

Citeerwijze van dit artikel:

mr. Vivian Bij de Vaate, 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure. Deel 1: Het rechtsmiddelenverbod', *ARBAC* 2012, april-juni, DOI: 10.5553/ARBAC/.000009

DOI: 10.5553/ARBAC/.000009

## Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure. Deel 1: Het rechtsmiddelenverbod

*mr. Vivian Bij de Vaate*

### 1 Inleiding

Mensen maken fouten, rechters zijn mensen, dus ook rechters maken fouten. Dit syllogisme kan opgevat worden als een algemene grond voor het uitgangspunt in het Nederlandse procesrecht van rechterlijk toezicht in twee feitelijke instanties.<sup>1</sup> Een bekende uitzondering op dit uitgangspunt is het appelverbod bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Krachtens art. 7:685 lid 11 BW kan tegen een ontbindingsbeschikking hoger beroep noch cassatie worden ingesteld. Dit roept vragen op met betrekking tot de rechtsbescherming van werknemers en werkgevers, mede gegeven de eisen die daaraan vanuit art. 6 EVRM gesteld kunnen worden. Kunnen eventuele misslagen in de ontbindingsbeschikking, ondanks het wettelijk appelverbod, hersteld worden?<sup>2</sup>

Deze bijdrage vormt het eerste deel van een tweeluik inzake de procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure. In dit eerste deel staat het ontbreken van de hoger beroepsmogelijkheid centraal. Het tweede luik zal zich bezighouden met de uitsluiting van het wettelijk bewijsrecht van afdeling 9, titel 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) in de ontbindingsprocedure. Is dit in overeenstemming met hogere normen?<sup>3</sup>

Deze bijdrage begint met een bespreking van het appelverbod ex art. 7:685 BW in het kader van art. 6 EVRM. Is het appelverbod geoorloofd in het licht van deze hogere norm? Paragraaf drie geeft een kort overzicht van de mogelijke gebreken die een ontbindingsbeschikking kan bevatten. Vervolgens bespreek ik de mogelijkheden om een ondeugdelijkheid in de ontbindingsbeschikking, ondanks het rechtsmiddelenverbod van art. 7:685 BW, ten overstaan van een rechter ter discussie te stellen. Achtereenvolgens komen aan de orde: doorbreking van het wettelijk appelverbod, herstel, herroeping en aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak. Onderzocht wordt of, en zo ja, voor welke gebreken in de ontbindingsbeschikking en de ontbindingsprocedure deze acties uitkomst kunnen bieden. Afgesloten wordt met een conclusie.

### 2 Artikel 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM

Het beginsel van rechterlijk toezicht in twee feitelijke instanties vormt één van de (hoofd)beginselen van het Nederlandse civiele procesrecht.<sup>4</sup> Het recht op 'hoger beroep' heeft wettelijke erkenning gekregen in de artikelen 332 en 358 Rv. Er zijn echter uitzonderingen op dit recht. Eén van die uitzonderingen betreft, zoals reeds genoemd, het appelverbod van art. 7:685 lid 11 BW. Hoe deze uitzondering te beoordelen in het licht van art. 6 EVRM, welk artikel het recht op een eerlijk proces bevat? Houdt het uit art. 6 EVRM afgeleide recht op toegang tot de rechter<sup>5</sup> ook een recht op toegang tot de hogere rechter in? Daarover kan ik kort zijn. Het antwoord is nee. Uit art. 6 EVRM kan geen recht op hoger beroep afgeleid worden. Het EHRM heeft in een reeks van uitspraken overwogen: *'article 6 of the Convention does not compel the Contracting States to set up courts of appeal or of cassation'*.<sup>6</sup> Ook de Hoge Raad heeft erkend dat art. 6 EVRM niet de waarborg inhoudt van een recht op hoger beroep.<sup>7</sup> Nu art. 6 EVRM niet voorziet in berechting van een zaak in twee feitelijke instanties, zijn appelbeperkingen niet in strijd met voornoemd artikel.<sup>8</sup> Het appelverbod van art. 7:685 lid 11 BW is, vanuit art. 6 EVRM gezien, zonder meer toelaatbaar.

Dit laat echter onverlet dat het EHRM wel eist dat een zaak tenminste door één nationale rechterlijke instantie wordt behandeld die aan alle vereisten van art. 6 EVRM voldoet.<sup>9</sup> Beantwoordt de instantie die de zaak in eerste aanleg behandelt niet aan deze vereisten, dan is de Staat aansprakelijk voor schending van het EVRM. Wil deze staatsaansprakelijkheid voorkomen worden, dan dient het nationale recht te voorzien in een beroepsinstantie die het gebrek kan helen.<sup>10</sup> Kuijer en Sagel spreken in dit verband van een 'afgeleid' recht op hoger beroep.<sup>11</sup> Hierop kom ik in paragraaf 4.3 terug.

### 3 Ondeugdelijke ontbindingsprocedures/beschikkingen

Als de rechter in de uitoefening van zijn functie een fout maakt, kunnen de schadelijke gevolgen daarvan in beginsel ongedaan worden gemaakt door het instellen van een rechtsmiddel waarbij een 'hogere' rechter de zaak opnieuw beoordeelt. Wat nu indien de wet de mogelijkheid van hoger beroep uitsluit, zoals bij de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst? Ook in die procedure worden uiteraard wel eens 'fouten' gemaakt. Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat ook in de ontbindingsprocedure of de beschikking tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst het een en ander mis kan gaan. Deze mogelijke gebreken wil ik in een drietal categorieën onderscheiden.<sup>12</sup>

Allereerst de beschikkingen die tot stand zijn gekomen na een ondeugdelijke procedure. Daarbij kan gedacht worden aan de ontbindingsprocedure waarin het beginsel van hoor en wederhoor niet goed is toegepast,<sup>13</sup> de procedure waarin het beginsel van 'equality of arms' is geschonden,<sup>14</sup> het verzoek dat behandeld is door een partijdige rechter en de procedure waarin het beginsel van openbaarheid ter zitting is geschonden.

De tweede categorie die ik wil onderscheiden zijn de ontbindingsbeschikkingen die een formeel gebrek vertonen, bijvoorbeeld de ontbindingsbeschikking met een motiveringsgebrek,<sup>15</sup> al dan niet bestaande uit een kennelijke schrijf- of rekenfout,<sup>16</sup> of de beschikking die niet in het openbaar is uitgesproken.

Tot de derde en laatste categorie behoren de beschikkingen die materieel ondeugdelijk zijn: de inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikkingen. Daarbij

kan gedacht worden aan de beschikking waarin de rechter uitgaat van onjuiste gegevens als gevolg van bedrog door de wederpartij,<sup>17</sup> of de beschikking waarin de kantonrechter de wet of jurisprudentie evident onjuist toepast. Dit laatste is onder meer het geval bij de kantonrechter die een naar haar inhoud discriminatoire beschikking geeft,<sup>18</sup> of de ontbindingsbeschikking waarin de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht wordt ontbonden,<sup>19</sup> hetgeen door de Hoge Raad uitdrukkelijk is uitgesloten.<sup>20</sup>

Is er voor bovenstaande ondeugdelijke ontbindingsprocedures respectievelijk -beschikkingen, ondanks het appelverbod van art. 7:685 lid 11 BW, een alternatieve mogelijkheid waarin de beslissing opnieuw ter discussie gesteld en het gebrek geheeld kan worden? Het is deze vraag waar ik mij in het vervolg van dit artikel op richt.

## 4 Doorbreking van het appelverbod

Het wettelijk appelverbod van art. 7:685 lid 11 BW heeft de Hoge Raad niet weerhouden mogelijkheden te ontwikkelen om dat verbod te doorbreken. In 1982 formuleerde de Hoge Raad voor het eerst de regel dat het wettelijk appelverbod van art. 7:685 BW kan worden doorbroken voor zover de rechter het artikel ten onrechte heeft toegepast dan wel ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten.<sup>21</sup> In de zaak Enka/Dupont,<sup>22</sup> een octrooizaak uit 1985, heeft de Hoge Raad aan voornoemde doorbrekingsgronden de categorie van verzuim van essentiële vormen toegevoegd. De Hoge Raad overwoog: *‘Uitgangspunt bij de beantwoording van deze vraag moet zijn dat indien de wet, zoals te dezen art. 878 Rv, hogere voorziening van een beschikking gegeven krachtens een bepaald wetsartikel, niet toelaat ten einde – zoals hier iedere discussie uit te sluiten over de wijze waarop de rechter van zijn aan dat artikel ontleende bevoegdheden heeft gebruik gemaakt, dit nog niet medebrengt dat hogere voorziening evenmin is toegelaten voor zover erover wordt geklaagd dat het artikel ten onrechte dan wel met verzuim van essentiële vormen is toegepast, of ten onrechte buiten toepassing is gelaten.’* Nadien is de categorie ‘verzuim van essentiële vormen’ ook ten aanzien van het appelverbod van art. 7:685 lid 11 BW toegepast.<sup>23</sup>

Doorbreking van het wettelijk appelverbod ex art. 7:685 BW is dus mogelijk in de volgende drie situaties<sup>24</sup>: (i) de kantonrechter heeft art. 7:685 BW ten onrechte toegepast, (ii) de spiegelbeeldige situatie, de kantonrechter heeft art. 7:685 BW ten onrechte niet toegepast en (iii) de kantonrechter heeft in het kader van de ontbindingsprocedure essentiële vormen verzuimd. Voor ontvankelijkheid is niet vereist dat één van de drie voornoemde klachten ook werkelijk gegrond is. Voldoende is dat één van de doorbrekingsgronden wordt aangevoerd.<sup>25</sup> Wordt een doorbrekingsgrond vervolgens gegrond geacht, dan wordt daarmee de zaak ook voor het overige aan de appelrechter overgedragen.<sup>26</sup> De zaak kan opnieuw inhoudelijk beoordeeld worden volgens de ‘normale’ regels die gelden voor de behandeling in hoger beroep.<sup>27</sup>

### 4.1 De kantonrechter heeft art. 7:685 BW ten onrechte toegepast

Deze categorie heeft betrekking op het geval waarin de rechter art. 7:685 BW toepast, hoewel aan de voorwaarden daarvoor niet is voldaan.<sup>28</sup> Een voorbeeld

daarvan betreft de zaak Mungra/Van Meir.<sup>29</sup> De ontbindende voorwaarde in de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst was in casu reeds in vervulling gegaan voordat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbond. De rechtbank stond hoger beroep toe en vernietigde de beschikking, aangezien de kantonrechter ten onrechte gebruik gemaakt had van zijn bevoegdheid de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Een overeenkomst die niet meer bestaat, kan niet meer ontbonden worden.<sup>30</sup> Beslissend tijdstip voor de vraag of de arbeidsovereenkomst nog bestaat, is de datum van de ontbindingsbeschikking.<sup>31</sup> Andere voorbeelden van het ten onrechte toepassen van art. 7:685 betreffen de omstandigheid dat de kantonrechter absoluut onbevoegd is om de arbeidsovereenkomst te ontbinden,<sup>32</sup> of de kantonrechter die ten onrechte een subsidiair verzoek van de werknemer kwalificeert als een zelfstandig tegenverzoek en hierop de arbeidsovereenkomst ontbindt.<sup>33</sup> Bovengenoemde gevallen dienen onderscheiden te worden van het onjuist toepassen van de regeling van art. 7:685 BW. Deze materiële klachten over onjuiste rechtstoepassing stuiten af op het appelverbod. Zo treedt de kantonrechter niet buiten het toepassingsgebied van art. 7:685 BW wanneer hij de arbeidsovereenkomst, weliswaar in strijd met het tweede lid van voornoemd artikel, met terugwerkende kracht ontbindt.<sup>34</sup> Ook de kantonrechter die de kantonrechtersformule bij het vaststellen van de ontbindingsvergoeding onjuist toepast, treedt niet buiten het toepassingsgebied van art. 7:685 BW.<sup>35</sup>

#### 4.2 De kantonrechter heeft art. 7:685 BW ten onrechte niet toegepast

Waar het in de vorige categorie ging om het ten onrechte aannemen dat aan de voorwaarden voor toepassing van art. 7:685 BW is voldaan, gaat het bij deze categorie om de spiegelbeeldige situatie: de kantonrechter neemt ten onrechte de ontvankelijkheid of bevoegdheid *niet* aan.<sup>36</sup> Een voorbeeld vormt het arrest Seceurop/Koning.<sup>37</sup> In die zaak had de rechtbank het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst afgewezen, omdat dat een doorkruising van de tegelijkertijd lopende ontslag-op staande-voet-procedure zou betekenen. De rechtbank had daarmee volgens de Hoge Raad op buiten art. 7:685 BW liggende gronden het verzoek ten onrechte buiten toepassing gelaten. Ook de kantonrechter die oordeelt dat de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zich niet leent voor onderzoek of de door de werkgever voorgestane reorganisatie tot gevolg moet hebben dat het dienstverband wordt beëindigd, past art. 7:685 BW ten onrechte niet toe.<sup>38</sup> Andere denkbare situaties zijn, de kantonrechter die ten onrechte meent dat de bestuursrechter bevoegd is, dat de arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt als een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk of ten onrechte in de veronderstelling verkeert dat de arbeidsovereenkomst reeds geëindigd is.<sup>39</sup>

#### 4.3 De kantonrechter heeft essentiële vormen verzuimd

Van verzuim van essentiële vormen is sprake indien een zo fundamenteel rechtsbeginsel is veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.<sup>40</sup> Deze formulering roept onmiddellijk art. 6 lid 1 EVRM in gedachten, dat onder meer het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter behelst. Dit

verdragsartikel is zonder meer van toepassing op de ontbindingsprocedure, omdat daarin ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’ worden vastgesteld. Hoewel uit art. 6 EVRM geen algemeen recht op hoger beroep kan worden afgeleid en een appelbeperking dus niet zonder meer in strijd is met dat artikel, vereist het EHRM wel dat er ten minste één rechterlijke instantie is die voldoet aan alle vereisten van art. 6 EVRM.<sup>41</sup> Is dat niet het geval, dan is er sprake van een schending van art. 6 EVRM. Blijkbaar wil de Hoge Raad dit voor wat betreft schending van het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter voorkomen door doorbreking van het appelverbod. Door het openstellen van hoger beroep kan namelijk het gebrek in de eerlijke behandeling of de onpartijdigheid van de rechter in de zin van art. 6 EVRM hersteld worden.<sup>42</sup> Niet duidelijk is of het criterium gegeven door de Hoge Raad ‘schending van fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken’ zo ruim opgevat moet worden dat hieronder ook de schending van de overige elementen uit art. 6 EVRM valt, zoals het recht op een openbare procedure binnen een redelijke termijn door een onafhankelijke rechter. Enerzijds zijn de bewoordingen van de Hoge Raad duidelijk: het appelverbod kan alleen doorbroken worden indien een fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken. Er wordt alleen verwezen naar de elementen ‘fair hearing’ en ‘impartial tribunal’ en niet in algemene zin aan art. 6 EVRM gerefereerd. Aannemelijk is dat een dergelijke overkoepelende betekenis van het recht op een eerlijke behandeling ook op Straatsburgs niveau niet bedoeld is.<sup>43</sup> Het EHRM heeft immers getracht aan dit recht op een eerlijke behandeling een eigen specifieke betekenis te geven door verschillende deelaspecten van dit recht te onderscheiden.<sup>44</sup> Deelaspecten van het recht op een fair hearing zijn volgens het EHRM: (i) recht op hoor en wederhoor,<sup>45</sup> (ii) recht op gelijke proceskansen<sup>46</sup> en (iii) recht op motivering van de uitspraak.<sup>47</sup> Uit deze deelaspecten valt in navolging van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens af te leiden dat het recht op een fair hearing inhoudt: ‘het recht van iedere procespartij om haar zaak aan de rechter voor te leggen onder zodanige omstandigheden dat zij niet wezenlijk benadeeld wordt ten opzichte van haar wederpartij’.<sup>48</sup> Anderzijds bevat de doorbrekingsjurisprudentie van de Hoge Raad ook een aanknopingspunt om te betogen dat onder het criterium ‘schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken’ ook de schending van andere elementen uit art. 6 EVRM kan vallen. Hierop kom ik in paragraaf 4.3.5 terug. Opvallend is daarnaast dat niet alle voornoemde deelaspecten van het recht op een eerlijke behandeling kunnen leiden tot doorbreking van het appelverbod. Zo wordt schending van het beginsel van hoor en wederhoor door de Hoge Raad zonder meer als een fundamenteel rechtsbeginsel aangemerkt dat meebrengt dat het appelverbod doorbroken moet worden, maar schending van het motiveringsbeginsel niet, zoals hierna zal blijken.

### 4.3.1 Schending van hoor en wederhoor

Schending van het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op hoor en wederhoor<sup>49</sup> is zonder meer voldoende om het rechtsmiddelenverbod te doorbreken.<sup>50</sup> In het arrest Enka/Dupont<sup>51</sup> heeft de Hoge Raad bepaald dat het

beginsel van hoor en wederhoor behoort tot de fundamentele beginselen van het procesrecht, die – in geval van veronachtzaming – kunnen leiden tot doorbreking van het appelverbod. Nadien is dit vele malen door de Hoge Raad herhaald. Veelal wordt de volgende overweging gebruikt: *‘Van verzuim van essentiële vormen is in dit verband echter slechts sprake wanneer 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’*.<sup>52</sup> Doorbreking wegens schending van het beginsel van hoor en wederhoor is onder andere aangenomen bij een oproeping van een partij die niet in overeenstemming was met de wettelijke vereisten<sup>53</sup> en een oproeping die, hoewel in overeenstemming met de wettelijke vereisten, de verweerster niet had bereikt om een reden die niet in haar risicosfeer lag.<sup>54</sup> Ook zijn verschillende uitspraken bekend waarin doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 BW werd toegestaan, omdat een partij niet in de gelegenheid was gesteld op een productie te reageren.<sup>55</sup> Ten slotte is schending van het beginsel van hoor en wederhoor aangenomen in het geval waarin de kantonrechter feiten aan zijn beslissing ten grondslag had gelegd die niet aan het inleidend verzoek ten grondslag lagen en ook overigens door partijen niet waren gesteld.<sup>56</sup>

### 4.3.2 Schending van ‘equality of arms’

Nauw verwant aan het recht op hoor en wederhoor is het recht op gelijke proceskansen,<sup>57</sup> ook wel ‘equality of arms’ genoemd. Het recht op een ‘fair hearing’ impliceert volgens de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens: *‘dat eenieder die partij is in een civiele procedure een redelijke gelegenheid moet hebben om haar zaak aan het gerecht voor te leggen onder zodanige omstandigheden dat zij niet substantieel benadeeld wordt ten opzichte van haar wederpartij’*.<sup>58</sup> Hieruit valt het beginsel van gelijkheid der wapenen af te leiden.<sup>59</sup> Het Europese Hof heeft dit beginsel overgenomen.<sup>60</sup> Hoewel het beginsel van ‘hoor en wederhoor’ en ‘equality of arms’ elkaar grotendeels overlappen, is er een verschil tussen beide. Zo zal het beginsel van gelijkheid der wapenen niet geschonden zijn indien beide partijen in gelijke mate geen gelegenheid hebben gehad op stukken te reageren.<sup>61</sup> In dat geval zal echter wel sprake zijn van schending van het beginsel van hoor en wederhoor.<sup>62</sup> En andersom zal het beginsel van equality of arms geschonden zijn indien één van de procespartijen geen gelegenheid krijgt tot getuigenbewijs en de andere partij wel. Echter, in dat laatste geval is het beginsel van hoor en wederhoor niet geschonden, tenminste voor zover partijen wel de gelegenheid krijgen om op dat bewijs te reageren.<sup>63</sup>

De Hoge Raad erkent naast het beginsel van hoor en wederhoor ook het beginsel van ‘equality of arms’ als fundamenteel rechtsmiddel dat bij veronachtzaming doorbreking van het rechtsmiddelenverbod kan rechtvaardigen. Dit kan allereerst afgeleid worden uit de zaak Boukacem/Martinair.<sup>64</sup> In die zaak stelt de werknemer dat de kantonrechter een fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd doordat hij geen gelijke kans heeft gekregen tot het leveren van tegenbewijs. De kantonrechter was volledig voorbij gegaan aan het bewijsaanbod van de werknemer. De Hoge Raad gaat niet in deze klacht mee. *‘Beide partijen hebben gelijke kansen gehad voor het aannemelijk maken van hun standpunt en hebben ook overigens een gelijkwaardige behandeling gekregen.’* Er was

geen reden tot doorbreking van het appelverbod.<sup>65</sup> Dit oordeel laat mijns inziens geen andere conclusie toe dan dat wanneer deze gelijkheid er niet was geweest, dit had geleid tot doorbreking van het appelverbod.<sup>66</sup> Bovendien kan het erkennen van het beginsel van 'equality of arms' als grond voor doorbreking afgeleid worden uit het arrest van de Hoge Raad van 16 maart 2007.<sup>67</sup> In eerdere rechtspraak had de Hoge Raad geoordeeld dat de uitsluiting van hoger beroep in art. 332 lid 1 Rv voor zaken die de appelpgrens van 1750 euro niet overschrijden, niet doorbroken kan worden met een beroep op de doorbrekingsjurisprudentie, mede omdat er voor die gevallen beroep in cassatie openstaat op grond van art. 80 RO. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat die uitsluiting van doorbreking van de appelpgrens van art. 332 lid 1 Rv, evenwel slechts aanvaardbaar is indien in het cassatieberoep van art. 80 lid 1 RO ruimte wordt geboden voor klachten over schending van fundamentele rechtsbeginselen. De ontwikkelingen op het gebied van de fundamentele beginselen van procesrecht onder invloed van art. 6 EVRM en daarop gevormde rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad brengen mee dat in het kader van de cassatietoetsing op de voet van art. 80 lid 1 RO van niet voor hoger beroep vatbare uitspraken van de kantonrechter de Hoge Raad ook toezicht moet kunnen uitoefenen op de naleving van fundamentele rechtsbeginselen die gelden voor de behandeling van de zaak. Daarom moet volgens de Hoge Raad als grond voor cassatie, naast de in art. 80 RO genoemde gronden,<sup>68</sup> ook worden aanvaard dat een *zo fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, zoals het geval is bij het niet inachtnemen van het contradictoire beginsel, waartoe behoort hoor en wederhoor, en het recht op gelijke behandeling (equality of arms).*

### 4.3.3 Schending rechterlijke onpartijdigheid

Eén van de belangrijkste beginselen uit art. 6 EVRM is het recht van partijen op een berechting door een onpartijdige rechter.<sup>69</sup> Deze onpartijdigheid heeft een subjectieve en een objectieve zijde.<sup>70</sup> Bij de subjectieve zijde gaat het om de persoonlijke overtuiging van de rechter. Is de rechter in een bepaald geval vooringenomen of bevooroordeeld? Dit kan bijvoorbeeld doordat de rechter één van de procespartijen kent of belang heeft bij de uitkomst van de zaak.<sup>71</sup> De objectieve toets betreft de vraag of er, afgezien van de persoonlijke overtuiging van de betrokken rechter, feiten en omstandigheden voorhanden zijn die een vrees voor partijdigheid kunnen doen vermoeden.<sup>72</sup>

Mij is geen civielrechtelijke zaak bekend waarin schending van de rechterlijke onpartijdigheid is aangevoerd als grond voor doorbreking van een wettelijk appelverbod. Kennelijk heeft dit zich nog niet voorgedaan. Dit neemt niet weg dat een partijdige houding van de rechter kan en mijns inziens ook moet leiden tot doorbreking. Dit ligt reeds besloten in de formulering van de doorbrekingsgronden.<sup>73</sup> Schending van de rechterlijke onpartijdigheid impliceert schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en *onpartijdige* behandeling van de zaak.<sup>74</sup>

Niet ieder is deze mening toegedaan. Kuijer en Sagel menen dat schending van het onpartijdigheidsvereiste in de procedure ex art. 7:685 BW niet zal leiden tot een doorbreking van het appelverbod.<sup>75</sup> Volgens hen wordt de verenigbaarheid

van de procedure ex art. 7:685 BW met de uit art. 6 EVRM afgeleide norm inzake rechterlijke onpartijdigheid niet bewerkstelligd door middel van het openstellen van hoger beroep, maar door middel van een wrakingsprocedure. Ik kan mij daarin vinden voor zover het gaat om het 'preventief' in overeenstemming brengen van art. 7:685 BW met art. 6 EVRM. Anders dan hen, meen ik echter dat eventuele twijfels omtrent de onpartijdigheid van de rechter ook pas achteraf, dus na de beschikking kunnen ontstaan.<sup>76</sup> Dan bestaat geen gelegenheid meer voor een wrakingsverzoek en kan mijns inziens alleen het openstellen van hoger beroep het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op berechting door een onpartijdige rechter borgen. De Hoge Raad maakt, zij het in een bestuursrechtelijke zaak, ook dit onderscheid.<sup>77</sup> De klacht in cassatie betrof dat de bestreden uitspraak was meegewezen door een raadsheer die indirect partij was in het geding voor het hof, althans de schijn van partijdigheid tegen zich had. Indien de naam van de betrokken raadsheer aan de partij vooraf bekend was geweest, zou zij onmiddellijk een wrakingsverzoek hebben ingediend. De Hoge Raad overweegt: *'De omstandigheid dat een wrakingsverzoek is gedaan en afgewezen, staat er niet aan in de weg – ook niet in het licht van art. 8:18 lid 5 Algemene wet bestuursrecht – dat de onpartijdigheid van de tevergeefs gewraakte rechter na aanwending van een rechtsmiddel tegen de einduitspraak, in de eerstvolgende instantie ten toets kan komen in het kader van een klacht over schending van het fundamentele recht op behandeling van de zaak door een onpartijdige rechter (vgl. HR 31 oktober 2000, nr. 00342/00, LJN AA7956, onderdeel 3.3). In het verlengde daarvan staat evenmin de enkele omstandigheid dat geen wrakingsverzoek is gedaan eraan in de weg dat in de eerstvolgende instantie de onpartijdigheid van die rechter ten toets kan komen in het kader van een klacht als hiervoor omschreven.'*<sup>78</sup>

#### 4.3.4 Schending motiveringsbeginsel

Het motiveringsvereiste staat niet expliciet vermeld in de tekst van art. 6 EVRM. Het EHRM heeft echter geoordeeld dat het recht op een fair hearing geschonden kan zijn wanneer een rechterlijke uitspraak onvoldoende met redenen is omkleed.<sup>79</sup> De nationale gerechten *'must indicate with sufficient clarity the grounds on which they based their decision'*.<sup>80</sup> Opvallend is dat schending van de motiveringsplicht volgens de Hoge Raad niet kan leiden tot doorbreking van het appelverbod van art. 7:685 BW. De Hoge Raad overweegt *'Weliswaar is niet uitgesloten dat een klacht betreffende verzuim van essentiële vormen bij de totstandkoming van een beschikking waartegen geen hoger beroep open staat, niettemin 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, dat aan de orde was in HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242. Daartoe is niet voldoende de klacht dat de betreffende beschikking niet of niet naar de eis der wet met redenen is omkleed.'*<sup>81</sup> Zowel de ondeugdelijk gemotiveerde als de geheel ongemotiveerde uitspraak leveren volgens de Hoge Raad geen grond op voor doorbreking van het appelverbod. Tot op heden heeft de Hoge Raad deze lijn vastgehouden.<sup>82</sup> Aannemelijk is dat aan dit standpunt pragmatische redenen ten grondslag



liggen. Gedacht kan allereerst worden aan het zogenaamde *floodgate* argument: een ander standpunt zou een vloedgolf van zaken kunnen oproepen.<sup>83</sup> Verder kan een rechtvaardiging gelegen zijn in de praktische moeilijkheid voor rechters om een grens te trekken tussen wat nog wel en wat niet meer door de beugel kan.<sup>84</sup> Bovendien, een burger die vraagt om te beoordelen of een in eerste aanleg gegeven motivering als deugdelijk en begrijpelijk kan worden beschouwd, vraagt eigenlijk om een herbeoordeling van zijn zaak.<sup>85</sup> Het debat over de aan- of afwezigheid van een grond voor ontbinding en de hoogte van de vergoeding zou daarmee weer openstaan.<sup>86</sup> Deze herbeoordeling is nu juist middels het appelverbod uitgesloten door de wetgever.<sup>87</sup>

Gezien de mogelijke strijdigheid van het standpunt van de Hoge Raad (schending motiveringsbeginsel is geen schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke behandeling van de zaak kan worden gesproken) met de opvatting van het EHRM (schending motiveringsbeginsel is wel schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke behandeling van de zaak kan worden gesproken), zal ik deze categorie uitvoeriger behandelen dan de voorgaande besproken fundamentele rechtsbeginselen. Allereerst zal ik kort ingaan op de motivering van ontbindingsbeschikkingen. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de eisen die art. 6 EVRM stelt aan de motivering van een rechterlijke uitspraak. Ten slotte wordt een uitstapje gemaakt naar het arbitragerecht.

### Motivering van ontbindingsbeschikkingen

Eén van de kernfuncties van motiveren is dat de rechter daarmee verantwoording aflegt van zijn beslissing in een concreet geschil.<sup>88</sup> Dit maakt controle mogelijk en vergroot de aanvaarding van de uitspraak door partijen en de maatschappij.<sup>89</sup> Bovendien bevordert het de kwaliteit van de rechterlijke oordeelsvorming. Wanneer de rechter verplicht is om een beslissing te motiveren, moet hij zich al bij het nemen van die beslissing bewust zijn van de kwaliteit van de verschillende argumenten waarop de beslissing gebaseerd wordt.<sup>90</sup> Verder is motivering ook belangrijk in het kader van de rechtsvorming en rechtsontwikkeling.<sup>91</sup> Door de argumentatie van een rechterlijke uitspraak krijgt deze gezag<sup>92</sup> en kan de uitspraak ook van belang zijn voor toekomstige zaken.

Ook in de ontbindingspraktijk is het belang van motiveren erkend. Aanbeveling 2.2 van de Kring van Kantonrechters luidt: *'In de ontbindingsbeschikking op tegenspraak zal duidelijk gemotiveerd worden hoe de rechter tot zijn beslissing ten aanzien van de ontbinding, alsmede ten aanzien van de toekenning van een vergoeding van een bepaalde hoogte, of het achterwege laten daarvan, is gekomen'*. Desondanks zijn motiveringsklachten de ontbindingspraktijk niet vreemd. Regelmatig wordt door een partij aangevoerd dat de kantonrechter zijn beschikking onvoldoende of ondeugdelijk heeft gemotiveerd.<sup>93</sup>

Ook in de literatuur wordt kritiek uitgeoefend op de motivering van ontbindingsbeschikkingen. Volgens Duk kennen toewijzingsbeschikkingen vaak slechts een summiere motivering, waaruit niet duidelijk blijkt waarom het verzoek tot ontbinding wordt ingewilligd.<sup>94</sup> Veel ontbindingsbeschikkingen volstaan met een motivering in de trant van: *'uit het verhandelde ter zitting blijkt dat de verhouding tussen partijen verstoord is'*.<sup>95</sup> In de jaarlijks in ArbeidsRecht gepubliceerde statistieken omtrent de ontbindingsprocedure

ontbreekt het aan gegevens over de gronden voor toewijzing van het ontbindingsverzoek, terwijl de gronden voor het afwijzen van een dergelijk verzoek wel worden geïnventariseerd.<sup>96</sup> Dit wekt op zijn minst de indruk dat afwijzingen uitvoeriger gemotiveerd worden dan toewijzingen.

