

# KWESTIES VAN BELANG: ARTIKEL 3:303 BW IN CASSATIE

*Freerk Vermeulen*

## *Inleiding*

Het bereiken van de 65-jarige leeftijd door de jubilaris is een feestelijke gebeurtenis. Zij geeft reeds een zelfstandig dragende grond voor een terugblik op Robs rijke advocatuurlijke verleden. In dat verleden was ik ruim acht jaar als zijn stagiair en medewerker betrokken, de afgelopen vijf jaar onder meer als zijn tegenpleiter voor de Hoge Raad. Een van de zaken betrof de *Yukos*-saga. Rob trad daarin op voor de (gewezen) curator van de gefailleerde Russische Yukos Oil Company en de koper van de aandelen in haar Nederlandse dochtervennootschap. Ik trad met anderen op voor die dochtervennootschap en bestuurders daarvan, die zich verzetten tegen deze verkoop van de aandelen. De bodemprocedure met als inzet de controle over de Nederlandse Yukos-staak kwam, na een deelarrest<sup>1</sup> waarin de curator het toneel verliet, recent tot een tussenuitspraak over het zogenoemde territorialiteitsbeginsel.<sup>2</sup> In het deelarrest werd een aantal processuele vragen beslist, waaronder de vraag naar een voldoende belang in de zin van artikel 3:303 Burgerlijk Wetboek (BW).<sup>3</sup> Dat geeft voldoende aanleiding om in deze bijdrage stil te kunnen staan bij dit belangvereiste in de cassatierechtspleging.

In cassatie wordt, zoals de meeste lezers van deze bundel weten, het belangvereiste van artikel 3:303 BW niet alleen gesteld aan het rechtsmiddel van cassatieberoep als zodanig, maar ook aan de individuele klachten die het middel van cassatie voorstelt. Het belangvereiste normeert de toegang tot de Hoge Raad door het vereiste

---

1 HR 29 juni 2012, NJ 2012, 424 (*Rebgun c.s./Yukos Finance c.s.*).

2 HR 13 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ5668 (*Promneftstroy/Yukos Finance c.s.*).

3 Het ging vooral om de vraag of curator Rebgun na zijn defungeren als curator nog appel en later cassatieberoep kon instellen, waarbij met name werd gewezen op het belang bij ongedaanmaking van een kostenveroordeling en een incassorisico voor verbeurde dwangsommen. Rob haalde tevens het ontbreken van een voldoende belang om verweer te voeren tegen een vordering of rechtsmiddel uit de obscuriteit van de 'spelonken van het recht'. Zie over dergelijke spelonken: B.T.M. van der Wiel, R.S. Meijer & F.E. Vermeulen (red.), *Uit de praktijk, liber amicorum mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 15 en over Robs voorliefde voor de 'witte plekken' van het burgerlijk procesrecht die volgens hem ook duister kunnen zijn, zijn opstel in dezelfde bundel, p. 201-223.

dat hij niet zonder voldoende belang mag worden geadieerd. De vraag of, door de eigenaardigheden van het cassatieberoep,<sup>4</sup> aan individuele cassatieklachten een voldoende belang toekomt, ligt dadelijk in het verlengde hiervan, maar ligt meer op het terrein van de cassatietechniek. Ik vat het belangvereiste hieronder rijkelijk eclecticisch op en ga tevens in op kwesties als de restrictie van artikel 399 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv; geen cassatieberoep bij herstelbaarheid in de feitelijke instantie), de huidige noodzaak om ook bij een volledig gunstig dictum voorwaardelijk te klagen over ongunstige eindbeslissingen, het *obiter*-beleid van de civiele kamer en de gekwalificeerde belangtoets van artikel 392 Rv voor de prejudiciële procedure.<sup>5</sup>

***Het partijgebonden belangvereiste voor de toegang tot de cassatierechter***

De mogelijkheid rechtsschendingen bij de Hoge Raad aan te vechten wordt beperkt door de norm van artikel 3:303 BW, dat een rechtsvordering, een verweer of een rechtsmiddel niet toekomt aan hem die daarbij geen voldoende belang heeft. Theoretisch gegronde cassatieklachten blijven in beginsel buiten onderzoek indien herstel van de gemaakte fout voor de eiser geen nuttig effect zou teweegbrengen, aldus Korthals Altes en Groen in hun bewerking van Asser/Veegens.<sup>6</sup> Daarbij is het perspectief dat het rechterlijk apparaat niet zonder voldoende aanleiding in beweging behoort te worden gebracht. Het enkele verkrijgen van een principiële uitspraak door een hogere instantie levert naar vaste rechtspraak niet voldoende belang op.<sup>7</sup> Ook in cassatie moet het gaan om reële en concrete belangen die door de uitspraak *a quo* worden geraakt. De cassatierechtspleging inclusief de daarvan deel uitmakende cassatieadvocatuur is zich hiervan sterk bewust.<sup>8</sup> Waarom is dat eigenlijk zo? Wat doet het er nu eigenlijk toe of er reële belangen worden geraakt, als toch de vraag een principieel of ‘zaakoverstijgend’ civielrechtelijk belang heeft voor par-

4 Vgl. W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 59.

5 Zie voor een rechtspraakoverzicht Asser/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 48 en voorts Asser 2011, p. 59-60. De buitenlandse literatuur is uitvoeriger, zie o.m. J. Boré & L. Boré, *La cassation en matière civile* (vierde druk), Parijs: Dalloz 2008, p. 195-205.

6 Asser/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 48. Sinds HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 403 (*Engineering Design Documentation Services/Electronic Data Systems Corporation*) leidt zoals bekend het ontbreken van procesbelang tot verwerping en niet langer tot niet-ontvankelijkheid van een rechtsmiddel.

7 HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 425, HR 16 april 1993, *NJ* 1993, 444 en HR 14 mei 1993, *NJ* 1993, 445.

8 Zie over de eigen taakopvatting van de Hoge Raad als hoogste rechter en niet als hoogste rechtsgeleerde o.m. Asser 2011, p. 28 en R.P.J.L. Tjittes & W.D.H. Asser, *Rechtsmiddelen* (Studiereeks burgerlijk procesrecht), Deventer: Kluwer 2011, p. 63. Art. 12 van de per 1 juli 2012 in werking getreden Verordening civiele cassatieadvocatuur verplicht tot een deugdelijke belanganalyse: ‘De advocaat bij de Hoge Raad adviseert de cliënt zo tijdig mogelijk schriftelijk over: a. de kansen van een principaal of incidenteel cassatieberoep dan wel -verweer, b. de daaraan verbonden kosten en risico’s en c. de opportuniteit van het cassatieberoep dan wel het cassatieverweer gelet op de na vernietiging en eventuele verwijzing of terugverwijzing te verwachten rechtsgang.’

tijen of derden en partijen die vraag aan de Hoge Raad wensen voor te leggen? Als rechtsvorming en rechtseenheid kerntaken zijn van de Hoge Raad, waarom zou een onvoldoende belang bij cassatieberoep hem van een optimale vervulling van die taken moeten afhouden? Deze vragen hebben sinds het rapport van de commissie-Hammerstein (I)<sup>9</sup> en de daarop gevolgde Wet versterking cassatierechtspraak<sup>10</sup> en Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad<sup>11</sup> weer aan betekenis herwonnen.

