

# 6. Hoge Raad wijst de verkeerde kant op bij terugwijzing

A.E.H. VAN DER VOORT MAARSCHALK<sup>1</sup>

**Op 12 juli 2019 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een partij cassatieberoep moet instellen tegen een uitspraak waarbij de appelrechter de zaak terugwijst naar de rechtbank, als die partij wil voorkomen dat oordelen in die terugwijzingsuitspraak onherroepelijk worden.<sup>2</sup> Het arrest lijkt mij onjuist omdat bij terugwijzing sprake is van een tussenuitspraak. Daartegen kan volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad slechts tegelijk met de einduitspraak beroep worden ingesteld.**

Hoe dan ook heeft het niet-instellen van cassatieberoep tegen een terugwijzingsuitspraak mijns inziens niet tot gevolg dat ook andere oordelen dan de terugwijzing zelf onherroepelijk worden. De Hoge Raad zou daarom van zijn beslissing moeten terugkomen, ook al omdat die ongewenste praktische consequenties heeft voor partijen en appelrechters.

Ik geef hierna eerst kort de casus van het arrest weer (§ 1). Daarna leg ik uit waarom het arrest mijns inziens onjuist is (§ 2) en ga ik in op het onderscheid tussen einduitspraak, eindbeslissing, tussenuitspraak en deeluitspraak (§ 3). Ten slotte ga ik in op de vraag hoe de praktijk verder moet met het arrest (§ 4).

## 1. De casus

Belanghebbende heeft in 2015 op aangifte BPM voldaan voor twintig geïmporteerde personenauto's met meer dan normale gebruiksschade. In overeenstemming met bijlage I bij de Uitvoeringsregeling BPM heeft hij voor de berekening van de grondslag voor de BPM 72% van de geschatte herstelkosten in mindering gebracht op de waarde van het referentiemotorrijtuig van de desbetreffende auto. In bezwaar en beroep voerde belanghebbende kort gezegd twee argumenten aan: (a) de 72%-regeling is in strijd met art. 110 VWEU en (b) de waardevermindering als gevolg van de meer dan normale gebruiksschade is gelijk aan de herstelkosten, of in elk geval meer dan 72% van die herstelkosten.

De rechtbank verwierp argument (a). Voorts achtte zij een grotere waardevermindering dan 72% van de herstelkosten (argument (b)) niet bewezen. In hoger beroep bevestigde het hof het oordeel van de rechtbank over argument (a), maar wees het de zaak met vernietiging van de rechtbankuitspraak terug naar de rechtbank voor een herbeoordeling van argument (b). Het hof vond namelijk dat de rechtbank onvoldoende acht had geslagen op hetgeen belanghebbende aan bewijs bijeen had gebracht. Onder de uitspraak schreef het hof dat daartegen binnen zes weken cassatieberoep kon worden ingesteld.

Belanghebbende stelde geen cassatieberoep in maar volgde de door het hof bevolen terugwijzing naar de rechtbank. De rechtbank ging voorbij aan hetgeen belanghebbende (opnieuw) aanvoerde omtrent argument (a). Voor wat betreft argument (b) bleef de rechtbank, na herbeoordeling van de door belanghebbende aangevoerde bewijsmiddelen, bij haar eerste uitspraak. Belanghebbende stelde opnieuw hoger beroep in, maar dat mocht niet baten. Het hof oordeelde dat argument (a) niet meer aan de orde kon komen omdat het daarover al in zijn eerste uitspraak definitief had beslist. Voor wat betreft argument (b) nam het hof het oordeel van de rechtbank over en verklaarde het hoger beroep ongegrond.

In cassatie betoogde belanghebbende opnieuw dat de 72%-regeling in strijd is met het EU-recht (argument (a)). Voorts klaagde hij over de verwerping van zijn argument (b). De Hoge Raad oordeelde dat belanghebbende in cassatie niet meer kon klagen over de verwerping van argument (a) omdat het hof dat argument al in zijn eerste uitspraak had verworpen en belanghebbende tegen die uitspraak geen cassatieberoep had ingesteld.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Met dank aan mr. M. Pelinck en mijn kantoorgenote mr. M.C. Brans voor hun commentaar op het concept van dit artikel.

<sup>2</sup> HR 12 juli 2019, nr. 18/02955, ECLI:NL:HR:2019:1084, *BNB* 2019/163, m.nt. B.A. van Brummelen. De lijn is impliciet bevestigd in HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1871, waarin de Hoge Raad een cassatieberoep ontvankelijk achtte dat was gericht tegen een hofuitspraak waarbij de zaak werd teruggewezen naar de rechtbank na een onterechte niet-ontvankelijkverklaring door de rechtbank. Zie voor de hofuitspraak: Hof Amsterdam 2 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1472.

<sup>3</sup> De cassatieklachten over de verwerping van argument (b) verwierp de Hoge Raad zonder motivering (met toepassing van art. 81 lid 1 RO).

## 2. Een onjuist arrest

Volgens de Hoge Raad stond tegen de eerste hofuitspraak cassatieberoep open. Hij overweegt namelijk:

‘3.3.2. Uit artikel 78, lid 4, van de Wet op de rechterlijke organisatie in samenhang gelezen met artikel 28 AWR vloeit voort dat partijen beroep in cassatie kunnen instellen tegen een uitspraak van een gerechtshof – zoals de terugwijzingsuitspraak – die strekt tot gegrondverklaring van het hoger beroep, (gedeeltelijke) vernietiging van de uitspraak van de rechtbank en terugwijzing van het geding naar de rechtbank. (...)’

Met dit oordeel ben ik het oneens. Voor het antwoord op de vraag of tegen een uitspraak hoger beroep of cassatieberoep openstaat gaat het namelijk, ook volgens de eigen jurisprudentie van de Hoge Raad,<sup>4</sup> erom of de uitspraak van de rechtbank c.q. het hof als een einduitspraak of een tussenuitspraak is aan te merken. In het laatste geval staat geen beroep open. Een uitspraak die strekt tot terugwijzing is mijns inziens een tussenuitspraak. Ik licht dit toe in § 3. Aan het openstaan van de mogelijkheid van cassatieberoep tegen de terugwijzingsuitspraak verbindt de Hoge Raad (in het vervolg van r.o. 3.3.2 en in 3.3.5) het gevolg dat alle oordelen in die terugwijzingsuitspraak onherroepelijk worden als tegen de uitspraak niet meteen cassatieberoep wordt ingesteld:

‘(...) Er is geen wettelijk voorschrift op grond waarvan de mogelijkheid tegen een dergelijke terugwijzingsuitspraak beroep in cassatie in te stellen, is beperkt tot specifieke beslissingen in die uitspraak. Een dergelijk beroep in cassatie kan zich daarom richten tegen zowel de rechtsoordelen als de feitelijke oordelen in een terugwijzingsuitspraak en ook tegen de beslissing van het gerechtshof om de zaak terug te wijzen naar de rechtbank (vgl. HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2132).

