond

183 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1670, NJ 2022/38, r.o. 2.4 met verwijzing naar r.o. 4.3 van de uitspraak van Rb. Limburg 15 december 2020, zaaknr. C/03/283624/HA RK 20-214.

184 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1670, NJ 2022/38, r.o. 3 en 4.1.1.

185 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1670, NJ 2022/38, r.o. 3.

186 Zie ook concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:809, voor HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1670, NJ 2022/38, onder 3.6; HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:972, NJ 2018/429, r.o. 3.4 (*Bethanie/Rabobank*); vgl. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3630, NJ 2016/33, r.o. 3.4 (*Visser & Veerman/De Alliantie*). Zie voor voorbeelden in feitenrechtspraak bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:162, r.o. 6.1; Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2836, NJF 2016/353, r.o. 3.9; Hof 's-Hertogenbosch 24 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5553, r.o. 3.1.9. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1426, r.o. 3.10.3; Rb. Limburg 14 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1332, r.o. 3.2 en 4.2.

187 Zie hiervoor nr. [156].

gesteld. Zoals zojuist opgemerkt gaat het in dit geval te ver om van de rechter te verwachten dat hij ambtshalve op zoek gaat naar – andere – gronden die wel voldoende zijn voor doorbreking. Hierbij kan worden gedacht aan de klacht over ten onrechte niet toepassen van een regeling, terwijl eigenlijk sprake is van een – niet als doorbrekingsgrond aan te merken – *onjuiste* toepassing. Hetzelfde geldt voor een beroep op essentieel vormverzuim en dus de schending van een ‘zo fundamenteel rechtsbeginsel dat (...)’, terwijl het aangevoerde beginsel niet kwalificeert als zodanig.¹⁸⁸

Illustratief voor laatstgenoemd geval is het eerder besproken arrest *Boks-Horstman/Den Aantrekker* uit 1989, over een ontbindingsbeschikking en het rechtsmiddelenverbod van art. 1639w BW (oud).¹⁸⁹ Horstman voert in hoger beroep aan dat sprake is van essentieel vormverzuim, maar wordt niet-ontvankelijk verklaard. In cassatie klaagt hij in het eerste middel dat dit niet terecht is. De rechtbank had, gezien de wijze waarop de kantonrechter zijn beschikking had ingericht en gemotiveerd, moeten oordelen dat niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak als bedoeld in art. 6 EVRM (en art. 14 IVBPR) kon worden gesproken en dat zodanig fundamentele rechtsbeginselen zijn geschonden dat hoger beroep van die beslissing open diende te worden gesteld. Horstman acht het door de rechtbank gehanteerde criterium dat voor de ontvankelijkheid van het hoger beroep niet voldoende is dat het motiveringsbeginsel is geschonden, onjuist.¹⁹⁰ Vervolgens betoogt hij in het tweede middel dat de rechtbank ambtshalve had behoren te onderzoeken of de procedure voor de kantonrechter aan de in het eerste middel genoemde normen beantwoordde. De rechtbank was gehouden tot dat ambtshalve onderzoek, onder meer omdat Horstman zich in appel had beroepen op ‘essentieel vormverzuim’.¹⁹¹

De Hoge Raad oordeelt echter dat juist is dat voor ontvankelijkheid van hoger beroep niettegenstaande een rechtsmiddelenverbod onvoldoende is dat een beroep wordt gedaan op schending van de motiveringsplicht. De rechtbank is dus terecht gekomen tot niet-ontvankelijkheid van het hoger beroep.¹⁹² Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat, nu het eerste onderdeel niet tot cassatie kan leiden, er geen belang meer is bij behandeling van het tweede onderdeel, waarin wordt betoogd dat de rechtbank ‘zonodig ook ambtshalve had behoren te onderzoeken’ of de procedure voor de kantonrechter aan de in het eerste onderdeel genoemde normen – een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak – beantwoordde.¹⁹³ Hieruit volgt dat als voor ontvankelijkheid een beroep op een doorbrekingsgrond is vereist, maar dat beroep niet tot ontvankelijkheid leidt, de rechter vervolgens niet gehouden is ambtshalve na te gaan of andere omstandigheden aanleiding geven tot het slagen van de aangevoerde doorbrekingsgrond. Als een klacht is geformuleerd als beroep op een

188 Zie hiervoor bijv. nr. [102].

189 HR 3 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8475, NJ 1989/857 (*Boks-Horstman/Den Aantrekker*).

190 Middelonderdeel 1 bij HR 3 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8475, NJ 1989/857 (*Boks-Horstman/Den Aantrekker*).

191 Middelonderdeel 2 bij HR 3 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8475, NJ 1989/857 (*Boks-Horstman/Den Aantrekker*).

192 HR 3 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8475, NJ 1989/857, r.o. 3.2-3.3 (*Boks-Horstman/Den Aantrekker*).

193 HR 3 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8475, NJ 1989/857, r.o. 3.3 (*Boks-Horstman/Den Aantrekker*).

doorbrekingsgrond, maar niet daadwerkelijk als zodanig kwalificeert, is ambtshalve onderzoek naar andere doorbrekingsmogelijkheden dus niet aan de orde.

