

DE ICHNEVR DE MONT

Montaigne Centrum



De Hoge Raad in 2025

Contouren van de toekomstige
cassatierechtspraak

1

A.M. Hol
I. Giesen
F.G.H. Kristen
(red.)

Bju

Boom Juridische uitgevers

Als cassatierechter vervult de Hoge Raad een essentiële functie inzake de rechtsbescherming, rechtsontwikkeling en rechtseenheid. De betekenis van de Hoge Raad in ons rechtsbestel, de toegenomen stroom van zaken en hiaten in het zaakaanbod nopen tot een herbezinning op de positie van de Hoge Raad en op de organisatie van de afdoening van zaken door de Raad. De basis en de kaders voor deze herbezinning zijn vastgelegd in het rapport van de commissie-Hammerstein 'Versterking van de cassatierechtspraak'. De commissie heeft een aantal voorstellen ontwikkeld om de geconstateerde oorzaken voor de gesignaleerde problemen het hoofd te kunnen bieden. Inmiddels heeft dit geleid tot wetgevende en beleidsmatige initiatieven. De voorstellen en de initiatieven centreren zich rond drie thema's: selecteren in zaken, invoering van een prejudiciële procedure en cassatie in het belang der wet.

Deze drie thema's stonden ook centraal tijdens het congres 'De Hoge Raad in 2025: contouren van de toekomstige cassatierechtspraak' dat op 4 juni 2010 aan de Universiteit Utrecht plaatsvond. Het congres bestreek zowel het terrein van het belastingrecht (en dus ook het bestuurs(proces)recht) als het strafrecht en het privaatrecht. De plenaire lezingen en workshopbijdragen zoals die gepresenteerd zijn tijdens dit congres, zijn door diverse auteurs uit wetenschap en praktijk verder uitgewerkt en neergelegd in dit boek. Beoogd wordt daarmee een bijdrage te leveren aan het verdere wetenschappelijke en maatschappelijke debat over de toekomst van de cassatierechtspraak en de Hoge Raad der Nederlanden.

Dit is een uitgave in de reeks van het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing van de Universiteit Utrecht.

De Hoge Raad in 2025

De Hoge Raad in 2025

Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak

Redactie
A.M. Hol
I. Giesen
F.G.H. Kristen

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2011

© 2011 De auteurs / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische veeleelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-411-1

NUR 820

www.bju.nl

Voorwoord

De kwaliteit van de cassatierechtspraak verdient permanente bewaking. De positie van de Hoge Raad der Nederlanden in ons rechtsbestel en in de samenleving behoeft daarom voortdurend beschouwing. Als cassatierechter vervult de Hoge Raad immers een essentiële functie inzake de rechtsbescherming, rechtsontwikkeling en rechtseenheid. Door een aantal ontwikkelingen, waarbij met name de verhoogde toestroom van zaken opvalt, lijkt deze functie onder druk te komen staan. Een en ander is geïdentificeerd en beschreven door de commissie normstellende rol Hoge Raad in haar rapport 'Versterking van de cassatierechtspraak' van februari 2008 (hierna: commissie-Hammerstein).

De bedoelde ontwikkelingen zien met name op twee situaties waarmee de Hoge Raad zich geconfronteerd weet: overschot of juist hiaten in het zaakaanbod. Voor de strafsector geldt dat via de grote zaaksinstroom veel zaken aan de Hoge Raad worden voorgelegd waarvan de cassatiemiddelen niet nopen tot het beantwoorden van relevante rechtsvragen waarmee de rechtsontwikkeling en/of de rechtseenheid is gediend. Voor de civiele sector geldt daarnaast nog dat zaken waarin de Hoge Raad een normstellende rol zou kunnen vervullen, juist niet bij de Hoge Raad terechtkomen. In beide gevallen is het gevolg dat zaken niet de aandacht (kunnen) krijgen die zij verdienen. Beide situaties doen zich niet (althans niet in dezelfde mate) voor in de belastingsector. Maar ook voor deze sector moet worden nagedacht over verlichting van de werkdruk om zodoende meer aandacht te kunnen besteden aan zaken die meer aandacht verdienen.

De betekenis van de Hoge Raad in ons rechtsbestel en de toestroom van zaken nopen tot een herbezinning op de positie van de Hoge Raad en op de organisatie van de afdoening van zaken door de Raad. De basis en de kaders voor deze herbezinning zijn vastgelegd in het genoemde rapport van de commissie-Hammerstein. De commissie heeft een aantal voorstellen ontwikkeld om de geconstateerde oorzaken voor de gesignaleerde problemen het hoofd te kunnen bieden. Die voorstellen centreren zich rond drie thema's: selecteren in zaken, invoering van een prejudiciële procedure en cassatie in het belang der wet. Deze drie thema's hebben centraal gestaan op het congres 'De Hoge Raad in 2025: contouren van de toekomstige cassatierechtspraak' dat op 4 juni 2010 aan de Universiteit Utrecht plaatsvond. Het congres bestreek zowel het terrein van het belastingrecht (en dus ook het bestuurs(proces)recht), als het strafrecht en het privaatrecht.

Het congres is georganiseerd door en aan de Universiteit Utrecht, door het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing in samenwerking met het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen. De opzet en de inhoud van het congres is vastgesteld in samenspraak met de Hoge Raad, in het bijzonder de president van de Hoge

Raad, mr. G.J.M. Corstens, de procureur-generaal bij de Hoge Raad, prof. mr. J.W. Fokkens en raadsheer prof. mr. F.B. Bakels.

Het congres, en de weergave daarvan via dit boek, zou niet mogelijk en succesvol zijn geweest zonder de inzet en de bijdrage van velen. Wij danken om die reden allereerst alle sprekers, inleiders en referenten die op het congres hebben meegedacht, op zoek zijn gegaan naar creatieve oplossingen, en nieuwe gezichtspunten en argumenten hebben aangereikt. De resultaten van hun inspanningen treft u aan in deze bundel.

Bovendien danken wij alle deelnemers aan het congres voor de open, constructieve sfeer waarin op hoog niveau van gedachten is gewisseld over de eerder genoemde thema's. Voorts danken wij al degenen wier bijdrage en steun onmisbaar is geweest voor de organisatie van het congres, waarbij wij met name noemen Gerry Quint en Jaap-Willem Roozmond.

Daarnaast is de organisatie van het congres mogelijk gemaakt door financiële steun van de Hoge Raad der Nederlanden en het G.J. Wiarda Instituut van de Universiteit Utrecht. Wij zijn beide instanties hiervoor zeer erkentelijk. Tot slot danken wij Boom Juridische uitgevers die de publicatie van de resultaten van het congres via deze bundel, als eerste in de boekenreeks van het MONTAIGNE Centrum én als eerste in de reeks van de Hoge Raad der Nederlanden, mogelijk heeft gemaakt.

Wij hopen dat de resultaten van het congres, neergelegd in deze bundel, de lezer zullen boeien, inspireren en dat zij zullen bijdragen aan het wetenschappelijk en maatschappelijk debat over de toekomst van de cassatierechtspraak. Op naar een herbezonnen Hoge Raad der Nederlanden in 2025!