Het voorgaande doet de vraag rijzen wanneer er sprake is van een voldoende gemotiveerde uitspraak. Welke eisen stelt art. 6 EVRM aan de motivering van een rechterlijke uitspraak?

### Motivering en art. 6 EVRM

Het EHRM stelt slechts minimale eisen aan de motivering van een rechterlijke uitspraak. De mate van motivering hangt onder meer af van de aard van de beslissing, de diversiteit van de stellingen van partijen en de verschillen tussen de lidstaten met betrekking tot het motiveren en presenteren van rechterlijke uitspraken.<sup>97</sup> In de zaak Van de Hurk tegen Nederland overweegt het Hof verder: *'Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument. Nor is the European Court called upon to examine whether arguments are adequately met'*.<sup>98</sup> Wel is vereist dat de wezenlijke bestanddelen van een rechterlijke uitspraak gemotiveerd zijn. Wanneer de rechter niet ingaat op een stelling van een partij die beslissend kan zijn voor de uitkomst van het geding, is sprake van schending van de uit art. 6 EVRM voortvloeiende motiveringsplicht.<sup>99</sup>

Uit het voorgaande volgt dat de nationale rechter vrij is de inhoud van zijn motivering te bepalen.<sup>100</sup> Het EHRM beoordeelt niet, zoals het aangaf in het arrest Van de Hurk, of de nationale rechter op voldoende adequate wijze op de argumenten van partijen is ingegaan.<sup>101</sup> Het EHRM voert geen inhoudelijke beoordeling uit van de motivering.<sup>102</sup> Ook De Poorter en Van Roosmalen menen dat de motiveringseis van art. 6 EVRM slechts ziet op een motiveringsplicht. Daarmee doelen zij op 'het geven van een motivering'. Artikel 6 EVRM ziet volgens hen niet op de begrijpelijkheid of deugdelijkheid daarvan.<sup>103</sup> Het voorgaande komt mij gezien de zaak Van de Hurk juist voor. Bovendien is dit uitgangspunt consistent met de waarborg van een eerlijk proces zoals door art. 6 EVRM beoogd. Het afwezig zijn van een motivering kan een indicatie zijn dat de rechter verzuimd heeft een argument van een partij mee te wegen, hetgeen meebrengt dat niet meer van een eerlijke behandeling gesproken kan worden.<sup>104</sup> Echter, een onjuiste motivering is net zo min als een anders gebrekkige uitspraak een reden om te oordelen dat er geen sprake is van een eerlijke behandeling. Het EHRM is geen hoger beroepsinstantie.<sup>105</sup> Wie aanvoert voor het EHRM dat de motivering van de nationale rechter onjuist of onbegrijpelijk is, vraagt in wezen om een herbeoordeling van zijn zaak, hetgeen niet de taak is van het Hof.

Redelijk ver ging het Hof overigens in de zaak De Moor tegen België.<sup>106</sup> Het EHRM oordeelde in die zaak dat er sprake was van schending van het recht op een 'fair trial', omdat de Orde van Advocaten een onwettig motief had aangehaald ter onderbouwing van de weigering betrokkene in te schrijven op het Tableau. De reden van weigering, dat de kandidaat een volledige carrière vervuld had buiten de Orde, stond namelijk niet vermeld bij de mogelijkheden van art. 428 Gerechtelijk Wetboek van België. Hoewel het EHRM hier in beperkte mate treedt in een inhoudelijke beoordeling van de motivering, kan dit volgens Ergec en Schaus verklaard worden door het duidelijk onwettig en arbitrair karakter

van de weigering.<sup>107</sup> De motivering was blijkbaar zó apert ondeugdelijk dat deze gelijk gesteld kon worden aan het ontbreken van een motivering. Iets dergelijks zien we ook in de zaak Georgiadis tegen Griekenland.<sup>108</sup> Het nationale gerecht had in die zaak de claim voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige vrijheidsberoving afgewezen, omdat de detentie van de appellant te wijten was aan *'his own gross negligence'*. Hiermee herhaalde het nationale gerecht uitsluitend de tekst van een artikel uit het nationale wetboek, zonder te vermelden, noch in de feiten die aanleiding gaven voor de uitspraak, noch in de motivering van de beslissing zelf, waaruit die grove nalatigheid door appellant bestond. Het EHRM oordeelde dat de motiveringsplicht uit art. 6 lid 1 EVRM geschonden was. Het gebrek aan nauwkeurigheid van het concept 'grove nalatigheid', dat een beoordeling van feitelijke kwesties met zich meebrengt, vereist dat het gerecht een meer gedetailleerde motivering op dit punt had moeten geven, aldus het Hof. Het ter motivering van een beslissing uitsluitend verwijzen naar een vaag wettelijk begrip dat een waardering van de feiten vergt is dus volgens het EHRM onvoldoende. Dat het Hof in deze zaak in enige mate treedt in een inhoudelijke beoordeling van de motivering, is ook hier te verklaren door het op het eerste gezicht direct kenbare duidelijke ondeugdelijke karakter van de motivering.

Het standpunt van de Hoge Raad dat zowel het niet motiveren, als het ondeugdelijk motiveren, geen grond kan opleveren voor doorbreking van het appelverbod, strookt gezien het voorgaande niet met de rechtspraak van het EHRM.<sup>109</sup> Het EHRM erkent uitdrukkelijk de niet gemotiveerde uitspraak en onder omstandigheden de apert ondeugdelijk gemotiveerde uitspraak, wel als een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel als gewaarborgd in art. 6 EVRM.

### Arbitragerecht

Een niet gemotiveerde uitspraak is gezien het voorgaande in strijd met art. 6 EVRM. We hebben gezien dat het EHRM onder omstandigheden ook een *apert* ondeugdelijk gemotiveerde uitspraak in strijd acht met art. 6 EVRM.<sup>110</sup> Waar ligt echter de grens? In dit kader is een vergelijking met het arbitragerecht interessant.

In beginsel is de civiele rechter onbevoegd om van een geschil kennis te nemen waarop een arbitrageovereenkomst van toepassing is.<sup>111</sup> Op specifiek in de wet vermelde (art. 1065 Rv) gronden is echter wel vernietiging mogelijk van het arbitrale vonnis. Vernietiging van het arbitrale vonnis brengt mee dat de overheidsrechter alsnog bevoegd wordt een herbeoordeling van het geschil uit te voeren.<sup>112</sup> De gronden waarop een arbitraal vonnis vernietigd kan worden, zijn derhalve op te vatten als doorbrekingsgronden, welke appel bij de civiele rechter mogelijk maken.<sup>113</sup> In het kader van deze bijdrage beperk ik mij tot een bespreking van de grond genoemd in art. 1065 Rv onder sub d: 'het vonnis is niet met redenen omkleed'.

Over de vernietiging van een arbitraal vonnis omdat het niet met redenen is omkleed, bestonden lange tijd uiteenlopende opvattingen.<sup>114</sup> Volgens de ene opvatting kon een arbitraal vonnis alleen op die grond worden vernietigd wanneer elke motivering ontbrak.<sup>115</sup> Volgens de andere opvatting kon een arbitraal vonnis niet alleen vernietigd worden wanneer elke motivering ontbrak, maar ook als er wel een motivering was, maar deze apert ondeugdelijk was.<sup>116</sup>

Een eerste beslissing van de Hoge Raad in deze kwestie komt met het arrest Benetton/Eco Swiss en Bulova.<sup>117</sup> Benetton voert in cassatie een klacht aan tegen het oordeel van het hof dat het arbitragegerecht zijn vonnis van een voldoende motivering heeft voorzien en er derhalve geen grond is voor vernietiging. Omtrent deze klacht overweegt de Hoge Raad: *‘Volgens art. 1065 lid 1, aanhef en onder d, Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis plaatsvinden op de grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed. Vernietiging op deze grond is slechts mogelijk wanneer motivering ontbreekt, en dus niet mogelijk in gevallen van ondeugdelijke motivering’*. Volgens de Hoge Raad komt de rechter niet de bevoegdheid toe om op die vernietigingsgrond een arbitraal vonnis naar zijn inhoud te toetsen. Hierop stuitte de klacht van Benetton af. Hiermee leek het pleit beslecht voor de eerste opvatting, hoewel de Hoge Raad nog geen duidelijkheid schiep over de vraag of vernietiging mogelijk was in gevallen waarin de motivering *apert* ondeugdelijk was.<sup>118</sup>

In 2004 volgt een tweede arrest (Nannini/SFT Bank)<sup>119</sup> van de Hoge Raad inzake de mogelijkheid een arbitraal vonnis te vernietigen wegens een motiveringsgebrek. In casu ging het om de verkoop van een resort op de Nederlandse Antillen. De verkoper had aan de koper gegarandeerd dat het resort onbezwaard was. Desondanks bleken op het resort toch beslagen te rusten en vorderde de koper schadevergoeding, omdat hij het resort daardoor niet kon doorverkopen. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba besliste dat de verkoper de schade moest vergoeden aan de koper en verwees daarbij partijen naar een arbitrageprocedure ter vaststelling van de hoogte van de schade. Nadat het arbitrale vonnis, waarin aan de koper schadevergoeding werd toegekend, gewezen was, stelde de verkoper een vordering tot vernietiging van dat arbitrale vonnis in, welke door het Gemeenschappelijk Hof werd toegewezen. Het Hof was van oordeel dat de arbiters een onjuiste uitleg hadden gegeven aan het eerdere vonnis van het Hof. De verweren inzake het causale verband waren zodanig gebrekkig beoordeeld dat het arbitrale vonnis niet aan de minimumeisen van motivering voldeed. In cassatie stond de juistheid van dit oordeel centraal. Ter beoordeling van het geschil herhaalt de Hoge Raad zijn overweging uit het Benetton arrest, maar voegt daaraan toe dat die overweging nadere precisering behoeft. Volgens de Hoge Raad moet namelijk met het ontbreken van een motivering ‘op één lijn worden gesteld’, de situatie waarin weliswaar een motivering is gegeven, ‘doch daarin geen enkele steekhoudende verklaring’ voor de desbetreffende beslissing te onderkennen valt. Met betrekking tot de aan de orde zijnde vraag of het arbitrale vonnis aan de minimumeisen van motivering voldeed, oordeelt de Hoge Raad dat de arbiters weliswaar een motivering voor hun beslissing hebben gegeven, doch deze berust op een uitgangspunt dat elke grond mist. De arbiters hadden namelijk een verkeerde uitleg gegeven aan de eerste uitspraak van het Hof. In die uitspraak was slechts de mogelijkheid van schade aannemelijk geoordeeld en niet, zoals de arbiters tot uitgangspunt namen, reeds een beslissing gegeven omtrent het causaal verband. Het Gemeenschappelijk Hof had volgens de Hoge Raad derhalve terecht geoordeeld dat in het arbitrale vonnis elke motivering ontbrak.

Voorgaande precisering door de Hoge Raad riep veel vragen op.<sup>120</sup> Wat heeft de Hoge Raad bedoeld met steekhoudend? Is dit hetzelfde als een ondeugdelijke motivering? Heeft de Hoge Raad een inhoudelijke toetsing van het arbitraal

vonnis voor ogen gestaan?

In 2006 heeft de Hoge Raad met het arrest Kers/Rijpma<sup>121</sup> een verduidelijking gegeven van het Nannini-arrest. In die zaak kreeg de Hoge Raad te oordelen over de beslissing van het hof, inhoudende dat het bestreden arbitrale vonnis, betrekking hebbend op een geschil over een aannemingsovereenkomst, op essentiële onderdelen een motivering ontbeert, althans dat daarin geen steekhoudende verklaring valt te onderkennen. De arbiters hadden namelijk volgens het hof een verkeerde norm bij de beoordeling van het geschil tot uitgangspunt genomen. De Hoge Raad stelt ter beoordeling van het geschil voorop dat de vernietigingsgrond dat het vonnis niet met reden is omkleed terughoudend moet worden toegepast. Slechts in sprekende gevallen dient er ingegrepen te worden in arbitrale beslissingen. *‘Uitsluitend indien een motivering ontbreekt, of indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden gesteld, mag de rechter dit vonnis vernietigen op de in art. 1065 lid 1, aanhef en onder d, Rv vermelde grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed’*. Ook al zou met het hof moeten worden aangenomen dat de arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt hebben genomen, dan brengt dit volgens de Hoge Raad nog niet mee dat enige steekhoudende verklaring voor hun beslissing ontbreekt. Het vonnis kon niet op één lijn worden gesteld met een geheel ongemotiveerd vonnis.

De Hoge Raad heeft met de uitspraken Nannini/SFT Bank en Kers/Rijpma de opvatting aanvaard, dat een arbitraal vonnis niet alleen vernietigd kan worden wanneer elke motivering ontbreekt, maar ook als deze motivering apert ondeugdelijk is.<sup>122</sup> Dit betekent mijns inziens niet dat er zonder meer een toetsing op de inhoud van de motivering moet plaatsvinden.<sup>123</sup> Immers, de Hoge Raad heeft met het Kers/Rijpma arrest duidelijk gemaakt dat deze mogelijkheid uiterst klein is.<sup>124</sup> Slechts indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden gesteld mag de rechter dit vonnis vernietigen.<sup>125</sup> Volgens advocaat-generaal Wesseling-van Gent kan deze gelijkstelling slechts in zeer uitzonderlijke gevallen plaatsvinden. Van een non-motivering kan volgens haar slechts worden gesproken wanneer de beslissing op geen enkele wijze terug te voeren is op de motivering, of indien de beslissing berust op een *evident* onjuist uitgangspunt waardoor de motivering van de beslissing kant noch wal raakt.<sup>126</sup> Dit is een wezenlijk andere toetsing dan een volledige deugdelijkheidstoets ten aanzien van de inhoud van de motivering. Dit blijkt ook uit de uitkomst van Kers/Rijpma. De Hoge Raad maakt duidelijk dat, *ook al zou met het hof, moeten worden aangenomen* dat de arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt hebben genomen, dit niet meebrengt dat de motivering van het vonnis een steekhoudende verklaring ontbeert.<sup>127</sup> Met andere woorden: de Hoge Raad treedt niet in een beoordeling van de inhoud van de motivering. De Hoge Raad verricht anders dan de advocaat-generaal geen enkel onderzoek of inderdaad de verkeerde norm was toegepast door de arbiters. Daarmee geeft de Hoge Raad mijns inziens een duidelijke waarschuwing ten aanzien van de grenzen die de overheidsrechter in acht behoort te nemen.<sup>128</sup> Alleen als met een zeer beperkte inhoudelijke toetsing vastgesteld kan worden dat de motivering evident ondeugdelijk is, mag de motivering gelijk gesteld worden aan geen motivering. Ter beoordeling van de vraag of er sprake is van een apert ondeugdelijke

motivering in de zin van art. 6 EVRM, kan mijns inziens aansluiting worden gezocht bij de arbitrale jurisprudentie. Het Kers/Rijpma arrest (en ook Nannini/SFT Bank) sluit aan bij de Europese zaken De Moor tegen België en Georgiadis tegen Griekenland.<sup>129</sup> Laatstgenoemde zaken lijken mij typisch gevallen van een zodanig gebrekkige motivering dat die gelijk gesteld kunnen worden aan een geheel ongemotiveerde uitspraak. Er is nauwelijks inhoudelijke toetsing van de bestreden uitspraak voor nodig om vast te stellen dat de motivering een apert ondeugdelijk karakter heeft.

#### Nogmaals: motiveringsgebreken

Passen we de motiveringseisen uit art. 6 EVRM toe op de ontbindingspraktijk, dan moet de conclusie zijn dat het merendeel van de ontbindingsbeschikkingen qua motivering in overeenstemming is met art. 6 EVRM. Ondanks kritiek in de literatuur op de veelal slechts summier gemotiveerde toewijzingsbeschikkingen, levert art. 6 EVRM voor deze beschikkingen niets op. De motivering in de trant van *'uit het verhandelde ter terechtzitting is gebleken dat de verhouding tussen partijen is verstoord'*, is niet in strijd met art. 6 EVRM. Er is immers een motivering. Dat deze motivering slechts summier en op de omstandigheden van het geval is toegespitst, is niet van belang in het licht van art. 6 EVRM. Immers, het EHRM treedt niet in een beoordeling van de inhoud van de motivering. Hoewel moeilijk vol te houden is dat deze summiere overweging daadwerkelijk het belang van motiveren dient en door Duk zelfs een 'dooddoener' wordt genoemd, kan zij internationaal gezien door de beugel. Ook voor de inhoudelijk onjuist gemotiveerde ontbindingsbeschikking levert art. 6 EVRM niets op.<sup>130</sup> Zoals gezegd: art. 6 EVRM ziet uitsluitend op een motiveringsplicht en niet op de inhoud van de motivering. Concreet: het eerste deel van de overweging van het Hof Amsterdam in zijn uitspraak van 20 maart 2008,<sup>131</sup> luidend: *'Ook al zou het hof de door de kantonrechter gebezigde motivering ondeugdelijk vinden (...) zulks nog niet tot doorbreking van het appelverbod zou kunnen leiden'*, is – hoe vervelend dat voor partijen ook mag zijn – in overeenstemming met het Europese recht. Grote twijfels heb ik echter wel bij de zinsnede die het Hof tussen de haken plaatst: *'en zelfs indien in de beschikking een motivering van de vergewisplicht in het geheel zou hebben ontbroken'*. Verdedigbaar is namelijk dat de vergewisplicht een wezenlijk bestanddeel vormt van de ontbindingsbeschikking. Dit brengt mij bij de categorie van ontbindingsbeschikkingen die mijns inziens wel in strijd zijn met art. 6 EVRM, namelijk de beschikkingen die een essentieel onderdeel van de zaak niet motiveren. Artikel 6 EVRM eist dat de wezenlijke bestanddelen van een beschikking gemotiveerd zijn. Gebeurt dit niet, dan is sprake van een inbreuk op art. 6 EVRM. Daarbij kan, naast voornoemd voorbeeld, gedacht worden aan de beschikking die niet motiveert of er ontbonden wordt op grond van gewijzigde omstandigheden dan wel een dringende reden en in samenhang hiermee of er reden is voor het toekennen van een vergoeding,<sup>132</sup> de beschikking die, ondanks een uitdrukkelijk verzochte ontbindingsvergoeding, de afwijzing daarvan niet motiveert,<sup>133</sup> of de beschikking waarin niet tot uitdrukking is gebracht dat de hoogte van de toegekende vergoeding is bepaald onder meeweging van alle relevante factoren en niet wordt gerept over de omstandigheden die ter instructie van de hoogte van de verzochte vergoeding zijn aangevoerd.<sup>134</sup> Verder zijn ook de ontbindingsbeschikkingen die wel enige

motivering bevatten, maar waarvan de motivering zo ondeugdelijk is dat zij gelijk gesteld moet worden aan het ontbreken van een motivering, in strijd te achten met art. 6 EVRM. Naar analogie met de Europese zaken *De Moor tegen België* en *Georgiadis tegen Griekenland*<sup>135</sup> en de jurisprudentie in arbitragezaken kan men daarbij denken aan de situatie dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, maar de motivering niet kan verklaren waarom de arbeidsovereenkomst ontbonden wordt. Bijvoorbeeld de beschikking die de ontbinding van de arbeidsovereenkomst motiveert met de overweging dat dit gerechtvaardigd is nu een vergoeding wordt toegekend. In deze situatie is er weliswaar een motivering, echter deze is zodanig gebrekkig dat deze op één lijn gesteld kan worden met een non-motivering. Deze motivering raakt kant noch wal. Toekenning van een vergoeding kan immers niet zonder nadere toelichting verklaren waarom de arbeidsovereenkomst ontbonden wordt.<sup>136</sup> Andere voorbeelden zijn ook denkbaar, zoals de situatie dat de beslissing tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zodanig tegenstrijdig is met de motivering, dat deze op geen enkele wijze is terug te voeren op de motivering,<sup>137</sup> of de situatie waarin ter motivering van de beslissing uitsluitend naar een vaag wettelijk begrip wordt verwezen, terwijl dat begrip een waardering van de feiten vergt.<sup>138</sup> Bij deze laatste categorie kan in het kader van de ontbindingsbeschikking bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie waarin de kantonrechter oordeelt dat de arbeidsovereenkomst ontbonden wordt wegens verandering in de omstandigheden, echter nalaat aan te geven waaruit deze verandering van de omstandigheden bestaat.<sup>139</sup> Bij voornoemde situaties moet men wel goed de grens in acht houden. De inhoud van de motivering mag niet getoetst worden. Het is niet aan de appelrechter om te beoordelen of de motivering juist is, of de beslissing gebaseerd is op een juiste feitenvaststelling en of de rechter is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting. Overigens onderken ik dat het voorgaande geen structureel probleem vormt. De rechter zal zich in het merendeel van de gevallen aan art. 6 EVRM houden en de ontbindingsbeschikking afdoende motiveren. Dit neemt echter niet weg dat in een incidenteel geval strijd met art. 6 EVRM kan ontstaan, omdat een wezenlijk bestanddeel van de ontbindingsbeschikking niet gemotiveerd is, of zo ondeugdelijk dat de motivering gelijk te stellen is aan het ontbreken daarvan.<sup>140</sup> De Hoge Raad zou er goed aan doen zijn doorbrekingsjurisprudentie in overeenstemming te brengen met die van het EHRM. Door het openstellen van hoger beroep kan een schending van art. 6 EVRM voorkomen worden.<sup>141</sup> Daartoe moet onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds het niet motiveren van een uitspraak, hetgeen moet leiden tot doorbreking van het appelverbod, en anderzijds het ondeugdelijk motiveren, hetgeen geen doorbreking rechtvaardigt.<sup>142</sup> Tussen deze twee uitersten bevindt zich het geval dat een motivering weliswaar gegeven is, maar die motivering zo gebrekkig is dat die op één lijn gesteld moet worden met een ontbrekende motivering.<sup>143</sup> Ook voor dit geval moet, om een procedure in overeenstemming te brengen met de eisen van art. 6 EVRM ter zake, doorbreking van het appelverbod mogelijk zijn. Met deze beperkte uitbreiding van de doorbrekingsjurisprudentie kunnen de pragmatische argumenten, die waarschijnlijk ten grondslag liggen aan het uitgangspunt van de Hoge Raad om motiveringsgebreken niet toe te laten als grond voor doorbreking, ondervangen worden. De beoordeling of een uitspraak niet gemotiveerd is, vergt geen inhoudelijke toetsing van de uitspraak en is bovendien eenvoudig. Verder blijft de ruimte voor doorbreking op grond van een

motiveringsgebrek uiterst klein. Alleen in het exceptionele geval dat een wezenlijk bestanddeel van de uitspraak niet gemotiveerd is, staat hoger beroep open. Dit geeft een duidelijk signaal dat het niet zinvol is om elke onwelgevallige ontbindingsbeschikking te onderzoeken op motiveringsklachten en zal naar verwachting geen vloedgolf van zaken oproepen. Enige praktische moeilijkheid is wellicht gelegen in het vaststellen van een grens tussen ondeugdelijke motiveringen die niet voor doorbreking in aanmerking komen en motiveringen die zo gebrekkig zijn dat deze op één lijn gesteld moeten worden met geheel ongemotiveerde uitspraken. Wanneer men ter beoordeling hiervan de Europese zaken *De Moor tegen België* en *Georgiadis tegen Griekenland* en de arbitrale zaken tot uitgangspunt neemt, is ook deze praktische moeilijkheid te overwinnen. Alleen motiveringen waarvan zonder inhoudelijke toetsing vastgesteld kan worden dat zij evident ondeugdelijk zijn, kunnen gelijk gesteld worden aan geen motivering. Daarbij kan als uitgangspunt gedacht worden aan: motiveringen die een duidelijk onwettig en arbitrair karakter hebben, evident ondeugdelijk zijn doordat zij slechts verwijzen naar een vaag wettelijk begrip zonder waardering van de feiten, berusten op een evident onjuist uitgangspunt waardoor de motivering van de beslissing kant noch wal raakt, of op geen enkele manier op de beslissing zijn terug te voeren.<sup>144</sup> De voorgaande situaties zijn veelal eenvoudig vast te stellen en vergen geen diepgaande inhoudelijke beoordeling door de rechter.

#### 4.3.5 Schending openbaarheidsvereiste

Vooralsnog is onduidelijk of schending van het beginsel van openbaarheid, bestaande uit het niet openbaar behandelen ter zitting en/of het niet openbaar uitspreken van de beschikking, kan leiden tot doorbreking van het appelverbod. De Hoge Raad noch een lagere rechter heeft zich hierover duidelijk uitgesproken. Uit de beschikking van de Hoge Raad inzake *Boukacem/Martinair*<sup>145</sup> zou evenwel afgeleid kunnen worden dat de Hoge Raad het niet openbaar uitspreken van een beschikking als een schending van een essentieel vormverzuim beschouwt dat doorbreking van het appelverbod rechtvaardigt.<sup>146</sup> Het gaat in deze zaak om een beroep in cassatie tegen de uitspraak van de rechtbank waarin geoordeeld was dat de klachten tegen de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter niet tot doorbreking van het appelverbod konden leiden. De cassatiemiddelen aangevoerd tegen dit oordeel van de rechtbank werden door de Hoge Raad verworpen. Een andere klacht in cassatie betrof echter de klacht dat de rechtbank in strijd met art. 6 EVRM haar beschikking niet in het openbaar heeft uitgesproken. De Hoge Raad overwoog daaromtrent: *‘Deze klacht treft in zoverre doel dat uit de beschikking niet op een voor de cassatierechter kenbare wijze blijkt, hetzij dat zij door de Rechtbank in het openbaar is uitgesproken, hetzij dat zij in dier voege openbaar was dat vanaf een bepaalde, aan partijen tevoren bekend gemaakte dag ter griffie de beschikking in geschreven vorm aanwezig was en zowel partijen als elke andere belanghebbende in zage en afschrift ervan konden krijgen. De Hoge Raad zal daarom de beschikking van de Rechtbank vernietigen en overeenkomstig art. 420 Rv doen wat de Rechtbank had behoren te doen, door zelf de verwerping van het hoger beroep van Boukacem tegen de beschikking van de Kantonrechter ter openbare terechtzitting uit te spreken.’*<sup>147</sup>



Volgens sommige auteurs is deze uitspraak niet één op één toe te passen op de doorbrekingsproblematiek. Nu het in de beschikking Boukacem/Martinair niet ging om de situatie dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter niet in het openbaar was uitgesproken, maar de uitspraak in hoger beroep van de rechtbank, kan volgens hen uit deze uitspraak niet eenvoudigweg afgeleid worden dat het niet openbaar uitspreken van de beschikking een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel vormt waardoor het rechtsmiddelenverbod kan worden doorbroken.<sup>148</sup> Deze auteurs lijken echter te miskennen dat art. 7:685 lid 11 BW niet alleen appel, maar ook cassatie tegen een beschikking krachtens dat artikel uitsluit, zodat cassatie slechts mogelijk lijkt te zijn tegen (i) het oordeel van het hof dat de kantonrechter artikel 7:685 ten onrechte niet of juist wel heeft toegepast dan wel een essentieel vormverzuim heeft begaan, of (ii) het hof zelf artikel 7:685 ten onrechte niet of juist wel toepast of essentiële vormen verzuimd.<sup>149</sup> Indien de Hoge Raad in voornoemde beschikking het openbaarheidsvereiste inderdaad als een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel aanmerkt waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken, is dit een aanknopingspunt om te betogen dat onder voornoemd criterium ook de schending van andere elementen, dan het recht op 'fair hearing' door een 'impartial tribunal', uit art. 6 EVRM kunnen vallen. Het enkele feit dat de zitting niet openbaar was of dat de uitspraak niet in het openbaar is uitgesproken, brengt mijns inziens namelijk niet de conclusie met zich dat niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak.<sup>150</sup> Schending van de openbaarheid leidt er niet zonder meer toe dat een partij benadeeld wordt ten opzichte van haar wederpartij in haar recht om de zaak aan de rechter voor te leggen.<sup>151</sup> Op zijn minst zouden er dan aanwijzingen of klachten moeten zijn dat de rechter de zaak tevens partijdig of in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor of het beginsel van 'equality of arms' heeft behandeld.<sup>152</sup>

#### 4.3.6 Oneerlijke proceshouding wederpartij

De situatie kan zich voordoen dat de ontbindingsbeschikking tot stand is gekomen onder bedrog door de wederpartij gepleegd in de procedure. De werknemer heeft bijvoorbeeld in de ontbindingsprocedure niet gemeld dat hij aansluitend op de ontbinding een nieuwe baan heeft gevonden, terwijl de werkgever een hoge vergoeding moet betalen, al dan niet met het oog op de toekomstperspectieven van de werknemer.

De werkgever zal in dit geval de ontbindingsbeschikking, met name de vergoeding, willen aanvechten. Deze situatie valt echter niet onder de doorbrekingsgrond: 'de rechter heeft art. 7:685 BW met verzuim van essentiële vormen toegepast'.<sup>153</sup> De ondeugdelijkheid van de ontbindingsbeschikking is niet aan de rechter te wijten, maar aan de wederpartij.<sup>154</sup> Hoger beroep is in dit geval niet mogelijk. Herroeping behoort, zoals hierna nog zal blijken, wel tot de mogelijkheden.<sup>155</sup>

#### 4.3.7 Inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking

Over deze categorie kan ik eveneens vrij kort zijn: de inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking valt niet onder de doorbrekingsgrond 'verzuim van

essentiële vormen'.<sup>156</sup> Hoger beroep kan niet worden ingesteld ten aanzien van de inhoudelijke aspecten van de ontbindingsbeschikking.<sup>157</sup> Een voorbeeld vormt het arrest Woesthoff/Intershow van 24 april 1992.<sup>158</sup> De Hoge Raad overwoog dat het geven van een naar haar inhoud discriminatoire beslissing waartegen geen hoger beroep openstaat, niet tot doorbreking van het appelverbod kan leiden. Een onjuiste beslissing door de kantonrechter levert geen verzuim van essentiële vormen op, noch het oordeel dat art. 7:685 BW ten onrechte is toegepast, aldus de Hoge Raad.

#### 4.4 Resumerend

Terugkomend op de drie categorieën van ondeugdelijke ontbindingsbeschikkingen/procedures die ik in het begin van deze bijdrage schetste, kan geconcludeerd worden dat in de categorie beschikkingen die tot stand zijn gekomen na een ondeugdelijke procedure vrijwel elk gebrek in hoger beroep te helen valt. Wanneer de ondeugdelijkheid te wijten is aan schending van het beginsel van hoor en wederhoor of schending van het beginsel van 'equality of arms' is zonder meer hoger beroep mogelijk. Waarschijnlijk geldt dit eveneens voor schending van het beginsel van rechterlijke onpartijdigheid. Hoewel dit nog niet als doorbrekingsgrond in de jurisprudentie is aangevoerd, valt goed te verdedigen dat dit een schending betreft van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken.