Er is een zakelijke verklaring voor een partijgebonden invulling van het belangvereiste door de cassatierechter. Hij heeft het immers al druk genoeg om zijn functie als hoogste rechter te vervullen door vragen te beantwoorden waarvan vaststaat dat in elk geval partijen daarbij een reëel belang hebben. De Hoge Raad hanteert het belangvereiste als Ockhams scheermes<sup>12</sup> door eliminering van een teveel aan niet-noodzakelijke entiteiten. Dat strookt met de taak van de Hoge Raad om als hoogste rechter individuele zaken te berechten. Ook als, zoals in 2013 het geval is, het aantal cassatieberoepen voor het eerst sinds jaren duidelijk afneemt,<sup>13</sup> zal het belangvereiste daarom vermoedelijk onverkort zijn partijgebonden invulling behouden, zulks tot ongerief van de daarmee ‘geschoren’ eisende cassatieadvocaat.<sup>14</sup> Bij de passiviteit, of beter receptiviteit, van de rechter in ons staatsbestel past dat ook de cassatierechter zijn werkterrein in beginsel – en dus in elk geval als uitgangspunt – beperkt tot de berechting van reële partijbelangen. De door Hammerstein gesignaleerde problemen die legitimeren dat de Hoge Raad meer controle krijgt over zijn zaaksaanbod,<sup>15</sup> laten onverlet het vertrekpunt dat de rechter de zaken hoort die aan hem door de justitiabelen en hun advocaten worden voorgelegd. De cassatierechter of prejudiciële rechter die zich al te veel begeeft in sturing op de

9 *Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 69* en [www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Documents/Versterkingvandecassatierechtspraak.pdf](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Documents/Versterkingvandecassatierechtspraak.pdf).

10 Wet van 15 maart 2012 tot wijziging van de Advocatenwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak (versterking cassatierechtspraak), *Stb.* 2012, 116.

11 Wet van 9 februari 2012 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad (Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad), *Stb.* 2012, 65.

12 Uit de context naar *pluralitas non est ponenda sine necessitate* (men moet niet meer entiteiten poneren dan strikt noodzakelijk is).

13 Vermoedelijk als gevolg van het al jaren teruglopende aantal appellens, vgl. ook de bijdrage van Ernst Numann elders in deze bundel (middel II, onderdeel 5).

14 En soms ook de verwerende cassatieadvocaat, die belang heeft bij een inhoudelijke behandeling van zijn verweer. De wetenschap ziet dergelijke scheerbeurten niet zelden met afgrijzen aan, vgl. Asser 2011, p. 27.

15 Vgl. de bijdrage van Ernst Numann in deze bundel, met name onderdeel 1 van middel I, en middel II, onderdeel 6.

door hem te berechten zaken en vragen, betreedt constitutioneel glad ijs.<sup>16</sup> Bij de positie van de Hoge Raad in ons rechtsbestel past een reserve om vragen te beantwoorden buiten het eigenlijke belang van partijen om. Daarbij komt het inzicht dat rechtspraak nu eenmaal een narratief proces is, waarin het grote, en het niet zo grote maar nog steeds dikwijls aanzienlijke, leed van echte mensen op het spel staat. Het inzicht dat elk voorstellingsvermogen het aflegt tegenover de steeds weer verrassende werkelijkheid én dat reële belangen scherpte en diepgang geven aan het cassatiedebat, is wezenlijk. Dit inzicht legitimeert ook in cassatie een op de direct betrokken partijbelangen georiënteerde invulling van het belangvereiste.

Na deze ‘hoog over’ aangevlogen steunbetuiging voor een in beginsel onverkort partijgebonden invulling van het belangvereiste verken ik enkele aspecten daarvan.

### ***Begrenzing door dictum en gezag van gewijsde uitspraak a quo***

Vaste rechtspraak leert dat iedere rechtsschending in een rechterlijke uitspraak die de eiser direct of indirect nadeel heeft berokkend voor herstel door de Hoge Raad in aanmerking komt, al zou dit nadeel zich beperken tot de kostenveroordeling.<sup>17</sup> Het rechtens vereiste nadeel is aanwezig indien het dictum voor de eiser nadelige beslissingen bevat. Eindbeslissingen die dat nadelige dictum dragen, kunnen in cassatie worden bestreden.<sup>18</sup> Klachten over overwegingen ten overvloede of overwegingen die op het dictum niet van invloed zijn geweest, falen in cassatie bij gebrek aan belang,<sup>19</sup> waarbij de cassatieadvocaat erop bedacht is dat de Hoge Raad ruimhartig pleegt te zijn in het herkennen van dragende overwegingen in het arrest *a quo*.

### *Voor het dictum relevante eindbeslissingen*

Korthals Altes en Groen<sup>20</sup> achten een voldoende belang in cassatie ook aanwezig indien alleen in de gronden van een uitspraak een bindende beslissing is gegeven. Daarbij noemen zij het voorbeeld dat bij een veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat is overwogen dat bepaalde schade-elementen voor vergoeding in aanmerking komen. De heersende leer die gezag van gewijsde toekent aan alle verplichte beslissingen over rechtsvragen, brengt volgens hen mee dat de in het ongelijk

16 Door de onafhankelijkheid van het parket is dat bezwaar minder aanwezig bij het cassatieberoep in het belang der wet. Het gevaar van sturing door toepassing van art. 80a Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) lijkt inmiddels wel te zijn geweken. Zie over dit in civiele zaken van betrekkelijk geringe betekenis geworden artikel onder meer de bijdrage van Ernst Numann elders in deze bundel (middel I, onderdeel 1).

17 Asser/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 48.

18 Vgl. o.m. D.J. Veegens, *Het gezag van gewijsde*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972, p. 53.

19 Zie o.m. HR 20 januari 1984, NJ 1987, 295 (*Leutscher/Van Tuyn c.s.*).

20 Asser/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 48.

gestelde partij daartegen bij de hogere rechter kan – en moet – opkomen.<sup>21</sup> Dit lijkt mij in zijn algemeenheid onjuist. Partijen dienen in beginsel alleen in het dictum van de uitspraak *a quo* een prikkel te (moeten) vinden voor het instellen van een rechtsmiddel: het cassatieberoep moet daarin wijziging kunnen brengen.<sup>22</sup> In andere gevallen kan van partijen niet worden gevergd in cassatie te komen ter bestrijding van nadelige eindbeslissingen die niet hebben geresulteerd in een ongunstig dictum. In het voorbeeld van op de schadestaat vooruitlopende eindbeslissingen in de hoofdzaak heeft de uitspraak in de hoofdzaak kracht van gewijsde, zodat niet of vergeefs bestreden eindbeslissingen in die uitspraak bindend zijn. In een dergelijk geval is voor het aannemen van voldoende belang in cassatie passend dat de betreffende eindbeslissingen kunnen worden geacht ten grondslag te liggen aan een bezwarend dictum. In HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 230 (*Moerman/Bakker*) werd de legitimatie voor de binding van partijen aan dergelijke vooruitlopende eindbeslissingen in de hoofdzaak gevonden in de ‘kennelijk’ daarop gebaseerde veroordeling in het dictum tot schadevergoeding op te maken bij staat. Deze veroordeling kan dus impliciete, uit eindbeslissingen in het lichaam van de uitspraak te herleiden, beperkingen bevatten.