Utrecht, 15 oktober 2010

Antoine Hol
Ivo Giesen
François Kristen

Inhoud

Voorwoord	5
<i>A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kristen</i>	
De Hoge Raad opent het debat	15
<i>J.W. Fokkens</i>	
De Hoge Raad in 2010	19
<i>W.A.M. van Schendel</i>	
1 Inleiding	19
2 Leren selecteren	20
3 Hoe omgaan met de lijn van de commissie-Hammerstein?	23
3.1 Civiele sector	23
3.2 Strafsector	27
3.3 Belastingsector	29
4 Tot slot	31
Taken van de Hoge Raad en zijn parket in 2025	33
<i>J.B.M. Vranken</i>	
1 Het jaar 2025	33
2 Vijf ontwikkelingen	34
2.1 Rechtspraak en wetgeving	35
2.2 Rechtspraak en zelfregulering	37
2.3 De Hoge Raad als constitutioneel rechter	39
2.4 De Hoge Raad als Europese en internationale rechter	41
2.5 Rechtspraak en samenleving	45
3 Consequenties	46
4 Digitalisering	47
5 Parket	49
6 Afronding: terug tot 2010	50
Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neveneffecten op de positie en taak van de Hoge Raad	51
<i>I. Giesen</i>	
1 Inleiding	51
1.1 Onderwerp van bespreking	51
1.2 Enige context	51
1.3 Vertrekpunt, doel en plan van behandeling	53

2	Het wetsvoorstel prejudiciële vragen	54
2.1	Achtergrond, doel en belang	54
2.2	Uitbreiding van het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling	54
2.3	Terzijde: andere mogelijke compromissen	56
3	De te verwachten mate van gebruik van de regeling	58
3.1	Inleiding	58
3.2	De regeling zal voldoende worden gebruikt	58
4	Enkele niet uitgesproken vooronderstellingen	59
4.1	Introductie	59
4.2	Eerste vooronderstelling: de rechter herkent de vraag	59
4.3	Tweede vooronderstelling: de rechter stelt de juiste vraag op de juiste wijze	60
4.4	Derde vooronderstelling: de rechter is bereid de vraag te stellen	61
5	De (on)voorzienbare gevolgen van een en ander?	63
5.1	Inleiding	63
5.2	Het aanbod aan prejudiciële vragen ruimhartig honoreren vergt een 'agenda'...	63
5.3	... en leidt tot een nieuw soort zaken voor de Hoge Raad	66
5.4	Een tweede beoogd, maar potentieel bedrieglijk neveneffect	68
6	Afronding	70

Van selectie achter de poort naar selectie aan de poort 71

W.D.H. Asser

1	Inleiding	71
2	Het stelsel van vrije toegang tot de cassatierechter	72
3	Regulering van de toegang door het cassatiesysteem	72
4	Selectie en berechting in cassatie: twee stadia en twee soorten criteria	73
5	Art. 81 RO: selectie achter de poort	74
6	Selectie aan de poort zoals voorgesteld door de commissie-Hammerstein	79
7	De voorontwerpen 2008 en 2010 van het ministerie van Justitie	85
7.1	Art. 80a RO van het concept-wetsvoorstel van november 2008	85
7.2	Art. 80a van het voorontwerp Wet versterking cassatierecht-spraak van juni 2010	85
8	Een tussenbalans: waar zit de winst?	88
9	Een verlofstelsel in wording?	88

De Hoge Raad als poortwachter of hekkensluiter? 93

A.L.M. Keirse

1	Agenda van de Hoge Raad; achtergrond, middel en ambitie	93
2	Als niet aan de Hoge Raad, aan wie dan wel?	94
3	De bevoegdheid om de eigen bevoegdheid te bepalen	96
4	Wat ertegenover moet staan	97
5	Van negatieve naar positieve selectie	99

Selectie in strafzaken	101
<i>A.A. Franken</i>	
1 Het criterium	101
2 De voorbeelden	102
3 Tot slot: de cassatieadvocatuur en de rechtspraak in hoger beroep	107
Selecteren in strafzaken	109
<i>A.J. Machielse</i>	
1 Waar gaat het over?	109
2 Ontwikkelingen	110
3 Het voorstel	111
De prejudiciële procedure: ruimere mogelijkheden voor de rechtsontwikkeling bij de toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen	115
<i>N. Frenk</i>	
1 Inleiding	115
2 Rechtsbeslissingen, feitelijke beslissingen en gemengde beslissingen	117
3 De techniek van intensievere cassatiecontrole op gemengde beslissingen	118
4 Gemengde beslissingen in de prejudiciële procedure	120
5 Prejudiciële vragen, het collectief actierecht en proefprocedures	122
6 De feitelijke grondslag en binding aan het antwoord	125
7 Afronding	127
Naar een prejudiciële procedure in strafzaken?	129
<i>F.G.H. Kristen</i>	
1 Introductie	129
2 Prejudiciële procedure volgens commissie-Hammerstein	130
3 Beknopte uitstap naar twee andere prejudiciële procedures	132
3.1 Prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie	132
3.2 Een bestaande prejudiciële procedure in het Wetboek van Strafvordering	133
4 Argumenten voor een prejudiciële procedure in strafzaken	134
4.1 Een prejudiciële procedure kan in een behoefte voorzien	134
4.2 Rechtseenheid en rechtsontwikkeling zijn gebaat bij een prejudiciële procedure	138
4.3 Rechtsbescherming is gebaat bij een prejudiciële procedure	139
4.4 Samenwerking tussen rechters	140
4.5 Efficiëntievoordeel voor procespartijen en samenleving	141
4.6 De idee van een prejudiciële procedure is niet nieuw	142
5 Argumenten tegen een prejudiciële procedure in strafzaken	142
5.1 Verlenging (vertraging) van de procedure	142
5.2 Indammende werking van de prejudiciële procedure?	143
5.3 (Verder) veranderende positie van de Hoge Raad?	144
5.4 Nieuwe onduidelijkheden	145
5.5 Kosten	145

6	Enige aandachtspunten	145
6.1	Voorafgaande opmerkingen	145
6.2	Feiten en prejudiciële procedure	146
6.3	Wie kan wanneer een prejudiciële vraag stellen?	147
6.4	Inrichting van de prejudiciële procedure	149
6.5	Prejudiciële procedure en de voorlopige gehechte	151
7	Afsluitende opmerkingen	153

Een prejudiciële procedure in strafzaken? 155

A.E.M. Röttgering

1	Inleiding	155
2	Taken van de Hoge Raad	155
3	Weerlegging van de argumenten voor een prejudiciële procedure in strafzaken	157
4	Argumenten tegen een prejudiciële procedure in strafzaken	159
5	Afsluiting	161

Rechtspraak op het moment dat het ertoe doet 163

Een pleidooi voor prejudiciële vragen en een voor cassatie vatbare beschikking in het belastingrecht

R.H. Happé

1	Inleiding	163
2	Een situatieschets	165
3	De praktijk kan zo lang niet wachten	166
4	Maar er zijn grenzen aan het vooroverleg	168
5	Sprongcassatie: een eerste stap maar niet genoeg	171
6	Prejudiciële vragen in het belastingrecht: een absolute 'must'	172
7	Een fundamentele stap: een voor cassatie vatbare beschikking	173
7.1	Een beschikking op aanvraag of ambtshalve	174
7.2	Voor cassatie vatbaar	175
7.3	Een alternatieve route	175
7.4	Verplichting uitspraak binnen een bepaalde termijn	176
7.5	Ontvankelijkheid	177
8	Samenvatting en een tweetal conclusies	178

Een proactievare rol van de Hoge Raad in belastingzaken? 181

Reactie op: R.H. Happé: Rechtspraak op het moment dat ertoe doet

P.J. Wattel

1	Van <i>ex post facto</i> naar <i>preventieve</i> rechtsbescherming? Van rechtspraak naar beleidssturing?	181
2	Preventieve rechtsbescherming wellicht verplicht op grond van internationaal recht	183
3	Vragenfilter onmisbaar	184
4	Wat was voor deze oplossing het probleem?	185
5	Prejudiciële vragen	187
6	Enige uitvoeringsoverwegingen en -vragen	188
7	Uitsmijter	190