(...)

3.3.5 (...) Indien geen van beide partijen beroep in cassatie tegen een terugwijzingsuitspraak instelt, brengt dit voor de verdere fases van de procedure mee dat de geschilpunten waarover de hogerberoepsrechter in die uitspraak een definitief oordeel heeft gegeven, daarmee onherroepelijk zijn beslecht. Daardoor kan een partij dergelijke geschilpunten

niet opnieuw aan de orde stellen in het verdere verloop van de procedure.’

Ik ben het wel eens met de Hoge Raad dat de rechtbank na terugwijzing de zaak moet afdoen met inachtneming van de uitspraak van het hof en ook dat het hof bij een eventueel volgend hoger beroep niet kan terugkomen op definitieve beslissingen in zijn verwijzingsuitspraak.<sup>5</sup> Ik zie echter niet in waarom *dit* meebrengt dat ook de Hoge Raad als volgende, *hogere* rechter gebonden is aan die definitieve beslissing van het hof als die beslissing niet meteen in cassatie wordt aangevochten. Dat staat niet in art. 27q AWR (oud) of art. 8:115 Awb of de wetsgeschiedenis ervan. De door A-G Wattel – naar wie de Hoge Raad in r.o. 3.3.5 verwijst – genoemde ratio brengt dat ook niet mee. De ratio van art. 8:115 Awb is dat de rechtbank niet opnieuw beslist over een geschilpunt waarover het hof al heeft beslist en dat het hof daarover ook niet opnieuw beslist. Art. 27q AWR (oud) en art. 8:115 Awb gaan echter niet over de vraag wanneer een geschilpunt moet worden voorgelegd aan de Hoge Raad als hogere instantie.<sup>6</sup> Ze zeggen dan ook niets over de vraag wanneer tegen de uitspraak van het hof cassatieberoep kan of moet worden ingesteld. Met zijn oordeel dat belanghebbende cassatieberoep had moeten instellen in plaats van de terugwijzing van het hof te volgen, wijst de Hoge Raad dus de verkeerde kant op.

### In zijn einduitspraak kan de rechter niet terugkomen op zijn in de tussenuitspraak gegeven oordeel

Het arrest heeft bovendien tot gevolg dat een onwenselijke opsplitsing en vertraging van de procedure ontstaat. Volgens de Hoge Raad had de belastingplichtige de verwerping van argument (a) meteen na de eerste hofuitspraak moeten voorleggen aan de Hoge Raad. Het debat over argument (b) zou derhalve stil komen te liggen in afwachting van de beslissing van de Hoge Raad. De procedure zou dus worden opgesplitst. Een dergelijke opsplitsing is niet voorzien in art. 8:115 Awb. Zo'n opsplitsing is ook niet te verenigen met het doel van finale geschilbeslechting dat aan art. 8:113 lid 1 Awb ten grondslag ligt (aldus r.o. 3.3.5) en evenmin met art. 8:104 lid 3 Awb, art. 28 lid 5 AWR en de jurisprudentie die inhoudt dat tegen een tussenuitspraak slechts tegelijk met de einduitspraak (cassatie)beroep kan worden ingesteld.

De beslissing van de Hoge Raad lijkt mij derhalve onjuist. De verklaring is naar mijn indruk dat de Hoge Raad, net als

4 HR 23 december 1987, nr. 24654, *BNB* 1988/92, m.nt. Van Leijenhorst, r.o. 4.1 en 4.2 (naar aanleiding van cassatieberoep tegen een hofuitspraak waarbij prejudiciële vragen aan het HvJ EG werden gesteld); HR 14 september 2007, nr. 43294, *BNB* 2008/51, m.nt. Happé (naar aanleiding van een beslissing van het hof op grond van art. 8:29 lid 3 Awb). Zie ook reeds: HR 22 februari 1961, *BNB* 1961/103; HR 1 december 1965, *BNB* 1966/18; HR 14 september 1966, *BNB* 1966/269; HR 15 oktober 1969, *BNB* 1970/77, m.nt. J. van Soest; HR 15 oktober 1980, *BNB* 1980/318. En voor de WRvB: HR 16 november 1921, *B.* 2876; HR 9 november 1949, *B.* 8670; HR 26 oktober 1955, *BNB* 1955/382.

5 Ik zou menen dat hij daarop *in beginsel* niet kan terugkomen. Uitzonderingen zijn namelijk mogelijk. Zie voetnoot 10 hierna.

6 Het gaat slechts erom dat een geschilpunt maximaal in drie instanties beoordeeld moet kunnen worden. Het is inderdaad niet de bedoeling van de wetgever dat een partij in totaal vijf instanties (tweemaal rechtbank, tweemaal hof, eenmaal Hoge Raad) zou hebben voor een geschilpunt, zoals A-G Wattel terecht opmerkt in onderdeel 5.2 van zijn conclusie (waarnaar de Hoge Raad verwijst in r.o. 3.3.5).

de A-G en het hof<sup>7</sup>, het verschil uit het oog verliest tussen een einduitspraak, een eindbeslissing, een tussenuitspraak en een deeluitspraak. Ik ga daarop nu in.

### 3. Einduitspraak, eindbeslissing, tussenuitspraak, deeluitspraak

#### 3.1 Einduitspraak, eindbeslissing en tussenuitspraak in het bestuursprocesrecht en het burgerlijke procesrecht

In een einduitspraak wordt een uitspraak gedaan over het object van de procedure, het beroep tegen de uitspraak op bezwaar. De verschillende mogelijke uitspraken staan in art. 8:70 Awb. In een tussenuitspraak wordt nog geen uitspraak gedaan over het object van de procedure. In een tussenuitspraak kunnen wel definitieve beslissingen over bepaalde geschilpunten worden gegeven die van belang zijn voor de later te geven einduitspraak. Op zulke beslissingen kan de rechter in beginsel<sup>8</sup> niet terugkomen in zijn einduitspraak; zij worden daarom ‘eindbeslissingen’ genoemd (ook wel ‘bindende eindbeslissingen’). Het kan bijvoorbeeld zijn dat een rechter in een uitspraak oordeelt dat sprake is van een deelneming maar dat de omvang van het vrijgestelde voordeel nog niet kan worden vastgesteld en dat hij de belastingplichtige gelegenheid geeft tot het leveren van bewijs van die omvang. In zo’n uitspraak wordt niets gezegd over de gegrondheid of ongegrondheid van het beroep tegen de uitspraak op bezwaar; daarom is de uitspraak een tussenuitspraak. In zijn einduitspraak kan de rechter niet terugkomen op zijn in de tussenuitspraak gegeven oordeel (‘eindbeslissing’) dat sprake is van een deelneming. Als de belastingplichtige de omvang van het voordeel heeft bewezen, zal de rechter oordelen dat het beroep gegrond is (hetgeen een einduitspraak als bedoeld in art. 8:70 onderdeel d Awb is), de uitspraak op bezwaar vernietigen en – op grond van de devolutieve werking van

het beroep – de aanslag vernietigen. Als de belastingplichtige het vereiste bewijs niet heeft geleverd, zal de rechter oordelen dat het beroep ongegrond is (een einduitspraak als bedoeld in art. 8:70 onderdeel c Awb). De uitspraak op bezwaar en de aanslag blijven dan in stand.