#### *Geen carve out voor risico van tegenstrijdige uitspraken*

Het belangvereiste en het gezag van gewijsde winnen aan hanteerbaarheid door een consistente oriëntatie op het dictum. Een redelijke toepassing van artikel 236 Rv naar zijn strekking vergt in de eerste plaats dat daarbij de vraag wordt gesteld of van een door een eindbeslissing bezwaarde partij het aanwenden van een rechtsmiddel mag worden gevergd. Daarom acht ik een uitspraak zoals HR 30 maart 2012, *NJ* 2012, 583 (*Fafiani/KNS*) wezenlijk onjuist. In dit arrest vergde de Hoge Raad incidenteel appel van de werkgever om zijn door de rechtbank verworpen verweer opnieuw behandeld te zien dat de loonvordering moest stranden wegens het ontbreken van een arbeidsovereenkomst. Volgens de Hoge Raad zou, zonder incidenteel appel, de eindbeslissing van de rechtbank gezag van gewijsde krijgen, zodat een – volgens de Raad te vermijden – risico op tegenstrijdige uitspraken zou ontstaan.

21 De verwijzing naar het gezag van gewijsde is hier mijns inziens niet juist. De binding van partijen en de schadestaatrechter aan eindbeslissingen in de hoofdzaak berust immers niet op het gezag van gewijsde, maar op de leer van de bindende eindbeslissing, en het gegeven dat de rechter in de hoofdzaak de vrijheid heeft om, binnen de grenzen van hoor en wederhoor, eindbeslissingen te geven over kwesties buiten de aansprakelijkheidsgrondslag. Vgl. noot Snijders sub e onder HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 256 met verwijzing naar andere literatuur en voorts E.J. Numann, *Burgerlijke rechtsvordering* (losbl.), art. 236, aant. 3. De *a contrario*-redenering dat art. 615a Rv art. 236 Rv niet noemt als een bepaling waarvoor hoofdzaak en schadestaatprocedure als afzonderlijke gedingen worden beschouwd, komt mij geldig voor. Anders kennelijk: Asser/Van Schaick 2 2011, nr. 140.

22 Vgl. voor het Franse recht: Boré & Boré 2008, o.m. nr. 31.31, p. 91: ‘Seul le dispositif d’un jugement peut faire l’objet d’un pourvoi en cassation (...)’, zie ook nr. 43.74.

De Hoge Raad verlaat hiermee de strakke en voor de hanteerbaarheid van het appelprocesrecht noodzakelijke regel dat uitsluitend een nadelig dictum of een, gelet op de reikwijdte van het principaal appel, geboden rechtsstrijdverruiming tot het instellen van incidenteel appel kan dwingen. Los van de kritiek die men kan hebben op de inconsistente toepassing in dit arrest van de devolutieve werking<sup>23</sup> en het belang dat daarin wordt toegekend aan het vermijden van tegenstrijdige uitspraken, meen ik dat het gezag van gewijsde helemaal geen rol speelde in die zaak.<sup>24</sup> Het gezag van gewijsde van de eindbeslissing dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, zou niet verder moeten strekken dan het dictum dat daarop berust, in *Fafiani/KNS* de beperkte toewijzing ten gunste van Fafiani. Als Fafiani zijn vordering van meet af aan had beperkt tot dit bedrag, zou KNS naar mijn overtuiging niet gehouden zijn geweest om, hoezeer zij ook vrede had met dat toewijzende vonnis, met het oog op een eventuele aanvullende loonvordering in een nieuwe procedure, principaal appel in te stellen met de daarmee gepaard gaande tijd en kosten voor beide partijen. Het gezag van gewijsde houdt op daar waar partijen in het dictum geen prikkel vinden voor cassatieberoep.

*Twee recente opmerkelijke verruiming in het belangvereiste*

Het belangvereiste vindt derhalve in beginsel zijn begrenzing in het gezag van gewijsde van voor het dictum relevante eindbeslissingen in de bestreden uitspraak. Uitzonderingen zijn, zoals vaker, ook hier denkbaar. HR 11 januari 2013, *NJ* 2013, 59 (*Unidek/HDI Holding*) verruimt het belang tot eindbeslissingen in een uitspraak zonder voor de gedaagde nadelig dictum. Het gaat hierin om het nogal buitenissige geval dat de gedagvaarde verkeerde partij namens een derde – de verzekeraar – had toegezegd dat deze een rechterlijke uitspraak in de procedure tegen de verkeerde partij over de dekkingsvraag gestand zou doen. De Hoge Raad oordeelde dat ‘omdat de verkeerde partij is gedagvaard, kan in dit geding weliswaar geen veroordelend vonnis of arrest worden gewezen, maar gelet op genoemde verklaring (...) bestaat desondanks een voldoende belang bij een inhoudelijke beoordeling van de vordering’. Het belang bij de gevorderde verklaringen voor recht bestond er in deze zaak dus niet in dat de rechtsverhouding tussen de processuele partijen door de uitspraak zélf bindend kon worden vastgesteld. De binding van Hannover als derde berustte op contract. Men kan zich afvragen of de rechters in de rechtbank, die zich uitlieten

23 Vgl. B.T.M. van der Wiel, noot onder HR 8 februari 2013, *JBPr* 2013, 17 (*x/LTO Noord Verzekeringen*) onder 15 e.v. en in zijn bijdrage in deze bundel en A.C. van Schaick, ‘Tegenstrijdige beslissingen’, *NTBR* 2013-1, p. 1.

24 Anders dan Van Schaick t.a.p. schrijft in *NTBR* 2013-1 lijkt mij dus dat Fafiani voor het hof geen beroep had kunnen doen op het gezag van gewijsde van de beslissing van de kantonrechter dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen.

over de dekkingsvraag, daarmee in feite niet ontoelaatbaar optraden als bindend adviseurs, nu toch een onderscheidend kenmerk van rechtspraak is dat partijen door een (veroordelende) rechterlijke uitspraak worden gerechtigd of gebonden. Zou nu elke contractuele derdenbinding aan eindbeslissingen in een afwijzende uitspraak procesbelang kunnen genereren? Dat opent vergezichten, ook op griffie-rechtbesparingen, die de Hoge Raad allicht niet voor ogen heeft gehad. Het lijkt mij veiliger de uitspraak te begrijpen als een uitzonderlijk geval, mede in het licht van het verjaringsverweer dat werd gevoerd in de (te) laat gestarte procedure tegen Hannover. Dat verweer zal de Hoge Raad wellicht wat te gortig hebben gevonden in het licht van de meegaande houding zijdens HDI Holding/Hannover. In toekomstige zaken zullen de eisen van een goede procesorde zich, naar te verwachten valt, verzetten tegen een bewust gezocht belang door louter contractuele derdenbinding aan een uitspraak.

Een andere uitspraak die hier aandacht verdient, is HR 20 oktober 2010, NJ 2010, 172 (*Chipshol/Staat*). Daarin werd een voldoende belang aanwezig geacht bij een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor, terwijl vaststond dat getuigenverklaringen niet zouden kunnen leiden tot ondersteuning van een schadevergoedingsvordering tegen de Staat. De Hoge Raad oordeelde dat een in de enquête te bewijzen ernstige schending van het door onder meer artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) gegarandeerde fundamentele recht op een eerlijk proces aanleiding kan geven tot een – tot genoegdoening voor deze schending strekkende – verklaring voor recht. Opent dit arrest nu perspectieven op casuatiekachten met fundamentele (proces)rechten<sup>25</sup> tot inzet, waarbij een voldoende belang bestaat, hoewel de met schending van die rechten gegeven eindbeslissing de benadeelde partij niet bezwaart? Het lijkt verdedigbaar dat, waar een verklaring voor recht in een separate aansprakelijkheidsprocedure tot genoegdoening kan strekken, zulks *a fortiori* geldt voor een vernietiging door de hogere rechter binnen het systeem van rechtsmiddelen. HR 9 november 2012, NJ 2012, 637 (A./B.) zou hiervoor enige steun kunnen bieden, nu de Hoge Raad bij een klacht over een (voldoende substantiële) hoor-en-wederhoorschending geen causaliteit verlangt met de inhoud van de uitspraak. Dit is slechts anders indien het gegevens of bescheiden betreft waarvan in redelijkheid niet kan worden gezegd dat zij van enig belang

---

25 Het ligt voor de hand dat de uitspraak van de Hoge Raad beperkt is tot de gevallen waarin art. 6 EVRM van toepassing is en het vereiste van een *effective remedy* het belangvereiste kleurt.

kunnen zijn voor de beoordeling van de zaak.<sup>26</sup> In dit arrest had de eiser tot cassatie er belang bij het dictum van de uitspraak *a quo* vernietigd te krijgen. De betekenis van het arrest in dit verband is veeleer dat daaruit blijkt dat zeer spoedig een belang bij vernietiging wordt aangenomen in het geval van schending van fundamentele procesrechtelijke normen.