Een hiaat in het zaakaanbod: geld zetten op cassatie in het belang der wet in civiele zaken?	191
<i>T. Hartlief</i>	
1 Inleiding	191
2 Huidige situatie als vertrekpunt	192
3 Een hiaat in het zaakaanbod	194
4 Een beperkt ambitieniveau	195
5 De Hoge Raad links laten liggen: hoe erg is dat eigenlijk?	197
6 Over welke zaken gaat het nu?	198
7 Over inzenders en inzendingen: wie doet er mee en waarom?	199
8 Zicht krijgen op het aanbod	199
9 Proef op de som	200
9.1 De hangmatcasus	201
9.2 De gebeten vrijwilligster	202
9.3 Een ongewenste sterilisatie	203
10 De positie van de P-G	204
11 Cassatie in het belang der wet anno 2025	205
Cassatie in het belang der wet	207
Vluchtstrook van de rechtsontwikkeling	
<i>B.T.M. van der Wiel</i>	
1 Rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming	207
2 Selecteren van zaken	210
3 Vitalisering en marginalisering	213
Cassatie in het belang der wet in strafzaken	215
<i>F.W. Bleichrodt</i>	
1 Inleiding	215
2 Voorstellen tot wijziging	216
3 Ook in strafzaken?	217
4 Adviescommissie?	218
5 Overige voorstellen	219
6 Vergezichten	221
7 Resumé	222
Cassatie in het belang der wet in strafzaken	225
Reactie naar aanleiding van de inleiding van prof. mr. F.W. Bleichrodt	
<i>M.J. Borgers</i>	
1 Vooraf	225
2 De verhouding tussen het gewone rechtsmiddel cassatie en het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet	225
3 Meer gebruikmaken van cassatie in het belang der wet?	227
4 Adviescommissie	230
5 Tegenspraak	232

Ter versterking van de cassatierechtspraak in belastingzaken	233
Meer cassatie in het belang der wet?	
<i>R.E.C.M. Niessen</i>	
1 Inleiding	233
2 De wettelijke regeling	233
3 Gevallen waarin cassatie in het belang der wet diensten kan bewijzen	235
4 Belang van cassatie in het belang der wet in belastingzaken	235
5 Kan de Belastingkamer van de Hoge Raad haar taak adequaat vervullen?	238
6 Naar een nieuw instrument?	239
7 Slotsom	240
Omstreden rechtsvragen in het belastingrecht	241
Nieuwe kansen voor cassatie in het belang der wet?	
<i>J.L.M. Gribnau</i>	
1 Inleiding	241
2 Gering zaakaanbod	242
2.1 Zelden gebruikt en verrassende gevolgen	242
2.2 Meer gebruik noodzakelijk	244
3 Wetgever en Belastingdienst	246
3.1 Wetgever	247
3.2 Belastingdienst	249
3.3 Conclusie	253
4 Een bijzonder rechtsmiddel opgewaardeerd?	253
4.1 Asymmetrische doorwerking	253
4.2 Omstreden rechtsvraag	254
4.3 Rechtspolitiek en plannen van de wetgever	255
4.4 Conclusie	258
5 Alternatieve rechtsgang	258
6 Afronding	261
De Hoge Raad in 2025: met of zonder cassatie in de bestuursrechtspraak?	263
<i>B.J. van Ettekoven</i>	
1 Aanleiding	263
2 Cassatie, de politiek en andere factoren	263
3 Keuzen van de wetgever	265
4 Uiteenlopende rechtspraak?	267
4.1 De bestuursrechters	267
4.2 Het bestuursstrafrecht, het bestuursprivaatrecht en de grondrechten	269
5 De argumenten tegen cassatie in de bestuursrechtspraak	270
6 Alternatieven voor cassatie?	272
7 Cassatie in de bestuursrechtspraak: welke vorm?	273
8 Tot slot	274

Cassatie in bestuursrechtspraak?	275
<i>R.J.G.M. Widdershoven</i>	
1 Inleiding	275
2 Gebrek aan snelheid als groot probleem van de bestuursrechtspraak	276
3 Beperking van cassatieberoepen volgens Van Ettekoven	277
3.1 Grensvlak van het bestuurs- en strafrecht	277
3.2 Grensvlak van bestuurs- en civiel recht	278
3.3 Het gemeenschappelijke procesrecht van de Awb	278
3.4 Grondrechten	278
4 Hoe groot zijn de problemen van rechtseenheid?	279
4.1 Het grensvlak bestuurs- en strafrecht	279
4.2 Grensvlak van bestuurs- en civiel recht	280
4.3 Grondrechten	280
5 Hoe verder?	283
6 Rechterlijk overleg	284
7 Slot	285
De toekomst aan de Noordzee	287
Slottoespraak voor het congres ‘De Hoge Raad in 2025: contouren van de toekomstige cassatierechtspraak’	
<i>G.J.M. Corstens</i>	
De Hoge Raad in 2025: hoe ver zijn we onderweg?	291
<i>I. Giesen, A.M. Hol en F.G.H. Kristen</i>	
1 Inleiding	291
2 Waar staan we nu?	292
2.1 Introductie	292
2.2 Algemene punten	292
2.3 Selectie aan de cassatiepoort	294
2.4 Prejudiciële vragen	296
2.5 Cassatie in belang der wet	298
3 Drie algemene ontwikkelingen	300
4 Hoe nu verder?	302
HiiL Report on the Dutch Hoge Raad Seminar Selection of Cases	305
(1st meeting of 16 April 2010 and 2nd meeting of 2 June 2010)	

De Hoge Raad opent het debat

J.W. Fokkens*

De Hoge Raad opent het debat, dat is de titel van mijn korte toespraak aan het begin van dit congres¹ en dat openen van het debat doe ik graag.

De timing van het congres is uitstekend. Deze week heeft de minister van Justitie het voorontwerp van de Wet versterking cassatierechtspraak in consultatie gezonden. Die versterking ziet het voorontwerp in twee voorstellen. Ik noem ze in de volgorde waarin ze in het voorontwerp staan: (1) invoering van een in de cassatieproblematiek gespecialiseerde cassatiebalie en (2) selectie van zaken die in behandeling worden genomen, dit door de Hoge Raad een nieuwe mogelijkheid te geven om een cassatieberoep niet-ontvankelijk te verklaren. Dat zal volgens het voorstel, naast de nu bestaande gevallen, in de toekomst ook kunnen wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat zij klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden of van te gering belang zijn (het voorgestelde art. 80a RO). Die gespecialiseerde cassatiebalie komt vandaag niet uitdrukkelijk aan de orde. Ik zal er daarom nu over zwijgen, maar zij is wel een onmisbare voorwaarde voor versterking van de cassatierechtspraak.

Hoe kan het onder 2 genoemde voorstel worden toegelicht?

Ik geef een paar citaten:

‘Het onderhavige wetsvoorstel behelst een maatregel die ertoe kan bijdragen dat de Hoge Raad zijn beide taken als centrale rechter naar behoren kan blijven uitoefenen, enerzijds die betreffende het bewaken van de rechtseenheid en het leiding geven aan de rechtsontwikkeling en anderzijds die betreffende het toezicht op een behoorlijke procesvoering. Dit functioneren van de Hoge Raad wordt bedreigd door een stijgende werklast en daaruit voortvloeiende achterstanden bij de afdoening van zaken.’

en:

‘Bij dit alles heeft de Hoge Raad moeten vaststellen dat er tussen de aangebrachte zaken een niet onbelangrijk aantal is, waarbij het cassatieberoep in wezen probeert de kansen van het geding te doen keren door het opwerpen van middelen die geheel zijn toegesneden op de omstandigheden van het concrete geval.’

* Prof. mr. J.W. Fokkens is procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

1 Deze bijdrage betreft de toespraak zoals uitgesproken op 4 juni 2010 tijdens de conferentie ‘De Hoge Raad in 2025’. De oorspronkelijke vorm van deze openingsrede is hier gehandhaafd.

Nu denkt u vermoedelijk dat dit citaten zijn uit de MvT bij het huidige voorontwerp. Dat is niet het geval. Zij komen uit de MvT bij het in 1987 ingediende wetsvoorstel tot invoering van de verkorte motivering als voorgesteld in het toen nieuwe art. 101a RO, nu art. 81 RO. U kent ongetwijfeld die zin uit art. 81 RO: 'dat de aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling'.

Al is het in iets andere bewoordingen, materieel keert de toelichting uit 1987 terug in het voorontwerp van nu. Er is dus niet zoveel veranderd in meer dan twintig jaar. Kort samengevat: te veel zaken die niet in cassatie thuis horen.