In de categorie ontbindingsbeschikkingen met een formeel gebrek doen zich meer problemen voor. Schending van het motiveringsbeginsel kan volgens de Hoge Raad niet leiden tot doorbreking van het appelverbod. Betoogd is dat deze jurisprudentie niet strookt met de uitleg die het EHRM aan art. 6 EVRM geeft en dat het aanbeveling verdient voor de Hoge Raad om een tweedeling te maken tussen het niet motiveren van een uitspraak, daaronder ook begrepen de zodanig gebrekkige motivering die gelijk gesteld kan worden aan geen motivering, en het ondeugdelijk motiveren van een uitspraak. Om de procedure in overeenstemming te brengen met de eisen van art. 6 EVRM ter zake, dient de eerste grond – het niet motiveren – tot doorbreking van het appelverbod te leiden.<sup>159</sup> Vooralsnog is dit echter niet het geval. Er is geen hoger beroep mogelijk tegen een ontbindingsbeschikking zonder motivering.

De jurisprudentie van de Hoge Raad bevat een aanknopingspunt te betogen dat het niet openbaar uitspreken van een ontbindingsbeschikking daarentegen wel kan leiden tot doorbreking van het appelverbod. Wellicht is de Hoge Raad bereid om ook de schending van andere elementen uit art. 6 EVRM, dan het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter, onder de doorbrekingscategorie verzuim van essentiële vormen te laten vallen. Schending van de openbaarheid brengt mijns inziens echter niet zonder meer de conclusie met zich dat er sprake is van schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken.

De laatste door mij onderscheiden categorie ontbindingsbeschikkingen – materieel ondeugdelijke beschikkingen – kunnen niet leiden tot doorbreking van het appelverbod. Een inhoudelijke onjuiste beschikking valt niet onder de grond verzuim van essentiële vormen, noch onder de grond dat de kantonrechter art. 7:685 BW ten onrechte toepast. Ook de ontbindingsbeschikking waarin de

rechter uitgaat van onjuiste gegevens als gevolg van bedrog door de wederpartij kan niet tot doorbreking van het appelverbod leiden.<sup>160</sup>

De vraag rijst of er voor de ondeugdelijke beschikkingen die niet tot doorbreking van het appelverbod kunnen leiden, een alternatieve mogelijkheid is waarin de ondeugdelijkheid ter discussie gesteld kan worden? In het navolgende onderzoek ik de mogelijkheden die ‘herstel’, ‘herroeping’ en het leerstuk van de ‘onrechtmatige rechtspraak’ bieden om op te komen tegen de ondeugdelijke ontbindingsbeschikking.

### Motivering van ontbindingsbeschikkingen

Eén van de kernfuncties van motiveren is dat de rechter daarmee verantwoording aflegt van zijn beslissing in een concreet geschil.<sup>161</sup> Dit maakt controle mogelijk en vergroot de aanvaarding van de uitspraak door partijen en de maatschappij.<sup>162</sup> Bovendien bevordert het de kwaliteit van de rechterlijke oordeelsvorming. Wanneer de rechter verplicht is om een beslissing te motiveren, moet hij zich al bij het nemen van die beslissing bewust zijn van de kwaliteit van de verschillende argumenten waarop de beslissing gebaseerd wordt.<sup>163</sup> Verder is motivering ook belangrijk in het kader van de rechtsvorming en rechtsontwikkeling.<sup>164</sup> Door de argumentatie van een rechterlijke uitspraak krijgt deze gezag<sup>165</sup> en kan de uitspraak ook van belang zijn voor toekomstige zaken.

Ook in de ontbindingspraktijk is het belang van motiveren erkend. Aanbeveling 2.2 van de Kring van Kantonrechters luidt: *‘In de ontbindingsbeschikking op tegenspraak zal duidelijk gemotiveerd worden hoe de rechter tot zijn beslissing ten aanzien van de ontbinding, alsmede ten aanzien van de toekenning van een vergoeding van een bepaalde hoogte, of het achterwege laten daarvan, is gekomen’*. Desondanks zijn motiveringsklachten de ontbindingspraktijk niet vreemd. Regelmatig wordt door een partij aangevoerd dat de kantonrechter zijn beschikking onvoldoende of ondeugdelijk heeft gemotiveerd.<sup>166</sup>

Ook in de literatuur wordt kritiek uitgeoefend op de motivering van ontbindingsbeschikkingen. Volgens Duk kennen toewijzingsbeschikkingen vaak slechts een summiere motivering, waaruit niet duidelijk blijkt waarom het verzoek tot ontbinding wordt ingewilligd.<sup>167</sup> Veel ontbindingsbeschikkingen volstaan met een motivering in de trant van: *‘uit het verhandelde ter zitting blijkt dat de verhouding tussen partijen verstoord is’*.<sup>168</sup> In de jaarlijks in ArbeidsRecht gepubliceerde statistieken omtrent de ontbindingsprocedure ontbreekt het aan gegevens over de gronden voor toewijzing van het ontbindingsverzoek, terwijl de gronden voor het afwijzen van een dergelijk verzoek wel worden geïnventariseerd.<sup>169</sup> Dit wekt op zijn minst de indruk dat afwijzingen uitvoeriger gemotiveerd worden dan toewijzingen.

Het voorgaande doet de vraag rijzen wanneer er sprake is van een voldoende gemotiveerde uitspraak. Welke eisen stelt art. 6 EVRM aan de motivering van een rechterlijke uitspraak?

### Motivering en art. 6 EVRM

Het EHRM stelt slechts minimale eisen aan de motivering van een rechterlijke uitspraak. De mate van motivering hangt onder meer af van de aard van de beslissing, de diversiteit van de stellingen van partijen en de verschillen tussen de lidstaten met betrekking tot het motiveren en presenteren van rechterlijke

uitspraken.<sup>170</sup> In de zaak Van de Hurk tegen Nederland overweegt het Hof verder: ‘*Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument. Nor is the European Court called upon to examine whether arguments are adequately met*’.<sup>171</sup> Wel is vereist dat de wezenlijke bestanddelen van een rechterlijke uitspraak gemotiveerd zijn. Wanneer de rechter niet ingaat op een stelling van een partij die beslissend kan zijn voor de uitkomst van het geding, is sprake van schending van de uit art. 6 EVRM voortvloeiende motiveringsplicht.<sup>172</sup> Uit het voorgaande volgt dat de nationale rechter vrij is de inhoud van zijn motivering te bepalen.<sup>173</sup> Het EHRM beoordeelt niet, zoals het aangaf in het arrest Van de Hurk, of de nationale rechter op voldoende adequate wijze op de argumenten van partijen is ingegaan.<sup>174</sup> Het EHRM voert geen inhoudelijke beoordeling uit van de motivering.<sup>175</sup> Ook De Poorter en Van Roosmalen menen dat de motiveringseis van art. 6 EVRM slechts ziet op een motiveringsplicht. Daarmee doelen zij op ‘het geven van een motivering’. Artikel 6 EVRM ziet volgens hen niet op de begrijpelijkheid of deugdelijkheid daarvan.<sup>176</sup> Het voorgaande komt mij gezien de zaak Van de Hurk juist voor. Bovendien is dit uitgangspunt consistent met de waarborg van een eerlijk proces zoals door art. 6 EVRM beoogd. Het afwezig zijn van een motivering kan een indicatie zijn dat de rechter verzuimd heeft een argument van een partij mee te wegen, hetgeen meebrengt dat niet meer van een eerlijke behandeling gesproken kan worden.<sup>177</sup> Echter, een onjuiste motivering is net zo min als een anders gebrekkige uitspraak een reden om te oordelen dat er geen sprake is van een eerlijke behandeling. Het EHRM is geen hoger beroepsinstantie.<sup>178</sup> Wie aanvoert voor het EHRM dat de motivering van de nationale rechter onjuist of onbegrijpelijk is, vraagt in wezen om een herbeoordeling van zijn zaak, hetgeen niet de taak is van het Hof.

Redelijk ver ging het Hof overigens in de zaak De Moor tegen België.<sup>179</sup> Het EHRM oordeelde in die zaak dat er sprake was van schending van het recht op een ‘fair trial’, omdat de Orde van Advocaten een onwettig motief had aangehaald ter onderbouwing van de weigering betrokkene in te schrijven op het Tableau. De reden van weigering, dat de kandidaat een volledige carrière vervuld had buiten de Orde, stond namelijk niet vermeld bij de mogelijkheden van art. 428 Gerechtelijk Wetboek van België. Hoewel het EHRM hier in beperkte mate treedt in een inhoudelijke beoordeling van de motivering, kan dit volgens Ergec en Schaus verklaard worden door het duidelijk onwettig en arbitrair karakter van de weigering.<sup>180</sup> De motivering was blijkbaar zó apert ondeugdelijk dat deze gelijk gesteld kon worden aan het ontbreken van een motivering. Iets dergelijks zien we ook in de zaak Georgiadis tegen Griekenland.<sup>181</sup> Het nationale gerecht had in die zaak de claim voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige vrijheidsberoving afgewezen, omdat de detentie van de appellant te wijten was aan ‘*his own gross negligence*’. Hiermee herhaalde het nationale gerecht uitsluitend de tekst van een artikel uit het nationale wetboek, zonder te vermelden, noch in de feiten die aanleiding gaven voor de uitspraak, noch in de motivering van de beslissing zelf, waaruit die grove nalatigheid door appellant bestond. Het EHRM oordeelde dat de motiveringsplicht uit art. 6 lid 1 EVRM geschonden was. Het gebrek aan nauwkeurigheid van het concept ‘grove nalatigheid’, dat een beoordeling van feitelijke kwesties met zich meebrengt, vereist dat het gerecht een meer gedetailleerde motivering op dit punt had moeten geven, aldus het Hof. Het ter motivering van een beslissing uitsluitend

verwijzen naar een vaag wettelijk begrip dat een waardering van de feiten vergt is dus volgens het EHRM onvoldoende. Dat het Hof in deze zaak in enige mate treedt in een inhoudelijke beoordeling van de motivering, is ook hier te verklaren door het op het eerste gezicht direct kenbare duidelijke ondeugdelijke karakter van de motivering.

Het standpunt van de Hoge Raad dat zowel het niet motiveren, als het ondeugdelijk motiveren, geen grond kan opleveren voor doorbreking van het appelverbod, strookt gezien het voorgaande niet met de rechtspraak van het EHRM.<sup>182</sup> Het EHRM erkent uitdrukkelijk de niet gemotiveerde uitspraak en onder omstandigheden de apert ondeugdelijk gemotiveerde uitspraak, wel als een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel als gewaarborgd in art. 6 EVRM.

### Arbitragerecht

Een niet gemotiveerde uitspraak is gezien het voorgaande in strijd met art. 6 EVRM. We hebben gezien dat het EHRM onder omstandigheden ook een *apert* ondeugdelijk gemotiveerde uitspraak in strijd acht met art. 6 EVRM.<sup>183</sup> Waar ligt echter de grens? In dit kader is een vergelijking met het arbitragerecht interessant.

In beginsel is de civiele rechter onbevoegd om van een geschil kennis te nemen waarop een arbitrageovereenkomst van toepassing is.<sup>184</sup> Op specifiek in de wet vermelde (art. 1065 Rv) gronden is echter wel vernietiging mogelijk van het arbitrale vonnis. Vernietiging van het arbitrale vonnis brengt mee dat de overheidsrechter alsnog bevoegd wordt een herbeoordeling van het geschil uit te voeren.<sup>185</sup> De gronden waarop een arbitraal vonnis vernietigd kan worden, zijn derhalve op te vatten als doorbrekingsgronden, welke appel bij de civiele rechter mogelijk maken.<sup>186</sup> In het kader van deze bijdrage beperk ik mij tot een bespreking van de grond genoemd in art. 1065 Rv onder sub d: 'het vonnis is niet met redenen omkleed'.

Over de vernietiging van een arbitraal vonnis omdat het niet met redenen is omkleed, bestonden lange tijd uiteenlopende opvattingen.<sup>187</sup> Volgens de ene opvatting kon een arbitraal vonnis alleen op die grond worden vernietigd wanneer elke motivering ontbrak.<sup>188</sup> Volgens de andere opvatting kon een arbitraal vonnis niet alleen vernietigd worden wanneer elke motivering ontbrak, maar ook als er wel een motivering was, maar deze apert ondeugdelijk was.<sup>189</sup>

Een eerste beslissing van de Hoge Raad in deze kwestie komt met het arrest Benetton/Eco Swiss en Bulova.<sup>190</sup> Benetton voert in cassatie een klacht aan tegen het oordeel van het hof dat het arbitragegerecht zijn vonnis van een voldoende motivering heeft voorzien en er derhalve geen grond is voor vernietiging. Omtrent deze klacht overweegt de Hoge Raad: '*Volgens art. 1065 lid 1, aanhef en onder d, Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis plaatsvinden op de grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed.*

*Vernietiging op deze grond is slechts mogelijk wanneer motivering ontbreekt, en dus niet mogelijk in gevallen van ondeugdelijke motivering*'. Volgens de Hoge Raad komt de rechter niet de bevoegdheid toe om op die vernietigingsgrond een arbitraal vonnis naar zijn inhoud te toetsen. Hierop stuitte de klacht van Benetton af. Hiermee leek het pleit beslecht voor de eerste opvatting, hoewel de Hoge Raad nog geen duidelijkheid schiep over de vraag of vernietiging mogelijk was in gevallen waarin de motivering *apert* ondeugdelijk

was.<sup>191</sup>

In 2004 volgt een tweede arrest (Nannini/SFT Bank)<sup>192</sup> van de Hoge Raad inzake de mogelijkheid een arbitraal vonnis te vernietigen wegens een motiveringsgebrek. In casu ging het om de verkoop van een resort op de Nederlandse Antillen. De verkoper had aan de koper gegarandeerd dat het resort onbezwaard was. Desondanks bleken op het resort toch beslagen te rusten en vorderde de koper schadevergoeding, omdat hij het resort daardoor niet kon doorverkopen. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba besliste dat de verkoper de schade moest vergoeden aan de koper en verwees daarbij partijen naar een arbitrageprocedure ter vaststelling van de hoogte van de schade. Nadat het arbitrale vonnis, waarin aan de koper schadevergoeding werd toegekend, gewezen was, stelde de verkoper een vordering tot vernietiging van dat arbitrale vonnis in, welke door het Gemeenschappelijk Hof werd toegewezen. Het Hof was van oordeel dat de arbiters een onjuiste uitleg hadden gegeven aan het eerdere vonnis van het Hof. De verweren inzake het causale verband waren zodanig gebrekkig beoordeeld dat het arbitrale vonnis niet aan de minimumeisen van motivering voldeed. In cassatie stond de juistheid van dit oordeel centraal. Ter beoordeling van het geschil herhaalt de Hoge Raad zijn overweging uit het Benetton arrest, maar voegt daaraan toe dat die overweging nadere precisering behoeft. Volgens de Hoge Raad moet namelijk met het ontbreken van een motivering ‘op één lijn worden gesteld’, de situatie waarin weliswaar een motivering is gegeven, ‘doch daarin geen enkele steekhoudende verklaring’ voor de desbetreffende beslissing te onderkennen valt. Met betrekking tot de aan de orde zijnde vraag of het arbitrale vonnis aan de minimumeisen van motivering voldeed, oordeelt de Hoge Raad dat de arbiters weliswaar een motivering voor hun beslissing hebben gegeven, doch deze berust op een uitgangspunt dat elke grond mist. De arbiters hadden namelijk een verkeerde uitleg gegeven aan de eerste uitspraak van het Hof. In die uitspraak was slechts de mogelijkheid van schade aannemelijk geoordeeld en niet, zoals de arbiters tot uitgangspunt namen, reeds een beslissing gegeven omtrent het causaal verband. Het Gemeenschappelijk Hof had volgens de Hoge Raad derhalve terecht geoordeeld dat in het arbitrale vonnis elke motivering ontbrak.

Voorgaande precisering door de Hoge Raad riep veel vragen op.<sup>193</sup> Wat heeft de Hoge Raad bedoeld met steekhoudend? Is dit hetzelfde als een ondeugdelijke motivering? Heeft de Hoge Raad een inhoudelijke toetsing van het arbitraal vonnis voor ogen gestaan?

In 2006 heeft de Hoge Raad met het arrest Kers/Rijpma<sup>194</sup> een verduidelijking gegeven van het Nannini-arrest. In die zaak kreeg de Hoge Raad te oordelen over de beslissing van het hof, inhoudende dat het bestreden arbitrale vonnis, betrekking hebbend op een geschil over een aannemingsovereenkomst, op essentiële onderdelen een motivering ontbeert, althans dat daarin geen steekhoudende verklaring valt te onderkennen. De arbiters hadden namelijk volgens het hof een verkeerde norm bij de beoordeling van het geschil tot uitgangspunt genomen. De Hoge Raad stelt ter beoordeling van het geschil voorop dat de vernietigingsgrond dat het vonnis niet met reden is omkleed terughoudend moet worden toegepast. Slechts in sprekende gevallen dient er ingegrepen te worden in arbitrale beslissingen. *‘Uitsluitend indien een motivering ontbreekt, of indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet*

*worden gesteld, mag de rechter dit vonnis vernietigen op de in art. 1065 lid 1, aanhef en onder d, Rv vermelde grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed*. Ook al zou met het hof moeten worden aangenomen dat de arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt hebben genomen, dan brengt dit volgens de Hoge Raad nog niet mee dat enige steekhoudende verklaring voor hun beslissing ontbreekt. Het vonnis kon niet op één lijn worden gesteld met een geheel ongemotiveerd vonnis.

De Hoge Raad heeft met de uitspraken Nannini/SFT Bank en Kers/Rijpma de opvatting aanvaard, dat een arbitraal vonnis niet alleen vernietigd kan worden wanneer elke motivering ontbreekt, maar ook als deze motivering apert ondeugdelijk is.<sup>195</sup> Dit betekent mijns inziens niet dat er zonder meer een toetsing op de inhoud van de motivering moet plaatsvinden.<sup>196</sup> Immers, de Hoge Raad heeft met het Kers/Rijpma arrest duidelijk gemaakt dat deze mogelijkheid uiterst klein is.<sup>197</sup> Slechts indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden gesteld mag de rechter dit vonnis vernietigen.<sup>198</sup> Volgens advocaat-generaal Wesseling-van Gent kan deze gelijkstelling slechts in zeer uitzonderlijke gevallen plaatsvinden. Van een non-motivering kan volgens haar slechts worden gesproken wanneer de beslissing op geen enkele wijze terug te voeren is op de motivering, of indien de beslissing berust op een *evident* onjuist uitgangspunt waardoor de motivering van de beslissing kant noch wal raakt.<sup>199</sup> Dit is een wezenlijk andere toetsing dan een volledige deugdelijkheidstoets ten aanzien van de inhoud van de motivering. Dit blijkt ook uit de uitkomst van Kers/Rijpma. De Hoge Raad maakt duidelijk dat, *ook al zou met het hof, moeten worden aangenomen* dat de arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt hebben genomen, dit niet meebrengt dat de motivering van het vonnis een steekhoudende verklaring ontbeert.<sup>200</sup> Met andere woorden: de Hoge Raad treedt niet in een beoordeling van de inhoud van de motivering. De Hoge Raad verricht anders dan de advocaat-generaal geen enkel onderzoek of inderdaad de verkeerde norm was toegepast door de arbiters. Daarmee geeft de Hoge Raad mijns inziens een duidelijke waarschuwing ten aanzien van de grenzen die de overheidsrechter in acht behoort te nemen.<sup>201</sup> Alleen als met een zeer beperkte inhoudelijke toetsing vastgesteld kan worden dat de motivering evident ondeugdelijk is, mag de motivering gelijk gesteld worden aan geen motivering. Ter beoordeling van de vraag of er sprake is van een apert ondeugdelijke motivering in de zin van art. 6 EVRM, kan mijns inziens aansluiting worden gezocht bij de arbitrale jurisprudentie. Het Kers/Rijpma arrest (en ook Nannini/SFT Bank) sluit aan bij de Europese zaken De Moor tegen België en Georgiadis tegen Griekenland.<sup>202</sup> Laatstgenoemde zaken lijken mij typisch gevallen van een zodanig gebrekkige motivering dat die gelijk gesteld kunnen worden aan een geheel ongemotiveerde uitspraak. Er is nauwelijks inhoudelijke toetsing van de bestreden uitspraak voor nodig om vast te stellen dat de motivering een apert ondeugdelijk karakter heeft.

Nogmaals: motiveringsgebreken

Passen we de motiveringseisen uit art. 6 EVRM toe op de ontbindingspraktijk, dan moet de conclusie zijn dat het merendeel van de ontbindingsbeschikkingen qua motivering in overeenstemming is met art. 6 EVRM.

Ondanks kritiek in de literatuur op de veelal slechts summier gemotiveerde toewijzingsbeschikkingen, levert art. 6 EVRM voor deze beschikkingen niets op. De motivering in de trant van *‘uit het verhandelde ter terechtzitting is gebleken dat de verhouding tussen partijen is verstoord’*, is niet in strijd met art. 6 EVRM. Er is immers een motivering. Dat deze motivering slechts summier en op de omstandigheden van het geval is toegespitst, is niet van belang in het licht van art. 6 EVRM. Immers, het EHRM treedt niet in een beoordeling van de inhoud van de motivering. Hoewel moeilijk vol te houden is dat deze summie overweging daadwerkelijk het belang van motiveren dient en door Duk zelfs een ‘dooddoener’ wordt genoemd, kan zij internationaal gezien door de beugel. Ook voor de inhoudelijk onjuist gemotiveerde ontbindingsbeschikking levert art. 6 EVRM niets op.<sup>203</sup> Zoals gezegd: art. 6 EVRM ziet uitsluitend op een motiveringsplicht en niet op de inhoud van de motivering. Concreet: het eerste deel van de overweging van het Hof Amsterdam in zijn uitspraak van 20 maart 2008,<sup>204</sup> luidend: *‘Ook al zou het hof de door de kantonrechter gebezigde motivering ondeugdelijk vinden (...) zulks nog niet tot doorbreking van het appelverbod zou kunnen leiden’*, is – hoe vervelend dat voor partijen ook mag zijn – in overeenstemming met het Europese recht. Grote twijfels heb ik echter wel bij de zinsnede die het Hof tussen de haken plaatst: *‘en zelfs indien in de beschikking een motivering van de vergewisplicht in het geheel zou hebben ontbroken’*. Verdedigbaar is namelijk dat de vergewisplicht een wezenlijk bestanddeel vormt van de ontbindingsbeschikking. Dit brengt mij bij de categorie van ontbindingsbeschikkingen die mijns inziens wel in strijd zijn met art. 6 EVRM, namelijk de beschikkingen die een essentieel onderdeel van de zaak niet motiveren. Artikel 6 EVRM eist dat de wezenlijke bestanddelen van een beschikking gemotiveerd zijn. Gebeurt dit niet, dan is sprake van een inbreuk op art. 6 EVRM. Daarbij kan, naast voornoemd voorbeeld, gedacht worden aan de beschikking die niet motiveert of er ontbonden wordt op grond van gewijzigde omstandigheden dan wel een dringende reden en in samenhang hiermee of er reden is voor het toekennen van een vergoeding,<sup>205</sup> de beschikking die, ondanks een uitdrukkelijk verzochte ontbindingsvergoeding, de afwijzing daarvan niet motiveert,<sup>206</sup> of de beschikking waarin niet tot uitdrukking is gebracht dat de hoogte van de toegekende vergoeding is bepaald onder meeweging van alle relevante factoren en niet wordt gerept over de omstandigheden die ter instructie van de hoogte van de verzochte vergoeding zijn aangevoerd.<sup>207</sup> Verder zijn ook de ontbindingsbeschikkingen die wel enige motivering bevatten, maar waarvan de motivering zo ondeugdelijk is dat zij gelijk gesteld moet worden aan het ontbreken van een motivering, in strijd te achten met art. 6 EVRM. Naar analogie met de Europese zaken *De Moor tegen België en Georgiadis tegen Griekenland*<sup>208</sup> en de jurisprudentie in arbitragezaken kan men daarbij denken aan de situatie dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, maar de motivering niet kan verklaren waarom de arbeidsovereenkomst ontbonden wordt. Bijvoorbeeld de beschikking die de ontbinding van de arbeidsovereenkomst motiveert met de overweging dat dit gerechtvaardigd is nu een vergoeding wordt toegekend. In deze situatie is er weliswaar een motivering, echter deze is zodanig gebrekkig dat deze op één lijn gesteld kan worden met een non-motivering. Deze motivering raakt kant noch wal. Toekenning van een vergoeding kan immers niet zonder nadere toelichting verklaren waarom de arbeidsovereenkomst ontbonden wordt.<sup>209</sup> Andere voorbeelden zijn ook denkbaar, zoals de situatie dat de beslissing tot ontbinding



van de arbeidsovereenkomst zodanig tegenstrijdig is met de motivering, dat deze op geen enkele wijze is terug te voeren op de motivering,<sup>210</sup> of de situatie waarin ter motivering van de beslissing uitsluitend naar een vaag wettelijk begrip wordt verwezen, terwijl dat begrip een waardering van de feiten vergt.<sup>211</sup> Bij deze laatste categorie kan in het kader van de ontbindingsbeschikking bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie waarin de kantonrechter oordeelt dat de arbeidsovereenkomst ontbonden wordt wegens verandering in de omstandigheden, echter nalaat aan te geven waaruit deze verandering van de omstandigheden bestaat.<sup>212</sup> Bij voornoemde situaties moet men wel goed de grens in acht houden. De inhoud van de motivering mag niet getoetst worden. Het is niet aan de appelrechter om te beoordelen of de motivering juist is, of de beslissing gebaseerd is op een juiste feitenvaststelling en of de rechter is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting. Overigens onderken ik dat het voorgaande geen structureel probleem vormt. De rechter zal zich in het merendeel van de gevallen aan art. 6 EVRM houden en de ontbindingsbeschikking afdoende motiveren. Dit neemt echter niet weg dat in een incidenteel geval strijd met art. 6 EVRM kan ontstaan, omdat een wezenlijk bestanddeel van de ontbindingsbeschikking niet gemotiveerd is, of zo ondeugdelijk dat de motivering gelijk te stellen is aan het ontbreken daarvan.<sup>213</sup> De Hoge Raad zou er goed aan doen zijn doorbrekingsjurisprudentie in overeenstemming te brengen met die van het EHRM. Door het openstellen van hoger beroep kan een schending van art. 6 EVRM voorkomen worden.<sup>214</sup> Daartoe moet onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds het niet motiveren van een uitspraak, hetgeen moet leiden tot doorbreking van het appelverbod, en anderzijds het ondeugdelijk motiveren, hetgeen geen doorbreking rechtvaardigt.<sup>215</sup> Tussen deze twee uitersten bevindt zich het geval dat een motivering weliswaar gegeven is, maar die motivering zo gebrekkig is dat die op één lijn gesteld moet worden met een ontbrekende motivering.<sup>216</sup> Ook voor dit geval moet, om een procedure in overeenstemming te brengen met de eisen van art. 6 EVRM ter zake, doorbreking van het appelverbod mogelijk zijn. Met deze beperkte uitbreiding van de doorbrekingsjurisprudentie kunnen de pragmatische argumenten, die waarschijnlijk ten grondslag liggen aan het uitgangspunt van de Hoge Raad om motiveringsgebreken niet toe te laten als grond voor doorbreking, ondervangen worden. De beoordeling of een uitspraak niet gemotiveerd is, vergt geen inhoudelijke toetsing van de uitspraak en is bovendien eenvoudig. Verder blijft de ruimte voor doorbreking op grond van een motiveringsgebrek uiterst klein. Alleen in het exceptionele geval dat een wezenlijk bestanddeel van de uitspraak niet gemotiveerd is, staat hoger beroep open. Dit geeft een duidelijk signaal dat het niet zinvol is om elke onwelgevallige ontbindingsbeschikking te onderzoeken op motiveringsklachten en zal naar verwachting geen vloedgolf van zaken oproepen. Enige praktische moeilijkheid is wellicht gelegen in het vaststellen van een grens tussen ondeugdelijke motiveringen die niet voor doorbreking in aanmerking komen en motiveringen die zo gebrekkig zijn dat deze op één lijn gesteld moeten worden met geheel ongemotiveerde uitspraken. Wanneer men ter beoordeling hiervan de Europese zaken *De Moor tegen België* en *Georgiadis tegen Griekenland* en de arbitrale zaken tot uitgangspunt neemt, is ook deze praktische moeilijkheid te overwinnen. Alleen motiveringen waarvan zonder inhoudelijke toetsing vastgesteld kan worden dat zij evident ondeugdelijk zijn, kunnen gelijk gesteld worden aan geen motivering. Daarbij kan als uitgangspunt gedacht worden aan:

motiveringen die een duidelijk onwettig en arbitrair karakter hebben, evident ondeugdelijk zijn doordat zij slechts verwijzen naar een vaag wettelijk begrip zonder waardering van de feiten, berusten op een evident onjuist uitgangspunt waardoor de motivering van de beslissing kant noch wal raakt, of op geen enkele manier op de beslissing zijn terug te voeren.<sup>217</sup> De voorgaande situaties zijn veelal eenvoudig vast te stellen en vergen geen diepgaande inhoudelijke beoordeling door de rechter.