162. Geen ambtshalve onderzoek na ongegronde doorbrekingsklacht

Uit het voorgaande kan niet a contrario worden afgeleid dat na een ontvankelijke, maar ongegronde doorbrekingsklacht – het geval onder ii) hierboven – de rechter wel ambtshalve moet onderzoeken of andere gronden voor doorbreking bestaan. Ook in dit geval geldt dat de rechter slechts kan doorbreken op grond van door partijen aangevoerde omstandigheden. Denk hierbij aan een beroep op schending van ‘zo fundamentele rechtsbeginselen dat (...)’, op grond van een gebrek aan rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid. Vormen de daaraan ten grondslag gelegde omstandigheden onvoldoende grond voor het oordeel dat ook echt sprake is van een dergelijk gebrek, dan mag de rechter niet uit eigen beweging in andere dan in de procedure aangevoerde omstandigheden op zoek gaan naar aanvullende gronden die wel tot het slagen van de doorbrekingsklacht kunnen leiden. Zulks volgt bijvoorbeeld uit *L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.*:

‘Uit het hiervoor in 3.6.1 weergegeven betoog van L., kan niet worden afgeleid dat bij de behandeling van de zaak een zodanig fundamenteel rechtsbeginsel is veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken. Het voeren van overleg met een bewindvoerder in surseance, het nemen van een beslissing ten nadele van degene aan wie surseance is verleend en het doen van een voordracht tot ontslag van een bewindvoerder zijn feiten of omstandigheden die noch op zichzelf, noch in onderlinge samenhang erop duiden dat de rechter-commissaris niet onpartijdig en onafhankelijk te werk is gegaan. *Bijkomende omstandigheden die tot een ander oordeel kunnen leiden, zijn niet aangevoerd.*’¹⁹⁴ (curs., FCB)

Het slagen van een doorbrekingsklacht kan dus alleen op aangevoerde omstandigheden worden gebaseerd. Dat brengt a fortiori mee dat de hogere rechter niet uit eigen beweging kan onderzoeken of sprake is van een andere doorbrekingsgrond dan waarop beroep is gedaan als daarvoor geen aanknopingspunten zijn te vinden in hetgeen door partijen is aangevoerd. Dat geldt ook in het hypothetische geval waarin beroep op de schending van een fundamenteel beginsel niet slaagt, maar het beroep op schending van een ander fundamenteel beginsel wel succesvol was geweest.

Zijn voor het slagen van de aangevoerde doorbrekingsklacht of een eventuele andere doorbrekingsgrond wel aanknopingspunten te vinden in hetgeen is aangevoerd, dan zal van ambtshalve onderzoek ook geen sprake zijn: de hogere rechter zal dan immers vaststellen dat op de doorbrekingsgrond wel degelijk een beroep is gedaan, zij het kennelijk en niet uitdrukkelijk, nu de doorbrekingsgrond in dat geval besloten ligt in de andere klachten. Hierboven bleek reeds dat een dergelijk kennelijk beroep voldoende is voor ontvankelijkheid.¹⁹⁵

163. Ter vergelijking: geen ambtshalve onderzoek naar berusting

Een onderzoek naar doorbrekingsmogelijkheden buiten de omstandigheden die partijen aanvoeren, lijkt dus niet aan de orde. Deze gedachte sluit aan bij de rechtspraak

¹⁹⁴ HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, NJ 2018/13, r.o. 3.8.2 (*L/Poorthuis en Dekker q.q. c.s.*).

¹⁹⁵ Zie hiervoor nr. [160].

van de Hoge Raad over de vraag of ambtshalve moet worden vastgesteld of sprake is van berusting. Tot in 2007 was vaste rechtspraak dat de rechter ambtshalve moest onderzoeken of partijen in de voorgaande uitspraak hadden berust.¹⁹⁶ Daarvan komt de Hoge Raad terug in de beschikking *Wolting/OM*. Vanaf dat moment kan de rechter alleen oordelen tot niet-ontvankelijkheid wegens berusting wanneer de wederpartij daarop een beroep doet.¹⁹⁷

Aan dit 'omgaan' heeft de Hoge Raad ten grondslag gelegd dat berusting en het beroep doen op berusting behoren tot de partijautonomie. Bovendien zal de rechter in de regel niet op de hoogte zijn van de berusting indien daarop door de wederpartij geen beroep wordt gedaan en dan ook geen aanleiding zien voor een onderzoek naar berusting.¹⁹⁸ Hieruit blijkt ook al dat het praktische verschil tussen een ambtshalve beoordeling van berusting en een niet-ambtshalve beoordeling tamelijk klein is. Het vaststellen van berusting moet immers steeds geschieden aan de hand van ten processe gebleken feiten.¹⁹⁹ Waar het gaat om berusting zal het in de regel gaan om nieuwe feiten en stukken die nog geen deel zijn van het procesdossier uit de vorige instantie, en dus is de rechter daarvoor afhankelijk van hetgeen partijen aanvoeren. De rechter mag immers niet ambtshalve feitelijke gronden aanvullen (art. 24 Rv).²⁰⁰ Dit laatste geldt uiteraard ook in het kader van doorbreking, al lijkt de rechter voor de vaststelling of sprake is van een doorbrekingsgrond minder afhankelijk van hetgeen partijen aanvoeren. Waar immers berusting plaatsvindt ná de bestreden uitspraak, kunnen gronden voor doorbreking worden gevonden in de uitspraak zelf en in de stukken waarin verslag wordt gedaan van de totstandkoming van die uitspraak. In dat opzicht lijkt voor een ambtshalve onderzoek naar doorbrekingsgronden binnen de ten processe gebleken feiten meer ruimte te bestaan dan waar het berusting betreft. Bovendien hoeft de wenselijkheid van ambtshalve toepassing er niet van afhankelijk te zijn of de rechter met de feiten of omstandigheden die aanleiding geven tot die toepassing bekend is.²⁰¹