Eindbeslissingen kunnen bijvoorbeeld ook voorkomen in een tussenuitspraak waarbij de rechter prejudiciële vragen stelt aan het HvJ EU of de Hoge Raad, of als hij de zaak op grond van art. 8:51a Awb (bestuurlijke lus) terugwijst naar de inspecteur. In al die gevallen worden wel inhoudelijke knopen doorgelicht, maar wordt nog geen uitspraak als bedoeld in art. 8:70 Awb gedaan over het object van de procedure, het beroep tegen de uitspraak op bezwaar. Het onderscheid tussen einduitspraak, eindbeslissing en tussenuitspraak is ook door de wetgever gemaakt. Bij gelegenheid van de invoering van art. 8:51a Awb (bestuurlijke lus) heeft de wetgever daarover onder meer het volgende opgemerkt.

‘In dit kader is relevant om te constateren dat in de tussenuitspraak niets kan worden gezegd over de dicta van de bodemuitspraak, reeds omdat de bestuursrechter na toepassing van artikel 8:51a nog steeds beschikt over alle uitspraakbevoegdheden die hem in afdeling 8.2.6 zijn toegekend. De tussenuitspraak stelt de bestuursrechter in staat om een oordeel over een kwestie van openbare orde (zoals de ontvankelijkheid van een bepaald beroep of bezwaar) te vellen, of om bepaalde standpunten van partijen te volgen of te verwerpen. In zoverre kan de tussenuitspraak materieel gezien eindbeslissingen bevatten. Dergelijke beslissingen binden de bestuursrechter bij de einduitspraak; hij kan daarop daar niet meer terugkomen (vgl. D. Roffel, *Het laatste woord. De bindende eindbeslissing in het tussenvonnissen*, Tilburg: Celsus 2007, p. 43–61). Het verdient het<sup>9</sup> aanbeveling om eindbeslissingen in de zojuist geschetste zin niet neer te leggen in het dictum van de tussenuitspraak, maar in de overwegingen. Anders zou de indruk kunnen ontstaan dat de tussenuitspraak deels valt te kwalificeren als een einduitspraak waartegen direct hoger beroep openstaat.’<sup>10</sup>

‘De term «eindbeslissing» moet inderdaad worden begrepen als een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing over een feitelijk of juridisch beslispunt, waarbij de bestuursrechter zijn oordeel wel in de overwegingen, maar niet in de beslissing neerlegt.’<sup>11</sup>

7 De rechtsmiddelverwijzing onder de eerste uitspraak van het hof vermeldde dat daartegen binnen zes weken cassatieberoep kon worden ingesteld. Het hof ging dus blijkbaar ervan uit dat tegen zijn uitspraak cassatieberoep mogelijk was. Zie voetnoot 2 voor de vindplaats van de hofuitspraak.

8 In hun jurisprudentie hebben de CRvB en de Afdeling bestuursrecht-spraak RvS het over ‘zeer uitzonderlijke gevallen’ en ook over ‘uitzonderlijke gevallen’ waarin een bestuursrechter kan terugkomen op een eindbeslissing. Zie hierover R. Ortlep in zijn noot in AB 2013/75 (betreffende CRvB 2 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BY2116). Volgens hem zijn de woorden ‘zeer uitzonderlijke gevallen’ ontleend aan de wetsgeschiedenis van de regeling van de bestuurlijke lus (hij verwijst naar *Kamerstukken II*, 31352, nr. 3, p. 7 en de identieke passage in nr. 6 (gewijzigde MvT), p. 9). Ortlep herhaalt (zie zijn bijdrage in *JBPlus* 2012/1, p. 219-234, met name § 3 en 5) in zijn noot zijn oproep aan bestuursrechters om aan te sluiten bij het criterium dat in de civiele rechtspraak wordt gehanteerd. Dat houdt in dat een rechter moet terugkomen op een in een tussenuitspraak gegeven bindende eindbeslissing als die beslissing berust op een onjuiste feitelijke of juridische grondslag. Mijs inziens heeft de wetgever ook het oog gehad op dat criterium. Op de door Ortlep genoemde plaatsen schrijft de wetgever namelijk dat de bestuursrechter terug kan komen op een bindende eindbeslissing als die berust op een vergissing die in hoger beroep waarschijnlijk met succes zal worden bestreden of als de hogeroeperechter na de tussenuitspraak ‘om gaat’. Dit zijn situaties waarin de eindbeslissing berust op een onjuiste feitelijke respectievelijk juridische grondslag.

9 Dit woord is kennelijk per abuis opgenomen in de toelichting.

10 *Kamerstukken II* 2007/08, 31352, nr. 3 (MvT), p. 15 (artikelsgewijze toelichting, sub E (Artikel 8:80a)). De verwijzing naar Roffel over de bindende eindbeslissing in civiele procedures komt terug in *Kamerstukken II* 2007/08, 31352, nr. 6 (MvT), p. 20. De opmerking dat de rechter in een tussenuitspraak een oordeel kan vellen over een kwestie van openbare orde zoals de ontvankelijkheid, moet niet misverstaan worden. In een tussenuitspraak kan de rechter inderdaad oordelen dat het beroep ontvankelijk is of dat hij bevoegd is. Oordeelt hij echter dat het beroep niet-ontvankelijk is of dat hij onbevoegd is, dan is sprake van een einduitspraak (zie art. 8:70 onderdeel a en b Awb).

11 *Kamerstukken II* 2007/08, 31352, nr. 4 (NR), p. 9 (vraag 5).

‘Naar de letter genomen kan een tussenuitspraak worden aangemerkt als een «andere beslissing» in de zin van artikel 37, derde lid, Wet op de Raad van State, artikel 18, derde lid, Beroepswet, artikel 20, vierde lid, Wet bestuursrecht-spraak bedrijfsorganisatie en artikel 27h, derde lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen. Een tussenuitspraak valt immers niet onder de reikwijdte van andere leden van de zojuist genoemde artikelen.<sup>12</sup>

‘Het dictum van de tussenuitspraak moet zich echter beperken tot de beslissing dat de bestuurlijke lus wordt toegepast (artikel 8:51a, eerste lid), met vermelding van de termijn waarbinnen het bestuursorgaan het gebrek kan herstellen (artikel 8:51a, tweede lid), en eventueel welk onderdeel van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure bij het herstel van het gebrek niet hoeft te worden gevolgd (vgl. artikel 8:72, vierde lid, onderdeel b (nieuw)).