## 5 Herstel

Sinds 2002 verbetert de rechter ingevolge art. 31 lid 1 Rv te allen tijde op verzoek van een partij of ambtshalve in zijn vonnis, arrest of beschikking een kennelijke rekenfout, schrijffout of andere kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent.<sup>218</sup> Van belang is dat voor partijen en derden direct duidelijk is dat sprake is van een vergissing.<sup>219</sup> De mogelijkheid van herstel staat niet open indien de vergissing berust op een materieel verkeerde beoordeling van een geschilpunt.<sup>220</sup> Juridische fouten lenen zich niet voor verbetering op grond van art. 31 Rv.<sup>221</sup>

### 5.1 Kennelijke fout voor eenvoudig herstel vatbaar

In het arrest Bodair/Meijboom<sup>222</sup> uit 1994 ging het om de verwisseling van namen in het dictum van een beschikking van de kantonrechter.<sup>223</sup> In plaats van de vergoeding toe te kennen aan de werknemer, werd de vergoeding toegekend aan de werkgever. Uit de overwegingen van de kantonrechter bleek echter duidelijk dat bedoeld was de werknemer een vergoeding toe te kennen. Volgens de Hoge Raad ging het hier om een kennelijke, ook voor partijen kenbare en voor eenvoudig herstel vatbare verschrijving.<sup>224</sup> De Hoge Raad overwoog dat *‘gezien de eisen van proceseconomie en goede procesorde (...) voor het bewerkstelligen van zulk een verbetering niet noodzakelijkerwijs de aanwending geboden is van een rechtsmiddel’*. Overigens is er in dergelijke gevallen mijns inziens tevens sprake van een apert ondeugdelijke motivering, op één lijn te stellen met geen motivering in de zin van art. 6 EVRM. De schending van art. 6 EVRM kan in dat geval geredresseerd worden door de mogelijkheid van herstel. Doorbreking van het appelverbod is dan niet noodzakelijk. Geen grond voor herstel was aanwezig in het arrest Thuiszorg/Plum.<sup>225</sup> De rechtbank had op de vordering tot betaling van f 100.000 bruto, een bedrag van f 54.000 toegekend. In een herstellvonnis werd beslist dat daarmee een netto bedrag bedoeld was, zodat de werkgever het bruto bedrag diende te betalen. Volgens de Hoge Raad is de rechtbank daarmee buiten het toepassingsgebied getreden van de in de rechtspraak ontwikkelde regel van procesrecht die verbetering van een uitspraak toelaat als daarin een kennelijke, ook voor partijen kenbare en voor eenvoudig herstel vatbare verschrijving voorkomt, nu in dit geval geenszins sprake was van een zodanige verschrijving.<sup>226</sup> Kennelijk was het volgens de Hoge Raad voor partijen niet zonder meer duidelijk dat een netto bedrag bedoeld was in de uitspraak. Evenals bij kennelijke verschrijvingen vereist is dat duidelijk uit de uitspraak blijkt wat de rechter bedoeld heeft, is bij ‘kennelijke rekenfouten’ vereist dat met de gegevens uit de uitspraak de juiste uitkomst te berekenen valt. Is dat het geval, dan is de verkeerde berekening een voor partijen kenbare fout die zich

leent voor eenvoudig herstel.<sup>227</sup>

Bij de laatste categorie ‘andere kennelijke fouten’ kan volgens de memorie van toelichting gedacht worden aan de situatie dat alle verweren van gedaagde tegen een vordering onjuist zijn bevonden en niettemin het dictum de vordering afwijst.<sup>228</sup> Ook hier geldt als criterium dat voor partijen en derden direct duidelijk zichtbaar moet zijn dat er sprake is van een vergissing. Onduidelijk is of onder deze categorie ook het verzuim van de rechter om een vonnis of beschikking in het openbaar uit te spreken, of op andere wijze openbaar te maken, voor herstel in aanmerking komt.<sup>229</sup> De rechter heeft zich hierover, bij mijn weten, nog nooit uitgesproken. Dit verzuim komt mij evenwel voor als een voor partijen en derden kenbare fout, die zich voor eenvoudig herstel leent. Dit laatste, een fout die zich voor eenvoudig herstel leent, geldt niet voor schending van het openbaarheidsvereiste ter zitting. Herstel behoort in dat geval niet tot de mogelijkheden.

Ten slotte, een dubieuze uitspraak van de Hoge Raad in het kader van art. 31 Rv.<sup>230</sup> In het arrest ABN Amro/Zanders<sup>231</sup> verbeterde de Hoge Raad zijn arrest van 28 november 2003, omdat de tekst van het arrest afweek van de tekst zoals in de raadkamer vastgesteld. Dit komt wat vreemd voor. Het betreft hier juist een niet voor partijen en derden kenbare fout.<sup>232</sup> Vooralsnog is onduidelijk of de Hoge Raad beoogd heeft de reikwijdte van art. 31 Rv te verruimen. Ik ga ervan uit dat dit niet het geval is en zie deze uitspraak als een ‘misslag’ van de Hoge Raad. Wanneer de Hoge Raad namelijk afgestapt zou zijn van het vereiste voor herstel dat de vergissing voor partijen en derden kenbaar moet zijn, is aannemelijk dat hij hier expliciet een overweging aan zou wijden.

## 5.2 Conclusie: herstel van de ondeugdelijke ontbindingsbeschikking

De mogelijkheden die herstel biedt voor een onjuiste ontbindingsbeschikking zijn beperkt. Het gaat om gevallen waarin het evident is dat en welk ‘steekje’ de rechter heeft laten vallen.<sup>233</sup> Bijvoorbeeld de ontbindingsbeschikking die in strijd met de motivering de vergoeding in plaats van aan de werknemer aan de werkgever toekent,<sup>234</sup> of de beschikking waarin de ontbindingsvergoeding onjuist is berekend en deze ‘rekenfout’ op eenvoudige wijze te kennen is uit de gegevens in de beschikking.<sup>235</sup> Wellicht kan herstel ook uitkomst bieden voor de ontbindingsbeschikking die niet in het openbaar is uitgesproken, noch op andere wijze openbaar gemaakt. Dit komt mij voor als een verzuim voor partijen en derden kenbaar en voor eenvoudig herstel vatbaar. De rechter heeft zich hierover echter nog niet uitgesproken. Herstel is in geen geval mogelijk indien de vergissing berust op een materieel verkeerde beoordeling van een geschilpunt door de rechter.

## 6 Herroeping

Het is onder omstandigheden mogelijk om via het buitengewone rechtsmiddel herroeping een ontbindingsbeschikking te herzien. Ingevolge art. 382 Rv kan een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan op vordering van een partij worden herroepen indien, (i) het berust op bedrog door de wederpartij in het geding gepleegd, (ii) het berust op stukken, waarvan de valsheid na het vonnis is erkend of bij gewijsde is vastgesteld, of (iii) de partij na het vonnis stukken van

beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij waren achtergehouden. Artikel 382 Rv spreekt alleen over een ‘vonnis’. Ook een beschikking kan echter worden herroepen. Artikel 390 Rv verklaart art. 382 Rv van overeenkomstige toepassing op een beschikking, tenzij de aard van de beschikking zich daartegen verzet. Deze ‘tenzij-clausule’ is niet van toepassing op een ontbindingsbeschikking. Dit volgt, zij het impliciet, uit de beschikking Ten Have Productie/Bosman.<sup>236</sup> In cassatie werd het oordeel van de kantonrechter, dat tegen de beschikking tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst het rechtsmiddel herroeping niet toelaatbaar is, op zijn juistheid onderzocht. De Hoge Raad overwoog dat – vooruitlopend op het huidige art. 390 Rv – herroeping van beschikkingen mogelijk is, tenzij de aard van de beschikking zich daartegen verzet. Indien de ontbindingsbeschikking volgens de Hoge Raad onder laatstgenoemde uitzondering zou vallen, had de Hoge Raad dit wel expliciet overwogen.<sup>237</sup> Ook advocaat-generaal Wesseling-van Gent meent in haar conclusie bij Van Gruijthuijsen/Rabobank dat herroeping van ontbindingsbeschikkingen mogelijk is. Volgens haar is terecht in cassatie niet in geschil dat ook een art. 7:685 BW-beschikking kan worden herroepen.<sup>238</sup> Zij verwijst daarbij naar de lagere rechtspraak<sup>239</sup> en de vakliteratuur,<sup>240</sup> waarin eveneens van die mogelijkheid wordt uitgegaan. Verder blijkt uit de wetsgeschiedenis niet dat de wetgever bij het formuleren van de ‘tenzij-clausule’ het oog heeft gehad op ontbindingsbeschikkingen.<sup>241</sup> Ook de uitsluiting van appel en cassatie in art. 7:685 lid 11 BW staat niet aan herroeping in de weg.<sup>242</sup>

## 6.1 Bedrog in het geding gepleegd

In de ontbindingspraktijk is vooral de herroepingsgrond ‘bedrog in het geding gepleegd’ van belang.<sup>243</sup> De herroepingsgevallen hebben veelal betrekking op de situatie dat de arbeidsovereenkomst op verzoek van een werkgever is ontbonden onder toekenning van een vergoeding, terwijl achteraf blijkt dat de werknemer ten tijde van de mondelinge behandeling reeds uitzicht had op een nieuwe dienstbetrekking.<sup>244</sup> In deze bijdrage beperk ik mij tot voornoemde situatie.<sup>245</sup> Volgens de memorie van toelichting dient het begrip ‘bedrog’ in art. 382 sub a Rv ruim uitgelegd te worden.<sup>246</sup> Daarbij wordt verwezen naar de zaak Goosen/Goosen,<sup>247</sup> waarin de Hoge Raad overwoog dat van bedrog reeds sprake is wanneer een partij door haar oneerlijke proceshouding belet dat in de procedure feiten aan het licht komen die tot een voor de tegenpartij gunstige afloop van die procedure zou hebben kunnen leiden. Ook de eis dat het bedrog in het geding moet zijn gepleegd wordt ruim uitgelegd. Niet nodig is dat het bedrog in de eigenlijke proceshandelingen is gepleegd. Ook bedrog in correspondentie tussen partijen of hun advocaten kan daaronder vallen,<sup>248</sup> of een ontoelaatbare verzwijging die dateert van vóór het geding, maar wordt voortgezet tijdens het geding.<sup>249</sup>

## 6.2 Spreekplicht en bedrog

Wanneer ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt verzocht door de werkgever, spelen de arbeidsmarktperspectieven van de werknemer een rol bij het bepalen van de hoogte van de ontslagvergoeding.<sup>250</sup> Het (desgevraagd) verstrekken van onjuiste informatie door de werknemer over zijn mogelijke

toekomstperspectieven op de arbeidsmarkt is door de lagere rechter verschillende malen als bedrog gekwalificeerd, hetgeen tot herroeping van de ontbindingsbeschikking leidde.<sup>251</sup> Veelal werd een lagere of zelfs helemaal geen ontslagvergoeding meer toegekend.<sup>252</sup> De Hoge Raad gaat een stap verder. In de beschikking Van Gruijthuijsen/Rabobank<sup>253</sup> heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat ook de werknemer die in een ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW heeft *verzwegen* dat hij na het einde van de arbeidsovereenkomst vrijwel onmiddellijk weer ergens anders aan het werk kon gaan, bedrog pleegt.<sup>254</sup> De werknemer heeft een mededelingsplicht met betrekking tot de aanwezigheid van concrete vooruitzichten op een nieuwe baan, ook indien daar niet expliciet naar wordt gevraagd in de onderhandelingen tussen werkgever en werknemer of tijdens de mondelinge behandeling van de ontbindingsprocedure.<sup>255</sup>

### 6.3 Conclusie: herroeping van de ondeugdelijke ontbindingsbeschikking

Geconstateerd is dat doorbreking van het appelverbod van art. 7:685 lid 11 BW niet mogelijk is op de grond dat de wederpartij oneerlijk heeft geprocedeerd.<sup>256</sup> Met het bovenstaande is duidelijk geworden dat het buitengewone rechtsmiddel herroeping in dat geval uitkomst kan bieden. De art. 390 jo 382 Rv bieden ruime mogelijkheden om de ontbindingsbeschikking waarin de wederpartij 'vals' heeft gespeeld alsnog te herzien.

Voor de ontbindingspraktijk is met name relevant dat een verzoek tot herroeping succesvol kan zijn wanneer de werknemer in het kader van een ontbindingsprocedure verzwegen of gelogen heeft over het feit dat hij reeds concreet uitzicht had op een nieuwe functie. Dit kan tot het oordeel leiden dat sprake is van bedrog in de zin van art. 382 onder a Rv, aangezien de werknemer door het verzwijgen van dat feit belet dat in de procedure feiten aan het licht komen die tot een voor de wederpartij gunstige afloop van die procedure zouden hebben kunnen leiden.

## 7 Onrechtmatige rechtspraak

Uit de analyse tot zover volgt dat twee soorten ondeugdelijke ontbindingsbeschikkingen niet 'gerepareerd' kunnen worden door de voorgaande besproken mogelijkheden. Voor de onjuiste ontbindingsbeschikking en de ontbindingsbeschikking met een motiveringsgebrek, beide niet bestaande uit een kennelijke schrijf- of rekenfout, biedt de doorbrekingsjurisprudentie noch 'herstel' of 'herroeping' uitkomst.<sup>257</sup> In deze paragraaf richt ik mij op het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak. Kan dit leerstuk rechtsbescherming bieden tegen deze 'restcategorie' van ondeugdelijke ontbindingsbeschikkingen?<sup>258</sup> Ter beantwoording van deze vraag richt ik mij eerst op het (oude) standaardarrest van de Hoge Raad inzake onrechtmatige rechtspraak uit 1971. Vervolgens zal ik via de Europese rechtspraak komen tot een bespreking van een nieuw baanbrekend arrest van de Hoge Raad.

### 7.1 Bezorgde procuratiehoudster arrest 1971

De Hoge Raad heeft in het arrest Bezorgde procuratiehoudster uit 1971 voor de eerste maal een criterium geformuleerd voor aansprakelijkheid wegens

onrechtmatige rechtspraak op de voet van toen nog art. 1401 BW (oud), thans art. 6:162 BW.<sup>259</sup> In die rechtszaak verzocht een naamloze vennootschap de ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werkneemster, die herhaaldelijk tijdens diensturen ontuchtige handelingen met een jeugdig vrouwelijk personeelslid zou hebben gepleegd. De kantonrechter wees het verzoek toe. Volgens de werkneemster was de kantonrechter echter volstrekt aan de door haar aangevoerde argumenten voorbij gegaan, zonder dit te motiveren. Daarnaast had de kantonrechter, aldus de werkneemster, weinig waarde gehecht aan de verklaringen van het GAB, die tot twee maal toe de aangevraagde ontslagvergunning had geweigerd. Verder zou de kantonrechter het herhaald bewijsaanbod van de werkneemster om aan te tonen dat haar handelingen met het vrouwelijk personeelslid niet ontuchtig waren, zonder enige motivering hebben gepasseerd. Omdat tegen de ontbindingsbeschikking geen hoger beroep openstond, diende de werkneemster een vordering tot schadevergoeding in tegen de Staat wegens onrechtmatige daad van de kantonrechter. Zowel de rechtbank in eerste aanleg als het hof in hoger beroep verklaarden de vordering niet ontvankelijk. Het toetsen of de kantonrechter onzorgvuldig had gehandeld zou neerkomen op een nieuwe beoordeling van de zaak, hetgeen een aantasting van het gezag van gewijsde van de beschikking van de kantonrechter zou betekenen. Vervolgens heeft de werkneemster beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad.

Evenals de rechtbank en het hof wees ook de Hoge Raad in beginsel de mogelijkheid voor aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak af. Echter, op dit beginsel van niet-aansprakelijkheid is volgens de Hoge Raad één uitzondering mogelijk. De Hoge Raad overwoog: *‘dat slechts, indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing, zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan, de Staat ter zake van de schending van het in art. 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde recht voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk zou kunnen worden gesteld’.*<sup>260</sup> In casu was deze uitzondering niet van toepassing.

Blijkens het arrest vormt het recht op een eerlijke en onpartijdige behandeling, zoals gewaarborgd door art. 6 EVRM, de maatstaf voor de vaststelling van onrechtmatigheid van rechterlijk handelen. Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige rechtspraak is uiteraard wel vereist dat ook aan de andere voorwaarden uit art. 6:162 BW voldaan wordt, te weten: toerekening, causaal verband en schade.

Opvallend is dat het sinds de in de jaren tachtig ontwikkelde doorbrekingsjurisprudentie mogelijk is een appelverbod te doorbreken op dezelfde grond als voor het aannemen van onrechtmatige rechtspraak: *‘veronachtzaming van fundamentele rechtsbeginselen waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling kan worden gesproken’.* Het Bezorgde procuratiehoudster arrest heeft hierdoor aan belang ingeboet voor uitspraken die onder een appelverbod vallen. Heeft de rechter een fundamenteel rechtsbeginsel veronachtzaamd waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling kan worden gesproken, dan is doorbreking van het appelverbod mogelijk. De rechtsmiddelen zijn in dat geval niet uitgeput, zodat een actie uit onrechtmatige rechtspraak ingevolge het Bezorgde

procuratiehoudster arrest is uitgesloten.

Overigens geldt net als bij de doorbrekingsgrond ‘verzuim van essentiële vormen’, dat niet duidelijk is of het criterium gegeven in Bezorgde procuratiehoudster voor de vestiging van onrechtmatigheid van rechterlijk handelen zo ruim moet worden opgevat dat hieronder ook de schending valt van andere beginselen gewaarborgd in art. 6 EVRM, dan het recht op een eerlijke en onpartijdige behandeling.<sup>261</sup> Hetgeen ik daarover opgemerkt heb in het kader van de doorbrekingsgrond ‘verzuim van essentiële vormen’ geldt ook hier.<sup>262</sup>

### 7.1.1 Motiveringsgebrek

Tot op heden heeft de Hoge Raad zich niet uitgesproken over de mogelijkheid de Staat aansprakelijk te stellen voor een motiveringsgebrek in een rechterlijke uitspraak. Verschillende auteurs menen echter dat schending van het motiveringsbeginsel in de visie van de Hoge Raad thans niet tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak kan leiden.<sup>263</sup> Waarschijnlijk maken zij een ‘bruggetje’ naar de doorbrekingsjurisprudentie van de Hoge Raad inzake motiveringsgebreken.<sup>264</sup> Nu de Hoge Raad in die jurisprudentie overweegt dat voor een schending van een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, onvoldoende is dat de uitspraak niet naar de eisen der wet is gemotiveerd,<sup>265</sup> is aannemelijk dat de Hoge Raad ook in het kader van onrechtmatige rechtspraak schending van het motiveringsbeginsel onvoldoende zal vinden voor het aannemen van onrechtmatigheid.

Zoals betoogd is dit niet in overeenstemming met de jurisprudentie van het EHRM.<sup>266</sup> Nu de Hoge Raad bij het formuleren van de maatstaf voor onrechtmatig rechterlijk handelen in het Bezorgde procuratiehoudster-arrest expliciet aanknoopt bij het recht op een eerlijk proces zoals gewaarborgd door art. 6 EVRM, meen ik dat de Hoge Raad niet anders kan dan erkennen dat een motiveringsgebrek – in de zin van het ontbreken van een motivering of een zó ondeugdelijke motivering die gelijk te stellen is aan geen motivering – tot de vaststelling van onrechtmatigheid van het rechterlijk handelen leidt onder het criterium voor onrechtmatige rechtspraak, zoals door de Hoge Raad in 1971 gegeven.<sup>267</sup> De ondeugdelijke motivering – niet gelijk te stellen aan een non-motivering – hoeft gezien de eisen van art. 6 EVRM niet tot onrechtmatigheid te leiden.

Heikel punt in het kader van aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak wegens een motiveringsgebrek is vervolgens wel de aanwezigheid van causaal verband tussen het motiveringsgebrek en de schade. Het is immers veelal onduidelijk of de uitkomst van de beslissing anders was geweest, wanneer het motiveringsgebrek zich niet had voorgedaan.<sup>268</sup> Om dit op te lossen kan aansluiting gezocht worden bij de jurisprudentie inzake beroepsaansprakelijkheid van advocaten wegens bijvoorbeeld het niet tijdig instellen van hoger beroep. In de procedure tot schadevergoeding uit onrechtmatige rechtspraak zal nagegaan moeten worden wat de uitkomst van de beslissing was geweest indien het motiveringsgebrek zich niet had voorgedaan, althans moet een schatting van die uitkomst gemaakt worden aan de hand van de goede en kwade kansen die de eiser zou hebben gehad wanneer het motiveringsgebrek zich niet had voorgedaan.<sup>269</sup>

## 7.1.2 Inhoudelijke onjuistheid

De maatstaf uit het Bezorgde procuratiehoudster-arrest biedt de werkgever of werknemer geen uitkomst in geval van een inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking.<sup>270</sup> Een onjuiste beoordeling kan niet aangemerkt worden als een veronachtzaming van een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken. Het recht op een eerlijk proces zoals gewaarborgd door art. 6 EVRM ziet alleen op procedurele gebreken.<sup>271</sup> Het EHRM oordeelt in het kader van art. 6 EVRM niet over inhoudelijke fouten, tenzij daardoor andere rechten uit het EVRM geschonden zijn.<sup>272</sup> Het betreft dus een formele toets waarbij geen aansprakelijkheid kan worden aangenomen voor een onjuiste toepassing van het materiële recht.<sup>273</sup>

## 7.1.3 Ratio beperkte aansprakelijkheid

De Hoge Raad heeft in 1971 de niet-aansprakelijkheid van de Staat als uitgangspunt genomen. Uitzondering op deze regel is slechts toelaatbaar indien de rechter een fundamenteel rechtsbeginsel heeft geschonden waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken en er bovendien geen rechtsmiddel meer openstaat. Waarom deze beperkte aansprakelijkheid? Ter rechtvaardiging van de niet-aansprakelijkheid als uitgangspunt noemt de Hoge Raad in het Bezorgde procuratiehoudster-arrest allereerst de onverenigbaarheid van aansprakelijkheid met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Volgens de Hoge Raad heeft de wetgever de regeling van de voor het desbetreffende geding voorgeschreven procedure bewust en met zorg onder ogen gezien en moet daarom die regeling, inhoudende hetzij dat tegen de beslissing een rechtsmiddel is toegelaten, hetzij dat daartegen geen voorziening is toegelaten, als uitputtend worden beschouwd in het licht van de bescherming van belangen van de procespartijen bij de verkrijging van een juiste beslissing.<sup>274</sup>

Volgens Van Bogaert valt op bovenstaande redenering heel wat af te dingen. Zo stelt zij dat de mogelijkheid tot het instellen van rechtsmiddelen tegen onjuist of onrechtmatig rechterlijk handelen niet bestaat voor 'bestuurlijke' rechtshandelingen en beslissingen in verzoekschriftprocedures bovendien vaak in eerste en hoogste aanleg worden gewezen. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelenargument kan volgens haar vanwege de afwezigheid van de mogelijkheid een rechtsmiddel in te stellen voor deze categorieën niet opgaan.<sup>275</sup> Dit argument is naar mijn mening niet sterk. Immers, de Hoge Raad geeft duidelijk aan dat de wetgever in de bescherming van de belangen van partijen bij het verkrijgen van een juiste beslissing, uitputtend heeft voorzien, door hetzij te bepalen dat tegen de beslissing een rechtsmiddel is toegelaten, hetzij te bepalen *dat tegen een beslissing geen rechtsmiddel is toegelaten*.<sup>276</sup> Sterker vind ik haar argument dat in de jurisprudentie meermalen hoger beroep is toegelaten waar de wet dat verbod<sup>277</sup> en herroeping gehonoreerd is op basis van gronden die niet in de wet geregeld waren.<sup>278</sup> In de praktijk is blijkbaar het gesloten stelsel van rechtsmiddelen toch niet zó uitputtend als de Hoge Raad in zijn arrest uit 1971 wilde doen geloven.<sup>279</sup> Ten slotte is volgens Van Bogaert, in tegenstelling tot hetgeen de Hoge Raad in 1971 stelt, aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak niet onverenigbaar met het stelsel van



rechtsmiddelen. Hoewel de functie van beide ‘mechanismen’ dezelfde is, te weten herstel van rechterlijke misstappen, is volgens haar het doel van beide een andere. Het instellen van een rechtsmiddel is namelijk slechts gericht op formeel rechtsherstel (inhoudelijke correctie van de beslissing). Dit brengt echter niet automatisch ook materieel rechtsherstel mee. Daarvoor is volgens haar veelal een schadevergoedingsactie nodig.<sup>280</sup>

Naast het gesloten stelsel van rechtsmiddelen noemt de Hoge Raad, zij het impliciet, ook het argument van het gezag van gewijsde ter rechtvaardiging van de beperkte aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak.<sup>281</sup> De Hoge Raad overwoog immers: *‘hiermee is onverenigbaar dat de in het ongelijk gestelde partij de gelegenheid zou hebben langs de weg van een vordering tegen de Staat op grond van art. 1401 BW de juistheid van die beslissing nogmaals tot onderwerp van een nieuw geding te maken en deze daardoor op andere wijze dan in de wet is voorzien ter toetsing te brengen’*.<sup>282</sup> Ook dit argument van de Hoge Raad is in de literatuur bekritiseerd.<sup>283</sup> Zo meent Van den Brink dat het ‘kracht-van-gewijsde argument’ niet erg overtuigend is, omdat formeel gezien de uitspraak blijft bestaan en volledig haar werking behoudt tussen partijen.<sup>284</sup> Van Bogaert noemt verder nog dat ten aanzien van bepaalde verzoekschriftprocedures het gezag van gewijsde niet geldt,<sup>285</sup> zodat voor die gevallen het argument van de Hoge Raad dus per definitie niet opgaat en het feit dat het gezag van gewijsde in een civiel vonnis niet ambtshalve kan worden toegepast, hetgeen volgens haar eveneens afdoet aan het gewicht van de argumentatie door de Hoge Raad.<sup>286</sup>

## 7.2 Lidstaataansprakelijkheid wegens schending van het EU-recht of het EVRM

Na het Bezorgde procuratiehoudster-arrest uit 1971 was het lange tijd stil rondom de mogelijkheid de Staat aansprakelijk te stellen wegens onrechtmatige rechtspraak. De discussie is echter weer opgelaaid naar aanleiding van twee arresten op Europees niveau, één uit Luxemburg en één uit Straatsburg. Als sluitstuk van deze discussie heeft de Hoge Raad in 2009 opnieuw een belangrijk arrest gewezen over de maatstaf voor onrechtmatige rechtspraak. Voordat ik toekom aan de bespreking van dat arrest, ga ik eerst in op de staatsaansprakelijkheid voor schendingen van het Unie-recht en het EVRM door de rechter.

### 7.2.1 Schending EU-recht door de rechter

Sinds het Francovich-arrest<sup>287</sup> en het arrest Brasserie du Pêcheur<sup>288</sup> weten we dat lidstaten aansprakelijk kunnen zijn voor een toerekenbare schending van het EU-recht door de wetgever of het bestuur.<sup>289</sup> Met het Köbler-arrest<sup>290</sup> is duidelijk geworden dat deze aansprakelijkheid ook kan bestaan voor schending van het gemeenschapsrecht door de hoogste rechterlijke instantie.

In de zaak Köbler gaat het om een hoogleraar te Innsbruck, die op enig moment een beroep doet op een bijzondere anciënniteitstoelage. Volgens Oostenrijks recht heeft een hoogleraar hier recht op indien hij vijftien jaar in deze functie aan Oostenrijkse universiteiten of hogescholen verbonden is geweest. Hoewel Köbler reeds vijftien jaar in het ‘vak’ zit, heeft hij geen recht op de anciënniteitstoelage, omdat de diensttijd aan universiteiten van andere lidstaten

niet wordt meegerekend. Dit laatste is volgens Köbler in strijd met het gemeenschapsrecht op grond van ongerechtvaardigde indirecte discriminatie. Het Verwaltungsgerichtshof van Oostenrijk stelt hierover een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. Dit prejudicieel verzoek is vervolgens ingetrokken, nadat het Hof van Justitie in een soortgelijk arrest uitspraak deed. Het Hof achtte schending van het gemeenschapsrecht aanwezig in het geval van de gewone anciënniteitstoelage.<sup>291</sup> Het Verwaltungsgerichtshof verwerpt Köblers beroep met als grond dat de bijzondere anciënniteitstoelage een premie is voor *trouwe* dienst, hetgeen een afwijking van de bepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers rechtvaardigt. Köbler stelt vervolgens een vordering tot schadevergoeding in bij het Landsgericht für Zivilrechtssachen, omdat, naar zijn mening, de uitspraak van het Verwaltungsgerichtshof in strijd is met het gemeenschapsrecht. Het Landsgericht stelt op zijn beurt de prejudiciële vraag, of het mogelijk is dat een lidstaat aansprakelijk is voor schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie.

Voorgaande vraag wordt door het Hof van Justitie bevestigend beantwoord. Het beginsel van staatsaansprakelijkheid wegens schending van het EU-recht is ook van toepassing als de schending is begaan door een in laatste aanleg rechtsprekende instantie. De volle werking van het gemeenschapsrecht zou immers in het gedrang komen, wanneer een particulier niet onder omstandigheden schadevergoeding zou kunnen krijgen als een rechterlijke instantie de aan particulieren toegekende gemeenschapsrechten miskent. Het Hof van Justitie sluit aan bij de voorwaarden voor aansprakelijkheid die reeds eerder geformuleerd waren in de arresten Francovich en Brasserie du Pêcheur. Voor aansprakelijkheid van de Staat voor een schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie is vereist dat (1) de geschonden rechtsregel ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen, (2) de schending voldoende gekwalificeerd is en (3) er rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de schending en de door de betrokkene geleden schade.<sup>292</sup>

Daarbij dient rekening gehouden te worden met de specifieke aard van de rechterlijke functie en de eisen van rechtszekerheid. De staat kan voor een schending van het gemeenschapsrecht slechts aansprakelijk worden gehouden in het *uitzonderlijke geval* waarin de rechter het toepasselijke recht *kennelijk* heeft geschonden, aldus het Hof. Voor de vraag of er een dergelijke voldoende gekwalificeerde schending is, moet onder andere acht worden geslagen op: de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan, de vraag of de rechtsdwaling verschoonbaar is, het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt en de eventuele schending van de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen.<sup>293</sup> De bezwaren die de lidstaten tegen aansprakelijkheid van de rechter aanvoerden zijn allen verworpen door het Hof. De drie belangrijkste bezwaren betroffen (1) de aantasting van het rechtszekerheidsbeginsel in de vorm van het gezag van gewijsde, (2) de onafhankelijkheid en autoriteit van de rechter en (3) het ontbreken van een rechterlijke instantie die bevoegd is van de geschillen kennis te nemen. Nu de eerste twee bezwaren ook een belangrijke rol spelen in de Nederlandse rechtspraak en literatuur ter rechtvaardiging van de beperkte aansprakelijkheid voor onrechtmatig rechterlijk handelen, is het interessant om te bezien hoe het Hof van Justitie deze bezwaren weerlegt.

Met betrekking tot het eerste bezwaar, de aantasting van het rechtszekerheidsbeginsel in de vorm van het gezag van gewijsde, merkt het Hof

van Justitie op, dat de procedure wegens onrechtmatige rechtspraak niet hetzelfde voorwerp en niet noodzakelijk dezelfde partijen heeft als de procedure die geleid heeft tot het gezag van gewijsde. Het toekennen van schadevergoeding tast derhalve het gezag van gewijsde niet aan.<sup>294</sup> Ten aanzien van het tweede bezwaar overweegt het Hof dat de onafhankelijkheid van de rechter niet op de tocht staat. Het gaat immers om aansprakelijkheid van de Staat en niet van de rechter persoonlijk. De autoriteit van de rechter wordt bovendien volgens het Hof juist versterkt door aansprakelijkheid voor onjuiste rechterlijke uitspraken, omdat dit kan leiden tot meer kwaliteit en daardoor ook meer autoriteit.