5.4.4 Doorbreking en ontvankelijkheid van incidenteel beroep

164. Algemeen

Wat is rechtens wanneer niet alleen de partij die het rechtsmiddel instelt, maar ook zijn wederpartij in dezelfde beroepsprocedure klachten wenst te richten tegen de bestreden uitspraak ten aanzien waarvan een rechtsmiddelenverbod geldt? Dient in het kader van een incidenteel appel of incidenteel cassatieberoep voor ontvankelijkheid en ter beoordeling van de klachten ook steeds een beroep te worden gedaan op een of meer doorbrekingsgronden?

196 HR 18 december 1919, ECLI:NL:HR:1919:104, NJ 1920, p. 41; HR 15 juni 1956, ECLI:NL:HR:1956:166, NJ 1956/399. Van der Wiel & Dempsey 2019/169, p. 170; Stein/Rueb/Gras, Hendrikse & Jongbloed 2024, p. 272-273.

197 HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6096, NJ 2008/142, r.o. 3.5.2 (*Wolting/OM*).

198 HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6096, NJ 2008/142, r.o. 3.5.2 (*Wolting/OM*).

199 Snijders, NJ 2008/142, nr. 6.

200 Vgl. Van der Wiel & Dempsey 2019/169, p. 170; Snijders & Wendels 2009/120, p. 114.

201 Vgl. Gras 2009, p. 582.

165. Geen beroep op doorbrekingsgrond vereist bij succesvolle doorbrekingsgrond in principaal appel

De beschikking *Giskus/BMG* geeft gedeeltelijk antwoord op bovenstaande vragen.²⁰² De zaak betrof de ontbinding van een arbeidsovereenkomst en vervolgens de toekenning van een vergoeding ten laste van werkgever door het gerecht van eerste aanleg van de Nederlandse Antillen en Aruba. Grondslag hiervoor was art. 1615w Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen (BWNA).²⁰³ Lid 8 sloot voorzieningen tegen beslissingen op verzoek tot ontbinding uit.

In de appelprocedure bij het Gemeenschappelijk Hof voor de Nederlandse Antillen en Aruba was door BMG aangevoerd dat het gerecht het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor had geschonden en buiten het toepassingsgebied van art. 1615w BWNA was getreden. In het door BMG ingestelde hoger beroep kwam Giskus met een incidenteel hoger beroep op tegen de eindbeschikking van het gerecht. Giskus voerde in het kader van zijn incidenteel appel geen gronden aan voor doorbreking van art. 1615w lid 8 BWNA, maar stelde juist dat geen sprake was van schending van het fundamentele rechtsbeginsel van hoor en wederhoor en dat het gerecht niet buiten het toepassingsgebied van art. 1615w BWNA was getreden. Verder stelde Giskus niks op grond waarvan hoger beroep voor hem zou hebben opengestaan.²⁰⁴ Nu BMG doorbrekingsgronden had aangevoerd, was het principaal appel ontvankelijk. Het Gemeenschappelijk Hof oordeelde vervolgens dat het gerecht het beginsel van hoor en wederhoor had geschonden en beoordeelde de zaak ten principale. Giskus werd echter in zijn incidentele beroep niet-ontvankelijk verklaard. Het hof overwoog dat de omstandigheid dat het rechtsmiddelenverbod door BMG is doorbroken, niet meebrengt dat ook voor Giskus appel openstaat.²⁰⁵

Giskus voert in cassatie aan dat waar het hof na gegrondverklaring van de doorbrekingsgrond de zaak in volle omvang heeft beoordeeld, ook Giskus klachten had moeten kunnen richten tegen de in appel bestreden uitspraak van het gerecht. Hij beroept zich daarbij op de rechten die worden gewaarborgd door art. 6 EVRM. Een oordeel zoals door het hof gegeven leidt volgens Giskus tot een gunstiger positie van de principaal appelland ten opzichte van haar wederpartij.

De Hoge Raad acht het betreffende onderdeel gegrond. Wel overweegt hij eerst dat het incidenteel appel in beginsel niet-ontvankelijk is. Met het oog op de strekking van het rechtsmiddelenverbod – uitsluiten van iedere discussie over de wijze waarop de rechter van zijn aan dat artikel ontleende bevoegdheid gebruik heeft gemaakt – valt niet in te zien waarom het incidenteel appel ontvankelijk zou moeten zijn zonder dat doorbrekingsgronden zijn gesteld. Daarbij is met name van belang de steeds meer verzelfstandigde positie van het incidenteel appel.²⁰⁶ Die positie brengt mee dat wanneer een principaal appel slechts op bepaalde gronden kan worden

202 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9614, NJ 2008/547 (*Giskus/BMG*).

203 Die bepaling was grotendeels vergelijkbaar met het inmiddels vervallen art. 7:685 BW (oud).

204 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9614, NJ 2008/547, r.o. 3.3 (*Giskus/BMG*).