Dit betekent dat het oordeel over het (on)gegrondheid van het beroep en de beslissing over vergoeding van griffierecht en proceskosten een<sup>13</sup> thuishoren in het dictum van de einduitspraak. Hierbij moet worden bedacht dat de bestuursrechter eerst aan de hand van de reactie van het bestuursorgaan op de tussenuitspraak c.q. de gelegenheid tot herstel van het gebrek adequaat kan bezien welk lot het beroep en het bestreden besluit zijn beschoren, en in het verlengde hiervan dat de bestuursrechter na toepassing van artikel 8:51a nog steeds beschikt over alle uitspraakbevoegdheden die hem in afdeling 8.2.6 zijn toegekend.<sup>14</sup>

‘In een tussenuitspraak laat de bestuursrechter in het midden wat er met het bestreden besluit moet gebeuren, maar bespreekt de wijze waarop het gebrek kan worden hersteld. (...) Het belangrijkste verschil tussen beide uitspraken betreft het dictum. In het dictum van de einduitspraak velt de bestuursrechter een oordeel over het beroep (artikel 8:70), waarna hij bepaalt of het bestreden besluit in stand blijft (artikel 8:72, eerste lid) en – zo nee – of het bestuursorgaan nog een nieuw besluit moet nemen (artikel 8:72, derde tot en met zevende lid).<sup>15</sup>

Het instrument van de tussenuitspraak is niet beperkt tot de toepassing van art. 8:51a Awb (de bestuurlijke lus). De huidige wettekst is volgens de wetgever geen beletsel voor het gebruik van de tussenuitspraak als instrument voor andere procesbeslissingen van de bestuursrechter:

‘Integendeel; door de «ontkoppeling» van bevoegdheid (artikel 8:51a) en instrument (artikel 8:80a) kan een

breder inzetbaarheid van de tussenuitspraak als communicatiemiddel van de bestuursrechter haar beslag krijgen zonder ingrijpende wijziging van de Awb.<sup>16</sup>

De overwegingen van de wetgever over de tussenuitspraak gelden daarom niet alleen voor tussenuitspraken waarbij de bestuurlijke lus van art. 8:51a Awb wordt toegepast. In de derde evaluatie van de Awb wordt bovendien geconstateerd dat de tussenuitspraak in de praktijk bestaat en dat die figuur met de regeling van de bestuurlijke lus zijn intrede in de Awb doet. De evaluatiecommissie bepleit dat bewijsopdrachten in tussenuitspraken worden gegeven. De vraag of tegen een tussenuitspraak hoger beroep moet openstaan zou volgens de commissie niet per type tussenuitspraak moeten verschillen.<sup>17</sup>

Van een einduitspraak is blijkens de hierboven weergegeven wetsgeschiedenis sprake als in het dictum wordt bepaald of het bestreden besluit in stand blijft. Dat het dictum bepalend is voor het antwoord op de vraag of sprake is van een einduitspraak of een tussenuitspraak sluit aan bij de al lang geleden ontwikkelde regeling in het burgerlijke procesrecht. Die regeling is relevant omdat de Awb-wetgever al begin jaren 90 heeft opgemerkt dat het bestuursproces en het burgerlijke proces weliswaar verschillende vertrekpunten kennen (rechtmatigheidstoetsing van een eenzijdig besluit in een situatie van ongelijkwaardigheid versus beslechting van een geschil tussen twee gelijkwaardige partijen) maar dat het bestuursprocesrecht en het burgerlijke procesrecht naar elkaar toegroeien en dat gestreefd wordt naar verdere harmonisatie.<sup>18</sup> Ook in de hierboven geciteerde wetsgeschiedenis over de tussenuitspraak wordt verwezen naar het burgerlijke procesrecht. Bovendien zijn verschillende bepalingen uit het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering van overeenkomstige toepassing verklaard in de Awb<sup>19</sup> of overgenomen.<sup>20</sup> Voorts blijkt de Hoge Raad bereid regelingen uit het burgerlijke procesrecht ook zonder uitdrukkelijke wettelijke bepaling overeenkomstig toe te passen in het bestuursprocesrecht.<sup>21</sup>

16 *Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 6 (gewijzigde MvT)*, § 5, p. 8.

17 Rapport ‘Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006’ (derde evaluatie Awb, 2007), *Kamerstukken II 2006/07, 29279*, nr. 51, p. 59-60.

18 *Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3 (MvT)*, § 2.4, p. 38-40.

19 Zie bijvoorbeeld art. 8:60 lid 2, 8:63 lid 1 Awb (oproepen en horen van getuigen en deskundigen), 8:72 lid 6 Awb (dwangsom).

20 Bijvoorbeeld de regeling over wraking en verschoning van rechters (afd. 8.1.4 Awb); zie *Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3 (MvT)*, § 2.4, p. 40.

21 Zie bijvoorbeeld HR 3 februari 2012, *BNB 2012/95* r.o. 3.5.1 waarin de Hoge Raad met verwijzing naar art. 31 Rv oordeelde dat een fiscale rechter een kennelijke fout kan herstellen als die zich voor eenvoudig herstel leent en HR 15 november 2019, *BNB 2020/4*, r.o. 2.4 waarin de Hoge Raad art. 32 Rv (aanvulling van de uitspraak) overeenkomstig toepaste in de fiscale procedure. De praktijk van de Hoge Raad om gewezen arresten na een ontdekte – meestal procedurele – fout vervallen te verklaren heeft geen basis in de Awb of AWR maar kan worden gebaseerd op art. 31 Rv. Zie voor voorbeelden van een vervallen verklaard arrest HR 9 november 2018, *BNB 2019/12*, m.nt. J.A.R. van Eijdsen, r.o. 1.3 en 2, HR 29 maart 2019, *ECLI:NL:HR:2019:450*, r.o. 1.4 en 2, HR 8 november 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1712*, r.o. 1.3 en 2.

12 *Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 4 (NR)*, p. 9 (vraag 6).

13 Dit woord is kennelijk per abuis opgenomen in de toelichting.

14 *Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 6 (gewijzigde MvT)*, p. 20/21.

15 *Kamerstukken II 2008/09, 31352, nr. C (MvA)*, p. 8.



## Een deeluitspraak bevat een gedeelte dat als einduitspraak is aan te merken en een gedeelte dat als tussenuitspraak is aan te merken

In het burgerlijke procesrecht is sprake van een einduitspraak als een einde wordt gemaakt aan enig deel van hetgeen in eerste instantie (al dan niet na wijziging van de vordering in hoger beroep) is gevorderd.<sup>22</sup> Toewijzing van een vordering tot vernietiging van de uitspraak van een lagere rechter en terugwijzing naar die lagere rechter levert – dus – op zichzelf geen einduitspraak op.<sup>23</sup> Een bekrachtiging of vernietiging in hoger beroep van een tussenuitspraak is daarom ook een tussenuitspraak en geen einduitspraak: in die hogerberoepuitspraak wordt immers ook geen einde gemaakt aan enig deel van het gevorderde.<sup>24</sup> Als de rechtbank een einduitspraak doet door zich onbevoegd te verklaren<sup>25</sup> dan is de vernietiging van die uitspraak door de appelrechter een tussenuitspraak waartegen geen cassatieberoep openstaat omdat geen einde wordt gemaakt aan enig deel van het gevorderde. Voor wat betreft de verdere afdoening is nog van belang dat de burgerlijke appelrechter de zaak in zo'n geval aan zich kan houden als partijen dat willen, of de zaak terugwijzen (zie art. 57 Rv). Bij vernietiging van een tussenvonnissen kan de appelrechter overigens ook de zaak aan zich houden (art. 356 Rv); bij bevestiging van een tussenvonnissen kan dat als beide partijen dat willen (zie art. 355 Rv).