### *Enkele kwesties van belang in cassatie*

Voor een rubricering van gevallen waarin het vereiste van een voldoende belang toepassing vindt in cassatie verwijs ik naar Asser/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 48. De meeste daarvan liggen voor de hand en zijn niet omstreden. Er is een aantal dat onderwerp van debat is of zou moeten zijn.

### *Wat te doen met de proceskosten als inzet van cassatie?*

In de eerste plaats is het een vraag of, ook na invoering van de Wet versterking cassatierechtspraak per 1 juli 2012, een proceskostenveroordeling in de vorige instantie nog steeds een voldoende belang bij cassatieberoep behoort op te leveren.<sup>27</sup> In de Antilliaanse zaak leidend tot HR 22 september 2006, NJ 2007, 188 (*Aruba/New Millennium Telecom Services*) heeft de Hoge Raad – contrair aan A-G Wesseling-van Gent – principieel vastgehouden aan zijn vaste rechtspraak dat een kostenveroordeling, waarvan niet tijdig afstand is gedaan door de wederpartij, een voldoende belang in cassatie oplevert: de geringe omvang van een veroordeling en capaciteitsgebrek kunnen, behoudens categorale uitsluiting door de wetgever, niet leiden tot een verwerping van het cassatieberoep wegens onvoldoende belang. Dat lijkt mij nog steeds juist. De Agenda voor de Appellrechtpraak 2020<sup>28</sup> (p. 10) wil het appel beperken tot kostenveroordelingen die de in deze agenda beoogde hogere appelpgrens van € 5000 overschrijden. Deze lage minimumgrens onderkent dat ook kostenveroordelingen steeds vaker substantieel kunnen uitpakken en, als deze lage drempel is gehaald, een rechtsmiddel rechtvaardigen. Dat geldt uiteraard voor de artikel 1019h Rv-kosten en andere gevallen van een volledige kostenveroordeling, maar het geldt, zeker met de stijgende griffierechten, ook daarbuiten. Het is niet goed verdedigbaar dat voor een partij bij gebrek aan belang geen hogere voorziening openstaat en deze daardoor de kosten zou moeten dragen van een procedure

26 Vgl. eerder HR 8 juni 2001, NJ 2001, 422, waarover Asser/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 48, p. 112. In dat arrest werd de eiseres tot cassatie niet benadeeld door 's hofs verzuim, omdat het betreffende door het hof ten onrechte in aanmerking genomen proces-verbaal een verklaring van de vrouw (de *curanda*) bevatte, die geheel strookte met haar eigen stellingen in de procedure.

27 Zie o.m. de rechtspraak vermeld in Asser/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 48, noot 13.

28 Te vinden op [www.rechtspraak.nl/Organisatie/Gerechtshoven/Den-Haag/Nieuws/Documents/\(concept\)agenda-voor-de-Appellrechtpraak-2020.pdf](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Gerechtshoven/Den-Haag/Nieuws/Documents/(concept)agenda-voor-de-Appellrechtpraak-2020.pdf).



die zij had behoren te winnen, als zij voor haar oorspronkelijke vordering of verzoek wel onthaal zou vinden bij de hogere rechter. Geld is geld. Voor de justitiabele is het doorgaans onverschillig of hij het verliest aan zijn wederpartij of aan zijn advocaat.

De introductie van artikel 80a Wet RO en de daaraan voorafgaande herbezinning op de positie van de Hoge Raad zal, naar het zich nu laat aanzien, de huidige koers van de Hoge Raad niet veranderen. De memorie van toelichting<sup>29</sup> bij de Wet versterking cassatierechtspraak noemde nog een te gering financieel belang – met als voorbeeld een rekenfout van € 2 bij een alimentatiebedrag – als grond om een cassatieberoep vanwege het kennelijk ontbreken van belang niet-ontvankelijk te verklaren. Het voorbeeld vond, voor zover ik kan overzien, geen warm onthaal, vooral vanwege het daaraan inherente ‘proliferatierisico’ en het wat onverkwikkelijke vooruitzicht dat de civiele kamer, zonder wettelijke categorische uitsluiting van cassatieberoep voor te geringe financiële belangen, ad hoc voor de justitiabele zou moeten uitmaken of zijn zaak ertoe doet.<sup>30</sup> De rechtspraak sinds de inwerkingtreding van de wet geeft geen voorbeeld van een cassatieberoep dat op die grond niet-ontvankelijk is verklaard ‘aan de poort’ of na een volledige procedure is verworpen. Ik zou er geen bezwaar tegen hebben als bij echte financiële bagatelbelangen op individuele rechtsbescherming gerichte middelen buiten de boot zouden vallen.<sup>31</sup> Gaat het echter om serieuze rechtsklachten, dan is het anders. Ik vermoed dat de civiele kamer er niet anders over denkt, te minder nu het aantal cassatieberoepen terugloopt.

#### *Herstel van bezwaren op de voet van artikel 31 en 32 Rv*

In de tweede plaats is een vraag of artikel 399 Rv ertoe behoort te leiden dat klachten over fouten en omissies, die met toepassing van artikel 31 Rv (herstel van kennelijke fout) en artikel 32 Rv (aanvulling) kunnen worden geredresseerd, bot behoren te vangen bij de Hoge Raad. De MvT bij artikel 80a Wet RO<sup>32</sup> noemt dit als

29 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 576, nr. 3, p. 19 (MvT).

30 Diegenen die aanwezig waren bij een congres van de Universiteit Utrecht in juni 2009 over de toenmalige conceptwetsvoorstellen zal A-G Wattels geestige ‘chip-chip, een zaak die ertoe doet’ (of iets vergelijkbaars) op muziek van Paolo Conte in de oren klinken.

31 Het in art. 3:303 BW besloten liggende ‘de minimis non curat praetor’ zou, ook zonder wettelijke financiële minima, individuele rechtsbeschermingsklachten over excessief geringe alimentatiebelangen van € 2 moeten kunnen weren. Vgl. o.m. A.W. Jongbloed, *Vermogensrecht* (losbl.), art. 303, aant. 3. Ook in dit verband zal de uit *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 915 blijkende ruimhartige benadering van het belangvereiste onverkort tot uitgangspunt dienen. Vgl. ook de veel aangehaalde noot van Ras onder HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 118: ‘Het is ook onjuist het belang op een goudschaaltje te wegen.’ Ook geringe belangen zullen de inzet van parket en Raad blijven rechtvaardigen. Vgl. voor het Franse recht o.m. Boré & Boré 2008, p. 196, nr. 43.11 (‘Un intérêt, même minime, peut suffire à justifier le recours en cassation’).