205 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9614 NJ 2008/547, r.o. 3.4 (*Giskus/BMG*). Voor de stelling van Giskus, zie het cassatiemiddel, onderdeel 6.1.

206 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9614, NJ 2008/547, r.o. 3.9 (*Giskus/BMG*) waarin de Hoge Raad verwijst naar de conclusie van A-G Wesseling-van Gent en de daar genoemde rechtspraak, onder 2.44-2.51.

ingesteld, hetzelfde moet gelden voor het incidenteel appel.²⁰⁷ De Hoge Raad maakt echter een uitzondering voor het geval waarin de appelrechter oordeelt dat sprake is van een of meer van de in het principaal appel gestelde doorbrekingsgronden en vervolgens de zaak zelf behandelt. Waar de zaak alsnog aan de beoordeling van de appelrechter is onderworpen, verzet de strekking van het rechtsmiddelenverbod zich er niet tegen dat de appelrechter oordeelt over de grieven van de incidenteel appellant. Omdat het rechtsmiddelenverbod in het principale appel reeds is doorbroken, bestaat geen grond meer om nog de eis te stellen dat ook in incidenteel appel doorbrekingsgronden worden aangevoerd.²⁰⁸

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat iets anders geldt wanneer de appelrechter de in het principaal beroep aangevoerde doorbrekingsgronden niet aanwezig acht, het beroep verwerpt, en niet toekomt aan behandeling van de zaak zelf. Hoewel het principaal appel ontvankelijk is, moet de appelrechter het incidenteel appel dat zonder beroep op doorbrekingsgronden wordt ingesteld dan niet-ontvankelijk verklaren. Hier prevaleert de strekking van het rechtsmiddelenverbod, omdat anders de incidenteel appellant door het principaal appel in een gunstiger positie komt te verkeren dan zonder dat principaal appel.²⁰⁹

De Hoge Raad overweegt ten slotte dat bovenstaande overwegingen van overeenkomstige toepassing zijn op cassatieberoep.²¹⁰

166. Gevolgen van doorbrekingsklachten in incidenteel beroep; opvattingen in de literatuur

Met de regels in *Giskus/BMG* doet de Hoge Raad recht aan de strekking van het rechtsmiddelenverbod en waarborgt hij tegelijkertijd de gelijkwaardigheid van de mogelijkheden voor partijen in beroep.²¹¹ Uit die regels is direct af te leiden dat incidenteel beroep wél ontvankelijk is in het geval een ontvankelijk principaal beroep wordt verworpen omdat het daarin opgenomen beroep op de doorbrekingsgronden niet slaagt, maar het incidenteel beroep wel een of meer doorbrekingsgronden bevat.

In de literatuur wordt op grond van de overwegingen in *Giskus/BMG* ook aangenomen dat een incidenteel beroep dat is ingesteld op een doorbrekingsgrond zonder meer ontvankelijk is, ook in het geval het principaal beroep niet-ontvankelijk zou zijn omdat het geen doorbrekingsgronden bevat. Deze stelling wordt opnieuw geba-

207 Concl. A-G Wesseling-van Gent voor HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9614, NJ 2008/547 (*Giskus/BMG*), onder 2.52 leidt overigens uit de rechtspraak m.b.t. de verzelfstandigde rol van het incidenteel appel juist af dat het niet nodig was dat Giskus in zijn incidenteel appel doorbrekingsgronden aanvoerde.

208 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9614, NJ 2008/547, r.o. 3.9 (*Giskus/BMG*).

209 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9614, NJ 2008/547, r.o. 3.9 (*Giskus/BMG*). Opmerkelijk is dat de Hoge Raad hier naast de strekking van het rechtsmiddelenverbod ook lijkt aan te haken bij de vereisten die gelden voor een eerlijk proces, in het bijzonder de gelijkheid van proceskansen, terwijl hij dat voor de gevallen waarin de doorbrekingsgronden in het principaal appel wel slagen, niet uitdrukkelijk doet. Voor die laatste gevallen benadrukt de Hoge Raad de strekking van het rechtsmiddelenverbod in samenhang met het gegeven dat de zaak alsnog aan de beoordeling van de appelrechter is onderworpen. Giskus had nu juist ook in dat kader een beroep gedaan op de beginselen die uit art. 6 EVRM voortvloeien. Vgl. hierna nr. [240] (vn. 270).

210 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9614, NJ 2008/547, r.o. 3.9 (slot) (*Giskus/BMG*). Zie ook concl. A-G Van Peursem, ECLI:NL:PHR:2023:1030, voor HR 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:57, NJ 2024/42 (*Sonos/Google*), onder 4.16 en – niet geheel zuiver weergegeven – 4.22.