### 3.2 Deeluitspraak (in het burgerlijke procesrecht)

Het kan zijn dat een uitspraak ten dele een einduitspraak is en voor het overige een tussenuitspraak. Stel bijvoorbeeld dat iemand wegens wansprestatie ontbinding van een overeenkomst plus schadevergoeding vordert.<sup>26</sup> Als de rechter vervolgens in een uitspraak de ontbinding toewijst en de eiser opdraagt nader bewijs te leveren van de omvang van

de schade die hij stelt te hebben geleden, is sprake van een einduitspraak voor wat betreft de toegewezen ontbinding: de eiser heeft immers het eerste deel toegewezen gekregen van wat hij heeft gevorderd. Het tweede deel (de schadevergoeding) is nog niet toe- of afgewezen; daarover beslist de rechter pas na de bewijslevering door de eiser. Zo'n uitspraak waarin reeds een deel wordt toegewezen (of afgewezen) van hetgeen wordt gevorderd en waarin later wordt beslist over de rest van wat is gevorderd, wordt ook wel 'deeluitspraak' genoemd.<sup>27</sup> Zo'n deeluitspraak bevat dus steeds een gedeelte dat als einduitspraak is aan te merken en een gedeelte dat als tussenuitspraak is aan te merken. Een uitspraak waarin niet gedeeltelijk een eind wordt gemaakt aan hetgeen is gevorderd (en die dus niet ten dele een einduitspraak is) wordt ook wel een zuivere tussenuitspraak genoemd.

Tot 2002 was het zo dat een partij tegen elke zuivere tussenuitspraak hoger beroep c.q. cassatieberoep kon instellen, tenzij de rechter hoger beroep (c.q. cassatieberoep) had uitgesloten. Hoger beroep tegen een tussenuitspraak was echter niet verplicht. Desondanks werd veelal hoger beroep tegen tussenuitspraken ingesteld, ook al omdat de rechter hoger beroep (c.q. cassatieberoep) bijna nooit uitsloot. Dat leidde tot vertraging van de procedure. De wetgever wilde daaraan een einde maken. Sinds 2002 is daarom de regel omgedraaid: beroep tegen een tussenuitspraak is niet mogelijk, tenzij de rechter beroep openstelt (art. 337 lid 2 en 401a lid 2 Rv).

Tegen een deeluitspraak moet echter meteen beroep (hoger beroep c.q. cassatieberoep) worden ingesteld; daarmee kan niet worden gewacht totdat de rechter ook het restant van hetgeen is gevorderd heeft toe- of afgewezen (met andere woorden: ook over dat restant einduitspraak heeft gedaan). Als beroep tegen een deeluitspraak wordt ingesteld, mag ondanks het appel- en cassatieverbod van art. 337 lid 2 en 401a lid 2 Rv ook worden opgekomen tegen het tussenuitspraakgedeelte.<sup>28</sup> Beroep tegen beslissingen in het tussenuitspraakgedeelte mag echter ook worden uitgesteld tot het beroep tegen de einduitspraak. De burgerlijke kamer van de Hoge Raad heeft een en ander beslist om redenen van doelmatigheid.<sup>29</sup>

22 Zie bijvoorbeeld HR 18 juni 1999, NJ 2000/221 (*Erven Van der Schoot/De Man e.a.*), m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.5 en HR 10 oktober 2003, NJ 2003/709 (*Hellas/ECR*), r.o. 3.3. Zie voorts: H.E. Ras, *Het tussenvonnissen in het burgerlijk procesrecht* (diss.) Arnhem, 1966, nr. 76, met verwijzing naar HR 9 mei 1940, NJ 1941/62 (*Beermann/Galvano*), m.nt. P. Scholten, p. 98, rk; Snijders/Wendels, *Civiel appel* 2009/60; Asser *Procesrecht/Bakels*, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/33-35. Meestal zal de vordering door eiser zijn ingesteld, maar verweerder kan ook een vordering hebben ingesteld. Zie HR 21 december 2018, NJ 2019/37, *JBPr* 2019/17, m.nt. H.W. Wiersma (*Magna/Quanter*), r.o. 3.8.1 waarin verweerder had gevorderd dat een getuigenverhoor met gesloten deuren zou plaatsvinden. De afwijzing van die vordering zag de Hoge Raad als een einduitspraak.

23 Asser *Procesrecht/Bakels*, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/34 en 35 en Snijders/Wendels, *Civiel appel* 2009/59, beide met verwijzing naar jurisprudentie.

24 Vgl. HR 17 maart 2006, NJ 2007/594, m.nt. H.J. Snijders (*Sprangers Bouwbedrijf/Nationale-Nederlanden*), r.o. 3.2.

25 HR 7 mei 1993, NJ 1993/655, m.nt. H.E. Ras (*Meulen/Keijsers*), r.o. 3.6. Als de rechter de eiser niet-ontvankelijk verklaart is eveneens sprake van een einduitspraak. Zie HR 16 april 1993, NJ 1993/654, m.nt. H.E. Ras (*Van der Belt/De Open Ankh*), r.o. 3.2.

26 Deze situatie was aan de orde in het in voetnoot 22 genoemde arrest *Erven Van der Schoot/De Man e.a.*

27 In dagvaardingsprocedures wordt gesproken van een deelvonnis als de uitspraak is gewezen door de rechtbank en van deelarrest als het gaat om een deeluitspraak van het hof.

28 Als op deze manier hoger beroep of cassatieberoep wordt ingesteld tegen een tussenuitspraak, moeten meteen alle bezwaren tegen het tussenuitspraakgedeelte worden aangevoerd; dit is de zogenaamde een-keer-schietenregel (zie HR 16 oktober 1992, NJ 1992/791 (*Muller Massis/De Vita*), r.o. 4.2. De wederpartij die het ook niet eens is met de tussenuitspraak is niet verplicht incidenteel beroep in te stellen, zij mag daarmee wachten tot de einduitspraak (HR 24 september 1993, NJ 1994/299, m.nt. H.E. Ras (*x/Veltman q.q.*), r.o. 3.2), maar loopt dan wel het risico dat de hogere rechter de zaak aan zich houdt en afdoet, zodat de wederpartij geen nieuwe gelegenheid krijgt alsnog beroep in te stellen tegen de tussenuitspraak. Zie HR 17 januari 2020, (*Dingemans q.q. c.s./Banning c.s.*), r.o. 3.2.3-3.2.5. Het is na een hoger beroep of cassatieberoep ECLI:NL:HR:2020:61 tegen het tussenuitspraakgedeelte daarom niet mogelijk bij een hoger beroep tegen de einduitspraak alsnog andere bezwaren aan te voeren tegen het tussenuitspraakgedeelte.

