

**NOOT ONDER HR 22 FEBRUARI 2019, ECLI:NL:HR:2019:272, JBPr 2019/30**

**Beroepsfout door geen cassatieberoep in te stellen in strafzaak. Voorlopig deskundigenbericht over de kans dat de uitspraak gecasseerd zou zijn?**

(Rv art. 202)

*Ook bij een te laat ingesteld cassatieberoep moet in het kader van de vraag of, en zo ja, in welke mate, de cliënt door die fout schade geleden heeft, in beginsel beoordeeld worden hoe op het rechtsmiddel beslist had behoren te worden, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag geschat worden aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt zou hebben gehad indien het rechtsmiddel tijdig ingesteld zou zijn.*

*In een geval als dit komt het aan op een beoordeling of het hof in de desbetreffende uitspraak het recht goed toegepast heeft en zijn oordeel voldoende gemotiveerd heeft. Dit betreft een juridische beoordeling die de rechter zelf kan en moet verrichten. Deze beoordeling is geen feit dat zich leent voor bewijslevering en dient plaats te vinden door de rechter in een eventueel door de gewezen cliënt tegen de advocaat aanhangig te maken procedure. De omstandigheid dat het deskundigenbericht waar in casu om verzocht is, gebruikt zou kunnen worden om de proceskansen in te schatten leidt niet tot een ander oordeel.*

1. *Inleiding*

In de casus die geleid heeft tot de hier geannoteerde beschikking heeft een advocaat in een strafzaak verzuimd om conform de opdracht van de cliënt tijdig cassatieberoep in te stellen tegen het arrest waarbij laatstgenoemde veroordeeld is tot onvoorwaardelijke gevangenisstraf en betaling van schadevergoeding aan drie slachtoffers. Door (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) de advocaat wordt erkend dat een beroepsfout gemaakt is, doch betwist dat als gevolg daarvan schade geleden is: bij een tijdig ingesteld cassatieberoep zou de kans op een gunstiger uitkomst van de strafzaak niet reëel, althans te verwaarlozen, geweest zijn. De (gewezen) cliënt wenst een voorlopig deskundigenbericht en dient op de voet van art. 202 Rv een verzoek in dat ertoe strekt dat een in strafzaken gespecialiseerde cassatieadvocaat beoordeelt of er bij een tijdig ingesteld cassatieberoep een reële kans op vernietiging van dat strafarrest geweest was. De rechtbank wijst het verzoek af. Haar beschikking wordt in hoger beroep bekrachtigd. In cassatie concludeert de plaatsvervangend procureur-generaal (F.F. Langemeijer) tot vernietiging. De Hoge Raad verworpt het cassatieberoep.

Schrijver dezes is advocaat bij de Hoge Raad (artt. 407 lid 3 en 426a lid 1 Rv) en ‘doet’ alleen civiele zaken. Ook in deze zaken kan het gebeuren dat niet tijdig cassatieberoep

ingesteld wordt. Illustratief is HR 23 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0199, NJ 2001, 431. De lezer beoordele maar of het navolgende een (al dan niet te hoog) ‘Wij van WC-Eend adviseren WC-Eend’-gehalte heeft.

2. *Waarop berust de verwerping van het cassatieberoep?*

Onder verwijzing naar zijn eerdere jurisprudentie zet de Hoge Raad eerst (rov. 3.3.2) uiteen

1. dat ook bij een te laat ingesteld cassatieberoep in het kader van de vraag of, en zo ja, in welke mate, de cliënt door die fout schade geleden heeft, in beginsel beoordeeld moet worden hoe op het rechtsmiddel beslist had behoren te worden, althans het te dier zake toewijsbare bedrag geschat moet worden aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt zou hebben gehad indien het rechtsmiddel tijdig ingesteld zou zijn; en
2. dat daarbij slechts ruimte is voor het vaststellen van de schade aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen die de benadeelde zou hebben gehad wanneer die kans hem niet was ontnomen, indien het gaat om een reële (dat wil zeggen niet zeer kleine) kans op succes.