211 Snijders, NJ 2008/547, nr. 3; Snijders & Wendels 2009/324, p. 293.

seerd op de verzelfstandigde rol van het incidenteel beroep, waarop de Hoge Raad zijn 'uitgangspunt' baseert dat een incidenteel beroep in beginsel niet-ontvankelijk is wanneer het geen doorbrekingsgrond bevat.²¹²

Na de aannahme dat incidenteel appel, ingesteld op doorbrekingsgronden, zelfstandig ontvankelijk kan zijn, wordt de redenering verder doorgetrokken. Wanneer de doorbrekingsgronden in het ontvankelijke incidenteel appel slagen, dan komt het tot een behandeling ten gronde van het incidentele beroep. Nu uit *Giskus/BMG* volgt dat het na doorbreking ten gronde behandelen van het principale beroep leidt tot de ontvankelijkheid van het incidentele beroep, kan dan – in spiegelbeeld – worden betoogd dat het ten gronde behandelen van het incidentele beroep ook moet leiden tot ontvankelijkheid van het principale beroep, ondanks het feit dat dat niet is ingesteld op een doorbrekingsgrond. Ook bij een dergelijke regel zou recht worden gedaan aan de strekking van het rechtsmiddelenverbod en de behoefte aan gelijkwaardigheid van beroepsmogelijkheden voor de betrokken partijen.²¹³ Als het incidenteel beroep kan profiteren van een geslaagde doorbreking in het principaal beroep, moet het principaal beroep ook kunnen profiteren van een geslaagde doorbreking in het incidenteel beroep, zo is de gedachte.²¹⁴

167. De verzelfstandigde rol van het incidenteel appel als rechtvaardiging voor ontvankelijkheid van het principaal appel?

Naar mijn weten heeft de Hoge Raad zich nog niet uitdrukkelijk uitgesproken over de ontvankelijkheid van principaal of incidenteel appel, in het geval het principale appel niet is gebaseerd op doorbrekingsgronden, maar het incidentele appel wel. De hierboven vanuit de literatuur besproken aannames en redeneringen komen mij op het oog logisch voor. Enige bedenkingen heb ik wel.

De verzelfstandigde positie van het incidenteel appel leidt volgens de hierboven weergegeven redeneringen tot ontvankelijkheid van een principaal appel dat zonder doorbrekingsgronden en het ontbreken van incidenteel appel niet-ontvankelijk zou zijn geweest. Dat heeft mijns inziens niet meer alleen te maken met de verzelfstandiging van incidenteel appel. De doorbrekingsgronden van dat incidentele appel sorteren, wanneer zij slagen, immers eveneens effect op het principale appel. Dat dit effect voor de omgekeerde situatie door de Hoge Raad is aanvaard, wil niet direct zeggen dat die aanvaarding ook hier moet gelden. Niettegenstaande de verzelfstandiging van het incidenteel appel, blijft immers onverminderd redengevend voor dat incidenteel appel dat een geïntimeerde die aanvankelijk geen hoger beroep instelt, alsnog die kans krijgt. Zo wordt het instellen van incidenteel appel slechts gerechtvaardigd door een eerder ingesteld principaal appel.²¹⁵ De rechtspraak waaruit de verzelfstandiging van het incidenteel appel blijkt, betreft ook alleen maar de

212 Snijders, *NJ* 2008/547, nr. 2; Snijders & Wendels 2009/324, p. 293.

213 Snijders, *NJ* 2008/547, nr. 4; Snijders & Wendels 2009/324, p. 293.

214 Van Geuns & Jansen, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 358, aant. 8 (online, bijgewerkt 11 juli 2012).

215 Er zullen ongetwijfeld gevallen zijn waarin incidenteel appel wordt ingesteld, terwijl de incidenteel appellante ook zelf voornemens was de daarin aangevoerde grieven in een zelfstandig principaal appel naar voren te brengen. Die gevallen laat ik hier voor wat ze zijn. Feit blijft dat het incidentele appel naar aanleiding van het principale appel wordt ingediend.

gevolgen voor de ontvankelijkheid van het incidentele appel.²¹⁶ De in deze rechtspraak benadrukte verzelfstandigde positie van het incidenteel appel voorkomt dat een tijdig en op de juiste wijze in hoger beroep of cassatie betrokken verweerder, die zelf ook bezwaren heeft tegen de in het principaal beroep bestreden uitspraak, niet erop zou mogen rekenen dat hij zijn bezwaren in een incidenteel beroep naar voren zal kunnen brengen, maar steeds voor de zekerheid binnen de beroepstermijn ook zelf principaal beroep zou moeten instellen.²¹⁷

Is een dergelijke rechtvaardiging voor de verzelfstandiging wel toe te passen op het geval waarin in een principaal beroep geen, maar in een incidenteel beroep wel toereikende doorbrekingsgronden zijn opgenomen? Allereerst valt te betwijfelen of de wederpartij in een dergelijk geval wel 'tijdig en op juiste wijze' in cassatie of hoger beroep is betrokken, zeker wanneer in het principaal beroep in het geheel geen gewag wordt gemaakt van doorbrekingsgronden. Ten tweede is het de vraag wat de verweerder of geïntimeerde in deze situatie mag verwachten. Volgen we het in de literatuur gegeven betoog, dan heeft het instellen van een incidenteel appel met doorbrekingsgronden soms tot gevolg dat een niet-ontvankelijk principaal beroep en daarmee de daarin opgenomen grieven of klachten, toch door de hogere rechter worden behandeld. Een verweerder of geïntimeerde die aanvankelijk niet de intentie had om een rechtsmiddel in te stellen, maar in het principale appel aanleiding vindt dat alsnog te doen, helpt zo wellicht onbewust de principaal appelland in het zadel.