Ook in een ander opzicht zijn er bekende geluiden. Ik doel dan met name op de volgende passage uit de MvT bij het wetsvoorstel uit 1987 om art. 101a RO in te voeren: 'Over het onderhavige voorstel is het advies ingewonnen van de Nederlandse Orde van Advocaten. Deze heeft indiening ervan ontraden.' Ook nu kunnen we vanuit de advocatuur kritische geluiden horen over de voorgestelde wijziging. Veranderingen als hier voorgesteld roepen dikwijls en niet onbegrijpelijk verzet op bij de balie. De vraag is of die weerstand goed beargumenteerd is. Gaat het echt om zulke ingrijpende veranderingen? En, als ze niet zo ingrijpend zijn, zijn de voorgestelde wijzigingen dan wel toereikend om de problemen op te lossen? Onder meer die vragen zullen vandaag onderwerp van discussie zijn.

Het voorontwerp bouwt voort op de het rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, meestal aangeduid als de commissie-Hammerstein. Die commissie formuleert het positief: 'Wat zijn de taken van de Hoge Raad en hoe kan hij die optimaal uitoefenen?'. De taken zijn duidelijk: zorgen voor rechtseenheid, leiding geven aan de rechtsontwikkeling en het bieden van rechtsbescherming. De eerste twee staan niet ter discussie, maar over de derde brengt de commissie een belangrijk nieuw geluid. Ik citeer: 'De commissie is van oordeel dat in cassatieberoepen die vooral gericht zijn op individuele rechtsbescherming, alleen een beslissing van de Hoge Raad nodig is indien een partij door fouten van de lagere rechter significant nadeel lijdt.'

Daarmee is de aanzet gegeven tot een stevig debat, dat ook vandaag een deel van de discussie zal bepalen. Wat is significant nadeel of, om het in de terminologie van het voorontwerp te zeggen: Wat is een klacht van te gering belang om de zaak in behandeling te nemen, ook als niet op voorhand kan worden gezegd dat de klacht niet tot cassatie kan leiden? Het openen van de mogelijkheid dergelijke zaken niet in behandeling te nemen lijkt een nieuwe weg. Ik wil een paar kanttekeningen bij het voorontwerp maken.

De eerste is dat het niet gaat om een verlostelsel, waarbij de hoogste rechter eerst bekijkt of hij een zaak in behandeling zal nemen. Voorbeelden daarvan zijn de werkwijze van het Amerikaanse Supreme Court en de verlostelsels van Denemarken en Finland, waar ik nog op terugkom. In het voorontwerp gaat het om de bevoegdheid bepaalde zaken niet in behandeling te nemen. Het is ten aanzien van het al dan niet in behandeling nemen van een zaak het verschil tussen 'nee, tenzij' (het verlostelsel) en 'ja, tenzij' (het voorontwerp).

Mijn tweede kanttekening betreft het gegeven criterium 'de klacht is van te gering belang om een behandeling in cassatie te rechtvaardigen'. Dat is minder revolutionair dan het op het eerste gezicht lijkt. In feite wordt dit criterium bijvoorbeeld

nu al gehanteerd in veel gevallen waarin de Hoge Raad een gesignaleerd motiveeringsgebrek repareert door een overweging anders te lezen dan er staat met de overweging ‘dat het Hof kennelijk tot uitdrukking heeft willen brengen – soms onder toevoeging van de zinsnede “zij het in minder gelukkige bewoordingen” – dat’, waarna volgt wat het Hof eigenlijk had moeten opschrijven. Daarnaast worden vele omissies aangeduid als misslagen en vervolgens hersteld met als gevolg dat bijv. in strafzaken veel foutjes die in de jaren zeventig tot cassatie – soms zelfs ambtshalve cassatie – leidden, nu als erover wordt geklaagd tot de categorie kansloze middelen behoren. Het wetsvoorstel heeft in dat opzicht veel van voortgaan op een al jaren geleden ingeslagen weg.

De derde kanttekening houdt in dat het kennisnemen van de verlostelsels van de Denen en Finnen op een expertmeeting afgelopen woensdag bij de Hoge Raad mij heeft geleerd dat de verschillen tussen een negatief selectiestelsel als voorgesteld en een echt verlostelsel minder groot zijn dan ik dacht. In de eerste plaats viel me op dat de taken van de hoogste rechter in een verlostelsel vrij veel gelijkenis vertonen met de taken van de raadsheer in een cassatiesysteem als het onze. Ook in een verlostelsel worden alle zaken – met assistentie van juridisch medewerkers – bestudeerd voordat wordt beslist om ze al dan niet in behandeling te nemen. Aan die taak besteedt de hoogste rechter in Finland ruw geschat tussen de 10 en 20% van zijn tijd. In de tweede plaats verdient het verschil in aantal behandelde zaken enige relativisering. De Hoge Raad doet nu bij elkaar opgeteld meer dan 2500 civiele en strafzaken af in een jaar. De Finnen behandelen een kleine 150 civiele en strafzaken uit in totaal 2300 zaken. Maar als we de zaken die de Hoge Raad met art. 81 RO afdoet, van het aantal van 2500 zaken zouden aftrekken – de 81-RO zaken zijn vermoedelijk vergelijkbaar met het gros van de zaken die in het voorgestelde nieuwe stelsel niet in behandeling zouden worden genomen – dan houden we voor de civiele en strafkamer ongeveer 900 zaken over. Dat is nog lang niet de ongeveer 130 tot 150 in die landen, maar het verschil wordt al veel kleiner dan het geval is als we van 2500 zaken uitgaan.

De vierde kanttekening heeft betrekking op de rechtsbescherming. In Denemarken en Finland wordt het verlof meestal verleend in zaken waarin belangrijke kwesties van rechtseenheid of rechtsontwikkeling aan de orde zijn. Dat is in acht van de tien zaken die door de selectie komen, het geval. Maar verlof kan ook worden verleend in geval van ernstige fouten of vanwege bijzondere omstandigheden. Om daarover meer duidelijkheid te krijgen, heb ik gevraagd wat er gebeurt in een strafzaak waarbij iemand wegens een autokraak is veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van twee maanden en een werkstraf van 100 uren. De veroordeling is bij verstek en verdachte is in hoger beroep niet op de juiste wijze gedagvaard, terwijl ook verzuimd is zijn raadsman op de hoogte te stellen van de zittingsdag. Beide sprekers waren duidelijk: vanzelfsprekend wordt een dergelijke zaak in behandeling genomen, alleen al omdat art. 6 EVRM is geschonden. Dat betekent dat ook in het Deense en Finse stelsel de rechtsbescherming een volwaardig criterium is gebleven, in ieder geval in strafzaken.

Dat laatste, het ook in behandeling nemen van duidelijk foute beslissingen zonder dat algemene belangrijke aspecten aan de orde zijn, is volgens de Finse en Deense spreker alleen mogelijk als de kwaliteit van de feitelijke instanties goed is. Als dat

niet het geval is en een aanzienlijk percentage van de cassatieberoepen gaat over zaken waarin ernstige fouten zijn gemaakt, kan geen enkel selectiestelsel naar behoren werken omdat er te veel zaken in behandeling moeten worden genomen. Dit alles is reden genoeg om vanuit de Hoge Raad uit te zien naar discussie over de vraag in hoeverre het criterium 'de klacht is van te gering belang om behandeling in cassatie te rechtvaardigen' bruikbaar is en aan welke voorwaarden daarbij moet zijn voldaan.

Het doel van de voorgestelde wijziging is niet negatief (hoe komt de Hoge Raad van zaken af?), maar positief (hoe kan de Hoge Raad beter leiding geven aan de rechtspraak?). Die leiding zal moeten worden gevonden in de beschouwingen in de conclusie van het parket en de motivering van het arrest. En in dat verband is een goede balie, die zorgt dat de juiste vragen aan de orde worden gesteld en die ook goed voorlicht over de implicaties van mogelijke antwoorden, onmisbaar.