Na te hebben vermeld wat in casu tussen partijen vaststaat en waarover zij van mening verschillen (rov. 3.3.3), komt de Hoge Raad tot de volgende vooropstelling (rov. 3.4.3).

Anders dan een deskundigenbericht dat door de rechter in een lopende procedure gelast wordt op de voet van art. 194 Rv, dient een voorlopig deskundigenbericht als bedoeld in art. 202 Rv tot het vergaren en veiligstellen van bewijs ten behoeve van een partij die een procedure overweegt of al is begonnen. Aldus kan een voorlopig deskundigenonderzoek ertoe dienen om een partij de mogelijkheid te verschaffen om aan de hand van het uit te brengen deskundigenbericht zekerheid te verkrijgen omtrent de voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden en om beter te kunnen beoordelen of het raadzaam is de procedure te beginnen of voort te zetten. Aan de rechter die heeft te oordelen over het verzoek om een dergelijk onderzoek te gelasten, komt geen discretionaire bevoegdheid toe. Hij dient het onderzoek in beginsel te gelasten, mits het daartoe strekkende verzoek ter zake dienend, voldoende concreet is en feiten betreft die met het deskundigenonderzoek bewezen kunnen worden, aldus die vooropstelling.

Daarna oordeelt de Hoge Raad over „*een geval als dit*” (rov. 3.3.5):

- a. dat het aankomt op een beoordeling of het hof in de desbetreffende uitspraak het recht goed toegepast heeft en zijn oordeel voldoende gemotiveerd heeft;
- b. dat het een juridische beoordeling betreft die de rechter zelf kan en moet verrichten;

- c. dat deze beoordeling geen feit is dat zich leent voor bewijslevering en dan ook dient plaats te vinden door de rechter in een eventueel door de gewezen cliënt tegen de advocaat aanhangig te maken procedure.

Hierop aansluitend oordeelt het cassatiecollege nog dat de omstandigheid dat het deskundigenbericht waar in casu om verzocht is, gebruikt zou kunnen worden om de proceskansen in te schatten niet tot een ander oordeel leidt, en dat een voorlopig deskundigenbericht alleen dan een daartoe geëigend middel is, indien het gaat om feiten die zich voor bewijslevering lenen (rov. 3.3.6).

3. *Kan de rechter zelf beoordelen of een cassatieberoep een reële kans gehad zou hebben?*

Als zodanig is niet gemotiveerd het oordeel (rov. 3.3.5) dat voornoemde juridische beoordeling een beoordeling betreft „die de rechter zelf kan en moet verrichten”. Een motivering was hier echter bepaald niet overbodig geweest.

Zoals in het cassatiemiddel aangevoerd (rov. 3.1.1), is cassatie in strafzaken een specialisme dat niet zonder meer op het repertoire van een rechter in burgerlijke zaken staat. Zelfs indien in de betreffende zaak een in strafzaken gespecialiseerd lid van het gerecht de zaak (mede) behandelt en beslist, blijft overeind staan dat het bij de vraag of een cassatieberoep tot vernietiging geleid zou hebben om iets anders gaat dan bij de vraag of een hoger beroep tegen een in eerste aanleg gewezen vonnis tot vernietiging geleid zou hebben. Dit heeft als reden dat het toetsingskader in cassatie beperkter is dan in hoger beroep, gezien art. 79 RO. In een cassatieprocedure gaat het er uitsluitend om of de lagere rechter het recht met uitzondering van dat van vreemde staten juist toegepast heeft en voor zover het gaat om zogeheten feitelijke oordelen, deze oordelen niet onbegrijpelijk ( $\neq$  onjuist) zijn, waarbij nog aangetekend zij dat er oordelen zijn die deels feitelijk zijn, namelijk de zogeheten gemengde oordelen

Ook bij een beroepsfout die bestaat in het in een civiele zaak niet instellen van cassatieberoep dringt het zich niet op dat de rechter zonder meer die juridische beoordeling kan verrichten. In dit verband is niet zonder belang dat op 1 juli 2012 de Wet versterking cassatierechtspraak vakbekwaamheidseisen voor de civiele cassatieadvocatuur in werking getreden is. Het komt erop neer dat een onvoorwaardelijk ingeschreven advocaat voor verkrijging van een voorwaardelijke aantekening van advocaat bij de Hoge Raad met succes een stevig examen af moet leggen, dat deze aantekening pas een onvoorwaardelijke wordt nadat deze advocaat geslaagd is voor een proeve van bekwaamheid. Bovendien geldt een ‘vlieguren’-eis voor zowel het mogen opgaan voor deze proeve, als het behouden van een onvoorwaardelijke aantekening.