Wanneer de verzelfstandigde positie van het incidenteel appel evenwel zwaarder moet worden gewogen dan de bovenstaande bedenkingen, kan verder met de redenering in de literatuur worden ingestemd. Als door een succesvol beroep op doorbreking in het incidenteel appel een behandeling ten gronde plaatsvindt, vormt de strekking van het rechtsmiddelenverbod inderdaad geen beletsel meer om ook de grieven of klachten in het principale beroep te beoordelen. Een andere opvatting zou bovendien, zo klinkt ook in de literatuur, in strijd komen met het beginsel van gelijke proceskansen – in dit geval beroepsmogelijkheden.

Wel dient de incidenteel appelland te beseffen dat een met doorbrekingsgronden ingesteld incidenteel beroep kan leiden tot behandeling van de grieven of klachten in het principale beroep, die zonder het incidentele beroep niet per definitie aan de orde hoeven te komen. Is zijn incidenteel beroep louter een reactie op het principale appel en was hij zonder dat laatste niet voornemens geweest tegen de betreffende uitspraak op te komen, dan doet hij er goed aan zijn incidenteel beroep in te stellen onder voorwaarde van het slagen van principaal beroep.²¹⁸ Een alternatief zou zijn

216 Zie bijv. HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1274, NJ 1994/606, r.o. 2.7 (*Zoontjens/Kijlstra*); HR 3 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB8507, NJ 1981/11 (*Van Sinten/De Koning*); HR 19 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6464, NJ 1980/124 (*B.C.A./Turner*). Vgl. HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0880, NJ 1993/351, r.o. 3.2 (*Prudential-Bache Securities/Knoester*).

217 HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1274, NJ 1994/606, r.o. 2.3 (*Zoontjens/Kijlstra*).

218 Het is wel zo dat het de appelrechter vrijstaat het incidenteel appel te beoordelen voordat de voorwaarde is vervuld. Zie Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/203, die wijzen op HR 10 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC1629, NJ 1981/3 (*Koster/De Albuquerque Sequeira*). Redengevend is dat de gegrondheid van het voorwaardelijk incidenteel beroep meebrengt dat het principaal beroep niet meer zou kunnen slagen en bij principaal beroep geen belang meer bestaat. Zie ook Heemskerk, NJ 1981/3. Het vooraf beoordelen van het voorwaardelijk incidentele beroep lijkt mij echter niet geëigend wanneer de voorwaarde nu juist is ingesteld om uit te sluiten dat beroep op doorbrekingsgronden ook

om, indien nog mogelijk, geen incidenteel, maar een afzonderlijk zelfstandig principaal beroep in te stellen. De doorbrekingsgronden worden dan slechts in een van de twee naast elkaar bestaande procedures aangevoerd,²¹⁹ en sorteren dan slechts in de procedure van de tweede appellant effect.

5.4.5 Doorbreking en ontvankelijkheid in cassatie

168. Het belang van kwalificatie van de beslissing van de appelrechter

In een procedure met een toepasselijk rechtsmiddelenverbod dat cassatie uitsluit, is voor ontvankelijkheid van cassatieberoep niet steeds vereist dat beroep wordt gedaan op een doorbrekingsgrond. Zoals is besproken strekt een rechtsmiddelenverbod zich niet uit tot alle beslissingen van de rechter in vorige instantie. Dat geldt dus ook ten aanzien van beslissingen van de appelrechter. In cassatie kan bijvoorbeeld worden geklaagd over ontvankelijkheidsoordelen van het hof, zonder dat daartoe een doorbrekingsgrond hoeft te worden aangevoerd. Een rechtsmiddelenverbod treft evenmin de door het hof gegeven beoordeling van de aangevoerde doorbrekingsgrond. Tegen dat oordeel is cassatie dus zonder meer mogelijk.²²⁰

Heeft het hof geoordeeld dat de aangevoerde doorbrekingsgrond slaagt en komt het vervolgens tot een inhoudelijk oordeel, dan valt die laatste beslissing wel onder de reikwijdte van het rechtsmiddelenverbod. Cassatie is dan uitgesloten, tenzij ten aanzien van de beslissing van het hof een beroep op een doorbrekingsgrond wordt gedaan, bijvoorbeeld omdat het hof bij zijn beoordeling het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden.²²¹

Gevalen waarin in cassatie wordt geklaagd over het doorbrekingsoordeel van het hof (geen doorbrekingsgrond vereist) en gevallen waarin wordt geklaagd over het inhoudelijke oordeel van het hof dat volgt op een doorbrekingsoordeel (wel een doorbrekingsgrond vereist) zullen soms overlappen. Het kan voorkomen dat het hof naar aanleiding van een doorbrekingsklacht oordeelt dat een regeling ten onrechte niet is toegepast en die regeling vervolgens zelf toepast. De cassatieklacht die inhoudt dat het doorbrekingsoordeel niet juist is, komt er dan op neer dat het hof de regeling niet had mogen toepassen en deze dus ten onrechte heeft toegepast. Volgens de Hoge Raad ligt de doorbrekingsklacht dan in de klacht over het doorbrekingsoordeel besloten.²²²

Overigens kan het ook voorkomen dat het hof een beslissing neemt ten aanzien waarvan een rechtsmiddelenverbod geldt, terwijl aan die beslissing geen oordeel op een doorbrekingsklacht vooraf is gegaan. Het hof is dan de eerste rechter die de betreffende beslissing neemt. Omdat deze beslissing wordt getroffen door het rechtsmiddelenverbod, zal cassatie alleen mogelijk zijn wanneer daarbij een beroep op een of meer doorbrekingsgronden wordt gedaan. Denk hierbij aan beslissingen

leidt tot de ontvankelijkheid van een op zichzelf niet-ontvankelijk principaal beroep. De voorwaardelijk aangevoerde gronden in het incidenteel beroep werken anders in het belang van het principale appel, in strijd met het doel waarvoor ze zijn ingesteld.