29 HR 7 december 1990, NJ 1992/85 (*Vendex/Meiberg*), r.o. 3.5-3.5.7.

### 3.3 Deeluitspraak in het fiscale procesrecht?

Wat te doen als een tussenuitspraak in een belastingzaak is aan te merken als een deeluitspraak? Kan – of moet – dan wél hoger beroep c.q. cassatieberoep worden ingesteld? Dat lijkt mij wel, uit een oogpunt van eenvoud en consistentie. Weliswaar zal een deeluitspraak in het fiscale procesrecht vermoedelijk niet snel voorkomen, maar die is wel mogelijk. Het kan bijvoorbeeld zijn dat het beroep is gericht tegen een afwijzende uitspraak op bezwaar tegen een aanslag en de boete. Van een deeluitspraak is sprake als de belastingrechter een tussenuitspraak zou wijzen waarbij hij het beroep voor wat betreft de boete gegrond zou verklaren en de uitspraak in zoverre zou vernietigen, maar de beslissing voor het overige zou aanhouden, bijvoorbeeld voor nadere bewijslevering of voor het stellen van prejudiciële vragen. De inspecteur die het niet eens is met de gegrondverklaring van het beroep voor wat betreft de boete, zal dus meteen hoger beroep (c.q. cassatieberoep) moeten instellen.

Net zoals in het burgerlijke procesrecht (zie § 3.2 hierboven) is het doelmatig dat in geval van een hoger beroep of cassatieberoep tegen een deeluitspraak niet alleen grieven kunnen worden gericht tegen het einduitspraakgedeelte van de deeluitspraak, maar ook tegen het tussenuitspraakgedeelte.

### 3.4 Terugwijzing is een tussenuitspraak, dus geen cassatieberoep mogelijk

De belastingkamer van de Hoge Raad heeft al geruime tijd geleden<sup>30</sup> gekozen voor de lijn dat tegen een tussenuitspraak slechts beroep<sup>31</sup> kan worden ingesteld tegelijk met de einduitspraak. Het arrest van 12 juli 2019<sup>32</sup> is hiermee niet in overeenstemming. Het lijkt erop dat de Hoge Raad een uitspraak waarbij het *hoger* beroep gegrond wordt verklaard en de uitspraak van de rechtbank wordt vernietigd als einduitspraak aanmerkt, zodat daartegen cassatieberoep openstaat: zie het citaat uit r.o. 3.3.2 weergegeven in § 2 hierboven. Ook A-G Wattel gaat daarvan uit: volgens hem heeft het hof in zijn eerste uitspraak overeenkomstig afdeling 8.2.6 uitspraak gedaan (zoals bedoeld in art. 28 lid 1 onderdeel a AWR) en het beroep gegrond verklaard als bedoeld in art. 8:70 onderdeel d Awb.<sup>33</sup>

Deze opvatting is mijns inziens onjuist. Met de gegrondbevinding van het hoger beroep en vernietiging van de uitspraak van de rechtbank wordt nog niets beslist over het object van de procedure, het beroep tegen de uitspraak op bezwaar. De mogelijke beslissingen staan limitatief vermeld in art. 8:70 Awb: de rechter kan slechts (a) zich onbevoegd verklaren kennis te nemen van het beroep, (b) het beroep niet-ontvankelijk verklaren, (c) het beroep ongegrond verklaren of (d) het beroep gegrond verklaren. Het hof doet een einduitspraak als het ofwel de uitspraak

van de rechtbank vernietigt en een andere in art. 8:70 Awb genoemde beslissing in de plaatst stelt van de beslissing van de rechtbank, ofwel de uitspraak van de rechtbank in stand laat, bijvoorbeeld door het hoger beroep te verwerpen of niet-ontvankelijk te verklaren. In zijn eerste uitspraak heeft het hof het *hoger* beroep gegrond verklaard en de uitspraak van de rechtbank vernietigd. Het heeft echter niets beslist over het beroep tegen de uitspraak op bezwaar en daarover dus ook geen nieuwe in art. 8:70 Awb genoemde beslissing gegeven.<sup>34</sup> Tegen de eerste hofuitspraak stond dus geen cassatieberoep open.

Dit is niet anders doordat art. 28 lid 1 onderdeel a AWR bepaalt dat cassatieberoep kan worden ingesteld tegen een uitspraak die ‘overeenkomstig’ afdeling 8.2.6 Awb is gedaan. Nog ervan afgezien wat met de verwijzing naar de (thans 17) nogal verschillende artikelen van afdeling 8.2.6 precies wordt bedoeld, lijkt mij niet dat de wetgever hiermee impliciet een uitzondering heeft willen maken op de (ook in art. 28 lid 5 AWR vermelde) regel dat tegen een tussenuitspraak geen cassatieberoep openstaat.

Dat het hof het hoger beroep gegrond verklaarde en daarmee vooralsnog een einde kwam aan de procedure bij het hof (het ‘einde van de instantie’) doet niet ter zake. Het einde van de instantie is niet bepalend voor de vraag of sprake is van een tussenuitspraak; het gaat erom of beslist wordt over enig deel van het gevorderde (zie § 3.1 en voetnoten 22 en 23 hierboven). Dat was bij de eerste hofuitspraak niet het geval: met de terugwijzing werd immers niets beslist over het lot van de uitspraak op bezwaar.

### 3.5 Ook overigens geen reden voor het openstellen van cassatieberoep tegen terugwijzingsuitspraken

De beslissing van de Hoge Raad om cassatieberoep tegen een terugwijzingsuitspraak open te stellen is overigens uit proceseconomisch oogpunt onwenselijk. Een partij die tegen een terugwijzing wil opkomen moet daarvoor naar de Hoge Raad om daarmee te bereiken dat de zaak alsnog door het hof wordt afgehandeld. In de tijd die met de cassatieprocedure is gemoeid kan zij net zo goed, conform de wens van het hof, de zaak bij de rechtbank voortzetten. Dan kan zij daarna alsnog bij het hof terecht. Met de voortzetting van de procedure bij de rechtbank is waarschijnlijk ongeveer net zoveel tijd gemoeid als de cassatieprocedure. Tijdwinst is dus niet te behalen. Integendeel, als de Hoge Raad de terugwijzing in stand laat en de procedure alsnog bij de rechtbank moet worden hervat, kost het uitstapje naar de Hoge Raad zelfs extra tijd.