## 7.2.2 Schending EVRM door de rechter

Het EHRM heeft tot nu toe geen vergelijkbare uitspraak als de Köbler-uitspraak gedaan, waaruit zou volgen dat het EVRM in zijn algemeenheid noopt tot staatsaansprakelijkheid voor schendingen van het EVRM door hoogst nationale rechterlijke instanties.<sup>295</sup> Het EHRM is zeer terughoudend met het stellen van eisen aan de nationale rechtsbescherming voor schendingen van het EVRM door rechters.<sup>296</sup> Zo heeft het EHRM lange tijd in het vage gehouden of op grond van art. 13 EVRM ook een effectief nationaal rechtsmiddel moest bestaan voor een vermeende schending van het EVRM *door de rechter*.<sup>297</sup> Voor wat betreft schending door de rechter van het redelijke-termijn vereiste is het Hof in de zaak Kudla tegen Polen<sup>298</sup> daarvan terug gekomen, vanwege de overbelasting in Straatsburg met redelijke-termijnklachten. In die zaak ging het, voor zover hier van belang, om een procedure die al negen jaar duurde, zonder dat het tot een uitspraak was gekomen. De betrokkene stelde voor het EHRM dat art. 6 EVRM daardoor was geschonden en tevens dat er in strijd met art. 13 EVRM in de Poolse rechtsorde een rechtsmiddel ontbrak met betrekking tot de vermeende overschrijding van de redelijke termijn door de rechter. Het EHRM gaat hierin mee en bepaalt dat er op grond van art. 13 EVRM ten aanzien van overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in art. 6 EVRM door de rechter op nationaal niveau rechtsbescherming moet bestaan.<sup>299</sup> Daarbij kunnen Verdragsstaten kiezen uit een preventief rechtsmiddel, ofwel een compensatoir rechtsmiddel, dan wel beide.<sup>300</sup> Een compensatoir rechtsmiddel waarmee alleen schadevergoeding kan worden verkregen ter zake van schending van de redelijke termijn door de rechter wordt in ieder geval als voldoende effectief beschouwd, ook voor nog lopende procedures.<sup>301</sup>

## 7.2.3 Consequenties voor Nederland

In Nederland kan volgens het Bezorgde procuratiehoudster arrest uit 1971 alleen staatsaansprakelijkheid bestaan voor onrechtmatige rechtspraak wanneer bij de voorbereiding van de beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet meer kan worden gesproken en tegen de beslissing geen rechtsmiddel openstaat of heeft opengestaan.<sup>302</sup> Door het arrest Köbler<sup>303</sup> is dit voor wat betreft schendingen van het EU-recht echter niet meer houdbaar.<sup>304</sup> Het Nederlandse criterium is aanmerkelijk zwaarder dan de gekwalificeerde schending van EU-recht die het Hof van Justitie eist voor het aannemen van staatsaansprakelijkheid.<sup>305</sup> Niet alleen schending van fundamentele procedurele beginselen moet kunnen leiden tot staatsaansprakelijkheid, maar ook schending van het materiële

gemeenschapsrecht.<sup>306</sup> Voor schending van ander recht dan EU-recht kan strikt genomen nog de restrictieve benadering van de Hoge Raad uit 1971 gelden.<sup>307</sup> Immers, op dat punt dwingt Köbler niet tot een andere benadering. Echter, niet alleen Köbler stelt eisen aan de nationale rechtsbescherming tegen rechterlijke schendingen. Zoals gezegd, brengt de Straatsburgse zaak Kudla tegen Polen mee dat er op nationaal niveau rechtsbescherming moet bestaan tegen het niet tijdig beslissen door de rechter. Deze rechtsbescherming zal in Nederland, bij gebreke van een specifiek effectief rechtsmiddel voor het civiele procesrecht ter zake van schending van het redelijke-termijn vereiste,<sup>308</sup> moeten komen van een actie uit onrechtmatige rechtspraak op de voet van art. 6:162 BW.<sup>309</sup> Als gevolg hiervan wordt door verschillende auteurs betoogd dat de Hoge Raad zijn jurisprudentie inzake onrechtmatige rechtspraak moet verruimen.<sup>310</sup> Zij menen dat schending van de redelijke termijn door de rechter niet onder het door de Hoge Raad in 1971 gegeven criterium valt voor het aannemen van onrechtmatige rechtspraak.<sup>311</sup> Betoogd wordt echter ook wel dat verruiming van het criterium voor onrechtmatige rechtspraak niet per definitie noodzakelijk is. Zo meent Van der Veer dat het criterium voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak zo gelezen moet worden, dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak gevestigd kan worden indien een uitspraak tot stand is gekomen op een wijze die strijdig is met art. 6 EVRM. In die visie kan schending van *alle beginselen* gewaarborgd door art. 6 EVRM tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak leiden, dus ook schending van het redelijke-termijn-vereiste.<sup>312</sup> Zoals gezegd aan het begin van deze paragraaf, is het vooralsnog onduidelijk of het criterium voor onrechtmatige rechtspraak zo ruim opgevat moet worden dat daaronder ook de schending van andere beginselen, dan het recht op een eerlijke en onpartijdige behandeling, gewaarborgd door art. 6 EVRM valt.<sup>313</sup> Duidelijk is in ieder geval dat de Hoge Raad, op straffe van schending van art. 6 jo art. 13 EVRM, moet erkennen dat een vermeende schending van de redelijke termijn door de rechter moet kunnen leiden tot een actie uit onrechtmatige rechtspraak jegens de Staat. Bovendien verdient het aanbeveling om art. 6:106 BW met inachtneming van de rechtstreekse werking hebbende artikelen 6 en 13 EVRM toe te passen, hetgeen betekent dat immateriële schadevergoeding wegens spanningen en frustratie over het uitblijven van een definitieve beslissing in een geschil over een burgerlijk recht in beginsel toewijsbaar is.<sup>314</sup> Overigens, de hoogste bestuursrechters kennen sinds enige tijd al wel schadevergoeding toe wanneer de redelijke termijn door de bestuursrechter is geschonden.<sup>315</sup> Daarmee is afstand gedaan van de vaste rechtspraak waarin bepaald werd dat een belanghebbende zich moest wenden tot de burgerlijke rechter voor schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn door de bestuursrechter. Sinds kort is bovendien ook in belastingszaken een actie tot schadevergoeding mogelijk vanwege schending van de redelijke termijn.<sup>316</sup>

### 7.3 Onrechtmatige rechtspraak herzien

In Nederland moet als gevolg van de uitspraken Köbler respectievelijk Kudla tegen Polen een rechtsmiddel bestaan op grond waarvan de Staat aansprakelijk gesteld kan worden voor schending door de rechter van het EU-recht, respectievelijk, het redelijke-termijn-vereiste uit art. 6 EVRM. Dit roept wel meteen de vraag op, mede vanuit het oogpunt van eenheid en coherentie van

rechtsbescherming, waarom alleen voor schending van EU-recht en schending van de redelijke termijn door de rechter een verruimde aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak moet bestaan.<sup>317</sup> Wat kan nog rechtvaardigen om voor schending van het nationale recht en andere EVRM bepalingen<sup>318</sup> – anders dan schending van de redelijke termijn – een beperkte aansprakelijkheid aan te nemen?<sup>319</sup> Dit klemmt te meer nu het Hof van Justitie in Köbler een aantal bezwaren, welke ook in Nederland aangevoerd zijn ter rechtvaardiging van de beperkte staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak, van tafel heeft geveegd.<sup>320</sup> Hoe kan de Hoge Raad dan nog volhouden dat deze argumenten in Nederland wel zwaar genoeg zijn ter rechtvaardiging van de beperkte aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak? Bovendien wordt het in brede kring, nog afgezien van de Europeesrechtelijke context, niet goed verklaarbaar geacht dat aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak ontbreekt, terwijl die op nabij gelegen terreinen wel wordt aanvaard. Volgens Asser/Hartkamp en Sieburgh kan daarbij gedacht worden aan de aansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde beschikkingen, onrechtmatige wetgeving en aan de beroepsaansprakelijkheid van advocaten en notarissen en overheidsorganen als officieren van justitie.<sup>321</sup> De Hoge Raad lijkt zich het voorgaande te hebben aangetrokken. In 2009 heeft de Hoge Raad namelijk een belangrijk arrest gewezen, waaruit afgeleid kan worden dat de Hoge Raad ook voor wat betreft schending van nationaal recht en het EVRM door de rechter ‘af’ wil van alleen de beperkte maatstaf uit het bezorgde procuratiehoudster-arrest.

### 7.3.1 Greenworld/Arbiters-arrest

In het Greenwold/Arbiters arrest van 4 december 2009<sup>322</sup> gaat het, kort gezegd, om het volgende. Tussen Sagro Aannemingsmaatschappij Zeeland B.V. (hierna Sagro) enerzijds en de Duitse vennootschap Grünland Helmut Aurenz GmbH & Co (hierna Grünland) en ASB Greenworld B.V. (hierna Greenworld) anderzijds is een geschil ontstaan over de betaling van een aantal in het kader van de uitvoering van een aannemingsovereenkomst door Sagro verzonden facturen. Sagro heeft arbitrage aangevraagd tegen zowel Grünland als Greenworld. In de arbitrale procedure heeft Greenworld een beroep gedaan op de onbevoegdheid van de arbiters, omdat een arbitrageovereenkomst ontbrak. De arbiters hebben zich desondanks bevoegd verklaard tot beslechting van het geschil. De vordering van Greenworld en Grünland tot vernietiging van het arbitrale vonnis is in drie instanties afgewezen. In dit geding stelt Greenworld zich op het standpunt dat de arbiters onrechtmatig hebben gehandeld door, ondanks het door haar gevoerde verweer dat een arbitrageovereenkomst ontbrak, welbewust hun bevoegdheid aan te nemen in de door Sagro geëntameerde arbitrageprocedure en veroordelende vonnissen jegens Greenworld te wijzen, waardoor zij inbreuk hebben gemaakt op haar recht om geschilbeslechting door de gewone burgerlijke rechter te laten plaatsvinden. De rechtbank heeft de vordering van Greenworld afgewezen. Tegen die afwijzing is Greenworld in hoger beroep gegaan. Het hof oordeelt dat voor beantwoording van de vraag of de arbiters zich jegens Greenworld onrechtmatig hebben gedragen eenzelfde maatstaf moet worden aangelegd als voor overheidsrechters, met betrekking waartoe de Hoge Raad uitgangspunten heeft geformuleerd in zijn arrest van 3 december 1971, *NJ* 1972/137. Het hof verenigt zich vervolgens met het oordeel van de rechtbank dat

noch het feit dat de arbiters zich ten onrechte bevoegd verklaard hebben, noch hetgeen Greenworld overigens met betrekking tot de instructie van de arbitrale procedure en de door de arbiters genomen beslissing heeft doen zeggen, de conclusie kan wettigen dat sprake is geweest van veronachtzaming van zodanig fundamentele rechtsbeginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.

Greenworld heeft tegen voormelde overwegingen cassatieberoep ingesteld. Het cassatiemiddel stelt twee rechtsvragen aan de orde: (1) naar welke maatstaf moet worden beoordeeld of de arbiters jegens Greenworld onrechtmatig hebben gehandeld en (2) naar welke maatstaf moet worden beoordeeld, indien ervan wordt uitgegaan dat de vernietigde uitspraak onrechtmatig is, of de betrokken scheidsrechters ook persoonlijk jegens de derde aansprakelijk zijn. De Hoge Raad stelt voorop dat met betrekking tot beide vragen, die ook in het kader van overheidsrechtspraak rijzen, een wettelijke regeling ten aanzien van arbiters ontbreekt. Voor de persoonlijke aansprakelijkheid van overheidsrechters geldt art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren, aldus de Hoge Raad.

In de volgende rechtsoverwegingen gaat de Hoge Raad over tot beantwoording van de rechtsvragen. De Hoge Raad overweegt dat gelet op de overeenstemming tussen overheidsrechtspraak en arbitrage, waarop ook de advocaat-generaal in zijn conclusie gewezen heeft, moet worden aanvaard dat voor beide vormen van rechtspraak slechts in uitzonderlijke gevallen een na instelling van een rechtsmiddel onjuist bevonden (scheids)rechtelijke uitspraak kan leiden tot aansprakelijkheid.<sup>323</sup> Dit neemt echter volgens de Hoge Raad niet weg *‘dat zich gevallen kunnen voordoen waarin blijkt dat de (scheids)rechter met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Moeilijk kan worden aanvaard dat zelfs in een dergelijk geval geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zou bestaan. Wat de overheidsrechter betreft, geldt hier art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren. Daaruit volgt, mede gelet op de bij de parlementaire behandeling gegeven toelichting, dat de betrokken rechterlijke ambtenaar niet persoonlijk aansprakelijk is voor schade die een gevolg is van een onjuiste rechterlijke uitspraak, maar dat indien de Staat terzake met succes zou kunnen worden aangesproken en sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de rechterlijke ambtenaar wel op hem regres kan worden genomen. Bij arbiters ligt dit in zoverre anders dat een wettelijke regeling ontbreekt, maar het hiervoor in 3.5 overwogene rechtvaardigt, mede in het licht van de voor regres op rechterlijke ambtenaren geldende norm, de slotsom dat arbiters slechts persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij met betrekking tot de vernietigde beslissing opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.’*

In de relevante literatuur bestaat naar aanleiding van bovenstaand arrest discussie over de vraag of de Hoge Raad alleen een maatstaf heeft gegeven voor de persoonlijke aansprakelijkheid van arbiters en rechters<sup>324</sup> of ook een maatstaf geeft voor de aansprakelijkheid van de Staat voor onjuiste rechterlijke uitspraken.<sup>325</sup> Ik meen dat dit laatste het geval is. In het hiernavolgende zal ik uiteenzetten waarom.

Allereerst is van belang te onderkennen dat in bovenstaand arrest twee rechtsvragen centraal staan. In rechtsoverweging 3.4 onderscheidt de Hoge

Raad de twee rechtsvragen met zoveel woorden: (1) wanneer is een uitspraak die na het aanwenden van een rechtsmiddel wordt vernietigd onrechtmatig? En (2) wanneer zijn de betrokken arbiters, indien er vanuit wordt gegaan dat de vernietigde uitspraak onrechtmatig is, persoonlijk aansprakelijk jegens derden? In de daarop volgende rechtsoverwegingen beantwoordt de Hoge Raad deze rechtsvragen, hoewel daarbij minder scherp onderscheid wordt gemaakt tussen beide vragen.

In rechtsoverweging 3.6 geeft de Hoge Raad een duidelijk antwoord op de tweede rechtsvraag. Voor de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van arbiters wordt aangeknoopt bij art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (hierna: Wrra). Dat de Hoge Raad hier een steekje laat vallen, meen ik met Fernhout, is van ondergeschikt belang.<sup>326</sup> Artikel 42 lid 3 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren sluit namelijk het regresrecht geheel uit voor schade die door onrechtmatige rechterlijke uitspraken is veroorzaakt.<sup>327</sup> Hiermee ontvalt weliswaar de grondslag aan wat de Hoge Raad met voormelde overweging wil doen, namelijk de interne persoonlijke aansprakelijkheid van rechters voor onjuiste uitspraken verbinden met de geconstateerde vergelijkbaarheid van overheidsrechtspraak en arbitrage, om daaruit vervolgens af te leiden dat het gerechtvaardigd is om ook arbiters, zij het extern, alleen in geval van opzet of bewuste roekeloosheid (of kennelijke grove miskennis van hun taak) aansprakelijk te stellen.<sup>328</sup> Het tast echter mijns inziens het antwoord op de eerste rechtsvraag, de maatstaf voor onrechtmatige rechtspraak door arbiters, niet aan. Dit antwoord, wellicht wat minder duidelijk uit de uitspraak te destilleren als het antwoord op de tweede rechtsvraag, wordt mijns inziens gevormd door de overweging *dat moeilijk kan worden aanvaard dat indien blijkt dat de (scheidings)rechter met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt, geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad bestaat*. Nu de Hoge Raad spreekt over '(scheidings)rechter' en dus uitdrukkelijk ook de overheidsrechtspraak bij de beoordeling van de vordering van Greenworld betreft,<sup>329</sup> moet hij daarbij het oog hebben gehad op aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak.<sup>330</sup> De rechter is namelijk nooit persoonlijk aansprakelijk jegens een derde. Ingevolge art. 42 lid 1 Wrra is de rechter voor schade waarvoor hij zelf krachtens de wet aansprakelijk zou zijn, jegens de derde uitsluitend de Staat aansprakelijk. Eventueel kan er wel sprake zijn van een interne aansprakelijkheid van de rechter jegens de Staat, namelijk in geval van opzet of bewuste roekeloosheid.<sup>331</sup> Dit interne regresrecht (interne aansprakelijkheid) gaat echter pas op indien allereerst de Staat aansprakelijk gesteld is voor de onrechtmatige daad begaan door de rechter.

Opvallend is dat de Hoge Raad bij de formulering van de maatstaf voor onrechtmatig rechterlijk handelen niet teruggrijpt op het criterium dat zo fundamentele rechtsbeginselen moeten zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, zoals dat in het arrest Bezorgde procuratiehoudster uit 1971 is geformuleerd. Anders dan het hof en de rechtbank trekt de Hoge Raad niet de maatstaf uit 1971 door naar de arbitrage, maar zonder het expliciet te zeggen en zonder dat partijen dit gevraagd hadden, ontwikkelt hij een nieuwe maatstaf voor de onrechtmatige overheidsrechtspraak.<sup>332</sup>

Uit de voorgaande analyse van het arrest volgt mijns inziens dat de Hoge Raad

niet alleen een criterium ontwikkeld heeft voor de persoonlijke aansprakelijkheid van arbiters, maar door expliciet ook de overheidsrechter in zijn beoordeling te betrekken, de gelegenheid te baat heeft genomen om een nieuwe maatstaf te ontwikkelen voor staatsaansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsrechtspraak. Een (steun)argument hiervoor kan ook gevonden worden in de conclusie van advocaat-generaal Huydecoper bij het arrest. Onder punt 22 van de conclusie overweegt Huydecoper als volgt: *‘Ik denk dat het juist is dat de aansprakelijkheid van arbiters aan beperkingen onderhevig is, vergelijkbaar met de beperkingen die voor de aansprakelijkheid van rechters gelden. Men kan aarzelen of de beperkingen op precies dezelfde manier verdienen te worden geformuleerd als die voor rechters geldt (dus ongeveer zo, dat er alleen aansprakelijkheid is wanneer er schending van fundamentele rechtsbeginselen heeft plaatsgehad en er geen redres via een rechtsmiddel mogelijk was); dan wel of een formulering langs de lijn dat er alleen aansprakelijkheid bestaat voor opzettelijk of met grof plichtsverzuim begane fouten, de voorkeur verdient. Ik zou zelf overhellen tot een formulering naar het tweede model.’* De Hoge Raad lijkt in zijn arrest terug te grijpen op de voorgaande overwegingen van de advocaat-generaal en sluit zich inderdaad aan bij de tweede maatstaf, zij het niet zo beperkt als de advocaat-generaal voorstond. De Hoge Raad acht dit criterium niet alleen toepasselijk op de aansprakelijkheid van arbiters maar ook op de overheidsrechter. Nu de advocaat-generaal expliciet verwijst naar het criterium uit het arrest van 3 december 1971 betrekking hebbend op staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak en de Hoge Raad zijn oordeel op deze overweging lijkt te staven, is aannemelijk dat de Hoge Raad met gebruikmaking van de term ‘(scheids)rechter’ beoogd heeft een criterium te geven voor aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak.

### 7.3.2 Consequenties Greenworld/Arbiters

De grenzen voor onrechtmatige rechtspraak zijn ten opzichte van 1971 aanzienlijk verruimd. Staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak is aan te nemen voor opzettelijk of met bewuste roekeloosheid gedane uitspraken of wanneer de rechter heeft gehandeld met kennelijk grove miskennis van wat een behoorlijke taakvervulling meebrengt.<sup>333</sup> Deze nieuwe maatstaf biedt uitkomst voor inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikkingen.<sup>334</sup> Het behelst in tegenstelling tot de formele maatstaf uit 1971 een materieel criterium, waarin ook de inhoud van een uitspraak ter discussie gesteld kan worden. Niet geheel duidelijk is of de Hoge Raad met het Greenworld/Arbiters-arrest de maatstaf uit 1971 heeft afgedaan of dat de nieuwe maatstaf als een uitbreiding gezien moet worden op de maatstaf uit 1971. Mij lijkt dit laatste het meest aannemelijk.<sup>335</sup> Het zou onwenselijk zijn wanneer fundamentele fouten in de voorbereiding, die niet zijn te scharen onder ‘opzet, bewuste roekeloosheid of kennelijke grove miskennis van een behoorlijke taakvervulling’, niet meer kunnen leiden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak. Met het nieuwe criterium lijkt de Hoge Raad, mijns inziens terecht, aansluiting te zoeken bij het Köbler-arrest. De formulering ‘opzet, bewuste roekeloosheid en kennelijke grove miskennis van een behoorlijke taakvervulling’ lijkt ongeveer hetzelfde uit te drukken als de ‘gekwalficeerde schending’ welke ingevolge het EU-recht vereist is.<sup>336</sup> Fernhout leidt overigens wel een beperking uit bovenstaand arrest af. Het ‘Köbler-gat’ is volgens hem maar gedeeltelijk gedicht



omdat Greenworld/Arbiters, naar zijn zeggen, alleen gaat over vernietigde beslissingen. Voor niet-vernietigde beslissingen geldt volgens hem uitsluitend de maatstaf van Bezorgde procuratiehoudster.<sup>337</sup> Mijns inziens moet het Greenworld/Arbiters arrest echter niet met die beperking worden opgevat. Het feit dat de Hoge Raad overweegt dat slechts in uitzonderlijke gevallen *een na instelling van een rechtsmiddel onjuist bevonden (scheidings)rechtelijke uitspraak* kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen, kan juist worden gezien als een verbreding. Niet alleen als er geen rechtsmiddel is of heeft opengestaan, zoals de Hoge Raad in 1971 tot uitgangspunt nam, maar ook als er wel een rechtsmiddel heeft opengestaan en de uitspraak onjuist is bevonden kan er aanleiding zijn voor een vordering uit onrechtmatige daad. Ook al wordt in hoger beroep een fout teruggedraaid, neemt dit vaak niet weg dat de schade reeds is geleden.<sup>338</sup> Bovendien zou het ongerechtvaardigd zijn dat voor een beslissing waartegen nooit een rechtsmiddel heeft opengestaan en die dus per definitie definitief is, de beperkte aansprakelijkheidsnorm uit 1971 geldt en daarmee haast iedere rechtsbescherming tegen een onjuiste uitspraak uitsluit, terwijl voor een soortgelijke beslissing, die wel in hoger beroep aantastbaar is, wel aansprakelijkheid gevestigd kan worden.<sup>339</sup>

## 7.4 Ondeugdelijke ontbindingsbeschikkingen

Er zijn verscheidene ontbindingsbeschikkingen in de jurisprudentie te vinden, die ingevolge het nieuwe criterium voor onrechtmatige rechtspraak, tot staatsaansprakelijkheid (hadden) kunnen leiden. Allereerst wil ik de zaak Woesthoff/Intershow<sup>340</sup> in herinnering roepen. De kantonrechter had de arbeidsovereenkomst met een werkneemster ontbonden vanwege het feit dat zij zeventien dagen na haar indiensttreding meldde dat zij zwanger was. Deze, naar haar inhoud discriminatoire beslissing, bracht volgens de Hoge Raad niet mee dat het appelverbod doorbroken moest worden. Ik meen dat deze beslissing thans tot aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak zou moeten leiden. Deze ontbinding is in strijd met de Europese richtlijn die gelijke behandeling van mannen en vrouwen voorschrijft.<sup>341</sup> Het Köbler arrest brengt mee dat een dergelijke ontbindingsbeschikking, die evident in strijd is met het materiële EU-recht, tot aansprakelijkheid van de Staat moet leiden. Er is sprake van een gekwalificeerde schending van EU-recht door een hoogste rechterlijke instantie.<sup>342</sup> Ook ingevolge de nationale maatstaf uit het Greenworld/Arbiters-arrest moet mijns inziens bovenstaande beschikking tot aansprakelijkheid leiden. Schadevergoeding is te claimen op de grond dat de kantonrechter heeft gehandeld met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling met zich meebrengt. Ik zou ter invulling van dit nationale criterium aansluiting willen zoeken bij het Europese criterium van 'een voldoende gekwalificeerde schending'. Voor het onderscheid tussen een 'miskennis van een behoorlijke taakvervulling' en 'een kennelijk grove miskennis van een behoorlijke taakvervulling' kan mijns inziens aangeknoopt worden bij de gezichtspunten die het Hof van Justitie in het Köbler-arrest geeft. Gekeken moet worden naar de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan en de vraag of de rechtsdwaling verschoonbaar is.<sup>343</sup> Wanneer er een duidelijke regel uit de wet of vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt en de rechter desondanks die regel miskent, wil ik aannemen dat er sprake is van een kennelijke grove

miskening door de rechter van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.

In het arrest *Woesthoff/Intershow* ging het om schending van het Europese recht door de kantonrechter. De ontbindingspraktijk kent echter ook diverse misslagen alleen betrekking hebbend op het nationale recht. Voor deze beschikkingen kan alleen het nationale criterium voor onrechtmatige rechtspraak uitkomst bieden.

Allereerst zijn er in de jurisprudentie diverse ontbindingsbeschikkingen te vinden waarin de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden met terugwerkende kracht.<sup>344</sup> Nu dit in strijd is met een duidelijke wettekst (art. 7:685 lid 2 BW) en vaste jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>345</sup> handelt de kantonrechter in die gevallen mijns inziens met een kennelijke grove miskening van hetgeen een behoorlijke taakvervulling met zich mee brengt.<sup>346</sup> De werknemer kan op grond van de *Greenworld/Arbiters*-maatstaf de Staat aanspreken tot vergoeding van de schade geleden door de onjuiste ontbindingsbeschikking.<sup>347</sup>

Een ander voorbeeld in de jurisprudentie van een inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking is de uitspraak van de kantonrechter Arnhem van 24 december 1996.<sup>348</sup> In die zaak had de kantonrechter nagelaten een termijn te stellen voor het intrekken van het ontbindingsverzoek, hetgeen een schadepost voor de werkgever met zich meebracht. Hij diende f 1765,86 aan ontbindingsvergoeding te betalen. Toepassing van de maatstaf uit het *Greenworld/Arbiters*-arrest moet tot de conclusie leiden dat ook hier sprake is van onrechtmatige rechtspraak waarvoor de Staat thans aansprakelijk zou zijn.<sup>349</sup> De plicht om een termijn te stellen voor het intrekken van het ontbindingsverzoek volgt duidelijk uit art. 7:685 lid 9 BW. De kantonrechter die dit nalaat handelt mijns inziens met een kennelijke grove miskening van een behoorlijke taakvervulling.

Ook in de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter Almelo van 22 december 2006<sup>350</sup> is het één en ander misgegaan. De kantonrechter heeft een met art. 29 Faillissementswet strijdige ontbindingsbeschikking gegeven. De werkgever is tijdens de ontbindingsprocedure in staat van faillissement verklaard, waardoor die procedure op grond van art. 29 Faillissementswet van rechtswege is geschorst. Desondanks heeft de kantonrechter de procedure voortgezet en de ontbinding uitgesproken. Hoewel in casu doorbreking van het appelverbod werd aangenomen,<sup>351</sup> meen ik dat, wanneer de schade niet volledig hersteld is door het hoger beroep, een vordering uit onrechtmatige rechtspraak voor de werknemer tot de mogelijkheden behoort. Ook hier heeft de kantonrechter in strijd met een duidelijke wettekst gehandeld en derhalve zijn taakvervulling grovelijk miskend.

Ten slotte wil ik de uitspraak van de kantonrechter te Bergen op Zoom van 11 maart 1992 noemen.<sup>352</sup> De kantonrechter ontbond in deze zaak de arbeidsovereenkomst op een termijn van bijna 14 maanden. Deze ontbinding valt mijns inziens buiten de omschrijving ‘dadelijk of na korte tijd’ zoals gesteld door art. 7:685 lid 2 BW.<sup>353</sup> Hoewel deze beschikking minder evident in strijd is met de wet als bovenstaande beschikkingen, aangezien de omschrijving ‘dadelijk of na korte tijd’ nog enige interpretatie behoeft, valt mijns inziens ook hier te betogen dat de kantonrechter heeft gehandeld met een kennelijke grove miskening van een behoorlijke taakvervulling. Een termijn van 14 maanden valt niet onder de term ‘dadelijk of na korte tijd’, hoe ruim je de wet op dit punt

ook zou willen interpreteren.

De verruiming van de maatstaf voor onrechtmatige rechtspraak levert mogelijk ook iets op voor de ontbindingsbeschikking met een motiveringsgebrek. Nu art. 30 Rv bepaalt dat vonnissen, arresten en beschikkingen de gronden inhouden waarop zij rusten,<sup>354</sup> valt te verdedigen dat de kantonrechter die een ontbindingsbeschikking geeft zonder motivering of weliswaar met een motivering, maar zo ondeugdelijk dat deze gelijk gesteld kan worden aan geen motivering, met kennelijke grove miskenning van een behoorlijke taakvervulling handelt. Mijn voorkeur gaat in het kader van voornoemde motiveringsgebreken echter uit naar de maatstaf van het Bezorgde procuratiehouder-arrest. De Hoge Raad verwijst in dit arrest ter beoordeling van staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak expliciet naar het uit art. 6 EVRM voortvloeiende recht op een eerlijke behandeling. Nu het EHRM een ongemotiveerde uitspraak of een zo ondeugdelijk gemotiveerde uitspraak die hiermee gelijk gesteld kan worden, erkent als een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke behandeling in de zin van art. 6 EVRM kan worden gesproken, kan de Hoge Raad er mijns inziens niet omheen om een motiveringsgebrek als voornoemd als een fundamenteel rechtsbeginsel te erkennen dat bij veronachtzaming tot staatsaansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak kan leiden.<sup>355</sup>

## 8 Conclusie

In deze bijdrage stond het appelverbod van art. 7:685 lid 11 BW ter discussie. Duidelijk is dat deze appelbeperking niet in strijd is met art. 6 EVRM. Het uit art. 6 EVRM afgeleide recht op toegang tot de rechter houdt geen recht op toegang tot de hogere rechter in. Verder is gezien dat de werknemer of werkgever die geconfronteerd wordt met een ondeugdelijke ontbindingsbeschikking, ondanks het appelverbod van art. 7:685 BW, die ondeugdelijkheid onder omstandigheden in een alternatieve actie ter discussie kan stellen. Overigens zij hier wel benadrukt dat voor het gros van ontbindingsbeschikkingen geldt dat zij niet ondeugdelijk zijn, maar slechts als onwelgevallig worden ervaren door de werkgever of werknemer. Voor de louter ontevreden werkgever of werknemer zijn er geen rechtsmiddelen. Terugkomend op de verschillende categorieën van ondeugdelijkheden in de ontbindingsbeschikking, zoals in het begin van deze bijdrage geformuleerd: beschikkingen tot stand gekomen na een ondeugdelijke procedure, beschikkingen met een formeel gebrek en beschikkingen die materieel ondeugdelijk zijn, kan geconcludeerd worden dat voor de ontbindingsbeschikkingen die tot stand zijn gekomen na een ondeugdelijke procedure de doorbrekingsjurisprudentie in de meeste gevallen uitkomst biedt. Wanneer de ondeugdelijkheid te wijten is aan schending van het beginsel van hoor en wederhoor of schending van het beginsel van 'equality of arms' is zonder meer hoger beroep mogelijk. Waarschijnlijk geldt dit eveneens voor schending van het beginsel van rechterlijke onpartijdigheid. Hoewel dit nog niet als doorbrekingsgrond in de jurisprudentie is aangevoerd, valt goed te verdedigen dat dit een schending betreft van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken.