219 Vgl. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/201.

220 Asser 2018, p. 65; Van der Wiel & Dempsey 2019/166, p. 168.

221 Asser 2018, p. 65-66; Van der Wiel & Dempsey 2019/166, p. 168.

222 Zie bijv. HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:972, NJ 2018/429, r.o. 3.4 (*Bethanie/Rabobank*).

waarbij het hof zijn arrest verbetert wegens een kennelijke fout (art. 31 lid 4 Rv) en – tot voor kort – wrakingsbeslissingen door de wrakingskamer van het hof (art. 39 lid 5 Rv).²²³

5.4.6 Tussenconclusie

169. De grenzen van de stelplicht

De rechter beoordeelt ambtshalve of een rechtsmiddelenverbod van toepassing is, maar pleegt geen ambtshalve onderzoek naar gronden voor doorbreking. De partij die niettegenstaande een rechtsmiddelenverbod een rechtsmiddel aanwendt, moet die gronden stellen. Doet hij dat niet, dan geldt het rechtsmiddelenverbod onverkort en is het aangewende rechtsmiddel niet-ontvankelijk. Of de rechter een doorbrekingsgrond inhoudelijk beoordeelt, is dus afhankelijk van hetgeen de partij daartoe aanvoert. Het oordeel dat geen doorbrekingsgrond is gesteld mag dus niet leiden tot het oordeel dat de doorbrekingsklacht ongegrond is. Tegelijkertijd is de ongegrondheid van de doorbrekingsklacht niet meer relevant voor de ontvankelijkheid van het rechtsmiddel.

Een en ander brengt mee dat voor een ontvankelijk rechtsmiddel voldoende moet zijn aangevoerd om van een doorbrekingsklacht te kunnen spreken. Daarvan is reeds sprake met het stellen dat de rechter in vorige instantie een regeling ten onrechte wel of juist niet heeft toegepast. Wanneer echter een beroep wordt gedaan op essentieel vormverzuim, en dus op schending van een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat geen sprake meer is van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak, moet schending van een vorm worden aangevoerd die bij geground bevinden van die klacht daadwerkelijk voldoende is voor doorbreking. Het aanvoeren van motiveringsgebreken als doorbrekingsgrond leidt daarom niet tot ontvankelijkheid. De voorwaarde dat de juiste en voldoende onderbouwde doorbrekingsklachten naar voren worden gebracht, vereist niet een uitdrukkelijk beroep op doorbreking. Evenmin hoeven de doorbrekingsklachten uitdrukkelijk in de vorm van de in de doorbrekingsjurisprudentie geformuleerde gronden te worden gegoten. Wanneer een klacht 'kennelijk' een beroep op een doorbrekingsgrond inhoudt, mag de rechter die klacht beoordelen. De doorbrekingsgrond ligt dan in de klacht besloten. Die constructie van doorbrekingsklachten gaat echter niet zover dat de rechter na een niet-ontvankelijke of ongegrond bevonden doorbrekingsklacht, ambtshalve moet onderzoeken of er andere doorbrekingsgronden bestaan.

Ook voor de ontvankelijkheid van een incidenteel beroep is het stellen van doorbrekingsgronden vereist, tenzij de in het principaal beroep aangevoerde doorbrekingsklachten slagen. Of dat andersom ook het geval is, blijkt niet uit de rechtspraak en is mijns inziens geen uitgemaakte zaak. In ieder geval moeten partijen die in principaal of incidenteel beroep doorbrekingsklachten aanvoeren zich bewust zijn van de mogelijke effecten daarvan op de ontvankelijkheid van het beroep van hun wederpartij.

²²³ Doorbreking van het rechtsmiddelenverbod van art. 39 lid 5 Rv is volgens recente rechtspraak van de Hoge Raad niet meer mogelijk, zie hiervoor nrs. [136] en [143].

Of een doorbrekingsklacht moet worden gesteld voor ontvankelijkheid in cassatie, hangt er ten slotte vanaf of de uitspraak waartegen beroep wordt ingesteld een oordeel betreft dat door het toepasselijke rechtsmiddelenverbod wordt beheerst. Dat is niet het geval als het gaat om beslissingen die voorvragen betreffen, zoals de ontvankelijkheid en de beoordeling van een doorbrekingsklacht.

5.5 Conclusie

170. Het verband tussen rechtsmiddelenverbod en ontvankelijkheid van een beroep op doorbreking

Voordat de rechter een doorbrekingsklacht kan beoordelen, moet een aantal voorwaarden zijn vervuld. Dat leidt tot enkele bijzondere aandachtspunten bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een rechtsmiddel dat niettegenstaande een rechtsmiddelenverbod wordt aangewend. Ook deze punten houden, net als de invulling van de doorbrekingsgronden zelf, sterk verband met de rechtsmiddelenverboden, hun reikwijdte en de regeling waarvan zij deel uitmaken.