30 Zie de jurisprudentie genoemd in voetnoot 4.

31 Aangezien er toen nog slechts één feitelijke instantie was ging het om het instellen van cassatieberoep.

32 En die van 29 november 2019. Zie voetnoot 2 voor de vindplaatsen.

33 Zie onderdeel 4.3 van de conclusie.

34 In dit opzicht is sprake van een essentieel verschil met de zaak die aan de orde was in het arrest van 28 januari 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BP2132, BNB 2011/100 m.nt. W.J.M.N. Snoyink) waarnaar de Hoge Raad in r.o. 3.3.2 verwijst. In die zaak had het hof wél een einduitspraak gedaan, namelijk door de uitspraak op bezwaar te vernietigen (zie r.o. 1 en 3.4.3 van het arrest en het dictum van de hofuitspraak, Hof’s-Gravenhage 5 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL4254) waarmee het beroep van belanghebbende dus gegrond werd bevonden (art. 8:70 onderdeel d Awb). Dat het hof de zaak – ten onrechte, zie r.o. 3.4.2 van het arrest – ook nog terugwees naar de rechtbank verandert hier niets aan het einduitspraak karakter van de hofuitspraak.

Je moet protesteren tegen iets waarmee je het eens bent of je bij wilt neerleggen, om daardoor iets anders te kunnen aanvechten

Het openstellen van cassatieberoep is bovendien tegennatuurlijk. Een partij die kan instemmen met de terugwijzing of die – bijvoorbeeld om de zojuist genoemde redenen – geen behoefte heeft aan cassatieberoep tegen de terugwijzing, zal daartegen volgens de Hoge Raad toch cassatieberoep moeten instellen om te voorkomen dat haar onwelgevalige eindbeslissingen in een terugwijzingsuitspraak onherroepelijk worden. Anders gezegd, je moet protesteren tegen iets (terugwijzing) waarmee je het eens bent of je bij wilt neerleggen, om daardoor iets anders (een eindbeslissing) te kunnen aanvechten. Dat is tegennatuurlijk. Op deze manier is het aanvechten van de terugwijzing geen doel op zich. Het is dan slechts de sleutel om toegang te krijgen tot de Hoge Raad teneinde andere beslissingen aan te vechten waarvoor een partij volgens de Hoge Raad later geen mogelijkheid meer heeft. Ik vermoed dat de belanghebbende van het arrest van 12 juli 2019 niet bedacht was op deze consequentie. Wat mij betreft hoefde hij daarop ook niet bedacht te zijn, en zijn gemachtigde evenmin.

3.6 Tussenuitspraakgedeelte wordt niet onherroepelijk door uitblijven cassatieberoep

Welke gevolgen moeten worden verbonden aan het niet-instellen van cassatieberoep tegen een terugwijzingsuitspraak? De eindbeslissingen in de terugwijzingsuitspraak kunnen alleen maar het karakter hebben van een tussenuitspraak. Daartegen staat op zichzelf geen cassatieberoep open. Nu de Hoge Raad meent dat cassatieberoep openstaat tegen de terugwijzingsuitspraak, ziet hij de terugwijzing blijkbaar als een einduitspraak. De terugwijzingsuitspraak is daarom aan te merken als (of liever: gelijk te stellen aan) een deelluitspraak. Als geen cassatieberoep wordt ingesteld tegen de terugwijzing (zoals opgemerkt in § 3.5 heeft een procespartij daarvoor bijna nooit een goede aanleiding), dan wordt de terugwijzing daarmee onherroepelijk. De Hoge Raad verbindt aan het niet-instellen van cassatieberoep echter de onlogische (zie § 2 hierboven) consequentie dat ook eindbeslissingen in het tussenuitspraakgedeelte onherroepelijk worden. Die consequentie bestaat in het burgerlijke procesrecht niet; die heeft ook niet bestaan. Ik zie voor het bestuursprocesrecht geen reden voor een afwijking van de burgerlijke procesregels, met name om de in § 3.5 genoemde bezwaren van verlenging en versnippering van de procedure en de – zeker voor niet-professionele procespartijen – onverwachte, tegennatuurlijke processuele consequenties ervan.

4. Hoe nu verder?

4.1 Versnippering en vertraging

Het arrest van 12 juli 2019 dwingt een procespartij ertoe cassatieberoep in te stellen tegen een terugwijzingsuit-

spraak of andere tussenuitspraak<sup>35</sup> waarbij het hoger beroep gegrond wordt verklaard en de uitspraak van de rechtbank wordt vernietigd als daarin een voor die partij ongunstige bindende eindbeslissing voorkomt.

Een dergelijk tussentijds cassatieberoep leidt veelal tot een versnippering en vertraging van de procedure. In de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 juli 2019 had de belanghebbende immers – in de visie van de Hoge Raad – cassatieberoep moeten instellen tegen de eerste hofuitspraak. Als dat zou zijn gebeurd zou de Hoge Raad alleen uitspraak hebben kunnen doen over argument (a). Aannemende dat de Hoge Raad met de rechtbank en het hof zou hebben geoordeeld dat dit argument geen hout snijdt, had belanghebbende vervolgens de procedure moeten voortzetten bij de rechtbank (alleen over argument (b)), gevolgd door een nieuw hoger beroep bij het hof. Daarna zou belanghebbende nogmaals cassatieberoep hebben kunnen instellen, waarbij hij dan alleen nog kon klagen over de verwerping van argument (b). De visie van de Hoge Raad leidt dus tot een opsplitsing (versnippering) van de behandeling van de argumenten van belanghebbende en tot de verdeling van de behandeling van een vrij eenvoudige zaak over zes instanties,<sup>36</sup> met alle vertraging van dien.<sup>37</sup>

4.2 De Hoge Raad

De door de Hoge Raad gekozen lijn is mijns inziens onjuist en leidt tot ongewenste versnippering en vertraging van de procedure. Wat mij betreft zou de Hoge Raad daarom moeten terugkomen van zijn arrest van 12 juli 2019, of anders verduidelijken hoe dat arrest zich verhoudt tot zijn arresten uit 1987 en 2007 en daarbij aangeven wat hij verstaat onder een tussenuitspraak.