De materieel ondeugdelijke ontbindingsbeschikkingen zijn niet te herstellen

door middel van hoger beroep. Een inhoudelijke onjuistheid is geen grond voor doorbreking van het appelverbod. De inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking die het gevolg is van een kennelijke vergissing kan evenwel, ondanks het appelverbod, via 'herstel' ex art. 31 Rv gerepareerd worden. De mogelijkheden zijn echter beperkt. De fout mag niet voor twijfel vatbaar zijn en moet voor partijen en derden op het eerste gezicht duidelijk zijn. De ontbindingsbeschikking die berust op bedrog kan, hoewel zij niet kan leiden tot doorbreking van het appelverbod, via het buitengewone rechtsmiddel herroeping geredresseerd worden. Met name voor de ontbindingspraktijk is relevant dat een verzoek tot herroeping succesvol kan zijn wanneer de werknemer in het kader van een ontbindingsprocedure gezwegen of gelogen heeft over het feit dat hij reeds concreet uitzicht had op een nieuwe functie. Voor de inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking, die niet bestaat uit een kennelijke vergissing door de rechter, biedt het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak onder omstandigheden uitkomst. In het arrest Greenworld/Arbiters heeft de Hoge Raad de mogelijkheid de Staat aansprakelijk te stellen voor onrechtmatige rechtspraak aanzienlijk verruimd. Aansprakelijkheid kan, naast schending van fundamentele rechtsbeginselen zodat niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken, worden aangenomen wanneer de rechter opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld, dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. De kantonrechter die een beschikking geeft die evident in strijd is met een duidelijke wettekst of vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, het EHRM of het Hof van Justitie handelt mijn inziens met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling met zich meebrengt. De Staat kan voor de schade geleden door die onrechtmatigheid worden aangesproken.

Ten slotte de categorie 'ontbindingsbeschikkingen met een formeel gebrek'. De jurisprudentie van de Hoge Raad bevat een aanknopingspunt om te betogen dat schending van het openbaarheidsbeginsel kan leiden tot doorbreking van het appelverbod. Wellicht is de Hoge Raad dus bereid om ook de schending van andere elementen uit art. 6 EVRM, dan het recht op een eerlijk proces door een onpartijdige rechter, onder de doorbrekingscategorie 'verzuim van essentiële vormen' te laten vallen. Bovendien is denkbaar dat voor de ontbindingsbeschikking die niet openbaar gemaakt is 'herstel' uitkomst kan bieden.

De ontbindingsbeschikking met een motiveringsgebrek bestaande uit een kennelijke schrijf- of rekenfout is via 'herstel' te repareren. Een ander motiveringsgebrek, niet bestaande uit een kennelijke schrijf- of rekenfout, is thans niet te redresseren. Een motiveringsgebrek in een ontbindingsbeschikking kan niet leiden tot doorbreking van het appelverbod, noch tot aansprakelijkheid van de Staat uit onrechtmatige rechtspraak. De Hoge Raad merkt het motiveringsbeginsel niet aan als een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken. Betoogd is dat dit standpunt, voor zover inhoudend dat ook het niet motiveren van een uitspraak, anders dan het ondeugdelijk motiveren, niet leidt tot schending van een fundamenteel rechtsbeginsel zodat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, niet strookt met de rechtspraak van het EHRM. Het EHRM merkt namelijk een motiveringsgebrek – in de zin van geen motivering of een zó ondeugdelijke

motivering die gelijk te stellen is aan geen motivering – wel aan als een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel in het kader van het recht op een eerlijke behandeling als gewaarborgd door art. 6 EVRM. Hoe nu verder? De Hoge Raad zou er goed aan doen een tweedeling te maken tussen het niet motiveren en het ondeugdelijk motiveren van een uitspraak. De eerste grond, het niet motiveren, moet om een procedure in overeenstemming te brengen met de eisen van art. 6 EVRM op dat punt, kunnen leiden tot doorbreking van het appelverbod.<sup>356</sup> In navolging van de arbitrale jurisprudentie zou bovendien een gelijkstelling dienen plaats te vinden voor de ‘zodanig gebrekkige motivering die op één lijn gesteld moet worden met geen motivering’. De ondeugdelijke motivering, die niet gelijk te stellen is aan een non-motivering, kan niet leiden tot doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW. Dit zou namelijk een inhoudelijke beoordeling van de zaak vergen, hetgeen de wetgever middels het appelverbod juist heeft willen uitsluiten. Deze tweedeling brengt de civiele doorbrekingsjurisprudentie in overeenstemming met de hogere norm van art. 6 EVRM. Bovendien verdient het, vanuit oogpunt van consistentie met het EVRM, aanbeveling voor de Hoge Raad om voorgaande tweedeling ook door te voeren in het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak. Een uitspraak zonder motivering of met een zodanig gebrekkige motivering die gelijk gesteld kan worden aan geen motivering, moet wanneer geen hoger beroep meer mogelijk is, tot de vaststelling van onrechtmatigheid van het rechterlijk handelen kunnen leiden.

## Noten

**1** Vgl. B.D. Hengstmengel, A.C. Mahabiersing, ‘Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens ‘verzuim van essentiële vormen’’, *TAP* 2009, 6, p. 235.

**2** Vgl. N.T. Dempsey, ‘De relatieve onaantastbaarheid van een ontbindingsbeschikking’, *ArbeidsRecht* 2011, 53.

**3** In het recente wetsvoorstel van Koser Kaya tot afschaffing van het preventieve duale ontslagstelsel is een belangrijk argument, dat de voornoemde procesrechtelijke bijzonderheden in de 685-procedure op gespannen voet staat met art. 6 EVRM. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33075, nr. 3, p. 1 en 5.

**4** Vgl. H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer, ‘*Nederlands burgerlijk procesrecht*’, Deventer: Kluwer 2007, nr. 52; P.A. Stein, A.S. Rueb, ‘*Compendium burgerlijk procesrecht*’, Deventer: Kluwer 2005, p. 15 e.v.; W.H. Heemskerk, ‘*Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*’, Den Haag 2006, nr. 5; R. van Boneval Faure, ‘*HetNederlandsche Burgerlijk procesrecht, deel 1*’, Leiden 1893, p. 107.

**5** P. Smits, ‘*Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*’, Deventer: Kluwer 2008, p. 31.

**6** EHRM 17 januari 1970, nr. 2689/65 (Delcourt v. Belgium), herhaald nadien in o.a.: EHRM 26 oktober 1984, nr. 9186/80, § 32 (De Cubber v. Belgium). De arresten van het EHRM zijn te raadplegen via [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Zie ook F.J.H. Hovens, ‘*Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de*

*functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005, p. 21; L.G. Verburg, 'Het Nederlands ontslagrecht en art. 6 EVRM', *AA* 2011, 4, p. 288.

7 HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672; HR 18 november 1992, *NJ* 1993, 174; HR 26 november 1999, *NJ* 2000, 210; HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 232.

8 P. Smits, 'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure', Deventer: Kluwer 2008, p. 56-57; F.J.H. Hovens, 'Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken', Deventer: Kluwer 2005, p. 21. Ook andere verdragsbepalingen schrijven geen hoger beroep of beroep in cassatie voor. In art. 2 van het Zevende Protocol bij het EVRM is weliswaar een recht op hoger beroep neergelegd, maar deze bepaling is slechts van toepassing op strafrechtelijke procedures. Bovendien is dit protocol nooit door Nederland geratificeerd.

9 EHRM 26 oktober 1984, nr. 9186/80, § 32 (De Cubber v. Belgium).

10 Vgl. M. Kuijer, S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, 2, p. 51; B.D. Hengstmengel, A.C. Mahabiersing, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens 'verzuim van essentiële vormen'', *TAP* 2009, 6, p. 233.

11 Vgl. M. Kuijer, S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, 2, p. 51.

12 De categorisering geeft een globale indeling weer en is niet limitatief bedoeld. Ik besteed alleen aandacht aan gebreken die aan de rechter of de wederpartij te wijten zijn. Ik ga niet in op een gebrek in een ontbindingsbeschikking veroorzaakt door een eigen fout van een partij. Eigen fouten kunnen niet leiden tot doorbreking van het appelverbod, noch in het kader van een door mij te bespreken alternatieve actie hersteld worden. Hoger beroep dient normaal gesproken ook ter verbetering en aanvulling van wat een partij bij de procesvoering in eerste aanleg heeft gedaan of nagelaten. Zie W. Hugenholtz, W.H. Heemskerk, 'Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht', Den Haag: Elsevier 2002, p. 155.

13 Bijv. HR 15 april 2011, *JAR* 2011/137: Het beginsel van hoor en wederhoor was geschonden doordat de oproepingsbrieven naar een fout adres waren gestuurd. Hof 's-Gravenhage 14 november 2003, *JAR* 2004/31. Schending van het beginsel van hoor en wederhoor doordat de termijn van eventuele retourzending van de aangetekende brief niet was afgewacht; Rb. Utrecht 10 februari 1992, *Prg.* 1993, 3818: Strijd met beginsel van hoor en wederhoor omdat de kantonrechter zich mede heeft gebaseerd op producties zonder dat de wederpartij in de gelegenheid is gesteld hierop te reageren. In gelijke zin Rb Rotterdam 2 juli 1993, *JAR* 1993/204; Rb. Rotterdam 15 mei 1997, *JAR* 1997/137; Hof Leeuwarden 12 juni 2002, *JAR* 2002/164.

14 Vgl. HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 205 (Boukacem/Martinair). Zie § 4.3.2.

**15** Bijv. Rb. Rotterdam 14 april 1987, *NJ* 1988, 207: De kantonrechter had volgens de rechtbank een rechtsoverweging dienen te wijden aan het verzoek om een vergoeding van appellant. Vgl. ook Rb. Groningen 28 april 1987 en 9 juli 1987, zoals weergegeven bij HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4 (HBM/Wielenga). Volgens de rechtbank gaf de ontbindingsbeschikking geen blijk van een zelfstandige beoordeling door de kantonrechter van de vraag of, zoals door appellant uitdrukkelijk was verzocht, hem in redelijkheid een vergoeding toekwam. Meer recent: Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2002, *LJN* AF3319, waarin appellant stelt dat de kantonrechter, in strijd met elementaire beginselen van het (proces)recht, de beschikking juist op de punten waar het om draait, niet heeft gemotiveerd. Vgl. ook HR 16 april 2010, *JIN* 2010, 396. In die procedure verwijt de werkneemster de kantonrechter dat hij het verweer met betrekking tot de reflexwerking van het opzegverbod bij ziekte zonder nadere motivering heeft gepasseerd.

**16** Bijv. HR 29 april 1994, *NJ* 1994, 497 (Bodair/Meijboom). Zie § 5.1.

**17** Bijv. HR 19 december 2003, *NJ* 2005, 181 (Van Gruijthuijsen/Rabobank). Zie § 6.2.

**18** Ktr. Hilversum 9 mei 1990, zoals weergegeven bij HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672.

**19** HR 26 november 1999, *NJ* 2000, 210; HR 9 oktober 1992, *NJ* 1992, 771; Ktr. Amsterdam 7 februari 1997, *JAR* 1997/220.

**20** HR 26 mei 1966, *NJ* 1966, 345; HR 15 oktober 1982, *NJ* 1983, 79.

**21** HR 12 maart 1982, *NJ* 1983, 181.

**22** HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 (Enka/Dupont).

**23** Zie bijv. HR 4 april 1986, *NJ* 1986, 549; HR 13 februari 1987, *NJ* 1987, 883; HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672; HR 23 oktober 1992, *JAR* 1992/116; HR 1 april 2011, *NJ* 2011/220.

**24** Sommige auteurs zien aanleiding voor een vierde, afzonderlijke categorie 'de kantonrechter is buiten het toepassingsgebied van art. 7:685 BW getreden'. Zie bijv. I.F. Dam, 'Doorbreking van wettelijke appel- en cassatieverboden', *TCR* 1994/2, p. 25; W. Hugenholtz, W.H. Heemskerk, 'Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht', 's-Gravenhage: Elsevier 2006, nr. 156. De Hoge Raad heeft deze klacht één keer als vierde categorie vermeld: HR 17 juni 1994, *NJ* 1995, 367 (Rabo/Sporting). Daarna heeft de Hoge Raad dit nooit meer gedaan. Met Hovens, Snijders en Wendels, ben ik van mening dat deze categorie opgaat in de categorie 'de kantonrechter heeft art. 7:685 BW ten onrechte toegepast'. F.J.H. Hovens, 'Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken', Deventer: Kluwer 2005, p. 42, noot 60; H.J. Snijders, A. Wendels, 'Civiel appel', Deventer: Kluwer 2009, p. 285-286.

**25** H.J. Snijders, A. Wendels, *'Civiel appel'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 292.

**26** H.J. Snijders, A. Wendels, *'Civiel appel'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 292.

**27** Zie bijv. Rb. Rotterdam 2 juli 1993, *JAR* 1993/204; Hof Amsterdam 5 juni 2003, *JAR* 2003/196; Hof 's-Gravenhage 25 maart 2005, *JAR* 2005/135.

**28** Vgl. F.J.H. Hovens, *'Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken'*, Deventer: Kluwer 2005, p. 47; N.T. Dempsey, 'De relatieve onaantastbaarheid van een ontbindingsbeschikking', *ArbeidsRecht* 2011, 53.

**29** HR 6 maart 1992, *NJ* 1992, 509 (Mungra/Van Meir).

**30** Vgl. Hof Amsterdam 29 december 2009, *JAR* 2010/49.

**31** HR 1 april 2011, *NJ* 2011, 220; Hof Arnhem 25 januari 2011, *JIN* 2011, 129; Hof s'-Hertogenbosch 6 augustus 2008, *JAR* 2008/224; Hof Amsterdam 24 augustus 2006, *JAR* 2006/302; Hof Amsterdam 24 november 2005, *JAR* 2006/62; Rb. 's-Gravenhage 28 oktober 1992, *JAR* 1992/112. Niet beslissend is dus de datum waartegen ontbonden wordt.

**32** HR 12 maart 1982, *NJ* 1983, 181; HR 8 oktober 2010, *JAR* 2010/277. Vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2010, *JIN* 2011/47; Hof Amsterdam 27 mei 2008, *RAR* 2008, 129.

**33** HR 6 november 2010, *JAR* 2010/183.

**34** HR 9 oktober 1992, *NJ* 1992, 771 (Cultureel Centrum/Zuidhoek); HR 26 november 1999, *NJ* 2000, 210 (Verhoeven/Sportservice Noord-Holland).

**35** HR 13 november 1998, *JAR* 1999/12. Vgl. ook HR 22 september 1995, *NJ* 1996, 38 en conclusie A-G Huydecoper bij HR 9 juli 2010, *JAR* 2010/198. De A-G concludeert dat zelfs al zou het oordeel van het hof onjuist zijn, dit niet leidt tot doorbreking van het appelverbod op de grond dat de rechter buiten het toepassingsgebied van art. 7:685 BW is getreden.

**36** Vgl. F.J.H. Hovens, *'Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken'*, Deventer: Kluwer 2005, p. 47; N.T. Dempsey, 'De relatieve onaantastbaarheid van een ontbindingsbeschikking', *ArbeidsRecht* 2011, 53.

**37** HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 882 (Seceurop/Koning). Vgl. ook Hof Arnhem 25 maart 2008, *JAR* 2008/128.

**38** Rb. Zwolle 9 maart 1998, *JAR* 1998, 80. Vgl. ook Rb. Utrecht 31 augustus 1994, *NJ* 1996, 531. De kantonrechter had het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst afgewezen, omdat verzoeken met een collectief karakter volgens de kantonrechter niet thuishoren in de ontbindingsprocedure.



**39** C.C. Oberman, *'Rechtspraak ontbinding'*, Deventer: Kluwer 2005, p. 29.

**40** HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4; HR 19 mei 1989, *NJ* 1989, 802; HR 3 juli 1989, *NJ* 1989, 857; HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 400.

**41** Zie § 2. EHRM 26 oktober 1984, nr. 9186/80, § 32 (De Cubber v. Belgium). Vgl. M. Kuijter, S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, 2, p. 50.

**42** Ook de Hoge Raad meent dat verdragsschendingen in eerste aanleg kunnen worden geheeld door een behandeling in hoger beroep die wel aan de eisen van art. 6 EVRM voldoet. Zie bijv. HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 68.

**43** Vgl. P. Smits, *'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure'*, Deventer: Kluwer 2008, p. 98.

**44** Bovendien onderscheidt het EHRM duidelijk tussen de 'fairness of the proceedings' en andere beginselen gewaarborgd in art. 6 EVRM: toegang tot de rechter, openbaarheid, onafhankelijkheid en berechting binnen een redelijke termijn. Zie bijv. EHRM 6 december 1988, nr. 10590/83 (Barbera v. Spain); EHRM 12 april 2006, nr. 58675/00 (Martinie v. France); EHRM 7 augustus 1996, nr. 19874/92 (Ferrantelli v. Italy); EHRM 31 maart 1998, nr. 22921/93 (Reinhardt v. France); EHRM 28 oktober 1999, nr. 24846/94 (Zielinski v. France); EHRM 12 juli 2001, nr. 42527/98 (Prince Hans-Adam II v. Germany); EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99 (Ocalan v. Turkey).

**45** Zie bijv. EHRM 18 maart 1997, nr. 21497/93, § 33 (Mantovanelli v. France).

**46** Zie bijv. EHRM 27 april 2004, nr. 62543/00, § 49 (Gorraiz Lizarraga v. Spain).

**47** Zie bijv. EHRM 17 oktober 2000, nr. 38194/97 (Karakasis v. Greece). Zie voor het voorgaande ook: P. Smits, *'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure'*, Deventer: Kluwer 2008, p. 102; A.S. Rueb, *'Burgerlijk Procesrecht'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 25-28.

**48** Zie bijv. ECRM 15 juli 1982, nr. 9938/82 (Bricmont v. België); ECRM 13 mei 1988, nr. 12087/86 (Karting v. The Netherlands). Vgl. P. Smits, *'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure'*, Deventer: Kluwer 2008, p. 98. De plicht tot motivering van uitspraken laat zich op het eerste gezicht wat moeilijk in deze definitie plaatsen. Het verband is er echter wel en wordt duidelijk uitgelegd door Asser: het niet responderen door de rechter in zijn uitspraak op een essentiële stelling van een partij houdt in dat tenminste kwestieus is of de rechter bij de beoordeling van de zaak wel rekening gehouden heeft met die stelling. W.H.D. Asser, *'Salomo's wijsheid'*, Arnhem 1992, p. 14-15.

**49** Zie P. Smits, *'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure'*, Deventer: Kluwer 2008, p. 102.

**50** F.J.H. Hovens, *'Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek*

naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken', Deventer: Kluwer 2005, p. 43.

**51** HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 (Enka/Dupont).

**52** Bijv. HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672; HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 661.

**53** HR 30 maart 2001, *JAR* 2001/79 en HR 29 september 2000, *JAR* 2000/224. Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *NJF* 2010/83; Rb. 's-Gravenhage 4 mei 1994, *JAR* 1994/130; Rb. Zutphen 15 juli 1999, *NJ* 1999, 763; Hof 's-Gravenhage 14 november 2003, *JAR* 2004/31.

**54** HR 15 april 2011, *JAR* 2011/137. Het betreft een Antilliaanse casus. Desalniettemin is het arrest ook voor de Nederlandse rechtspraak relevant aangezien het Antilliaanse artikel voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst: art. 7A:1615w BW BES, hetzelfde geredigeerd is als art. 7:685 BW. Vgl. ook Hof Amsterdam 5 juni 2003, *JAR* 2003/196.

**55** Zie bijv. Rb. Utrecht 10 februari 1992, *Prg.* 1993, 3818; Rb. Rotterdam 2 juli 1993, *JAR* 1993/204; Rb. Haarlem 29 november 1994, *JAR* 1994/266; Rb. Assen 24 maart 1998, *JAR* 1998/94.

**56** Hof Amsterdam 23 juni 2009, *RAR* 2010/111.

**57** P. Smits, *'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure'*, Deventer: Kluwer 2008, p. 102.

**58** ECRM 28 februari 1977, nr. 7450/76, DR 9, p. 108; ECRM 16 juli 1986, 2803/66, CD 27, p. 61; ECRM 15 juli 1986, 9938/82, DR 48, p. 21.

**59** Vgl. P. Smits, *'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure'*, Deventer: Kluwer 2008, p. 124.

**60** Zie o.a. EHRM 17 januari 1970, nr. 2689/65, § 28 (Delcourt v. Belgium); EHRM 27 juni 1987, nr. 8562/79, § 44 (Feldbrugge v. The Netherlands); EHRM 22 februari 1996, nr. 17358/90, § 47 (Bulut v. Austria); EHRM 7 juni 2001, nr. 39594/98, § 72 (Kress v. France); EHRM 27 april 2004, nr. 62543/00, § 56 (Gorraiz Lizarrago v. Spain).

**61** EHRM 27 juni 1987, nr. 8562/79, § 44 (Feldbrugge v. The Netherlands). Het EHRM omschrijft equality of arms als: 'each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent.' Zie bijv. EHRM 27 oktober 1993, nr. 14448/88, § 33 (Dombo v. The Netherlands).

**62** EHRM 3 maart 2000, nr. 35376/97, § 38-46 (Krcmar v. The Czech Republic); P. Smits, *'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure'*, Deventer: Kluwer 2008, p. 124/125.

**63** Het EHRM omschrijft het recht op hoor en wederhoor als volgt: 'each party

must in principle have an opportunity not only to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision'. Zie bijv. EHRM 18 maart 1997, nr. 21497/93, § 33 (Mantovanelli v. France).

**64** HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 205 (Boukacem/Martinair). Vgl. V.C.A. Lindijer, *'De goede procesorde: een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde'*, Deventer: Kluwer 2006, p. 376. Zie meer uitgebreid hierover en de bewijsrechtelijke implicaties van het 'equality of arms' beginsel, het tweede deel van dit tweeluik: 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure. Deel 2: het bewijsrecht', verschenen in Academie voor Arbeidsrecht ([www.arbac.nl](http://www.arbac.nl)).

**65** Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 21 oktober 2009, *JAR* 2010/15. Het hof neemt tot uitgangspunt dat ondanks het feit dat de ontbindingsprocedure gericht is op een billijkheidsoordeel en de kantonrechter niet gebonden is aan de regels van bewijsrecht, ook in de ontbindingsprocedure de beginselen van hoor en wederhoor en 'equality of arms' in acht genomen moeten worden.

**66** Vgl. ook conclusie AG Rank-Berenschot bij HR 11 juni 2010, *JAR* 2010/183. De AG merkt in het kader van een klacht betreffende verzuim van essentiële vormen op dat 'leidende gedachte is dat partijen gelijke kansen voor het aannemelijk maken van hun standpunt moeten hebben gehad en ook overigens een gelijkwaardige behandeling moeten hebben gekregen'.

**67** HR 16 maart 2007, *JOL* 2007, 194.

**68** Art. 80 RO noemt als cassatiegronden: (a) dat het vonnis niet inhoudt de gronden waarop het vonnis berust, (b) het niet in het openbaar gedaan zijn van het vonnis, (c) onbevoegdheid van of (d) overschrijding van rechtsmacht door de rechter die het vonnis heeft gewezen.

**69** P. Smits, *'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure'*, Deventer: Kluwer 2008, p. 306.

**70** EHRM 1 oktober 1982, nr. 8692/79, § 30 (Piersack v. Belgium).

**71** M. Kuijer, S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7: 685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, 2, p. 52.

**72** P. Smits, *'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure'*, Deventer: Kluwer 2008, p. 307.

**73** V.C.A. Lindijer, *'De goede procesorde: een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde'*, Deventer: Kluwer 2006, p. 376.

**74** Vgl. I.F. Dam, 'Doorbreking van wettelijke appel- en cassatieverboden', *TCR* 1994, 2, p. 28; F.J.H. Hovens, *'Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken'*,

Deventer: Kluwer 2005, p. 44.

**75** M. Kuijer, S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7: 685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, 2, p. 53.

**76** Vgl. F.J.H. Hovens, '*Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken*', Deventer: Kluwer 2005, p. 44.

**77** HR 2 december 2005, *AB* 2006, 150.

**78** B.W.N. de Waard merkt in zijn noot bij HR 2 december 2005, *AB* 2006, 150 op dat aangenomen moet worden dat in zaken waarin fundamentele rechtsbeginselen zijn geschonden appel eveneens mogelijk is, ondanks een appelverbod, als geen wrakingsverzoek werd gedaan. Via een beroep op schending van fundamentele rechtsbeginselen kan het gebrek aan onpartijdigheid dan in het algemeen alsnog aan de orde komen.

**79** EHRM 17 oktober 2000, nr. 38194/97 (Karakasis v. Greece). Vgl. P. Smits, '*Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*', Deventer: Kluwer 2008, p. 96; B.W.N. de Waard, 'Doorbreking van appelverboden', *JBplus* 2005, p. 106.

**80** EHRM 16 december 1992, nr. 12945/87, § 33 (Hadjianastassiou v. Greece).

**81** HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4 (HBM/Wielenga).

**82** HR 19 mei 1989, *NJ* 1989, 802; HR 3 juli 1989, *NJ* 1989, 857; HR 8 juli 1992, *JAR* 1992/53; HR 8 januari 1993, *JAR* 1993/32; HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 572; HR 24 september 1993, *NJ* 1993, 758; HR 15 oktober 1993, *JAR* 1993/246; HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 661; HR 16 april 2010, *JIN* 2010, 420.

**83** Vgl. J.B.M. Vranken, 'Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken', in: '*Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink B.V. 1993, p. 237; B.D. Hengstmengel en A.C. Mahabiersing, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens 'verzuim van essentiële vormen'', *TAP* 2009, 6, p. 234.

**84** Vgl. J.B.M. Vranken, 'Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken', in: '*Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink B.V. 1993, p. 237.

**85** Vgl. B.W.N. de Waard, 'Doorbreking van appelverboden', *JBplus* 2005, p. 106.

**86** Vgl. M. Heemskerk, 'De ontbindingsprocedure is aan herziening toe', *Arbeid Integraal* 2002, 6, p. 221.

**87** Vgl. C.J. Loonstra, 'Appel en cassatie bij artikel 1639w: wat is nog mogelijk', *WPNR* 1990, 5953, p. 183; S.A.M. van der Weegen-Koutio, 'Wanneer is hoger beroep bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst mogelijk?'. *SR* 1989, 9, p.

226-227; B. de Vries, 'Uitzondering of (hoofd)regel? De uitsluiting van hoger beroep en cassatie ex artikel 7:685 BW en de derde fase van de herziening burgerlijk procesrecht', *AA* 1999, 7/8, p. 518.

**88** J.B.M. Vranken, 'Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken', in: *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 231.

**89** HR 4 juni 1993, *RvdW* 1993, 124. Vgl. P.J. Boon, J.M. Reijntjes, J.G.J. Rinkes, *Van Apeldoorn's inleiding tot de studie van het Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 178.

**90** J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009, p. 15.

**91** Idem, p. 16.

**92** P. Scholten, *Mr. C Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, derde druk met feitelijke gegevens aangevuld door G.J. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 86.

**93** Zie bijv. Hof Amsterdam 23 februari 2010, *LJN* BM9482; Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2002, *LJN* AF3319; HR 16 april 2010, *JIN* 2010, 396; Hof Amsterdam 17 november 2009, *JAR* 2010/14; Hof Amsterdam 20 maart 2008, *JAR* 2008/126; Hof 's-Gravenhage 18 augustus 2009, *LJN* BJ5643.

**94** R.A.A. Duk, 'Over getuigschriften en zo. 100 jaar Wet op de Arbeidsovereenkomst', *ArA* 2009, 3, p. 17.

**95** Zie bv. Ktr. Breda 28 april 2011, *LJN* BQ3914; Ktr. Alkmaar 12 november 2010, *JAR* 2010/299; Ktr. Maastricht 11 november 2010, *LJN* BO7652; Ktr. Amsterdam 15 november 2009, *JAR* 2010/74; Ktr. 's-Gravenhage 8 juli 2009, *JAR* 2009/222; Ktr. Groningen 4 juli 2008, *LJN* BD6330; Ktr. Arnhem 15 februari 2008, *LJN* BC5837; Rb. 's-Gravenhage 22 april 2008, *LJN* BD1535; Ktr. 's-Hertogenbosch 20 maart 2007, *LJN* BH0236; Ktr. Maastricht 28 mei 2004, *JAR* 2004/155. Volgens Duk brengt de praktijk van algemene summier en op de omstandigheden van het geval toegespitste motivering mee dat niet duidelijk is hoe de ontbindingsgronden zich verhouden tot de criteria die het UWV hanteert voor het afgeven van een ontslagvergunning. R.A.A. Duk, 'Over getuigschriften en zo. 100 jaar Wet op de Arbeidsovereenkomst', *ArA* 2009, 3, p. 17.

**96** Zie laatstelijk C.J. Loonstra, P. Kruit, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2010: the year after', *ArbeidsRecht* 2011, 25. Vgl. ook M. von Bergh, M. Siesling, A. van Rijs, *Ontslagzaken via de kantonrechter*, Tilburg: IVA september 2009.

**97** EHRM 9 december 1994, nr. 18390/91, § 29 (Ruiz Torija v. Spain).

**98** EHRM 19 april 1994, nr. 16034/90, § 61 (Van de Hurk v. The Netherlands).

**99** EHRM 9 december 1994, nr. 18390/91, § 17 (Ruiz Torija v. Spain). Vgl. ook EHRM 9 december 1994, nr. 18064/91, § 28 (Hiro Balani v. Spain); EHRM 19 februari 1998, nr. 20124/92, § 43 (Higgins v. France); EHRM 1 juli 2003, nr. 37801/87, § 37 (Suominen v. Finland); EHRM 6 september 2005, nr. 65518/01, § 92 (Salov v. Ukraine); EHRM 6 december 2005, nr. 19960/04, § 53 (Popov v. Moldova); EHRM 14 november 2006, nr. 6923/03, § 42 (Melnic v. Moldova); EHRM 8 april 2008, nr. 7170/02, § 114-115 (Gradinar v. Moldova).

**100** Vgl. F. Logghe, 'Over de "eerlijke behandeling" volgens artikel 6 van het EVRM', *Jura Falconis* 1996-1997, 2, p. 290.

**101** Zie ook EHRM 24 mei 2005, nr. 61302/00, § 63 (Buzescu v. Romania).

**102** F. Logghe, 'Over de "eerlijke behandeling" volgens artikel 6 van het EVRM', *Jura Falconis* 1996-1997, 2, p. 290.

**103** J.C.A. de Poorter, H.J.Th.M van Roosmalen, 'Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', Den Haag: Raad van State 2009, p. 13 noot 3.

**104** EHRM 9 december 1994, nr. 18064/91, § 28 (Hiro Balani v. Spain).

**105** R. Ergec en A. Schaus, 'Examen de Jurisprudence (1990-1994). La Convention Européenne des droits de l'homme', *R.C.J.B.* 1995, p. 385. Vgl. ook F. Logghe, 'Over de "eerlijke behandeling" volgens artikel 6 van het EVRM', *Jura Falconis* 1996-1997, 2, p. 290: 'De Straatsburgse organen zijn geen extra controle instantie.'

**106** EHRM 23 juni 1994, nr. 16997/90, § 55 (De Moor v. Belgium).

**107** R. Ergec en A. Schaus, 'Examen de Jurisprudence (1990-1994). La Convention Européenne des droits de l'homme', *R.C.J.B.* 1995, p. 385.