32 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 576, nr. 3, p. 19.

voorbeelden voor een kennelijk ontbreken van belang. In *Koeman/Sijm Agro*<sup>33</sup> werd een op schending van artikel 23 Rv gebaseerde klacht afgedaan met verwijzing naar artikel 399 Rv, dat bepaalt dat geen cassatieberoep openstaat voor hem die zijn bezwaren kan doen herstellen door dezelfde rechter bij wie de zaak heeft gediend. Ik meen dat deze bepaling met enige behoedzaamheid moet worden toegepast. Met *Teeuwe/Drijber*<sup>34</sup> zijn partijen immers overgeleverd aan de uitleg die de rechter op een artikel 32 Rv-verzoek aan zijn eerdere uitspraak geeft, als daarin het ‘meer of anders gevorderde’ is afgewezen. In dit arrest besliste de Hoge Raad immers over de afwijzing van het ‘meer of anders gevorderde’ in het dictum dat zulks niet per se betekent dat de rechter daadwerkelijk die intentie had, en dat het aankomt op zijn uitlegging van de door hem gewezen uitspraak. De Hoge Raad kan zijn uitleg van de uitspraak niet in de plaats stellen van de als ‘feitelijk’ aan te merken uitleg van de lagere rechter. Dat pleit ervoor om in die gevallen waarin dit uitlegrisico nog op partijen drukt, artikel 399 Rv niet in stelling te brengen om een gegronde klacht over schending van artikel 23 Rv te weren, ook niet als die de enige inzet vormt van het cassatieberoep. Tjong Tjin Tai<sup>35</sup> leidt uit HR 28 september 2012, *RvdW* 2012, 1180 en de verwijzing naar de conclusie A-G vóór het arrest af dat de Hoge Raad artikel 23 Rv-klachten alleen (om proceseconomische redenen) in behandeling neemt, als er ook andere klachten zijn aangevoerd. Hij lijkt daarin te worden bevestigd door HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:38, *RvdW* 2013, 852. In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat

‘voor niet-ontvankelijkheid op grond van art. 399 Rv geen aanleiding bestaat in het geval dat weliswaar bij diezelfde rechter een verzoek als bedoeld in art. 31 en 32 Rv kan worden ingediend, maar in cassatie ook andere klachten aan de orde zijn gesteld. In dat geval is de proces-economie immers ermee gediend alle klachten in een uitspraak af te doen. In zoverre komt de Hoge Raad terug van HR 18 juni 2010, LJN BL9596, NJ 2010/389, rov. 4.3.’

In *Koeman/Sijm Agro* liet de Hoge Raad een artikel 23 Rv-klacht nog buiten behandeling ondanks slagende klachten over andere thema’s, waar hij eerder in onder meer *Martinair/Noorman*<sup>36</sup> een kennelijke fout corrigeerde op een uitsluitend daartoe strekkend incidenteel middel (met compensatie van de kosten).

33 HR 18 juni 2010, NJ 2010, 389.

34 HR 10 april 2009, NJ 2009, 183.

35 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Burgerlijke rechtsvordering* (losbl.), art. 32, aant. 1. Vgl. ook Asser 2011, p. 65.

36 HR 25 september 1998, NJ 1999, 673.

Om de hiervoor genoemde redenen acht ik de in het arrest van 28 juni 2013 ingezette lijn nog steeds te restrictief. Zolang een partij niet zeker is van artikel 32 Rv-redres, zal voor haar zonder beletsel in artikel 399 Rv cassatieberoep moeten openstaan. Ik meen ook dat, behoudens een gave en onvoorwaardelijke referte van de verweerder in cassatie of gebleken consensus over de reikwijdte van het dictum, een kostenveroordeling op haar plaats is. Een en ander ligt anders bij een kennelijke en voor eenvoudig herstel vatbare fout in de zin van artikel 31 Rv. Daarvan kan worden gezegd dat de buitengrens ervan dusdanig duidelijk mag worden geacht dat het voor risico van de belanghebbende partij moet komen als zij nodeloos cassatieberoep instelt. Die buitengrens wordt bovendien bewaakt door de Hoge Raad bij zijn toepassing van artikel 399 Rv. Niet-ontvankelijkverklaring op deze grond impliceert dat de voorziening van artikel 31 Rv openstaat. Met een kostencompensatie zoals in *Martinair/Noorman* kan ik leven, tenzij flankerende klachten in het middel falen en de wederpartij op de voet van HR 7 februari 1969, NJ 1969, 199 tijdig ‘afstand’ heeft gedaan van onjuistheden in het dictum.<sup>37</sup> Overigens kan ik mij goed vinden in de wel geopperde gedachte om artikel 31/32 Rv uit te breiden met een voorziening waarin de zogenoemde ‘devolutiefjes’ en andere klaarblijkelijk gegronde bezwaren tegen einduitspraken zich laten herstellen bij dezelfde rechter of, met verruiming van artikel 80a Wet RO tot kennelijk gegronde klachten, bij de Hoge Raad.<sup>38</sup> Gegeven de daarbij allicht nog pregnantere uitlegrisiko’s die op partijen drukken, acht ik het echter niet aanvaardbaar daarvan een exclusieve voorziening te maken. Een kostenveroordeling in cassatie die rekening houdt met de noodzaak van cassatieberoep en met name met de vraag of tijdig artikel 31/32 Rv-redres is verzocht, spreekt mij meer aan.

#### *Bezwarenherstel door terug te komen op eindbeslissingen?*

In de derde plaats is wellicht een vraag of de sinds *De Vries/Gemeente Voorst*<sup>39</sup> verruimde mogelijkheid om terug te komen op eindbeslissingen zou kunnen en wellicht moeten leiden tot een ruimhartiger toepassing van artikel 399 Rv. Naar huidig recht staat, behoudens gevallen waarop het herstel van artikel 31 Rv ziet, de mogelijkheid om een eindbeslissing door dezelfde rechter te laten corrigeren niet in de weg aan de ontvankelijkheid van cassatieberoep van een tussenuitspraak. Het herstel van bezwaren bij dezelfde rechter is beperkt tot de bijstelling van voorlopige

37 In HR 8 juni 2001, NJ 2001, 432 (*Interfood/Lyclama à Nijeholt*) corrigeerde de Hoge Raad een kennelijk foutief dictum met verwerping van het cassatieberoep en veroordeling van de eiser tot cassatie in de kosten.

38 Intussen verwacht ik niet dat dergelijke voorzieningen erg effectief zullen blijken te zijn. De keren dat in één oogopslag bijvoorbeeld een ‘devolutiefje’ valt te herkennen, zijn niet talrijk. In de meeste gevallen behoeft het wel enige studie om met zekerheid te kunnen zeggen dat een klacht daarover slaagt.