Tegelijkertijd zou hij dan kunnen aangeven hoe moet worden omgegaan met deelluitspraken. Wat mij betreft volgt hij de weg die in het civiele procesrecht geldt. Dat betekent dat tegen een deelluitspraak meteen hoger beroep c.q. cassatieberoep moet worden ingesteld en dat daarbij,

35 Bij terugwijzing zal de appelrechter steeds in het dictum het hoger beroep gegrond verklaren en de uitspraak van de rechtbank vernietigen. Blijkens de woorden 'zoals de terugwijzingsuitspraak' in r.o. 3.3.2, acht de Hoge Raad het mogelijk dat dit ook bij andere tussenuitspraken gebeurt. Het zal echter waarschijnlijk niet vaak voorkomen dat het hof een tussenuitspraak doet waarbij het in het dictum het hoger beroep gegrond verklaart en de uitspraak van de rechtbank vernietigt en vervolgens bijvoorbeeld prejudiciële vragen stelt, een bewijsopdracht geeft, een deskundigenonderzoek beveelt, inbreng van stukken beveelt e.d. Meestal zal het zo zijn dat slechts uit het lichaam van de uitspraak blijkt dat het hof het hoger beroep gegrond acht en de uitspraak van de rechtbank wil vernietigen en dat in het dictum wordt beslist tot het stellen van prejudiciële vragen, een bewijsopdracht, een deskundigenonderzoek e.d. Buiten het geval van terugwijzing zal de noodzaak tot het instellen van cassatieberoep tegen een tussenuitspraak dus niet snel ontstaan, maar het kan wel.

36 Achtereenvolgens rechtbank, hof, Hoge Raad, en daarna opnieuw rechtbank, hof, Hoge Raad.

37 Vertraging hoeft echter niet altijd op te treden. Als belanghebbende wel cassatieberoep zou hebben ingesteld tegen de eerste hofuitspraak en de Hoge Raad argument (a) zou hebben gehonoreerd en de zaak zelf zou hebben afgedaan, zou de hele terugwijzingsprocedure zijn vermeden en zou dus zelfs een versnelling zijn bereikt.

bij wijze van uitzondering, ook tegen het tussenuitspraakgedeelte beroep *kan* worden ingesteld (zie 3.2 hierboven). De Hoge Raad zou dan ook kunnen verduidelijken dat het niet-instellen van beroep tegen de deeluitspraak betekent dat het tussenuitspraakgedeelte later alsnog bij het beroep tegen de einduitspraak kan worden aangevochten.

### 4.3 Appelrechter

De appelrechter – niet alleen het hof maar ook de CRvB als het gaat om zaken waarin cassatieberoep mogelijk is – die de mogelijke versnippering en vertraging als gevolg van een tussentijds cassatieberoep wil voorkomen, zou het doen van terugwijzingsuitspraken zoveel mogelijk moeten vermijden, evenals andere tussenuitspraken waarin hij *in het dictum* het beroep gegrond verklaart en de uitspraak van de rechtbank vernietigt. Aangezien de Hoge Raad in zijn arrest van 12 juli 2019 niet duidelijk is teruggekomen van zijn arresten uit 1987 en 2007,<sup>38</sup> kunnen andere tussenuitspraken (waarbij het beroep niet in het dictum gegrond wordt verklaard of de uitspraak van de rechtbank nog niet in het dictum wordt vernietigd) nog wel ‘veilig’ worden gedaan. Te denken valt aan de tussenuitspraak waarin bewijslevering wordt opgedragen, een deskundigenonderzoek wordt bevolen, uit proceseconomische overwegingen eerst een preliminair geschilpunt wordt beslist e.d.<sup>39</sup>

Mocht de appelrechter toch een tussenuitspraak willen doen waarin hij *in het dictum* het beroep gegrond verklaart en de uitspraak van de rechtbank vernietigt, al dan niet met terugwijzing van de zaak naar de rechtbank, dan verdient het, zolang de Hoge Raad niet is teruggekomen van zijn arrest van 12 juli 2019, aanbeveling partijen bijvoorbeeld in de rechtsmiddelenverwijzing erop te wijzen dat tegen de tussenuitspraak cassatieberoep moet worden ingesteld als zij willen voorkomen dat eindbeslissingen in die uitspraak onherroepelijk worden.

In de zaak die aan de orde was in het arrest van 12 juli 2019 had het hof de zaak teruggewezen ‘*ter voorkoming van verlies van instantie*’.<sup>40</sup> Van een verlies van instantie zou echter geen sprake zijn geweest als het hof de zaak aan zich had gehouden. De rechtbank had het beroep van belanghebbende immers beoordeeld en nota bene over beide aangevoerde argumenten een oordeel gegeven. De Hoge

Raad was waarschijnlijk niet erg gelukkig met de terugwijzing door het hof. Hij overwoog namelijk (in r.o. 3.3.6) dat het ‘*met het oog op een snelle finale geschilbeslechting als regel de voorkeur verdient dat het gerechtshof de zaak niet terugwijst op de voet van artikel 8:115 lid 1, letter b, Awb, tenzij procespartijen de wens daartoe kenbaar hebben gemaakt aan het gerechtshof*’.

## De visie van de Hoge Raad leidt dus tot een opsplitsing van de behandeling van de argumenten van belanghebbende

De bedoeling van een procedure in twee feitelijke instanties is dat de zaak in twee feitelijke instanties inhoudelijk wordt beoordeeld. Het gaat niet erom dat elk argument of elke vordering door twee feitenrechters wordt beoordeeld. De terugwijzingsmogelijkheid van art. 8:115 lid 1 Awb is opgenomen voor het geval de rechtbank ten onrechte niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak is toegekomen, waarbij de wetgever ook ervan uitgaat dat de rechter niet terugwijst maar de zaak zelf afdoet als beide partijen dat willen.<sup>41</sup> Dit sluit aan bij de regeling in het burgerlijke procesrecht (zie het slot van § 3.1 hierboven). De appelrechter zou daarom nog slechts moeten terugwijzen op grond van art. 8:115 lid 1 onderdeel a Awb, dus als de rechtbank zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard of het beroep ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard, én een van beide partijen terugwijzing wenst. Van de terugwijzingsmogelijkheid op grond van lid 1 onderdeel b zou de appelrechter geen gebruik meer moeten maken. Voor de goede orde: ook een terugwijzing op grond van lid 1 onderdeel a is een tussenuitspraak omdat daarin niets wordt beslist over het object van de procedure. Tegen zo’n terugwijzing staat dus geen cassatieberoep open. Het zou goed zijn als de Hoge Raad dat ook snel bevestigt.

Over de auteur

**Mr. A.E.H. van der Voort Maarschalk**  
Advocaat bij Houthoff Amsterdam.

38 Zie voetnoot 4.

39 J.P.A. Boersma, ‘De tussenuitspraak, terug van (niet-)weg geweest’, *WFR* 1988, p. 341, par. 2, slot, noemt nog de mogelijkheid dat de rechter een tussenuitspraak doet waarin hij partijen concrete vingerwijzingen geeft om tot een compromissaire afdoening van het geschil te komen. Dat was aan de orde in Hof ‘s-Gravenhage 6 juli en 30 september 1987 (nr. 3140/86); voor zover ik heb kunnen nagaan zijn deze uitspraken niet gepubliceerd. De Hoge Raad noemt de mogelijkheid van een tussenuitspraak met het oog op een schikking met zoveel woorden in HR 21 januari 1998, *BNB* 1998/58, r.o. 3.5.

40 Hof Den Haag 16 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2868, r.o. 5.6.

41 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, nr. 3 (MvT), p. 73.