Uit het gegeven dat een onvoorwaardelijk ingeschreven advocaat zonder die (al dan niet voorwaardelijke) aantekening niet in civiele zaken cassatieprocesvertegenwoordiger kan zijn, mag minst genomen afgeleid worden dat, voorzichtig geformuleerd, bij de beoordeling van de kans van slagen van een eventueel civiel cassatieberoep het een en ander komt kijken. Niet valt in te zien waarom dit anders zou zijn indien het om een strafzaak gaat, juist omdat er wat betreft cassatietechniek geen, laat staan wezenlijk, verschil bestaat tussen civiele zaken en strafzaken. N. de Boer (JIN 2019/68) schrijft in haar noot (§ 7) onder de beschikking weliswaar dat de cassatiepraktijk een „*vak apart*” is, maar heeft het nog in dezelfde volzin over een door een ervaren cassatieadvocaat op te stellen „*legal opinion*”. Hiermee miskent zij dat een legal opinion wezenlijk verschilt met een cassatieadvies. Hierbij zij aangetekend dat het bij de verreweg de meeste cassatieadviezen niet slechts om een zuivere rechtsvraag gaat.

Overigens is wat betreft strafzaken voorts onjuist de bewering in die noot (§ 2) dat op het moment dat een advocaat toezegt cassatieberoep in te stellen, welhaast gegeven zou zijn dat hij de kans op succes reëel geacht heeft voor zover het gaat om strafzaken. In civiele zaken is de reguliere cassatietermijn drie maanden en is de advocaat bij de Hoge Raad volgens art. 7.6 van de Verordening op de advocatuur verplicht om cassatieadvies te geven. Volgens art. 432 Sv echter heeft de verdachte veertien dagen de tijd om in cassatie te gaan. Aan het instellen van cassatieberoep in strafzaken komt, anders dan in civiele zaken, geen cassatiemiddel te pas. Eerst na betekening van de in art. 435 lid 1 Sv vermelde aanzegging dat de stukken van het geding bij de Hoge Raad zijn ingekomen, gaat een termijn van twee maanden lopen voor het door een raadsman van de verdachte in te dienen schriftuur met middelen van cassatie. Tussen het ingesteld zijn van het cassatieberoep en deze aanzegging kan makkelijk een half jaar liggen. De strafrechtadvocaat die zijn cliënt toezegt om (binnen de veertiendagentermijn) cassatieberoep in te stellen, geeft, laat staan doorgaans, niet (eerst) een cassatieadvies.

4. *Is de juridische beoordeling geen voor bewijslevering vatbaar feit?*

Artt. 194 en 202 Rv zijn beide opgenomen in afdeling 9 (‘Bewijs’) van de tweede titel van van Boek I Rv. Niettemin staat het de rechter vrij om in een lopende procedure een deskundigenbericht te gelasten teneinde zich omtrent zuiver juridische vragen, zoals die naar de betekenis van een wetsterm, te doen voorlichten (zie HR 2 februari 1990, NJ 1991/1). De kosten van dat deskundigenbericht komen niet voor rekening van de Staat, ofschoon dat – gezien hetgeen uitgedrukt wordt met de adagia ‘*da mihi facta dabo tibi ius*’ en ‘*ius curia novit*’ – wèl zo zou moeten zijn (zie de NJ-noot van Vranken onder NJ 1991/1). Bij zo’n

deskundigbericht gaat het niet om een of meer feiten in de zin van art. 150 Rv ter zake waarvan de hierin vermelde bewijslast gedragen wordt. Wie de rechter verzoekt om een voorlopig deskundigenbericht te gelasten over hetgeen rechtens is, zal daarom nul op het rekest krijgen. Immers, een voorlopig deskundigbericht strekt tot het vergaren en veiligstellen van *bewijs* ten behoeve van een partij die een procedure overweegt of al is begonnen, en bij bewijs gaat het om een feit, niet om wat het objectieve recht inhoudt.