Bij de verbetering van de leidinggevende rol van de Hoge Raad moet niet alleen worden gedacht aan het beter motiveren. In toenemende mate wordt het belangrijk om vrij snel een oordeel van de Hoge Raad te verkrijgen over in de praktijk spelende kwesties. Een vraag kan belangrijk zijn in verband met rechtseenheid en dan is een antwoord na vele jaren van uiteenlopende rechtspraak in feitelijke instantie ongewenst en maatschappelijk steeds minder aanvaardbaar. De oplossing van overleg tussen rechters via landelijke overlegorganen is niet het wenselijke antwoord en kan als het wel gebeurt de facto betekenen dat de Hoge Raad voor een voldongen feit komt te staan als de eerste zaak na jaren in cassatie komt. De commissie-Hammerstein zoekt de oplossing in twee instrumenten: de mogelijkheid voor de rechter om aan de Hoge Raad prejudiciële vragen te stellen en de uitbreiding van de toepassing van cassatie in het belang der wet. Voor beide geldt dat ze mogelijkheden bieden om vragen in een eerder stadium dan nu gebruikelijk is aan de Hoge Raad voor te leggen. Het is belangrijk vandaag de mogelijkheden daarvoor verder te verkennen.

Cassatie in het belang der wet biedt daarnaast de mogelijkheid om vragen die de Hoge Raad niet langs de gewone weg bereiken, aan de Hoge Raad voor te leggen. Met name op het civiele terrein zou daaraan behoefte zijn. Daartoe wordt nu via een daartoe door mij ingestelde commissie en met oproepen in de vakpers geprobeerd zicht te krijgen op praktijkproblemen die de Hoge Raad niet bereiken. We zijn pas een klein jaar bezig, het aanbod van bruikbare zaken is nog niet overvloedig maar het begin is er.

Ik rond af. Het debat over versterking van de cassatierechtspraak is volop aan de gang met het rapport van de commissie-Hammerstein, het voorontwerp versterking cassatierechtspraak, nieuwe initiatieven binnen de Hoge Raad en het houden van diverse conferenties over dit onderwerp. Het congres van vandaag zal naar ik verwacht een belangrijke bijdrage aan het debat kunnen leveren. Ik wens de Hoge Raad en u een mooi congres.

De Hoge Raad in 2010

W.A.M. van Schendel*

I Inleiding

‘Partijen zijn in civiele gedingen niet ontvankelijk om in cassatie te worden toegelaten, zoo lang de gewone wijze van procederen toereikende is om hare bezwaren te doen herstellen, hetzij door denzelfde rechter bij wie de zaak heeft gediend, hetzij door middel van hoger beroep. Alvorens voortzetting van cassatie toe te staan dient de zaak door middel van een rekest houdende al de middelen van cassatie bij een rekestkamer van de Hoge Raad te worden onderzocht en kan deze ofwel ontvankelijk zijn en dan worden verwezen naar een andere kamer die daarop beslist, ofwel dadelijk worden afgewezen bij een met redenen omkleed arrest, zodat een partij die niet ontvankelijk is geen reden heeft om zich te beklagen, vermits zij bij haar rekest alle middelen in haar belang heeft kunnen bezigen en zelfs de wederpartij niet is gehoord, terwijl zonder zodanig onderzoek, de beroepen in cassatie merkkelijk tot ongerief van de loop der justitie zouden worden vermenigvuldigd.’

Aldus art. 107 en de toelichting daarop van de Wet van 18 april 1827, regelende de zamenstelling der regterlijke magt en het beleid der Justitie in het Koninkrijk der Nederlanden.¹ In 1838 is die voorafgaande toetsing door een rekestkamer alsodeloos omslachtig afgeschaft. Was dat, met de kennis van nu, eigenlijk wel zo’n goed idee?

Sinds 1838 is de controlerende taak van de Hoge Raad danig toegenomen. Aan beoordeling van schending van het recht zijn geen grenzen gesteld en de Hoge Raad heeft, naast het bewaken van de rechtseenheid en het leiding geven aan de rechtsontwikkeling, toetsing van de deugdelijkheid van de motivering van de uitspraken van de lagere rechters tot op grote hoogte aan zich getrokken. Dat toezicht op een behoorlijke procesvoering kan worden gezien als controle op de door de lagere rechters te betrachten gelijkwaardige en effectieve rechtsbescherming van de betrokken partijen. De door de verruiming van die controle zwaar vermeerderde werklast is men met art. 81 RO – ik benadruk nog maar eens: een daadwerkelijke inhoudelijke behandeling, met alleen een verkorte motivering van de

* Willem van Schendel is raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden.

1 J. van den Honert, *Handboek voor de Burgerlijke Regtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam: L. van der Vinne 1839, p. 104.

beslissing – te lijf gegaan, maar de grenzen komen in zicht. De analyse van het Rapport Versterking van de cassatierechtspraak hoef ik hier niet over te doen. En ik wijs er zekerheidshalve ook op dat de commissie-Hammerstein geen verandering voorstelt in de algemene wettelijke taken die de Hoge Raad moet vervullen. De stroom kansloze zaken belemmert een tijdige en adequate taakvervulling door de Hoge Raad, belemmert een meer effectieve en doelmatige afdoening, omdat zij behandeling van zaken met rechtsvragen en rechtsbeschermingsproblemen die ertoe doen, in de weg zitten. Het pleidooi van de commissie-Hammerstein voor een selectiemechanisme dat meer baat zou kunnen bieden dan wat door middel van art. 81 RO kan worden bereikt, houdt – zoals van de Hoge Raad (die dol is op verstandige zinsneden, liefst tussen subtiele liggende streepjes, als ‘in beginsel’, en ‘afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het concrete geval’) mag worden verwacht – niet meer in dan een voorzichtig geformuleerd voorstel voor een wettelijk geregeld selectiemechanisme, waarbij een open norm wordt geboden aan de hand waarvan, toegesneden op de noden van de verschillende sectoren, in een zo vroeg mogelijk stadium de voor cassatie ongeschikte zaken de oprijlaan kunnen worden afgestuurd en die zaken met open armen kunnen worden ontvangen waarin, aldus de commissie, juridisch richtinggevende uitspraken kunnen worden gedaan en waarin ingrijpen uit een oogpunt van aanvaardbaarheid en kwaliteit van de uitkomst in de individuele zaak noodzakelijk is, wegens het significante nadeel dat een partij door een fout in de bestreden uitspraak lijdt. Dat betekent dat aan de cassatiemiddelen hogere eisen worden gesteld, omdat daarin duidelijk zal moeten worden gemaakt dat én waarom in de desbetreffende zaak een door de Hoge Raad te beantwoorden rechtsvraag aan de orde is en/of dat significant nadeel is geleden en waarin dat nadeel bestaat. Aldus zal een in de wet verankerde selectiemogelijkheid bijdragen aan de ontwikkeling naar een meer op rechtsvorming en noodzakelijke rechtsbescherming geconcentreerde rechtspraak, ook omdat daarmee de voor die ontwikkeling vereiste wettelijke legitimatie zou worden geboden.

2 Leren selecteren

Zie ik het goed, dan stuit het doel de cassatierechtspraak te versterken, en dus snellere en adequatere rechtspleging in cassatie te verwezenlijken, niet op bezwaren. Evenmin dat om dat doel te bereiken van al de procesdeelnemers in cassatie extra inspanningen mogen worden gevergd. De grootste bezwaren lijken te worden ingebracht tegen de eis dat ingrijpen pas noodzakelijk is als de betrokken partij van de gesignaleerde fout in de uitspraak een wezenlijk nadeel ondervindt. ‘Hoge Raad verkwanselt rechtsbescherming in individuele zaken’, zou, zo vrezen sommigen,² na invoering van het voorgestelde selectiemechanisme in grote letters op de omslag van het *Advocatenblad* van pakweg juni 2015 staan. Foute rechtspraak behoort de burger niet te binden en ook een beetje foute beslissing van lagere rechters mag niet in stand worden gelaten door deze aan de poort weg te selecteren, zo zouden de bezwaren kunnen luiden. Zijn die bezwaren terecht? Ik meen van niet.