**108** EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (Georgiadis v. Greece).

**109** Vgl. B.D. Hengstmengel, A.C. Mahabiersing, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens 'verzuim van essentiële vormen'', *TAP* 2009, 6, p. 234; M. Heemskerk, 'Aanstelling en ontslag', *Arbeid Integraal* 2002, 6, p. 221; M. Kuijer, S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, 2, p. 52. Anders dan de voorgaande auteurs maak ik echter een onderscheid tussen het niet motiveren en het ondeugdelijk motiveren. Art. 6 EVRM ziet mijns inziens niet op de ondeugdelijke/onjuiste motivering.

**110** EHRM 23 juni 1994, nr. 16997/90, § 55 (De Moor v. Belgium); EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (Georgiadis v. Greece).

**111** Art. 1022 lid 1 Rv.

**112** Art. 1067 Rv. Zie ook A.J. van den Berg, R. van Delden en H.J. Snijders, *'Arbitragerecht'*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink B.V. 1992, p. 136.

**113** Ook Hombracht-Brinkman trekt in het kader van de vernietigingsgronden van een arbitraal vonnis een parallel met de doorbrekingsjurisprudentie van een wettelijk appelverbod. F.D. Hombracht-Brinkman, *'De rechter en arbitrage 1997-2009'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 159.

**114** G.J. Meijer, I.P.M. van den Nieuwendijk, *'Kroniek Arbitrage 2004-2006'*, *O&F* 2007, 74, p. 32.

**115** P. Sanders, *'Het Nederlandse arbitragerecht: nationaal en internationaal'*, Deventer: Kluwer 2001, p. 136.

**116** H.J. Snijders, *'Nederlands arbitragerecht: een artikelgewijze commentaar op de art. 1020-1076Rv'*, Deventer: Kluwer 2007, p. 317.

**117** HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 508 (Benetton/Eco Swiss en Bulova).

**118** Vgl. M.H. de Boer, G.J. Meijer, *'Kroniek Arbitragerecht'*, *TCR* 2007, 2, p. 53.

**119** HR 9 januari 2004, *NJ* 2005, 190 (Nannini/SFT Bank). Het betreft een Antilliaanse casus. Nu de vernietigingsgronden voor een arbitraal vonnis in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering inhoudelijk overeen komen met die in art. 1065 Rv, heeft dit arrest ook voor de Nederlandse rechtspraktijk relevantie. Vgl. K.N. Claassens, *'Vernietiging arbitraal vonnis en motiveringsgebreken: de stand van zaken'*, *NbBW* 2004, 3, p. 41.

**120** Vgl. G.J. Meijer, I.P.M. van den Nieuwendijk, *'Kroniek Arbitrage 2004-2006'*, *O&F* 2007, 74, p. 33.

**121** HR 22 december 2006, *NJ* 2008, 4 (Kers/Rijpma).

**122** H.J. Snijders, *'Nederlands arbitragerecht: een artikelgewijze commentaar op de art. 1020-1076Rv'*, Deventer: Kluwer 2007, p. 317.

**123** Vgl. M.H. de Boer, G.J. Meijer, *'Kroniek Arbitragerecht'*, *TCR* 2007, 2, p. 55.

**124** Noot H.J. Snijders bij HR 22 december 2006, *NJ* 2008, 4 (Kers/Rijpma).

**125** Kennelijk is daarvan geen sprake indien arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt hebben genomen (Kers/Rijpma), maar wel als arbiters de beslissing hebben gebaseerd op een onjuiste premisse (Nannini/SFT Bank). Vgl. M.H. de Boer, G.J. Meijer, *'Kroniek Arbitragerecht'*, *TCR* 2007, 2, p. 55. Dit kan mijns inziens verklaard worden door de mate van inhoudelijke beoordeling die nodig is om de (aperte) ondeugdelijkheid van de motivering vast te stellen. Om vast te stellen of een verkeerde norm tot uitgangspunt is genomen dient veel meer nader inhoudelijk onderzoek plaats te vinden door de beoordelende

instantie dan wanneer de klacht betreft dat de motivering gebaseerd is op een onjuiste uitleg van een eerdere uitspraak.

**126** Conclusie A-G Wesseling-van Gent onder 2.36 zoals weergegeven bij HR 22 december 2006, *NJ* 2008, 4 (Kers/Rijpma). Snijders meende overigens in 1995 dat van een apert ondeugdelijke motivering ook sprake is wanneer de motivering slechts een verwijzing naar de processtukken van partijen en de mondelinge behandeling van de zaak inhoudt. H.J. Snijders, 'Rond de arbitrage met name in bouwzaken', in H.J. Snijders, S.L. Buruma, *Bouwarbitrage en civiele rechter*, Vereniging voor Bouwrecht, Deventer: Kluwer 1995, p. 45. Gezien de nieuwe richtinggevende jurisprudentie van de Hoge Raad uit 2004 en 2006 betwijfel ik of dit een juist standpunt is. Van deze motiveringen kan niet worden gezegd dat zij berusten op een apert onjuist uitgangspunt of op geen enkele wijze zijn terug te voeren op de beslissing. Zij zijn niet zo gebrekkig dat zij met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn gesteld moeten worden.

**127** Vgl. ook HR 8 januari 2010, *RvdW* 2010, 132.

**128** Vgl. Noot H.J. Snijders bij HR 22 december 2006, *NJ* 2008, 4 (Kers/Rijpma).

**129** EHRM 23 juni 1994, nr. 16997/90, § 55 (De Moor v. Belgium); EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (Georgiadis v. Greece).

**130** Tenzij de motivering zo apert ondeugdelijk is, dat zij gelijk gesteld kan worden met geen motivering.

**131** Hof Amsterdam 20 maart 2008, *JAR* 2008/126.

**132** Vgl. Rb Rotterdam 14 april 1987, *NJ* 1988, 207; Rb Amsterdam 15 april 1992, *JAR* 1992, 21. De kantonrechter heeft niet overwogen dat en waarom hij geen vergoeding heeft toegekend. Volgens de rechtbank wordt een dergelijk gebrek echter niet aangemerkt als een zodanig verzuim van essentiële vormen, dat hoger beroep mogelijk moet zijn.

**133** Vgl. Rb. Groningen 28 april 1987 en 9 juli 1987, zoals weergegeven bij HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4 (HBM/Wielenga).

**134** Hof 's-Gravenhage 18 augustus 2009, *LJN* BJ5643.

**135** EHRM 23 juni 1994, nr. 16997/90, § 55 (De Moor v. Belgium); EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (Georgiadis v. Greece).

**136** Vgl. de arbitrale zaak: Rb. Haarlem 13 januari 2010, *LJN* BL1528 en Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2004, *Prg.* 2005, 14.

**137** Vgl. Rb 's Gravenhage 11 mei 2011, *LJN* BQ6165 en Rb Rotterdam 2 maart 2011, *LJN* BP9334. In beide arbitrale zaken wordt vernietiging van het arbitrale vonnis wegens motiveringsgebreken niet aangenomen, omdat de motivering niet als innerlijk tegenstrijdig kon worden gezien.



**138** Vgl. EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (Georgiadis v. Greece).

**139** Verder is denkbaar dat de kantonrechter in zijn ontbindingsbeschikking oordeelt dat de werknemer in strijd heeft gehandeld met goed werknemerschap van art. 7:611 BW, echter zonder motivering waaruit blijkt dat de werknemer zich niet als goed werknemer heeft gedragen.

**140** Vgl. B.D. Hengstmengel, A.C. Mahabiersing, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens 'verzuim van essentiële vormen'', *TAP* 2009, 6, p. 234.

**141** Vgl. M. Kuijter, S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, 2, p. 51.

**142** AG Leijten bepleitte deze tweedeling reeds in zijn conclusie bij HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 661. Ook de bestuursrechter lijkt deze te hanteren. Ondeugdelijke gemotiveerde uitspraken kunnen volgens de bestuursrechter niet leiden tot doorbreking van een appelverbod. Zie bijv. CRvB 1 februari 2006, *LJN* AV1172; ABRvS 8 april 2009, 200901703/1/H2 en 200901703/2/H2; ABRvS 5 april 2006, 200506809/1. Voor niet gemotiveerde uitspraken staat de deur evenwel op een kier. In ABRvS 2 oktober 2001, 200103677/2, werd doorbreking mogelijk geacht omdat partijen een incomplete uitspraak was toegezonden, de tweede pagina ontbrak. Verder zijn er verscheidene uitspraken waaruit, hoewel doorbreking niet werd aangenomen, blijkt dat de bestuursrechter niet uitgaat van het standpunt dat het niet of onjuist motiveren nooit reden kan zijn voor doorbreking van het appelverbod. Zie bijv. CRvB 18 mei 2006, *LJN* AX8604; Hof Leeuwarden 5 november 2004, *LJN* AR7922; CRvB 1 februari 2006, *LJN* AV1172; CRvB 11 december 2003, *LJN* AO0321.

**143** Vgl. M.H. de Boer, G.J. Meijer, 'Kroniek Arbitragerecht', *TCR* 2007, 2, p. 55.

**144** Vgl. conclusie A-G Wesseling-van Gent onder 2.36 zoals weergegeven bij HR 22 december 2006, *NJ* 2008, 4 (Kers/Rijpma).

**145** HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 205

**146** Vgl. H.J. Snijders, A. Wendels, 'Civiel appel', Deventer: Kluwer 2009, p. 290.

**147** HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 205.

**148** F.J.H. Hovens, 'Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken', Deventer: Kluwer 2005, p. 43/44; M.L. Hendrikse, A.W. Jongbloed, 'De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht', Deventer: Kluwer 2004, p. 212-213.

**149** Vgl. Hoge Raad 9 december 2011, *JAR* 2012/18.

**150** Het EHRM lijkt ook duidelijk onderscheid te maken tussen de 'fairness of the proceedings' en 'lack of a public hearing'. Zie bijv. EHRM 12 april 2006, nr.

58675/00 (Martinie v. France).

**151** Zie bijv. ECRM 15 juli 1982, nr. 9938/82 (Bricmont v. België); ECRM 13 mei 1988, nr. 12087/86 (Karting v. The Netherlands). Vgl. P. Smits, *'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure'*, Deventer: Kluwer 2008, p. 98.

**152** Overigens wil ik met het voorgaande niet ontkennen dat de openbaarheid van rechtspraak wel degelijk bijdraagt aan het doel van art. 6 EVRM, een eerlijk proces. Door publieke controle wordt immers een waarborg geschapen tegen partijdigheid, willekeur en ander onbehoorlijke gedrag van rechters. Ik wil alleen duidelijk maken dat wanneer in een individuele procedure de openbaarheid wordt geschonden, dit niet zonder meer meebrengt dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet meer kan worden gesproken.

**153** Vgl. S.A. Tan, 'Request-civiel van ontbindingsbeschikkingen ex art. 7A:1639w BW', *ArbeidsRecht* 1994, 47.

**154** Ook wordt art. 6 EVRM niet geschonden wanneer de procedure plaatsvindt onder bedrog door de wederpartij. Artikel 6 EVRM ziet niet op oneerlijkheden in het proces gepleegd door de wederpartij. Het verdragsartikel legt slechts plichten aan Staten op en niet aan burgers. Vgl. P.H.P.H.M.C. van Kempen, *'Heropening van procedures na veroordelingen door het EVRM'*, Nijmegen; Wolf Legal Publishers 2003, p. 173-174.

**155** Zie § 6.1.

**156** Vgl. § 4.1 waarin duidelijk werd dat de inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking evenmin valt onder de doorbrekingsgrond 'art. 7:685 BW is ten onrechte toegepast'.

**157** Vgl. N.T. Dempsey, 'De relatieve onaantastbaarheid van een ontbindingsbeschikking', *ArbeidsRecht* 2011, 53; B. de Vries, 'Uitzondering of (hoofd)regel? De uitsluiting van hoger beroep en cassatie ex artikel 7:685 BW en de derde fase van de herziening burgerlijk procesrecht', *AA* 1999, 7/8, p. 518.

**158** HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672. Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 3 november 2009, *NJF* 2009, 510; Hof Amsterdam 1 maart 2011, *LJN* BP6449.

**159** Tenzij het gaat om een kennelijke schrijf-, reken- of andere fout, voor eenvoudig herstel vatbaar. Dan behoort herstel tot de mogelijkheden (zie hierna § 5.1).

**160** Dit is echter wel een grond voor herroeping (zie hierna § 6.1).

**161** J.B.M. Vranken, 'Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken', in: *'Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten'*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 231.

**162** HR 4 juni 1993, *RvdW* 1993, 124. Vgl. P.J. Boon, J.M. Reijntjes, J.G.J. Rinkes, *'Van Apeldoorn's inleiding tot de studie van het Nederlands recht'*,

Deventer: Kluwer 2003, p. 178.

**163** J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M van Roosmalen, *'Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State'*, Den Haag: Raad van State 2009, p. 15.

**164** Idem, p. 16.

**165** P. Scholten, *'Mr. C Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel'*, derde druk met feitelijke gegevens aangevuld door G.J. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 86.

**166** Zie bijv. Hof Amsterdam 23 februari 2010, *LJN* BM9482; Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2002, *LJN* AF3319; HR 16 april 2010, *JIN* 2010, 396; Hof Amsterdam 17 november 2009, *JAR* 2010/14; Hof Amsterdam 20 maart 2008, *JAR* 2008/126; Hof 's-Gravenhage 18 augustus 2009, *LJN* BJ5643.

**167** R.A.A. Duk, 'Over getuigschriften en zo. 100 jaar Wet op de Arbeidsovereenkomst', *ArA* 2009, 3, p. 17.

**168** Zie bv. Ktr. Breda 28 april 2011, *LJN* BQ3914; Ktr. Alkmaar 12 november 2010, *JAR* 2010/299; Ktr. Maastricht 11 november 2010, *LJN* BO7652; Ktr. Amsterdam 15 november 2009, *JAR* 2010/74; Ktr. 's-Gravenhage 8 juli 2009, *JAR* 2009/222; Ktr. Groningen 4 juli 2008, *LJN* BD6330; Ktr. Arnhem 15 februari 2008, *LJN* BC5837; Rb. 's-Gravenhage 22 april 2008, *LJN* BD1535; Ktr. 's-Hertogenbosch 20 maart 2007, *LJN* BHO236; Ktr. Maastricht 28 mei 2004, *JAR* 2004/155. Volgens Duk brengt de praktijk van algemene summere en op de omstandigheden van het geval toegespitste motivering mee dat niet duidelijk is hoe de ontbindingsgronden zich verhouden tot de criteria die het UWV hanteert voor het afgeven van een ontslagvergunning. R.A.A. Duk, 'Over getuigschriften en zo. 100 jaar Wet op de Arbeidsovereenkomst', *ArA* 2009, 3, p. 17.

**169** Zie laatstelijk C.J. Loonstra, P. Kruit, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2010: the year after', *ArbeidsRecht* 2011, 25. Vgl. ook M. von Bergh, M. Siesling, A. van Rijs, *'Ontslagzaken via de kantonrechter'*, Tilburg: IVA september 2009.

**170** EHRM 9 december 1994, nr. 18390/91, § 29 (Ruiz Torija v. Spain).

**171** EHRM 19 april 1994, nr. 16034/90, § 61 (Van de Hurk v. The Netherlands).

**172** EHRM 9 december 1994, nr. 18390/91, § 17 (Ruiz Torija v. Spain). Vgl. ook EHRM 9 december 1994, nr. 18064/91, § 28 (Hiro Balani v. Spain); EHRM 19 februari 1998, nr. 20124/92, § 43 (Higgins v. France); EHRM 1 juli 2003, nr. 37801/87, § 37 (Suominen v. Finland); EHRM 6 september 2005, nr. 65518/01, § 92 (Salov v. Ukraine); EHRM 6 december 2005, nr. 19960/04, § 53 (Popov v. Moldova); EHRM 14 november 2006, nr. 6923/03, § 42 (Melnic v. Moldova); EHRM 8 april 2008, nr. 7170/02, § 114-115 (Gradinar v. Moldova).

**173** Vgl. F. Logghe, 'Over de "eerlijke behandeling" volgens artikel 6 van het EVRM', *Jura Falconis* 1996-1997, 2, p. 290.

**174** Zie ook EHRM 24 mei 2005, nr. 61302/00, § 63 (Buzescu v. Romania).

**175** F. Logghe, 'Over de "eerlijke behandeling" volgens artikel 6 van het EVRM', *Jura Falconis* 1996-1997, 2, p. 290.

**176** J.C.A. de Poorter, H.J.Th.M van Roosmalen, '*Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*', Den Haag: Raad van State 2009, p. 13 noot 3.

**177** EHRM 9 december 1994, nr. 18064/91, § 28 (Hiro Balani v. Spain).

**178** R. Ergec en A. Schaus, 'Examen de Jurisprudence (1990-1994). La Convention Europeenne des droits de l'homme', *R.C.J.B.* 1995, p. 385. Vgl. ook F. Logghe, 'Over de "eerlijke behandeling" volgens artikel 6 van het EVRM', *Jura Falconis* 1996-1997, 2, p. 290: 'De Straatsburgse organen zijn geen extra controle instantie.'

**179** EHRM 23 juni 1994, nr. 16997/90, § 55 (De Moor v. Belgium).

**180** R. Ergec en A. Schaus, 'Examen de Jurisprudence (1990-1994). La Convention Europeenne des droits de l'homme', *R.C.J.B.* 1995, p. 385.

**181** EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (Georgiadis v. Greece).

**182** Vgl. B.D. Hengstmengel, A.C. Mahabiersing, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens "verzuim van essentiële vormen"', *TAP* 2009, 6, p. 234; M. Heemskerk, 'Aanstelling en ontslag', *Arbeid Integraal* 2002, 6, p. 221; M. Kuijer, S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, 2, p. 52. Anders dan de voorgaande auteurs maak ik echter een onderscheid tussen het niet motiveren en het ondeugdelijk motiveren. Art. 6 EVRM ziet mijns inziens niet op de ondeugdelijke/onjuiste motivering.

**183** EHRM 23 juni 1994, nr. 16997/90, § 55 (De Moor v. Belgium); EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (Georgiadis v. Greece).

**184** Art. 1022 lid 1 Rv.

**185** Art. 1067 Rv. Zie ook A.J. van den Berg, R. van Delden en H.J. Snijders, '*Arbitragerecht*', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink B.V. 1992, p. 136.

**186** Ook Hombracht-Brinkman trekt in het kader van de vernietigingsgronden van een arbitraal vonnis een parallel met de doorbrekingsjurisprudentie van een wettelijk appelverbod. F.D. Hombracht-Brinkman, '*De rechter en arbitrage 1997-2009*', Deventer: Kluwer 2009, p. 159.

**187** G.J. Meijer, I.P.M. van den Nieuwendijk, 'Kroniek Arbitrage 2004-2006', *O&F* 2007, 74, p. 32.

**188** P. Sanders, '*Het Nederlandse arbitragerecht: nationaal en internationaal*', Deventer: Kluwer 2001, p. 136.

**189** H.J. Snijders, '*Nederlands arbitragerecht: een artikelgewijze commentaar op de art. 1020-1076Rv*', Deventer: Kluwer 2007, p. 317.

**190** HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 508 (Benetton/Eco Swiss en Bulova).

**191** Vgl. M.H. de Boer, G.J. Meijer, 'Kroniek Arbitragerecht', *TCR* 2007, 2, p. 53.

**192** HR 9 januari 2004, *NJ* 2005, 190 (Nannini/SFT Bank). Het betreft een Antilliaanse casus. Nu de vernietigingsgronden voor een arbitraal vonnis in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering inhoudelijk overeen komen met die in art. 1065 Rv, heeft dit arrest ook voor de Nederlandse rechtspraak relevantie. Vgl. K.N. Claassens, 'Vernietiging arbitraal vonnis en motiveringsgebreken: de stand van zaken', *NBBW* 2004, 3, p. 41.

**193** Vgl. G.J. Meijer, I.P.M. van den Nieuwendijk, 'Kroniek Arbitrage 2004-2006', *O&F* 2007, 74, p. 33.

**194** HR 22 december 2006, *NJ* 2008, 4 (Kers/Rijpma).

**195** H.J. Snijders, '*Nederlands arbitragerecht: een artikelgewijze commentaar op de art. 1020-1076Rv*', Deventer: Kluwer 2007, p. 317.

**196** Vgl. M.H. de Boer, G.J. Meijer, 'Kroniek Arbitragerecht', *TCR* 2007, 2, p. 55.

**197** Noot H.J. Snijders bij HR 22 december 2006, *NJ* 2008, 4 (Kers/Rijpma).

**198** Kennelijk is daarvan geen sprake indien arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt hebben genomen (Kers/Rijpma), maar wel als arbiters de beslissing hebben gebaseerd op een onjuiste premisse (Nannini/SFT Bank). Vgl. M.H. de Boer, G.J. Meijer, 'Kroniek Arbitragerecht', *TCR* 2007, 2, p. 55. Dit kan mijns inziens verklaard worden door de mate van inhoudelijke beoordeling die nodig is om de (aperte) ondeugdelijkheid van de motivering vast te stellen. Om vast te stellen of een verkeerde norm tot uitgangspunt is genomen dient veel meer nader inhoudelijk onderzoek plaats te vinden door de beoordelende instantie dan wanneer de klacht betreft dat de motivering gebaseerd is op een onjuiste uitleg van een eerdere uitspraak.

**199** Conclusie A-G Wesseling-van Gent onder 2.36 zoals weergegeven bij HR 22 december 2006, *NJ* 2008, 4 (Kers/Rijpma). Snijders meende overigens in 1995 dat van een apert ondeugdelijke motivering ook sprake is wanneer de motivering slechts een verwijzing naar de processtukken van partijen en de mondelinge behandeling van de zaak inhoudt. H.J. Snijders, 'Rond de arbitrage met name in bouwzaken', in H.J. Snijders, S.L. Buruma, '*Bouwarbitrage en civiele rechter*', Vereniging voor Bouwrecht, Deventer: Kluwer 1995, p. 45. Gezien de nieuwe

richtinggevende jurisprudentie van de Hoge Raad uit 2004 en 2006 betwijfel ik of dit een juist standpunt is. Van deze motiveringen kan niet worden gezegd dat zij berusten op een apert onjuist uitgangspunt of op geen enkele wijze zijn terug te voeren op de beslissing. Zij zijn niet zo gebrekkig dat zij met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn gesteld moeten worden.

**200** Vgl. ook HR 8 januari 2010, *RvdW* 2010, 132.

**201** Vgl. Noot H.J. Snijders bij HR 22 december 2006, *NJ* 2008, 4 (Kers/Rijpma).

**202** EHRM 23 juni 1994, nr. 16997/90, § 55 (De Moor v. Belgium); EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (Georgiadis v. Greece).

**203** Tenzij de motivering zo apert ondeugdelijk is, dat zij gelijk gesteld kan worden met geen motivering.

**204** Hof Amsterdam 20 maart 2008, *JAR* 2008/126.

**205** Vgl. Rb Rotterdam 14 april 1987, *NJ* 1988, 207; Rb Amsterdam 15 april 1992, *JAR* 1992, 21. De kantonrechter heeft niet overwogen dat en waarom hij geen vergoeding heeft toegekend. Volgens de rechtbank wordt een dergelijk gebrek echter niet aangemerkt als een zodanig verzuim van essentiële vormen, dat hoger beroep mogelijk moet zijn.

**206** Vgl. Rb. Groningen 28 april 1987 en 9 juli 1987, zoals weergegeven bij HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4 (HBM/Wielenga).

**207** Hof 's-Gravenhage 18 augustus 2009, *LJN* BJ5643.

**208** EHRM 23 juni 1994, nr. 16997/90, § 55 (De Moor v. Belgium); EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (Georgiadis v. Greece).

**209** Vgl. de arbitrale zaak: Rb. Haarlem 13 januari 2010, *LJN* BL1528 en Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2004, *Prg.* 2005, 14.

**210** Vgl. Rb 's Gravenhage 11 mei 2011, *LJN* BQ6165 en Rb Rotterdam 2 maart 2011, *LJN* BP9334. In beide arbitrale zaken wordt vernietiging van het arbitrale vonnis wegens motiveringsgebreken niet aangenomen, omdat de motivering niet als innerlijk tegenstrijdig kon worden gezien.

**211** Vgl. EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (Georgiadis v. Greece).

**212** Verder is denkbaar dat de kantonrechter in zijn ontbindingsbeschikking oordeelt dat de werknemer in strijd heeft gehandeld met goed werknemerschap van art. 7:611 BW, echter zonder motivering waaruit blijkt dat de werknemer zich niet als goed werknemer heeft gedragen.

**213** Vgl. B.D. Hengstmengel, A.C. Mahabiersing, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens 'verzuim van essentiële vormen'',

*TAP* 2009, 6, p. 234.

**214** Vgl. M. Kuijter, S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, 2, p. 51.

**215** AG Leijten bepleitte deze tweedeling reeds in zijn conclusie bij HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 661. Ook de bestuursrechter lijkt deze te hanteren. Ondeugdelijke gemotiveerde uitspraken kunnen volgens de bestuursrechter niet leiden tot doorbreking van een appelverbod. Zie bijv. CRvB 1 februari 2006, *LJN* AV1172; ABRvS 8 april 2009, 200901703/1/H2 en 200901703/2/H2; ABRvS 5 april 2006, 200506809/1. Voor niet gemotiveerde uitspraken staat de deur evenwel op een kier. In ABRvS 2 oktober 2001, 200103677/2, werd doorbreking mogelijk geacht omdat partijen een incomplete uitspraak was toegezonden, de tweede pagina ontbrak. Verder zijn er verscheidene uitspraken waaruit, hoewel doorbreking niet werd aangenomen, blijkt dat de bestuursrechter niet uitgaat van het standpunt dat het niet of onjuist motiveren nooit reden kan zijn voor doorbreking van het appelverbod. Zie bijv. CRvB 18 mei 2006, *LJN* AX8604; Hof Leeuwarden 5 november 2004, *LJN* AR7922; CRvB 1 februari 2006, *LJN* AV1172; CRvB 11 december 2003, *LJN* AO0321.

**216** Vgl. M.H. de Boer, G.J. Meijer, 'Kroniek Arbitragerecht', *TCR* 2007, 2, p. 55.

**217** Vgl. conclusie A-G Wesseling-van Gent onder 2.36 zoals weergegeven bij HR 22 december 2006, *NJ* 2008, 4 (Kers/Rijpma).

**218** Voor de invoering van art. 31 Rv in 2002 was de mogelijkheid van herstel van kennelijke fouten al in de jurisprudentie erkend. Zie HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 800 (Images/Van Delft); HR 29 april 1994, *NJ* 1994, 497 (Bodair/Meijboom); HR 15 mei 1998, *NJ* 1999, 672 (Zevenbergen/Interpolis).

**219** *Kamerstukken II* 1990/00, 26855, nr. 3, p. 62.

**220** *Idem*.

**221** Conclusie AG Bakels onder 4.4 bij HR 15 mei 1998, *NJ* 1999, 672; Conclusie AG Bakels onder 2.7 bij HR 3 januari 2003, *NJ* 2003, 659. Vgl. ook Th. B. ten Kate, B.B. Korsten-Krijnen, 'Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken', Deventer: Kluwer 2005, p. 159.

**222** HR 29 april 1994, *NJ* 1994, 497 (Bodair/Meijboom)

**223** Vgl. ook HR 22 oktober 1999, *NJ* 1999, 799 (Kakkenberg/Kakkenberg).

**224** Vgl. Ktr. Haderwijk 22 februari 1995, *Prg.* 1995, 4286. Zie ook. Rb. Utrecht 26 juni 1996, *JAR* 1996, 149. Zie verder de kennelijke schrijffouten in HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460, hersteld in HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 461.

**225** HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 171 (Thuiszorg/Plum).

**226** Vgl. Rb. Arnhem 22 oktober 2001, *JAR* 2001/11. Zie ook HR 10 juli 2009,

*LJN* BI4193.

**227** Hof Leeuwarden 8 februari 2011, *JAR* 2011/189. Vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2002, *NJ* 2003, 67.

**228** *Kamerstukken II* 1990/00, 26855, nr. 3, p. 62.

**229** Zo ja, dan kan de schending van art. 6 EVRM via 'herstel' geredresseerd worden en is doorbreking van het appelverbod ook op dit punt niet noodzakelijk.

**230** Vgl. ook Ktr. Rotterdam 15 maart 2004, *NJF* 2004, 307. Het gaat in deze zaak om het doorvoeren van een herstel in de processtukken, waarvoor art. 31 Rv formeel niet geschreven is. Dat artikel ziet alleen op kennelijke fouten van de rechter.

**231** HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 459 (ABN Amro/Zanders).

**232** Vgl. Van Mierlo, 'Tekst & Commentaar Burgerlijke rechtsvordering, artikel 31', Deventer: Kluwer 2009; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, artikel 31', Deventer: Kluwer 2010.

**233** *Kamerstukken II* 1990/00, 26855, nr. 5, p. 33.

**234** HR 29 april 1994, *NJ* 1994, 497 (Bodair/Meijboom)

**235** Hof Leeuwarden 8 februari 2011, *JAR* 2011/189.

**236** HR 4 oktober 1996, *NJ* 1998, 44 (Ten Have Productie/Bosman).

**237** Vgl. B.C.L. Kanen, 'Vernietiging en herroeping wegens bedrog', *TRA* 2009, 96; E.S. de Bock, 'Arbeidsprocesrecht', *TCR* 2006, 1, p. 23.

**238** Conclusie AG Wesseling-van Gent bij HR 19 december 2003, *NJ* 2005, 181 (Van Gruijthuijsen/Rabobank).

**239** Ktr. Maastricht 17 september 2002, *JAR* 2002, 271; Ktr. Haarlem 25 september 2002, *NJ* 2003, 340; Ktr. 6 februari 2003, *JAR* 2003, 62.

**240** E. Korthals Altes, 'Commentaar op art. 390 Rv', in: *Groene serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 1; W.H. Heemskerk, W. Hugenholtz, 'Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijke procesrecht', Den Haag: Elsevier 2002, nr. 170, noot 189; Luttmer-Kat, 'Commentaar op art. 7:685', in: 'Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek', Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 11 onder 9; H.L. Bakels, I.P. Asscher-Vonk, M. Fase, 'Schets van het Nederlandse arbeidsrecht', Deventer: Kluwer 2003, p. 173.

**241** *Kamerstukken II* 1990/00, 26855, nr. 3, p. 171 en 175. De uitzondering is blijkens de MvT bedoeld voor beschikkingen waarvan, indien zij berusten op onjuiste gegevens, steeds wijziging kan worden verzocht, zoals alimentatiebeschikkingen. Dit is niet aan de orde bij ontbindingsbeschikkingen.



Vgl. B.C.L. Kanen, 'Vernietiging en herroeping wegens bedrog', *TRA* 2009, 96.