Dit verband blijkt ten eerste uit het feit dat niet elk rechtsmiddelenverbod kan worden doorbroken. Anders gezegd, de doorbrekingsjurisprudentie is slechts beperkt toepasselijk. Volgens de Hoge Raad is de doorbrekingsjurisprudentie als uitgangspunt toepasselijk wanneer de wetgever de toepasselijkheidsvraag aan de rechtspraak laat. Aan die overweging legt de Hoge Raad de fundamentele strekking van de doorbrekingsjurisprudentie en de rechtszekerheid ten grondslag. Of van dat uitgangspunt al dan niet wordt afgeweken, is niet steeds op voorhand duidelijk. Daar kunnen met het oog op ons gesloten stelsel van rechtsmiddelen vraagtekens bij worden geplaatst, maar een echte verrassing mag het gezien de kwesties rondom de reikwijdte van rechtsmiddelenverboden in de voorgaande hoofdstukken toch niet zijn. De reikwijdte van het rechtsmiddelenverbod kan evenwel behulpzaam zijn bij de vraag naar de doorbreekbaarheid van een rechtsmiddelenverbod. Dat volgt uit de rechtspraak waarin de doorbrekingsjurisprudentie buiten toepassing blijft wanneer een rechtsmiddelenverbod rechtsmiddelen slechts gedeeltelijk uitsluit en wanneer de beslissing ten aanzien waarvan rechtsmiddelen zijn uitgesloten minder ingrijpend is. De aard van het rechtsmiddelenverbod en de aard van de betreffende beslissing lijken op dit punt dus doorslaggevend.²²⁴ Deze aanknopingspunten zijn echter niet altijd direct bruikbaar. De vraag of een niet-uitgesloten rechtsgang een reële mogelijkheid biedt om tegen de betrokken beslissing op te komen kent namelijk niet steeds een eenduidig antwoord en hoeft ook niet doorslaggevend te zijn. Van een subsidiair karakter van doorbrekingsmogelijkheden is dan dus niet per definitie sprake. Bovendien kan ook over de vraag of een beslissing wel of niet ingrijpend is best verschil van mening bestaan.

Het verband tussen de ontvankelijkheidscriteria en rechtsmiddelenverboden komt verder tot uitdrukking in de beroepstermijn die voor doorbrekingsklachten moet worden aangehouden. Die termijn is in beginsel de termijn die zou gelden als het rechtsmiddelenverbod zou ontbreken. Wanneer echter de wettelijke regeling

²²⁴ De reikwijdtefactoren zijn in meer algemene zin uitgebreid besproken in par. 2.2 en 2.3.

waarvan het verbod deel uitmaakt, voorziet in specifieke termijnen voor wel in die regeling opengestelde rechtsmiddelen, gelden die termijnen ook voor rechtsmiddelen met een beroep op doorbreking. Wat mij betreft wordt aan het verband tussen doorbreking en rechtsmiddelenverbod nog beter recht gedaan wanneer ook bij het ontbreken van bijzondere termijnen een verkorte algemene doorbrekingstermijn geldt. Zo wordt immers beter aangesloten bij de redenen die aan het rechtsmiddelenverbod ten grondslag liggen.

Ten slotte geven ook de eisen die aan doorbrekingsklachten zelf worden gesteld uiting aan het verband tussen de ontvankelijkheidsvereisten en de reikwijdte van het rechtsmiddelenverbod. Dat blijkt ten eerste uit het feit dat reeds het stellen van een doorbrekingsklacht voor ontvankelijk voldoende is, en niet de gegrondheid van die klachten. Dat is alleen mogelijk omdat de beoordeling van die klachten niet onder de reikwijdte van een rechtsmiddelenverbod valt. Om dezelfde reden is cassatieberoep tegen het oordeel van de appelrechter dat sprake is van een doorbrekingsgrond ook zonder doorbrekingsklachten ontvankelijk. Het verband tussen ontvankelijkheid en reikwijdte volgt ook uit de rechtspraak die inhoudt dat bij een gegrond beroep op doorbreking in principaal beroep voor ontvankelijkheid van incidenteel beroep niet meer is vereist dat doorbrekingsgronden worden aangevoerd. Dat het rechtsmiddelenverbod voor het ene beroep niet meer werkt, heeft dan als gevolg dat het ook het andere beroep niet meer blokkeert. Op dit punt raakt het verband overigens ook aan de devolutieve werking van doorbreking, waarover meer in het volgende hoofdstuk.²²⁵

Ook in het kader van de voorwaarden die aan de beoordeling van een doorbrekingsklacht voorafgaan, is de uitleg van een rechtsmiddelenverbod dus cruciaal. Die doorwerking is te meer van belang, omdat de ontvankelijkheidsvereisten niet alleen relevant zijn in verband met de beoordeling van doorbrekingsklachten, maar mogelijk ook een rol spelen ten aanzien van de schorsende werking van het ingestelde rechtsmiddel. Het volgende hoofdstuk stelt zowel de gevolgen van de beoordeling van doorbrekingsklachten, als de mogelijke schorsende werking aan de orde

225 Zie uitgebreid par. 6.4.2.