2 Bij wijze van recent voorbeeld: L. Bruins, ‘Kloppen aan de poort van de Hoge Raad’, *Advocatenblad* 2010-10/11, p. 349 e.v.

Vooraf dit. Net als art. 81 RO – laten we de geschiedenis daarvan ook vooral niet vergeten³ – is het inmiddels voor consultatie verspreide ontwerp van art. 80a een open categorie, een dynamisch instrument, een groeimodel waarin de vragen welke zaken, in welke gevallen, ertoe doen aan de orde moeten kunnen komen. Dat vormt naar mijn overtuiging het meest inhoudelijke en wezenlijke argument tegen nadere criteria. Die zijn te statisch voor de ontwikkeling van een goed systeem. Dat neemt natuurlijk niet weg dat de Hoge Raad wel een soort verantwoording zou moeten afleggen over de toepassing van art. 80a, te meer noodzakelijk omdat de verantwoording, anders dan nu bij toepassing van art. 81 RO in strafzaken en in civiele zaken, waarschijnlijk niet langer indirect zal kunnen worden afgeleid uit de inhoud van de conclusie. Daar moet de Hoge Raad goede wegen voor zien te vinden. Dat kan in eigen beheer, achteraf in het jaarverslag of op de website, het kan ook door intern of extern uitgevoerd statistisch onderzoek. Zonder enigerlei openbare verantwoording van de selectie zou de Hoge Raad het verwijt van willekeur of gemakzucht ten deel kunnen vallen. En dat zou ik niet willen. Ook intern, binnen en tussen raad en parket, is regelmatige reflectie op de selectie overigens goed, waarbij ernaar gestreefd zou moeten worden meer algemene afstemming tussen elkaars wensen en opvattingen te bereiken. Geen overleg over concrete zaken natuurlijk, maar wel over algemene punten en beleidsmatige aspecten.

De open norm van het significant nadeel, of van een te gering belang, zoals het voorontwerp zegt, moet zijn invulling gaandeweg in de praktijk krijgen. Het klinkt hopeloos gedateerd, maar een beetje vertrouwen in de Hoge Raad bij de toepassing daarvan is wel op zijn plaats. Ook de leden van de Hoge Raad zijn net mensen, of liever: net rechters, die uiterst creatief kunnen zijn om, niettegenstaande cassatiemiddelen die nergens op slaan, hoogst feitelijke beslissingen te casseren als de uitkomst onrechtvaardig is. Ik kan daar krasse voorbeelden van geven, maar dat doe ik natuurlijk niet om het aantal cassatieberoepen niet nog meer te laten stijgen.

Als een evident onjuiste beslissing is gegeven of een die zich leent voor een richtinggevende uitspraak of voor noodzakelijk ingrijpen uit een oogpunt van aanvaardbaarheid en kwaliteit van de individuele zaak, om de woorden van de commissie-Hammerstein te herhalen, is van aantasting van individuele rechtsbescherming natuurlijk geen sprake. Tot de cassatiecontrole op de kwaliteit van de rechtspraak behoort het in het oog houden van hetgeen voortvloeit uit de beginzelen van een behoorlijke rechtspleging, zoals mede gewaarborgd door art. 6 EVRM. Dat toezicht blijft ook onder het voorgestelde selectiemechanisme onverkort gehandhaafd, al was het maar omdat schending van bijvoorbeeld het recht van hoor en wederhoor, of het negeren van een bewijsaanbod of het zonder motivering afwijzen afwijzen van een relevant getuigenverzoek in een strafzaak een essentieel gebrek van de uitspraak blootlegt en dus een significant nadeel oplevert of in ieder geval niet van gering belang is.

Indien de bestreden uitspraak zonder evidente schending van materieel of formeel recht heeft plaatsgevonden, is er nog steeds geen enkele reden de Hoge Raad de zaak dunnetjes te laten overdoen. Al die zaken waarin in wezen – want we trap-

3 Zie: C.E.C.J. Ponsioen, 'Toepassing artikel 81 RO door de civiele kamer van de Hoge Raad; een kwantitatief onderzoek tegen de achtergrond van het rapport Hammerstein', in: A.G. Castermans (e.a.) (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 131 e.v.

pen natuurlijk niet in cassatietechnisch geraffineerde, als verzuim van respons op essentiële stellingen vermomde spijkers op laag water – om een herbeoordeling wordt gevraagd van wat aan selectie, uitleg en waardering aan de feitenrechter is voorbehouden, worden nu met art. 81 RO afgedaan en mogen van mij reeds aan de poort sneuvelen. Wat de motivering van de bestreden uitspraak betreft, is naar vaste rechtspraak noodzakelijk, maar ook toereikend, dat deze voldoende inzicht biedt in de gebezigde gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als derden, de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken. De mate van gestrengheid waarmee die motivering wordt gezien, is met die maatstaf nog niet gegeven. Als die controle in cassatie wat restrictiever wordt, is dat dan uit een oogpunt van rechtsbescherming een wezenlijke verslechtering? Daarvan ben ik nog niet overtuigd, bijvoorbeeld als ingrijpen alleen maar uitstel van executie oplevert doordat na verwijzing die motivering kan worden verbeterd, ik noem maar een voor de hand liggend geval.

En daarmee kom ik op een relativering van de betekenis van het vereiste van significant nadeel dat ik ter beteugeling van de geuite vrees nog kwijt wil. Ook thans al zullen op zichzelf gegronde cassatieklachten niet tot cassatie kunnen leiden als voldoende belang ontbreekt, bijvoorbeeld omdat de uitkomst van de zaak op een andere feitelijke grond of een andere rechtsgrond dezelfde is of de beoordeling na verwijzing geen gunstiger resultaat kan opleveren. Daarin zit natuurlijk een zekere beleidsruimte en waarom zou de Hoge Raad die niet ietsje verder strekkend benutten? In dat verband moet ook gewezen worden op de ruimere mogelijkheden die de feitenrechter in *civilibus* heeft om zelf fouten en omissies te herstellen, bijvoorbeeld bij het verzuim om op een onderdeel van de eis te beslissen (art. 399 Rv) of bij kennelijke vergissingen (art. 31 Rv), of om in de loop van het geding terug te komen op eerder gegeven oordelen, zelfs op bindende eindbeslissingen. De regel van art. 399 Rv, dat cassatieberoep niet openstaat voor hem die zijn bezwaren kan doen herstellen door dezelfde rechter bij wie de zaak heeft gediend, beveel ik overigens van harte aan voor andere rechtsgebieden. Toepassing geven bij art. 80a aan het vereiste van voldoende betekenisvol belang ligt dus niet zo ver af van wat de Hoge Raad allang, zonder veel ophef, doet. Het past bij de ook door de wetgever bij de modernisering van het burgerlijk procesrecht in 2002 omarmde deformaliseringstendens, dat fouten alleen moeten worden 'bestraft' als het belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen daadwerkelijk is aangetast, en het strookt met de ratio van art. 6:22 Awb: een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een vormvoorschrift, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. En laten we ten slotte niet vergeten dat de algemene literatuur van pakweg het afgelopen decennium de richting van het rapport-Hammerstein ondersteunt. Ik wijs op de welbekende fundamentele herbezinning van Asser, Groen en Vranken, en voor het strafrecht ook op de niet minder fundamentele rapporten van het zogenoemde Strafvordering 2001-project van Groenhuijsen en Knigge.

De rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad neemt met de komst van de selectiekamer echt niet af.

3 Hoe omgaan met de lijn van de commissie-Hammerstein?

Hoe staat het nu binnen de Hoge Raad in de verschillende sectoren met ons proactief nadenken over hoe in de toekomst met de lijn van de commissie-Hammerstein om te gaan? Ik beperk me daarbij tot het punt van de selectie en laat gedachten over prejudiciële vragen of cassatie in het belang der wet daar.