**242** Hoewel de Hoge Raad in het arrest Kooijman/Landinrichtingscommissie voor de Ruilverkaveling (HR 23 december 2005, *NJ* 2007, 162) heeft bepaald dat het algemeen rechtsmiddelenverbod van art. 186 jo. 202 aanhef onder f Landinrichtingswet ook geldt voor de herroeping, heeft mijns inziens hetzelfde niet te gelden voor het appelverbod ex art. 7:685 BW. Artikel 7:685 lid 11 BW spreekt in tegenstelling tot art. 186 Landinrichtingswet niet van uitsluiting van elke of van enigerlei hogere voorziening, maar slechts van uitsluiting van appel en cassatie. Hieronder valt derhalve niet de herroeping. Er is geen sprake van een algemeen rechtsmiddelenverbod dat impliciet mede een herroepingsverbod kan omvatten. Vgl. noot H.J. Sniijders bij HR 23 december 2005, *NJ* 2007, 162.

**243** Vgl. in meer algemene zin B. Cornelissen, Th.H.P. van den Kieboom, 'Aantasting van ontbindingsbeschikkingen door middel van rekest-civiel, een update', *ArbeidsRecht* 2000, 27.

**244** C.C. Oberman, 'Rechtspraak ontbinding', Deventer: Kluwer 2005, p. 34; L.H. van den Heuvel, J. Dop, 'Handboek Ontslagrecht', Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2008, p. 153; 'artikel 685 Boek 7 BW' in 'Arbeidsovereenkomst plus', Kluwer; Deventer (losbl.), aant. 20.4.

**245** Zie voor een meer volledige overzicht van de herroepingsgronden: Th.B. ten Kate, M.M. Korsten-Krijnen, 'Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken', Deventer: Kluwer 2005, p. 49-95.

**246** *Kamerstukken II* 1990/00, 26855, nr. 3, p. 172.

**247** HR 4 oktober 1996, *NJ* 1998, 45.

**248** HR 27 november 1953, *NJ* 1955, 396.

**249** HR 19 december 2003, *NJ* 2005, 181 (Van Gruijthuijsen/Rabobank); T.L. Claassens, 'Wat (eerst) niet weet, maar (later) toch deert: de herroeping van rechterlijke uitspraken in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2006/21.

**250** J.P.H. Zwemmer, 'De ontslagvergoeding en de corrigerende werking van arbeidsmarktperspectieven', *ArbeidsRecht* 2007, 47.

**251** Zie bijv. Ktr. Amsterdam 14 april 2004, *JAR* 2004/120; Ktr. Breda 10 oktober 2007, *JAR* 2008/61; Ktr. Schiedam 6 april 1993, *JAR* 1993/89; Ktr. Schiedam 6 november 1992, *JAR* 1992/106. Vgl. ook Ktr. Rotterdam 23 oktober 2009, *JAR* 2010/30. Zie ook S.A. Tan, 'Herziening van ontbindingsbeschikkingen', *ArbeidsRecht* 2004, 23.

**252** Vgl. J.P.H. Zwemmer, 'De ontslagvergoeding en de corrigerende werking van arbeidsmarktperspectieven', *ArbeidsRecht* 2007, 47.

**253** HR 19 december 2003, *NJ* 2005, 181 (Van Gruijthuijsen/Rabobank).

**254** Dit werd voordien in de lagere rechtspraak al aangenomen. Zie bijv. Ktr. Amsterdam 19 maart 1992, *NJ* 1992, 782; Ktr. Nijmegen 24 september 1999, *Prg.* 1999, 5355; Ktr. Deventer 26 oktober 1999, *JAR* 1999/263; Ktr. Arnhem 31 januari 2000, *Prg.* 2000, 5425; Ktr. Haarlem 25 september 2002, *NJ* 2003, 340. Anders: Ktr. Utrecht 6 februari 2003, *JAR* 2003/62. Nadien is het uitgangspunt van de Hoge Raad ook in de lagere rechtspraak bevestigd. Zie bijv. Ktr. Zwolle 10 augustus 2004, *JAR* 2004/251; Rb. Groningen 5 augustus 2005, *RAR* 2006, 7; Ktr. Zaandam 17 augustus 2006, *RAR* 2006, 152; Ktr. Haarlem 16 november 2006, *JAR* 2006/290; Ktr. Breda 10 november 2007, *JAR* 2008/61; Ktr. Haarlem 23 december 2009, *Prg.* 2010, 26. Vgl. J.P.H. Zwemmer, 'De ontslagvergoeding en de corrigerende werking van arbeidsmarktperspectieven', *ArbeidsRecht* 2007, 47. Zwemmer meent dat de spreekplicht in de lagere jurisprudentie te ruim wordt uitgelegd.

**255** Vgl. E.S. de Bock, 'Arbeidsprocesrecht', *TCR* 2006, 1, p. 23; S.A. Tan, 'Herziening van ontbindingsbeschikkingen', *ArbeidsRecht* 2004, 23.

**256** Zie § 4.3.6.

**257** Niet helemaal zeker is bovendien of de ontbindingsbeschikking die niet openbaar gemaakt is via herstel geredresseerd kan worden en of de ontbindingsbeschikking in strijd met het openbaarheidsvereiste, bestaande uit het niet openbaar behandelen ter zitting en/of het niet openbaar maken van de beschikking, tot doorbreking van het appelverbod kan leiden.

**258** Daarbij laat ik de ontbindingsbeschikkingen in strijd met het openbaarheidsbeginsel, door hetzij een niet openbare zitting, hetzij een niet openbare uitspraak, buiten beschouwing. Het is namelijk niet goed voorstelbaar dat schending van het openbaarheidsbeginsel 'an sich' schade toebrengt aan de individuele partij belangen, hetgeen één van de vereisten is voor het succesvol aanspreken van de Staat uit onrechtmatige rechtspraak. Hoewel het openbaarheidsbeginsel een particulier belang dient, in die zin dat het een waarborg geeft tegen schending van de onpartijdigheid en andere beginselen die het recht op een eerlijke behandeling waarborgen en dus bijdraagt aan het recht op een eerlijk proces, brengt de enkele schending van het openbaarheidsbeginsel in een individueel geval niet zonder meer mee dat voornoemde beginselen ook daadwerkelijk door de rechter zijn geschonden. Is dit wel het geval en bleek de rechter dit door bijvoorbeeld schending van de openbaarheid te willen verbergen, dan vloeit de schade voor een partij voort uit schending van die beginselen en niet uit de schending van het openbaarheidsbeginsel.

**259** HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137.

**260** Nadien is dit criterium meermalen herhaald. Zie o.m. HR 17 maart 1978, *NJ* 1979, 204; HR 27 februari 1988, *NJ* 1989, 2; HR 8 januari 1993, *NJ* 1993, 558. Vgl. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, 'Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6-IV. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet', Deventer: Kluwer 2011, nr. 385.

**261** Verschillende auteurs lijken van mening te zijn dat het criterium voor

aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak niet zo ruim opgevat moet worden dat daaronder ook de schending van andere beginselen gewaarborgd door art. 6 EVRM dan het recht op een eerlijk proces door een onpartijdige rechter valt. Zie F. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', *NJB* 2010, 42, p. 2696, die spreekt van schending van art. 6 EVRM in dit opzicht. Vgl. ook S. Riege, 'Wie bewaakt de bewakers van het recht?', in W. Dijkshoorn, N.J.H. Huls, S.D. Lindenbergh, *Waar gehakt wordt...*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 72; V.V.R. Van Bogaert, *De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu Uitgevers 2005, p. 225-226; T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming bij schending van het EVRM: betere (samen)werking van Straatsburgse en Nederlandse instanties gewenst', *NJCM-Bulletin* 1998, 6, p. 684; R.J.G.M. Widdershoven, 'De invloed van het EG-recht en het EVRM op de Nederlandse bestuursrechtspraak', *JBplus* november 2006, p. 46; T. Barkhuysen, B.J. van Ettekoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009, 19. Van den Brink meent echter dat het criterium voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak de vraag is, of het gaat om een uitspraak die tot stand gekomen is op een manier die in strijd is met art. 6 EVRM: V. van den Brink, 'Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak', *NJB* 2000, 15, p. 790. Evenzo Van der Veer, die meent dat grammaticaal gezien de Hoge Raad met de woorden 'een eerlijke (...) behandeling van de zaak' lijkt te verwijzen naar het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, waardoor alle beginselen die in dat artikel zijn gewaarborgd onder deze uitzondering vallen: E. van der Veer, *Schadecompensatie bij overschrijding van de redelijke termijn*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 110. In de jurisprudentie is bij mijn weten slechts in een drietal gevallen een beroep op onrechtmatige rechtspraak aanvaard. Alle hadden betrekking op schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een *eerlijke behandeling* van de zaak kon worden gesproken. HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 524: de kantonrechter had een verzoek tot opname in een psychiatrische inrichting behandeld zonder dat de betrokkene door een raadsman werd bijgestaan. Hof 's-Gravenhage 17 juli 1997, *NJkort* 1997, 75: het EHRM had Nederland reeds veroordeeld vanwege schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Doordat een bepaalde getuige niet was gehoord, was geen sprake geweest van een eerlijke en onpartijdige behandeling. HR 18 maart 2005, *NJ* 2005, 201: het EHRM had Nederland veroordeeld vanwege schending van art. 6 lid 1 en lid 3 sub d EVRM. Het gerechtshof had zijn strafrechtelijke veroordeling grotendeels gebaseerd op verklaringen van anonieme politieambtenaren.

**262** Zie § 4.3 en 4.3.5.

**263** P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 155. Volgens Smits verdient schending van het motiveringsbeginsel wel de kwalificatie van schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken. Vgl. ook S.C.J.J. Kortmann, 'Wie betaalt de rekening? Enige rechtsvergelijkende kanttekeningen naar aanleiding van het Anca-arrest', *NJP* 1993, 25, p. 922.

**264** ‘Waarschijnlijk’ omdat niet expliciet naar deze jurisprudentie verwezen wordt.

**265** Zie § 4.3.5.

**266** Zie § 4.3.5.2.

**267** Vgl. P. Smits, ‘*Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*’, Deventer: Kluwer 2008, p. 155.

**268** Dit zien we ook terug op Straatsburgs niveau. Het blijft meestal bij de vaststelling dat het nationale gerecht art. 6 EVRM heeft geschonden door een onderdeel van zijn uitspraak niet te motiveren. Ten aanzien van de gevorderde schadevergoeding overweegt het EHRM naar vaste rechtspraak: ‘*The Court cannot speculate as to what the outcome of the domestic proceedings would be if the requirements of Article 6 § 1 had been complied with. In view of this, there is no causal link between the violation and the alleged pecuniary damage.*’ Zie bijv. EHRM 1 juli 2003, nr. 37801/87, § 43 (Suominen v. Finland); EHRM 9 december 1994, nr. 18390/91, § 33 (Ruiz Torija v. Spain); EHRM 19 februari 1998, nr. 20124/92, § 48 (Higgins v. France); EHRM 6 september 2005, nr. 65518/01, § 121 (Salov v. Ukraine).

**269** Vgl. HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 (Baijings/ mr. H). Dit wordt het leerstuk ‘verlies van een kans’ genoemd. Zie meer uitgebreid hieromtrent: H. van der Burg, ‘De kans op schadevergoeding bij een ‘verloren kans’, in: W. Dijkshoorn, N.J.H. Huls, S.D. Lindenbergh, ‘*Waar gehakt wordt...*’, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 183-208.

**270** Vgl. F. Fernhout, ‘Onrechtmatige rechtspraak herzien’, *NJB* 2010, 42, p. 2696; B. de Vries, ‘Uitzondering of (hoofd)regel? De uitsluiting van hoger beroep en cassatie ex artikel 7:685 BW en de derde fase van de herziening burgerlijk procesrecht’, *AA* 1999, 7/8, p. 520.

**271** Vgl. M.H. Wissink, R. Meijer, ‘Köbler: staatsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door hoogste rechterlijke instanties’, *VrA* 2004, 1, p. 105.

**272** F. Logghe, ‘Over de “eerlijke behandeling” volgens artikel 6 van het EVRM’, *Jura Falconis* 1996-1997, 2, p. 290.

**273** Vgl. R. Meijer, ‘Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters’, *MvV* 2010, 2, p. 13.

**274** HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137.

**275** V.V.R. van Bogaert, ‘*De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief*’, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu-Uitgevers 2005, p. 307.

**276** Vgl. T. Hoogenboom, ‘Hoe bewaken we de bewakers’, in: ‘*Recht op scherp*’.

*Beschouwingen over handhaving van publiekrecht aangeboden aan Prof. Mr. W. Duk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 96.

**277** Zie § 4.

**278** HR 4 oktober 1996, *NJ* 1998, 44 (Ten Have/Bosman); HR 13 december 1996, *NJ* 1998, 46. In beide zaken liet de Hoge Raad herroeping toe, terwijl het een beschikking betrof. Vgl. V.V.R. van Bogaert, *‘De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief’*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu-Uitgevers 2005, p. 307-308. Vgl. ook Rb. ’s-Gravenhage 2 november 1995, rolnr. 95/1030 en Hof ’s-Gravenhage 17 juli 1997, *NJ Kort* 1997, 75. De rechter stond door een buitenwettelijk request-civiel de heropening van een reeds afgesloten procedure toe, omdat het EHRM had aangeven dat er sprake was van een schending van art. 6 EVRM.

**279** Vgl. ook V. van den Brink, ‘Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak’, *NJB* 2000, 15, p. 792.

**280** V.V.R. van Bogaert, *‘De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief’*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu-Uitgevers 2005, p. 309-310.

**281** Vgl. V.V.R. van Bogaert, ‘De ‘gemiddelde rechter’, *Trema* 2009, 9, p. 392.

**282** HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137 (Bezorgde procuratiehoudster).

**283** In de literatuur zijn er naast bovenstaande bezwaren tegen aansprakelijkheid voor onrechtmatig rechterlijk handelen ook nog genoemd: de onafhankelijkheid van de rechter, het feit dat art. 844 (oud) Rv alleen rechtsweigering als grond voor persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter erkent, het proces-risico-argument en het floodgate argument. Deze worden echter alle niet doorslaggevend bevonden. Zie voor deze argumenten en de weerlegging daarvan: C.J. van Zeben, ‘Onrechtmatige daad van de rechter’, in: C.H. Beekhuis e.a., *‘Opstellen aangeboden aan Prof. Nr. S.N. van Opstall’*, Deventer: Kluwer 1972, p. 209-212; V. van den Brink, ‘Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak’, *NJB* 2000, 15, p. 793-794; V.V.R. van Bogaert, *‘De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief’*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu-Uitgevers 2005, p. 319-330; A. Wolfsbergen, ‘Rechtersaansprakelijkheid’, *NJB* 1943, p. 244; Chr. Van Dijk, C. Drion, ‘De rechter moet het rechter maken’, *A&V* 1998, p. 35.

**284** V. van den Brink, ‘Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak’, *NJB* 2000, 15, p. 792. Zie ook: V.V.R. van Bogaert, *‘De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief’*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu-Uitgevers 2005, p. 315.

**285** Bijvoorbeeld de ontbindingsbeschikking: HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182.

**286** V.V.R. van Bogaert, ‘De ‘gemiddelde rechter’, *Trema* 2009, 9, p. 393.

**287** HvJ EG 19 november 1991, nr. C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (Francovich).

**288** HvJ EG 5 maart 1996, nr. C-43/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (Brasserie du Pêcheur en Factortame).

**289** Vgl. noot M.L.H.K. Claes bij HvJ EG 8 oktober 1996, gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-190/94, *JB select* 2009, 32.

**290** HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, *NJ* 2004, 160 (Köbler).

**291** HvJ EG 15 januari 1998, nr. C-15/96, *Jur.* 1998, p. I-47 (Schöning-Kougebetopoulou).

**292** HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, *NJ* 2004, 160 (Köbler). Vgl. HvJ EG 19 november 1991, nr. C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (Francovich); HvJ EG 5 maart 1996, nr. C-43/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (Brasserie du Pêcheur en Factortame). De Köbler lijn is door het HvJ bevestigd in de zaak Traghetti del Mediterraneo: HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03, *NJ* 2006, 543 (Traghetti del Mediterraneo). In deze laatste zaak heeft het HvJ bovendien expliciet gemaakt dat een nationaal criterium voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak in geen geval strengere eisen mag stellen dan het criterium gegeven door het Hof in het Köbler-arrest. Vgl. R. Ortlep, 'Het arrest Traghetti en een geharmoniseerd criterium voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak', *NTER* 2006, 10, p. 229.

**293** Vgl. C.H. Sieburgh, 'Het Europese gemeenschapsrecht en het Nederlandse buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, *'De invloed van het Europese Recht op het Nederlandse Privaatrecht'*, Deventer: Kluwer 2007, p. 503.

**294** Vgl. ook. M.H. Wissink, R. Meijer, 'Köbler: staatsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door hoogst rechterlijke instanties', *VrA* 2004, 1, p. 92.

**295** Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, 'De invloed van het EG-recht en het EVRM op de Nederlandse bestuursrechtspraak', *JBplus-Verklaard* november 2006, p. 46.

**296** Vgl. T. Barkhuysen, *'Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde'*, Deventer: Kluwer 2006, p. 21.

**297** T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler, R.J.G.M. Widdershoven, *'AB klassiek'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 488. Zie voor een uitvoerige behandeling van de Straatsburgse jurisprudentie terzake: T. Barkhuysen, *'Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten'*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 89-93.

**298** EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (Kudla v. Poland).

**299** Hiermee komt het EHRM ook terug van de eerdere opvatting volgens welke

art. 13 EVRM naar art. 6 EVRM geen zelfstandige betekenis had.

**300** Vgl. EHRM 29 maart 2006, nr. 36813/97 (Scordino v. Italy).

**301** EHRM 11 september 2002, nr. 57220/00 (Mifsud). Vgl. Vgl. T. Barkhuysen en A.M.L. Jansen, 'Actuele ontwikkelingen in de redelijke termijnjurisprudentie: over Nederlandse termijnoverschrijdingen en ontbrekende nationale rechtsmiddelen', *NJCM-Bulletin* 2003, 5, p. 595; T. Barkhuysen, 'Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde', Deventer: Kluwer 2006, p. 21.

**302** HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137.

**303** En ook HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03, *NJ* 2006, 543 (Traghetti del Mediterraneo).

**304** Vgl. noot M.L.H.K. Claes bij HvJ EG 8 oktober 1996, gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-190/94, *JB select* 2009, 32.

**305** E. Steyger, 'De gevolgen van de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke schendingen van EG-recht', *NTER* 2004, 1-2, p. 21; B.F. de Jong, 'Ontwikkelingen op het gebied van onrechtmatige rechtspraak: een beknopt overzicht van de rechtspraak', *O&A* 2006, 5/6, p. 146.

**306** M.H. Wissink, R. Meijer, 'Köbler: staatsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door hoogst rechterlijke instanties', *VrA* 2004, 1, p. 105. Vgl. S. Riege, 'Wie bewaakt de bewaker van het recht?', in: W. Dijkshoorn, N.J.H. Huls, S.D. Lindenbergh, 'Waar gehakt wordt...', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 77.

**307** F. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', *NJB* 2010, 42, p. 2697; R. Ortlep, 'Het arrest Traghetti en een geharmoniseerd criterium voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak', *NTER* 2006, 10, p. 229.

**308** In het civiele recht kan overschrijding van de redelijke termijn geen invloed hebben op de materiële rechtsstrijd tussen partijen. Zie HR 29 juni 1990, *NJ* 1991, 337; E. van der Veer, 'Schadecompensatie bij overschrijding van de redelijke termijn', Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 102-103. Bovendien worden niet ontvankelijkheid dan wel toe- of afwijzing van de eis als sanctie in het civiele proces niet goed denkbaar geacht. Zie P. Smits, 'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure', Deventer: Kluwer 2008, p. 210.

**309** P. Smits, 'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure', Deventer: Kluwer 2008, p. 256.

**310** Zie bijv. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming bij schending van het EVRM: betere (samen)werking van Straatsburgse en Nederlandse instanties gewenst', *NJCM-Bulletin* 1998, 6, p. 684; R.J.G.M. Widdershoven, 'De invloed van het EG-recht en het EVRM op de Nederlandse

bestuursrechtspraak', *JBplus* november 2006, p. 46; T. Barkhuysen, B.J. van Ettekoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009, 19. Ook het Hof 's-Gravenhage is van mening dat schending van de redelijke termijn niet onder het criterium voor onrechtmatige rechtspraak, zoals door de Hoge Raad in 1971 gegeven, kan vallen. Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, *LJN* BH4212. Vgl. ook T. Barkhuysen, A.M.L. Jansen, 'Rechtsmiddelen tegen rechterlijke en bestuurlijke traagheid: Het EVRM noopt tot aanpassing van het Nederlandse recht', *NJB* 2002, 17, p. 848; T. Barkhuysen, 'Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde', Deventer: Kluwer 2006, p. 21; V.C.A. Lindijer, 'De goede procesorde: een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht', Deventer: Kluwer 2006, p. 595-596; M. Schreuder –Vlasblom, 'Dertig jaar later; de redelijke termijn als nationale uitdaging', in T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, J.P. Loof, 'Geschakeld recht: verdere studies over Europese grondrechter ter gelegenheid van de 70<sup>ste</sup> verjaardag van prof. Mr. E.A. Alkema', Deventer: Kluwer 2009, p. 471.

**311** De Hoge Raad heeft zich, voor zover ik heb kunnen nagaan, nog nooit duidelijk uitgesproken over de mogelijkheid tot schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn door de rechter op basis van het criterium uit 1971 voor het aannemen van onrechtmatige rechtspraak.

**312** Zie E. van der Veer, 'Schadecompensatie bij overschrijding van de redelijke termijn', Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 110.

**313** Hetgeen ik daarover opgemerkt heb in het kader van de doorbrekingsgrond 'verzuim van essentiële vormen' geldt ook hier (zie § 4.3 en 4.3.5).

**314** Zie Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, *LJN* BH4212. Vgl. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming bij schending van het EVRM: betere (samen)werking van Straatsburgse en Nederlandse instanties gewenst', *NJCM-Bulletin* 1998, 6, p. 684.

**315** ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008, 229; CRvB 11 juli 2008, *AB* 2008, 241; ABRvS 24 december 2008, *JB* 2009, 42; CRvB 26 januari 2009, *JB* 2009, 66; CBB 3 maart 2009, *LJN* BH6281. De bestuursrechter sluit hiermee aan bij de zaak Kudla tegen Polen. Zie noot R.J.G.M. Widdershoven bij ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008, 229.

**316** HR 10 juni 2011, *LJN* BO5080, *LJN* BO5087, *LJN* BO5046.

**317** Vgl. T. Barkhuysen, 'Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde', Deventer: Kluwer 2006, p. 21.

**318** Uit het EVRM vloeien namelijk nog wel meer eisen aan het rechterlijk handelen of nalaten voort. In dit kader is ook relevant het standpunt van voormalig minister van justitie Donner. In een brief aan de Tweede Kamer geeft hij aan dat ter verbetering van de mogelijkheden om in Nederland Straatsburgse uitspraken te verwerken het middel van de onrechtmatige rechtspraak gebruikt



zou moeten kunnen worden en dat een verruiming van de aansprakelijkheid in dat kader voor de hand ligt. Daarbij trekt Donner ook een parallel met het in de vorige paragraaf behandelde arrest Köbler van het Hof van Justitie, dat tot een vergelijkbare verruiming noopt met betrekking tot schendingen van het EU-recht door de rechter. Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 29 279, nr. 28; T. Barkhuysen en M. van Emmerik, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-Bulletin* 2006, 1, p. 57.

**319** Vgl. H.B. Krans, 'Het arrest Köbler: aansprakelijkheid voor schending van EG-recht in rechterlijke uitspraken', *NJB* 2004, 11, p. 574; M.H. Wissink, R. Meijer, 'Köbler: staatsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door hoogst rechterlijke instanties', *VrA* 2004, 1, p. 106; F. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', *NJB* 2010, 42, p. 2697.

**320** Vgl. M.H. Wissink, R. Meijer, 'Köbler: staatsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door hoogst rechterlijke instanties', *VrA* 2004, 1, p. 108.

**321** A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6-IV. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 390.

**322** HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131.

**323** De Hoge Raad noemt daarbij als argumenten dat (1) na het instellen van een rechtsmiddel een andere uitspraak volgt, niet hoeft te betekenen dat de vernietigde uitspraak onjuist was en (2) de omstandigheid dat de (scheids)rechter in vrijheid en onbevangenheid over het voorgelegde geschil moet kunnen oordelen ertoe noopt om slechts in uitzonderlijke gevallen een vernietigde uitspraak onrechtmatig te achten.

**324** Zie A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6-IV. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 386; R. Meijer, 'Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?', *MvV* 2010, 2, p. 14.

**325** Zie F. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', *NJB* 2010, 42, p. 2698-2699; F.M.J. Verstijlen, 'Aansprakelijkheid Staat bij: art. 64 Faillissementswet', in: *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2011; 'Rechterlijke ambtenaren bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6 Artikel 170', in: *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2011; R.C.J. Flach, 'Burgerlijk procesrecht', *Ars Aequi Kwartaalsignaal* 2011/119, p. 6653; Noot J.B.M. Vranken bij HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131; Noot S.C.J.J. Kortmann bij HR 4 december 2009, *JOR* 2010/175.

**326** F. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', *NJB* 2010, 42, p. 2699.

**327** Vgl. ook Noot J.B.M. Vranken bij HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131.

- 328** Vgl. ook Noot J.B.M. Vranken bij HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131.
- 329** Noot S.C.J.J. Kortmann bij HR 4 december 2009, *JOR* 2010/175.
- 330** F. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', *NJB* 2010, 42, p. 2698.
- 331** Art. 42 lid 2 Wvra. Dit interne regresrecht van de Staat op de individuele rechter geldt echter niet voor onrechtmatige rechterlijke uitspraken. Art. 42 lid 3 Wvra sluit interne aansprakelijkheid jegens de Staat voor onrechtmatige uitspraken categorisch uit.
- 332** Vgl. ook Noot J.B.M. Vranken bij HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131.
- 333** België kent eenzelfde soort criterium voor de staatsaansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak. Maatstaf is die van 'een normaal en omzichtig magistraat die in dezelfde voorwaarden en omstandigheden van tijd verkeert. Belgisch Hof van Cassatie 8 december 1994, N 19941208-10. Te raadplegen via [www.cass.be](http://www.cass.be).
- 334** Dat het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak ook toepasbaar is in ontbindingszaken bleek al uit het Bezorgde Procuratiehoudster arrest.
- 335** Zie ook R.C.J. Flach, 'Burgerlijk procesrecht', *Ars Aequi Kwartaalsignaal* 2011/119, p. 6653; Noot J.B.M. Vranken bij HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131.
- 336** In ieder geval mag het nieuwe criterium niet strenger zijn dan het door het Hof van Justitie gegeven criterium in Köbler. Zie HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03, *NJ* 2006, 543 (Traghetti del Mediterraneo).
- 337** F. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', *NJB* 2010, 42, p. 2699. Dit verklaart volgens hem ook waarom in HR 19 maart 2010, *NJ* 2010,172 nog de oude criteria worden gehanteerd. Echter, in die zaak gaat het niet om onrechtmatige rechtspraak. Zie het betoog van AG Wesseling-van Gent in haar conclusie bij HR 19 maart 2010, *NJ* 2010, 172, onder 2.22.
- 338** Van Bogaert noemt hierbij het voorbeeld dat door een fout van de rechter een bedrijf failliet wordt verklaard, hetgeen in hoger beroep wordt teruggedraaid, maar de curator de boedel in de tussentijd al heeft vereffend. V.V.R. van Bogaert, 'Onrechtmatige rechtspraak: een nieuw criterium', *AA* 2006, 2, p. 109.
- 339** Voorgaande beperking wordt ook niet gesteld door: R. Meijer, 'Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?', *MvV* 2010, 2, p. 14; Noot J.B.M. Vranken bij HR 4 december 2009, *NJ* 2011, 131; Noot S.C.J.J. Kortmann bij HR 4 december 2009, *JOR* 2010/175.
- 340** HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672 (Woesthoff/Intershow).
- 341** Een ontslag wegens de zwangerschap is in strijd met Richtlijn 76/207/EG van de Raad van 9 februari 1976 inzake de gelijke behandeling van mannen en

vrouwen, *PB* 1976, L 39. Vgl. ook HvJ EG 11 november 2010, C-232/09, *RvdW* 2011/109 (Danosa). Een ontslag wegens afwezigheid gedurende zwangerschap- en bevallingsverlof is eveneens in strijd met Europees recht. Zie HvJ EG 8 november 1990, C-179/88 (Hertz); HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96, *NJ* 1999, 476 (Brown). Vgl. W.L. Roozendaal, 'Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht' (diss. VU Amsterdam), 2011, p. 219.

**342** De kantonrechter is in casu te beschouwen als de hoogste rechter, aangezien er geen gewoon rechtsmiddel openstaat. Zie H.B. Krans, 'De kantonrechter als hoogste rechter', *WPNR* 2004, 6595, p. 828.

**343** HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, *NJ* 2004, 160 (Köbler).

**344** HR 26 november 1999, *NJ* 2000, 210; HR 9 oktober 1992, *NJ* 1992, 771; Ktr. Amsterdam 7 februari 1997, *JAR* 1997/220; Ktr. Amsterdam 16 juli 1997, *JAR* 1997/177; Rb. Alkmaar 7 augustus 1997, *JAR* 1997/224.

**345** HR 26 mei 1966, *NJ* 1966, 345; HR 15 oktober 1982, *NJ* 1983, 79. Vgl. ook V.M.C. Rasquin, 'Ontbinding met terugwerkende kracht en WW', *ArbeidsRecht* 1998, 14.

**346** Vgl. J. Spier, 'Onrechtmatige rechtspraak', *NJB* 1990, 2, p. 65. Spier verdedigde reeds dat het niet op voorhand aannemelijk lijkt dat de Hoge Raad een vordering, gebaseerd op onmiskenbare wetschending door een rechter, zonder meer zou doen stranden.

**347** Tenzij 'herstel' uitkomst kan bieden.

**348** Ktr. Arnhem 24 december 1996, zoals weergegeven bij HR 27 maart 1998, *NJ* 1998, 553.

**349** Tenzij 'herstel' uitkomst kan bieden.

**350** Ktr. Almelo 22 december 2006, zoals weergegeven bij hof Arnhem 21 augustus 2007, *JOR* 2007, 285.

**351** Hof Arnhem 21 augustus 2007, *JOR* 2007, 285.

**352** Ktr. Bergen op Zoom 11 maart 1992, zoals weergegeven bij HR 24 september 1993, *NJ* 1993, 758. Volgens de Hoge Raad kon de uitleg die de kantonrechter aan de woorden 'dadelijk of na korte tijd' heeft gegeven, ondanks of zij juist is, niet worden gezegd dat zij het toepassingsgebied van art. 7:685 BW te buiten gaat. Voor doorbreking komt de uitspraak derhalve niet in aanmerking.

**353** Vgl. conclusie AG Huydecoper noot 5, bij HR 9 juli 2010, *JAR* 2010/198.

**354** Vgl. ook art. 121 Grondwet.

**355** Tenzij hoger beroep mogelijk is. Vgl. P. Smits, 'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure', Deventer: Kluwer 2008, p. 155.

**356** Tenzij de schending van art. 6 EVRM reeds door ‘herstel’ ongedaan gemaakt kan worden.

---

© Boom Juridische uitgevers





