39 HR 25 april 2008, NJ 2008, 553.

oordelen. De vraag of sprake is van zo'n voorlopig oordeel is in beginsel voorbehouden aan de feitenrechter, tenzij de betrokken beslissing door partijen redelijkerwijs niet anders kan worden begrepen dan als een eindbeslissing.<sup>40</sup> In HR 14 juni 2013, NJ 2013, 343 (*M./Van Gils c.s.*) leidde de Hoge Raad uit verlovverlening voor tussentijds appel af dat kennelijk is beoogd een eindbeslissing te geven, want anders zou de rechter immers gelet op artikel 399 Rv toch geen verlov hebben verleend! Met een verruiming van artikel 399 Rv tot voor een terugkomen erop vatbare eindbeslissingen zou niets of weinig worden gewonnen. Sinds tussentijds cassatieberoep in beginsel is uitgesloten heeft artikel 399 Rv sterk aan belang ingeboet.<sup>41</sup> De appelrechter die, zoals de rechtspraak sinds *De Vries/Gemeente Voorst* en *Kojen/ABB*<sup>42</sup> laat zien, een gecombineerd verzoek tot het terugkomen op een eindbeslissing en een (subsidiar) verlovverzoek ontvangt, heeft het in eigen hand om tussentijds cassatieberoep te weigeren. Het hof dat na kennisneming van dit verzoek vasthoudt aan zijn eerdere eindbeslissing en tussentijds cassatieberoep openstelt, zal daarvan niet behoeven terug te komen, als de Hoge Raad met toepassing van artikel 399 Rv naar de appelrechter zou kunnen verwijzen voor bezwarenherstel. Daardoor zou dit herstel van bezwaren zich verplaatsen naar een cassatieberoep van een einduitspraak. Het huidige wettelijke verlovregime, waarbij de beslissing over een tussentijds rechtsmiddel wordt gelaten aan de lagere rechter, zou hiermee ontoelaatbaar worden ondermijnd. Het zou de Hoge Raad ook niet ontlasten. Hij zou immers toch moeten vaststellen of de bezwaren van het middel van dien aard zijn dat de lagere rechter gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid – die ook een verplichting is<sup>43</sup> – om terug te komen op zijn op een onjuiste feitelijke of juridische grondslag berustende eindbeslissing. De Hoge Raad kan dan beter vernietigen en terugverwijzen. Een verruimde toepassing van artikel 399 Rv is een dood spoor, net als (gedeeltelijke) substitutie van cassatieberoep door een intern appel.<sup>44</sup>

*Verplicht klagen over eindbeslissingen met voorwaardelijk belang: consequenties van de 'één keer schieten'-regel*

Klachten over eindbeslissingen in tussenuitspraken ontlenen hun belang doorgaans aan een belastend interlocutoir dictum of het mogelijke respectievelijk zekere

40 Zie o.m. HR 12 mei 1995, NJ 1995, 514 (*Stegehuis/Zoomer*) en HR 12 april 2002, NJ 2002, 411 (*Souverein-Timmermans/Wouters & Van Laatum*).

41 P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, "Tussentijds beroep, een twistappel", in: S. Dumoulin & E. Grabandt, *De vader van de gedachte, bundel rechtsgeleerde opstellen over wenselijk recht ter gelegenheid van het 225-jarig bestaan van het Genootschap 'Door Tijd en Vlijt'*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 215.

42 HR 26 november 2010, NJ 2010, 634 (*Kojen/ABB*).

43 Ik leid dat voor het huidige regime af uit HR 23 november 2007, NJ 2008, 552 (*Ploum/Smeets I*).

44 Zie daarover P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 210, noot 75, met verwijzingen.

effect daarvan op een later dictum in een einduitspraak. Tussenuitspraken, waaronder tussenuitspraakcomponenten van deelvitspraken, kunnen echter ook eindbeslissingen bevatten waarvoor dat niet geldt. Het gaat dan om eindbeslissingen die (nog) niet (voorzienbaar) nadelig uitwerken voor de eiser tot cassatie. Dergelijke eindbeslissingen treft men ook aan in einduitspraken. De toewijzing van vordering A kan voor de oorspronkelijk gedaagde aanleiding geven tot cassatieberoep, de ten gunste van hem strekkende afwijzing van vordering B niet. Bij die afwijzing kan echter bijvoorbeeld een verjaringsverweer zijn verworpen. Stelt de eiser succesvol incidenteel cassatieberoep in van de afwijzing van vordering B, dan bindt de eindbeslissing over de verjaring de verwijzingsrechter, tenzij daarover in het principaal beroep (met succes) voorwaardelijk is geklaagd. Deze consequentie volgt uit de op de eisen van een goede procesorde berustende zogenoemde ‘één keer schieten’-regel, de regel dat slechts eenmaal kan worden opgekomen van een uitspraak en dan alle daarin vervatte eindbeslissingen dienen te worden bestreden. De eiser tot cassatie wordt dus geacht te anticiperen op de eventualiteit van een incidenteel cassatieberoep en krijgt belang bij zijn cassatieklacht als dat incidenteel beroep wordt ingesteld, aldus recent nog HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4115, *RvdW* 2013, 764. De verweerder in cassatie stelt voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep in ter bestrijding van eindbeslissingen die hem bij het slagen van het principaal beroep in de wielen kunnen rijden. Deze regel is beter verdedigbaar voor de verweerder in cassatie dan voor de (principaal) eiser. Voor de eerste is zijn belang een loutere eventualiteit, voor de laatste niet, omdat hij nu eenmaal is geconfronteerd met een principaal cassatieberoep. In schaarse gevallen kan zo’n voorwaardelijke principale klacht substantieel werk vergen. Het belang van een verdere beperking en afbakening van de civiele procedure in en na cassatie is van groot gewicht, maar wat mij betreft is een uitzondering op de binding van de verwijzingsrechter aan onbestreden eindbeslissingen hier op haar plaats.<sup>45</sup> Het argument van het voorkomen van onnodige vertraging van de procedure dat de Hoge Raad in zijn arrest van 7 juni 2013 hanteert, spreekt mij niet erg aan. Het toelaten van een aanvullend middel bij conclusie van antwoord in het incidenteel cassatieberoep leidt niet tot relevante vertraging op het totale tijdsverloop van de cassatieprocedure, zulks terwijl het verplicht anticiperen op een *eventueel* incidenteel beroep wel degelijk belastend kán zijn.<sup>46</sup> Voor de verweerder in cassatie ligt het anders. Hij kan immers na kennisneming van het

45 Of als alternatief: met handhaving van de ‘één keer schieten’-regel de principaal eiser tot cassatie *de lege ferenda* gelegenheid bieden tot aanvulling van het middel.

46 De tegenwerping dat het aanvullende principale middel de verweerder in cassatie weer aanleiding zou kunnen geven voor een aanvullend incidenteel middel – en de verweerder in cassatie er dan maar beter bij eerste gelegenheid kennis van kan nemen – lijkt mij louter theoretisch.

principale middel, binnen de voorspelbaarheidsmarges van de cassatierechtspraak, de slaagkans daarvan inschatten en beoordelen of de investering in een incidenteel middel de moeite waard is.

De omstreden vraag of de ‘één keer schieten’-regel bij deuluitspraken ertoe leidt en moet leiden dat bij (verplicht) cassatieberoep van de deuluitspraakcomponent, ook eindbeslissingen in de tussenuitspraakcomponent behoren te worden bestreden, gaat het bestek van deze bijdrage over het belangvereiste in cassatie ook in een verregaand eclecticische opvatting daarvan te buiten. Bovendien heeft Rob daarover zelf al (uiteraard) uitvoerig geschreven in een andere bundel<sup>47</sup> en behandelt Van der Wiel dit onderwerp in zijn bijdrage in deze bundel.