3.1 Civiele sector

Eerst de civiele sector. In 2009 is de instroom van 580 zaken praktisch geheel bijgehouden, maar er was eind van dat jaar een werkvoorraad van 755 zaken. Als ruwweg ervan wordt uitgegaan dat de uitstroom ongeveer gelijk moet oplopen met de instroom, hebben we een levensgroot probleem. Uit de cijfers blijkt dat de civiele sector kampt met een oplopende werkvoorraad. Ik zeg het maar ronduit: het aantal onafgedane zaken is inmiddels tot onaanvaardbare hoogte opgelopen. Het gevolg hiervan is dat ook de duur van de procedure in cassatie in de afgelopen jaren is toegenomen. Ook hier zijn we over de grens van het aanvaardbare heen. Zonder maatregelen wordt dit in de komende jaren alleen maar erger. Niets doen is dus geen optie.

De werkvoorraad moet op de langere termijn beduidend terug. Dat zal een grote inspanning vergen en daarvoor is een omslag in denken noodzakelijk. Het kan alleen als raad en parket zich willen en kunnen concentreren op zaken die ertoe doen. Laten we eens aannemen dat niet meer dan 250 civiele zaken per jaar voor de rechtsontwikkeling en rechtseenheid van belang zijn. De omslag in denken zal dan moeten inhouden dat we die 250 zaken snel in beeld hebben en aan de andere zaken zo min mogelijk aandacht besteden. Dit vereist dat raad en parket het globaal eens zijn of worden over de maatstaven van selectie. De werkbeparing zit dan mede hierin dat niet in iedere zaak tot op de bodem behoeft te worden uitgezocht of een van de klachten misschien toch zou kunnen slagen.

Beperk ik me tot de dagvaardingsprocedure en ga ik uit van een systeem van negatieve selectie à la art. 80a, dan zou die selectie dus moeten plaatsvinden nadat de cassatiedagvaarding met de middelen en de CvA zijn ingediend, zodat ook duidelijk is of een incidenteel beroep wordt ingesteld. De zaak wordt dan op dat moment in zijn geheel beoordeeld op basis van de bestreden uitspraak en de middelen.

Toepassing van art. 80a maakt in dagvaardingszaken en soms in rekestzaken de schriftelijke toelichting overbodig. De schriftelijke toelichting kan een (zeer) omvangrijk stuk zijn waarin de middelen worden toegelicht aan de hand van jurisprudentie en literatuur. Het achterwege laten van dat stuk levert vooral voor de verwerende partij een aanzienlijke besparing van tijd en kosten op. Voorts kan een inhoudelijke conclusie P-G achterwege blijven. Ook dat levert een aanzienlijke verlichting op. Ten slotte worden deze zaken ook niet ingedeeld voor een raadkamer. In tijd betekent toepassing van art. 80a dat zaken binnen drie maanden van de rol af zijn in plaats van na achttien maanden. In rekestzaken is de tijdwinst iets minder, maar nog steeds een half jaar tot een jaar. De verwachting is dat ongeveer 40% van het huidige aanbod van zaken op een sterk vereenvoudigde en verkorte

wijze kan worden afgedaan. De besparing is dan ook substantieel en zal leiden tot een andere werkwijze van raad en parket.

Dan doemt al direct de eerste onzekerheid op: wat doet de balie? Besparen zij zich de vuistdikke schriftelijke toelichting in afwachting van de uitkomst van de selectie of nemen zij de toelichting direct op in de dagvaarding juist met het oog op die selectiebeslissing? Laat de verweerder eerst verstek gaan? Of zet men in de aanbiedingsbrief nog eens puntig uiteen dat en waarom juist deze zaak het concrete geval overstijgt? We zullen zien. Een ding is duidelijk: als de Hoge Raad in elke aangebrachte zaak met partijen in debat moet over de keuze een zaak al of niet toe te laten, voorzie ik in art. 80a geen verbetering.

Het behoeft geen betoog dat civiel een grote diversiteit aan zaken kent, van uiterst complex en lastig te beoordelen, tot, voor mijn collega's dan, erg eenvoudig. Echte bulkzaken zoals in de strafsector zijn er niet. Bij de verdeling van zaken binnen het parket wordt al jaren aan de hand van een eenvoudig systeem van kruisjes de geschatte zwaarte van de zaken bijgehouden ter verdeling over de advocaten-generaal. De toegenomen gemiddelde zwaarte betekent dat het gemiddelde aantal af te handelen zaken per A-G is afgenomen van zestig, een aantal jaren geleden, naar ongeveer vijftig nu. Het civiele parket is inmiddels ook overgegaan op een voorlopige selectie van zaken die zich lenen voor een verkorte conclusie, dat wil zeggen zaken waarin toepassing van art. 81 RO evident is en dus geen discussie kan opleveren. Een eerste gevolgtrekking is dat zulke evidente art. 81'ers zich in ongeveer 15-18% van de zaken voordoen, dus zo'n 75-90 zaken van de 514 conclusies die er in 2008 zijn genomen.

Binnen de raad worden zaken ingedeeld in drie- of vijfformatie. De conclusie biedt daarvoor bij uitstek houvast. Geheide verwerpingen of eenvoudige niet-ontvanke-lijkheden of voor de hand liggende vernietigingen vinden in drieformatie plaats. Verkorte conclusies pleegt de civiele kamer, in drieformatie, en natuurlijk na zelf-standige beoordeling, gewoon te volgen. De kamer heeft dus in het algemeen niet veel tijd nodig om met behulp van verkorte conclusies te beslissen. Art. 80a biedt voor die zaken geen substantiële besparing voor de kamer.

Zoveel is wel duidelijk. Het accent moet liggen op werkbeparing bij het parket. Dit kan alleen door in een groter aantal zaken verkort of vereenvoudigd te conclude-ren. Een vereenvoudigde conclusie is naar mijn opvatting een gewone conclusie, maar dan wel zonder toeters en bellen omdat de zaak daarvoor niet belangrijk genoeg is. Een onderzoek naar de zaken die door de kamer zijn afgedaan in drie-formatie met toepassing van art. 81 RO kan leren in welke zaken verkorte en vereenvoudigde afdoening voor de hand ligt. Bij vereenvoudigde afdoening kan worden volstaan met bespreking van slagende klachten, zeer kort bespreken van motiveringsklachten en het tot een minimum beperken van vermelding van juris-prudentie en literatuur in zaken die geen nieuwe gezichtspunten opleveren. In sommige zaken kan worden volstaan met een korte conclusie die strekt tot een bepaalde wijze van afdoening met de vermelding dat desgewenst op verzoek van de raad alsnog bij nadere conclusie ook op andere punten kan worden ingegaan.

Nog weer wat cijfers, maar nu uit de telling die de civiele kamer heeft verricht. Stelselmatig is bijgehouden in hoeveel van de 192 zaken die in 2009 in drieformatie met art. 81 RO zijn afgedaan naar het oordeel van de kamer art. 80a zou kunnen worden toegepast. Volgens de kamer zou bijna 80% (79,8%) van deze zaken de poort niet doorkomen.

Bij die 153 zaken behoorde maar in 43% van de gevallen een verkorte conclusie. Dat is niet zo gek omdat we natuurlijk makkelijk praten hebben met zo'n goed gemotiveerde conclusie in de hand, maar het roept wel de vraag op of niet toch in meer gevallen dan nu met een vereenvoudigde conclusie zou kunnen worden volstaan.

Om wat voor art. 81-zaken ging het die de kamer voor toepassing van art. 80a selecteerde? Naast wat eenvoudige procesrechtelijke aangelegenheden:

- 45 zaken betroffen het familierecht; voornamelijk alimentatiezaken, maar ook gezagskwesties en vragen op het terrein van het huwelijksgoederenrecht;
- 25 zaken hadden betrekking op schuldsanerings;
- 10 Bopz-zaken;
- 14 gevallen van, ruw gezegd, onrechtmatige daden;
- 5 faillissementsaangelegenheden, en
- 66 zaken die, al te globaal, als overeenkomstenperikelen kunnen worden aangeduid.