R.H. de Bock (Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure, diss. 2011, blz. 13) verstaat onder een feit „*alles dat geen recht is*” (instemmend: Asser Procesrecht/Asser 3 2013/30). Wie stelt door wanprestatie van zijn contractpartner schade geleden te hebben, stelt een feit en draagt – bij voldoende gemotiveerde betwisting daarvan – de bewijslast (artt. 149 en 150 Rv). Zo kan een probandum zijn dat een na een verkeerde medische diagnose ontstane verslechterde gezondheid van de patiënt het gevolg is van deze diagnose. Bij de stelling dat deze verslechtering het gevolg is van die diagnose gaat het om een feit (en niet om objectief recht).

Gezien de vorige twee alinea's, dringt zich op dat het oordeel dat de voornoemde juridische beoordeling „*geen feit is dat zich leent voor bewijslevering*” (rov. 3.5.5) aldus te verstaan is, dat het bij deze beoordeling gaat om een feit, zij het niet om een feit dat zich voor bewijslevering leent. Tevens echter dringt zich op dat dit oordeel onjuist is. Legt voornoemde patiënt bij zijn inleidende dagvaarding als productie een partijdeskundigenbericht over ter onderbouwing van zijn stelling dat die verslechtering veroorzaakt is door die diagnose, dan doet hij dat omdat op hem de bewijslast rust van die 'causaal verband'-stelling. Is dat nu, laat staan wezenlijk, anders bij een 'causaal verband'-stelling in een dagvaarding dat schade geleden is doordat gedaagde niet tijdig cassatieberoep ingesteld heeft? Rust op eiser dan (opeens) niet de bewijslast van de 'causaal verband'-stelling? Dit om de reden dat hier geen sprake zou zijn van een voor bewijs vatbaar feit?

Wordt bij laatstgenoemde dagvaarding als productie een partijdeskundigenbericht overgelegd van een cassatieadvocaat dat erop neerkomt dat er een reële kans zou zijn geweest dat de Hoge Raad gecasseerd had en/of (in een civiele zaak) een positief cassatieadvies, dan behoort/behoren deze productie/producties ongetwijfeld tot „*alle middelen*” als vermeld in art. 152 lid 1 Rv waarmee bewijs geleverd kan worden. Ook hier rust op eiser, in beginsel, de bewijslast van de 'causaal verband'-stelling en bij bewijslast gaat het om een feit dat zich voor bewijslevering leent. (Weliswaar bevat art. 150 Rv een 'tenzij', maar bij toepasselijkheid ervan is slechts sprake van „*een andere verdeling van de bewijslast*”.)

Voor zover het oordeel zou berusten op de redenering dat de rechter die beoordeling zelf zal kunnen maken, valt daartegen in te brengen niet alleen hetgeen hiervóór vermeld is in § 3, maar ook dat uit dit *kunnen* als zodanig niet volgt dat het bij die beoordeling ‘dus’ zou gaan om een feit dat zich niet zou lenen voor bewijslevering. Dit *kunnen* als zodanig laat de bewijslast van art. 150 Rv onverlet, aan welke bewijslast *bewijsbaarheid* inherent is.

Het schijnt mij toe dat dit oordeel (de zwakke schakel in) een doelredenering is.

##### 5. *Ten slotte*

Op het oordeel (rov. 3.3.6) dat de omstandigheid dat het deskundigenbericht waar in casu om verzocht is, gebruikt zou kunnen worden om de proceskansen in te schatten niet tot een ander oordeel leidt, valt op zichzelf niet veel af te dingen, indien juist is het oordeel (rov. 3.5.5) dat voornoemde juridische beoordeling zich niet voor bewijslevering zou lenen. Laatstgenoemd oordeel is echter (dus) minst genomen discutabel.

Mr. J.H.M. van Swaaij

Advocaat bij Van Swaaij Cassatie & Consultancy