*Een blik over het cassatiehekje: geen ander resultaat in de verwijzingsprocedure*

Zoals bekend pleegt de Hoge Raad ondanks gegrondbevinding van cassatieklachten geen vernietiging uit te spreken, indien de uitkomst ‘onder de streep’ na hypothetische cassatie en verwijzing toch niet anders zal kunnen zijn.<sup>48</sup> In dergelijke gevallen pleegt de Hoge Raad dus wel over te gaan tot een inhoudelijke beoordeling van de klachten, maar treedt hij veelal op als conflictbeslechter door de procedure in de derde instantie te finaliseren. Het kan zijn dat de uitspraak *a quo* in stand behoort te blijven omdat een juiste toepassing van het recht tot hetzelfde resultaat voor de eiser tot cassatie voert, maar ook omdat ditzelfde resultaat noodzakelijkerwijs volgt uit vaststaande feiten. In het laatste geval dient de Hoge Raad, die geen feitenrechter is, uiteraard met behoedzaamheid te opereren. Toch geeft de rechtspraak er blijk van dat de Hoge Raad hierin de nodige flexibiliteit vindt om recht te kunnen doen in het individuele geval. HR 8 februari 2013, NJ 2013, 101 (*Van Etten/Kippersluis*) breidt deze toepassing van het belangvereiste uit tot het geval dat na hypothetische cassatie en verwijzing mogelijk nog een nieuw verweer kan worden gevoerd waarop de zaak alsnog moet stranden. In dit geval had Van Etten voor het eerst in zijn memorie van antwoord een overeenkomst vernietigd op grond van misbruik van omstandigheden. Daarna werd een tussenarrest en na bewijslevering eindarrest gewezen. Tegen het cassatieberoep van Van Etten, dat zich keerde tegen afwijzing van de vernietigingsvordering, werd als verweer gevoerd dat belang daarbij ontbrak, omdat na hypothetische cassatie en verwijzing een slagend verjaringsverweer zou worden

47 R.S. Meijer, ‘Tussentijds beroep van deelvonnissen’, in: *Uit de praktijk, liber amicorum mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 201 e.v.

48 Asser/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 48, p. 113, met verwijzingen naar rechtspraak in voetnoten 3 en 4, en voorts Asser 2011, p. 60. Zie in verband met art. 80a Wet RO: *Kamerstukken II 2010/11*, 32 576, nr. 3, p. 6, onderaan.

gevoerd. Hoewel het verweer faalde, laat zich uit de behandeling ervan afleiden dat ook onbehandelde, noodzakelijkerwijs op de vaststaande feiten te honoreren, grondslagen/verweren tot het ontbreken van cassatiebelang kunnen leiden.<sup>49</sup> Vooral cassatieadvocaten en A-G's zoeken steeds vaker naar dit soort verweren om vernietiging af te houden wegens het ontbreken van belang. Daar past wellicht wat meer terughoudendheid, in elk geval een restrictie tot gevallen waarin, na een voldragen partijdebat, kan worden gezegd dat vernietiging en verwijzing partijen alleen maar zullen belasten.<sup>50</sup> Foute uitspraken behoeven correctie door vernietiging daarvan en als het belangverweer enige feitelijke marge laat, vergt de taakverdeling tussen cassatierechter en feitelijke rechter dat de laatste zich uitspreekt.

#### *Belang bij (klachten over) obiter dicta*

Zoals bekend falen klachten over overwegingen ten overvloede bij gebrek aan belang als andere niet of vergeefs bestreden eindbeslissingen de uitspraak *a quo* dragen.<sup>51</sup> De scheidslijn tussen overwegingen ten overvloede en door de Hoge Raad als alternatief dragende oordelen aan te merken overwegingen is een dunne. Zoals hierboven aan de orde kwam, is dit de reden dat cassatieadvocaten ook ogenschijnlijk als ten overvloede bedoelde overwegingen veiligheidshalve van een klacht over een subsidiaire lezing ervan plegen te voorzien. Een door de appelrechter duidelijk ten overvloede gegeven oordeel zou niet als dragend mogen worden aangemerkt. De appelrechter dient zijn uitspraak te verantwoorden door stellige en voorbehoudloze beslissingen, waarvoor hij verantwoordelijkheid neemt door daarop zijn dictum te doen steunen. Nederlandse juristen vinden het inmiddels doodnormaal dat rechters hun uitspraken larderen met overwegingen ten overvloede, maar eigenlijk zou terughoudendheid hier passend zijn. Tegenover de justitiabele wint een uitspraak niet aan legitimiteit door het daarin opnemen van overwegingen die kennelijk niet sterk genoeg worden gevonden om een uitspraak op te doen steunen en controleerbaar te maken door de cassatierechter. Het ware juist tot uitdrukking te brengen

49 Hoewel de Hoge Raad zonder voorbehoud op het belangverweer ingaat, is dit niet helemaal zeker, nu de Hoge Raad op het principale middel vernietigde en de verwijzingsprocedure erbij gebaat was dat de Hoge Raad al op het verjaringsverweer besliste.

50 Dit is uiteraard bij zuiver juridische verweren niet het geval. Zie bijv. HR 7 maart 2003, NJ 2004, 59 over een gegrond principaal middel, dat bij gebrek aan belang faalde door het slagen van een (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep. In dit geval was met het slagen van het voorwaardelijk incidentele middel de juistheid van het door het principale middel bestreden oordeel gegeven. Mok schrijft in zijn noot bij dit arrest: 'Het zou niemand behoeven te verbazen indien de cassatie-advocaat van (principaal) verweerder ("de Stichting"), na kennisneming van bovenstaand arrest het soort zegevierend gebaar zou hebben gemaakt dat men van sportlieden wel ziet als zij hebben "gescoord". Cassatierechtspraak heeft soms ook iets van een, zij het niet met fysieke middelen beoefende, sport.' Dit sportieve element behouden wij graag.

51 Asser/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 48, p. 112 bovenaan en voetnoot 1 en 2 met vermelding van veel rechtspraak. Vgl. voor het Franse recht Boré & Boré 2008, met name nr. 83.41 e.v.

dat overwegingen als zelfstandig of juist cumulatief dragend zijn beoogd. Ook de techniek om oordelen alternatief te structureren zou, wat mij betreft, op geringe clementie moeten kunnen rekenen bij de cassatierechter. Dat geldt zeker bij feitelijke vaststellingen. ‘Zo al niet x, dan toch y’-typen van redeneringen stellen geen feiten vast, maar mogelijkheden. Partijen houden daar niet de afdrank aan over dat de rechter daadwerkelijk stelling heeft genomen over de feiten. Bij met marges van onzekerheid omgeven toepassingen van het recht is dit in zoverre anders dat de rechter, zonder zijn uitspraak minder controleerbaar door de hogere rechter te maken, voor meerdere ankers moet kunnen gaan liggen ter legitimatie van zijn uitspraak.

Het verkrijgen van een *obiter dictum* in cassatie kan aanleiding zijn om, zelfs zonder belang in de zin van artikel 3:303 BW, toch het oordeel van de Hoge Raad te vragen. In gevallen zoals Bopz-zaken, waarin het belang veelal tijdens de cassatieprocedure komt te ontvallen, heeft de Hoge Raad zich sinds jaar en dag van zijn rechtsvormende taak gekweten in *obiter dicta*. Daarbuiten is het ‘beleid’ van de Hoge Raad wisselend te noemen.<sup>52</sup> In de cassatiebalie klinkt geregeld gemopper over fraaie kwesties en dito middelen die onbehandeld bleven, omdat geen partijbelang tot een beslissing erover dwong. In het licht van de focus op de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, en de zo dringend gewenste instrumenten ter sturing op een tijdig en compleet zaaksaanbod, is het soms wel lastig navolgbaar dat voor de praktijk echt belangrijke vragen met enige regelmaat geen beslissing krijgen. Zeker als beide partijen dat wensen en de kwestie voldragen is bepleit, zou een partijgebonden invulling van het belangvereiste niet aan *obiter dicta* in de weg moeten staan. De Hoge Raad profiteert hier, veel meer dan in de dadelijk te bespreken prejudiciële procedure, van een processueel en contextueel zaaksgelinkt en daardoor ‘incrementele’ wijze van rechtsvorming. Het afzien van beantwoording van relevante vragen bij gebrek aan belang lijkt dan vooral de *easy way out* bij gebreke van consensus in de raadkamer, een minder geschikte ligging van de zaak of, prozaïscher, een te grote werklast. Het zou voor de rechtspraak inclusief de cassatiebalie goed zijn als de Hoge Raad binnen de hierboven bedoelde parameters de van hem verlangde *obiter dicta* geeft.

### *De gekwalificeerde belangtoets in de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad*

Artikel 392 lid 1 Rv kwalificeert het belangvereiste door de toegang tot de prejudiciële procedure te beperken tot vragen waarop het antwoord rechtstreeks van belang is ter beslechting of het voorkomen van geschillen in de in dat artikellid onder a en

<sup>52</sup> Vgl. o.m. Asser/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 48, p. 52.



b genoemde gevallen. De vraag moet nodig zijn om op de eis (verzoek) of het verweer daartegen te beslissen. In HR 31 mei 2013, NJ 2013, 321 (*Van der Geest Holding/mr. Butin Bik q.q.*) heeft de Hoge Raad voor het eerst deze beperking gehanteerd. Op de aan hem gestelde vraag over de vermogensrechtelijke kwalificatie en verpandbaarheid van een assurantieportefeuille gaf hij (nog) geen antwoord, omdat ‘thans nog niet kan worden gezegd dat een antwoord op de aan de Hoge Raad voorgelegde vraag nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen, zoals art. 392 lid 1 Rv vereist’. De gedaagde curator bestreed de geldigheid van het pandrecht ook op de voet van artikel 2:207c BW (oud) en het ontbreken van voor verpanding vereiste toestemming van de verzekeraar. De verwijzende rechtbank dient, aldus het arrest, daarover eerst maar te beslissen. De parlementaire geschiedenis geeft geen aanknopingspunt voor deze invulling van het belangvereiste in de prejudiciële procedure. Het algemeen geformuleerde oordeel van de Hoge Raad lijkt erop neer te komen dat zodra er maar onbesliste, algeheel tot afwijzing strekkende verweren zijn (en alternatieve vorderingsgrondslagen) een prejudiciële verwijzing steeds prematuur is.

Ik kan mij niet voorstellen dat de Hoge Raad dat zo algemeen heeft bedoeld. De prejudiciële procedure is stellig ook bedoeld voor geschikte rechtsvragen die kunnen bijdragen aan conflictbeslechting, zolang maar duidelijk is dat partijen daarbij een belang kunnen hebben en het belang van een voldoende groot aantal derden daarbij is betrokken. Dat laat zich dadelijk inzien voor massavorderingen, de vorderingen bedoeld in artikel 392 lid 1 onder a Rv, waarvoor de prejudiciële procedure aanvankelijk als pilot is ontworpen. Een rechtsvraag over bijvoorbeeld een verjaeringsverweer die mogelijk relevantie zal missen als het verweer ten gronde tegen aansprakelijkheid zou worden gehonoreerd, is een vraag die zich bij uitstek leent voor een prejudiciële procedure volgens de ratio en strekking daarvan.<sup>53</sup> Maar ook indien, zoals bij de vraag in het arrest van 31 mei 2013 de verzekeringsbranche en de banken er belang bij hebben spoedig uitsluitel te krijgen over de verpandbaarheid van een assurantieportefeuille, zou dit zo evidente derdenbelang ertoe moeten leiden dat de prejudiciële vraag wordt beantwoord. Ik vermoed dat de beslissing van de Hoge Raad in deze zaak is gekleurd door de aard van het (kansrijk ogende) artikel 2:207c BW-verweer, waarover de Hoge Raad een opmerkelijk *obiter dictum* geeft volledig buiten het bestek van de gestelde prejudiciële vraag.<sup>54</sup> De hier geserveerde soep zal vermoedelijk een stuk lauwer blijken te zijn. Het zou goed zijn als de Hoge Raad bij eerstvolgende gelegenheid aan feitenrechtters en advocaten en de *repeat*

53 Vgl. Rb. Amsterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4617 (*VEB/Deloitte*).

54 Wellicht speelde ook een rol dat geen der partijen bij de Hoge Raad verscheen, vgl. de bijdrage van Ernst Numann elders in deze bundel (onderdeel 2 van middel I).

*players* in cassatie onder de justitiabelen duidelijk maakt of hij nu werkelijk steeds eindbeslissingen vergt over meervoudige grondslagen/verweren, voordat vragen kunnen worden gesteld. De Raad zou er verstandig aan doen zijn uitspraak van 31 mei 2013 te verduidelijken in de zin dat partijen en feitenrechters die zich prepareren op een prejudiciële verwijzing in de feitelijke instantie, erop mogen rekenen dat een rechtsvraag, waarbij duidelijk maatschappelijke belangen zijn betrokken, in beginsel beantwoord wordt, ook als uiteindelijk mogelijk kan blijken dat door honorering van andere grondslagen/verweren daaraan achteraf het belang komt te ontvallen.

### *Afronding*

Het vereiste van procesbelang in cassatie zal allicht in de toekomst anders worden ingevuld. Vooralsnog denk ik dat het hierbij zal gaan om accentverschuivingen in cassatie en in de prejudiciële procedure. Het partijgebonden perspectief, dat ruimte laat voor desverzochte *obiter dicta*, is nu eenmaal eigen aan de positie en taak van de Hoge Raad als hoogste rechter. Daarmee zijn de grenzen waarbinnen het belangvereiste zich laat invullen gegeven. De drempel voor de toegang tot de Kazernestraat, over twee jaar het Korte Voorhout, zal een betrekkelijk lage moeten blijven, ook in zaken die louter individuele rechtsbescherming tot inzet hebben. Alternatieven waarin deze rechtsbescherming wordt verkregen, zijn er in het huidige systeem slechts in beperkte mate. Ook als de Agenda voor de Appelrechtspraak 2020 na implementatie ervan tot significante verbeteringen in de appelrechtspraak zou leiden, zal daar onverkort behoefte aan blijven bestaan.<sup>55</sup>

---

55 Ik wil graag aannemen dat de civiele kamer bij een gespecialiseerde cassatiebalie (na het huidige overgangsregime) verwacht art. 80a Wet RO niet of hoogstzelden meer te hoeven toepassen. In die geest sprak vicepresident en voorzitter van de civiele kamer mr. E.J. Numann in zijn lezing tijdens een gecombineerde vergadering van de Vereniging voor Civiele Cassatieadvocaten en de Vereniging van Cassatieadvocaten in Strafzaken op 28 juni 2013. Zie ook, zij het wellicht wat terughoudender, zijn bijdrage elders in deze bundel (middel I, onderdeel 5). Dat art. 80a Wet RO in elk geval van geringe betekenis is voor de civiele kamer blijkt uit zijn huidige beleid dit artikel te reserveren voor krasse gevallen. Vgl. hierover Numanns – in onderling verband en samenhang met onderdeel 5 van middel I te begrijpen – onderdeel 1 van middel I.