In al die zaken waren geen echt mooie rechtsvragen aan de orde, maar waren het – dat zal niet verbazen – bij uitstek, soms zeer uitvoerige, motiveringsklachten die de aandacht vroegen. De conclusie strekte in overweldigende meerderheid tot verwerping. Parket en raad waren het dus eens over de uitkomst. Anders dan men misschien zou verwachten, waren het niet de alimentatie- of schuldsaneringszaken met vaak een beperkt financieel belang waarin een uitgebreide conclusie was genomen en de raad toch toepassing van art. 80a in gedachten had. In die zaken waren in ruim 60% van de gevallen ook de conclusies verkort of op zijn minst versoberd.

Waar het mij om gaat is dat het grootste verschil tussen de taxatie van de raad tot het benutten van art. 80a en die van het parket tot niet-vereenvoudigd verwerpend concluderen zich voordeed bij die 66 geschillen over overeenkomsten. Daarbij moet men zich voorstellen dat aan de orde is de uitleg van de concrete afspraken, de vraag of het bewijs van de wanprestatie al dan niet geleverd is, of het bewijsaanbod wel terecht is gepasseerd, e.d. Dat zijn veelal bij uitstek waarderingskwesties van feitelijke aard, meestal dus incidenten, waarmee ik bedoel specifieke gevallen die zich uitsluitend tussen deze partijen en in de typische omstandigheden van het geval afspelen, ongeacht dat daarbij soms grote financiële belangen waren betrokken. In 59 van die zaken hadden we de beschikking over een, niet zelden uitgebreide, conclusie. Dat laat zich voor een belangrijk deel verklaren, denk ik, uit de nauwgezette weergave van de bestudering van het dossier die nodig werd gevonden om de, bijvoorbeeld als gemiste essentiële stellingen gepresenteerde, herhaling van zetten te ontwaren of de wellicht minder gelukkige motivering van het hof te repareren, zodat het voor de kamer gemakkelijk was om aan de hand van die zorgvuldige conclusie te zien dat er niets in zat. Toch zou het mogelijk moeten

zijn om op dit vlak wat dichterbij elkaar te komen. Wij zouden kunnen beginnen eens met raad en parket bijeen te komen om onze taxaties te bespreken: waarom zag de raad niets in die zaak en het parket in beginsel wel? Daar kunnen beiden wat van leren op onze gezamenlijke tastende weg naar toepassing van art. 80a.

Hoe zou de civiele selectieprocedure er dan uit moeten zien? Uitgangspunt zou moeten zijn een zo simpel mogelijke procedure, wat mij betreft zonder nadere inbreng van of debat met partijen. Met behoud van de eigen verantwoordelijkheid van het parket is denkbaar dat in een vroeg stadium zaken die voor toepassing van art. 80a in aanmerking komen, worden geselecteerd in overleg met de kamer. Daarbij zijn allerlei gradaties van overleg en samenwerking denkbaar. Zou in alle gevallen een verkorte conclusie tot toepassing van art. 80a worden genomen, gevolgd door een beslissing van de selectiekamer, dan zie ik weinig tijdswinst opdoemen. Een mogelijke vorm zou het verstekmodel kunnen zijn, waarbij de rol-A-G en de rolraadsheer verstekperikelen voorbespreken. Zou het hier niet zo kunnen zijn dat een lid van het parket in overleg met een lid van de raad, ondersteund door een lid van het wetenschappelijk bureau, de binnengekomen zaken verdeelt in drie stapeltjes: zonder meer art. 80a, zonder meer volledige behandeling en ten slotte – ons kennende vast de grootste – de stapel twijfelgevallen die nadere bestudering vergen? In die laatste pluk zaken zal het parket al dan niet verkort concluderen.

Viel uit het civiele onderzoekje iets af te leiden over de selectiecriteria?

In de eerste plaats waren er de reeds op het eerste gezicht gebrekkig geformuleerde middelen, vaak afkomstig van een beperkt aantal cassatieadvocaten. Een ruwe schatting levert op dat dit 40% van de zaken betrof. Toch altijd nog 61 zaken. Dat zouden toch de zaken zijn die in de selectieprocedure in ieder geval direct terzijde kunnen worden gelegd en, als de genomen verkorte conclusie daarvoor een indicatie biedt, waren ze ook bijna allemaal zo verkort beconcludeerd.

Het ging daarnaast – hoe ver kan ik een open deur nog intrappen – vrijwel in alle resterende art. 81-zaken waarin de civiele kamer art. 80a voorzag (dat waren er na aftrek van de zaken met notoir slechte middelen: 92) om zaken die in hoge mate berustten op een feitelijke waardering. Daarvan waren er 56 met middelen die al snel duidelijk maakten dat zij een herhaling van zetten beoogden. Dat kwam opvallend vaak voor bij alimentatiezaken en schuldsaneringen.

Ik heb geprobeerd om nog één categorie nader te onderzoeken, namelijk de gevallen waarin de motiveringsklachten op het eerste gezicht wel gegrond zijn, maar uit het dossier duidelijk blijkt dat de beslissing hoe dan ook juist was en er na vernietiging dus geen andere uitkomst denkbaar was. Dat was maar in zes zaken zo. Daarbij betrof het vooral beslissingen waarbij het hof de maatstaf niet of eigenlijk verkeerd had weergegeven, maar toepassing van de juiste maatstaf tot dezelfde beslissing zou leiden. Dat zou ook gebracht kunnen worden onder de rubriek geringe motiveringsgebreken die handig kunnen worden weggeschreven, maar dat is cassatietechniek.

Gevalen waarin de raad het belang te klein vond om door te procederen, bijvoorbeeld omdat het financieel belang maar gering was, heb ik niet aangetroffen.

3.2 Strafsector

De strafsector dan. Daar is geen haat in het zaaksaanbod, daar zorgen de beide procespartijen en het strafrechtelijk systeem wel voor. Het betreft ongeveer 4000 zaken per jaar, waarvan de helft niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat uiteindelijk geen middelen door een advocaat worden ingediend. De 2000 resterende zaken leveren volgens de strafsector veel kansloze en oninteressante klachten op. Dat kaf onder het koren verstopt de boel, leidt de aandacht af, slokt schaarse tijd en energie op en verlengt de doorlooptijden. De uiteindelijke doelen van strafoplegging zoals vergelding en preventie hebben echt te lijden onder lange procedures. Ook de verdachte heeft – denk bijvoorbeeld aan het redelijketermijnvereiste – in abstracto veel belang bij onherroepelijkheid op zo kort mogelijke termijn. Overschrijding van die redelijke termijn leidt dan ook, globaal gesproken, tot korting op de straf (en lokt daardoor weer beroepen uit). Dat alles is voor de effectiviteit van de strafrechtspleging problematisch.

Waar bestaat dat kaf dan zo ongeveer uit? Of voor de critici: is het mogelijk dat kaf in nadere criteria te vangen? Wie had gedacht dat het in strafcassaties werkelijk voorkomt dat het (enige) middel bijvoorbeeld helemaal terecht klaagt dat ten onrechte is bewezen verklaard dat van een zekere Van der Hoog spullen waren gestolen, als het slachtoffer Van der Hoogt heette?⁴ In de strafsector is een bescheiden onderzoekje gedaan met als doel om enig inzicht te krijgen in de zaken die onder Hammerstein in ieder geval tot een niet-ontvankelijkheid zouden moeten leiden en om te bezien of parket en raad daar wezenlijk verschillend over denken. Vanwege de hoeveelheid strafzaken is voor een steekproef van twee maanden gekozen. Het parket heeft bekeken in welke zaken uit die periode verkort kon worden geconcludeerd en – aan de hand van een beoordelingsformulier – op welke grond. Die zaken zijn vervolgens blanco door een raadsheer beoordeeld. In die twee maanden is door het parket in 47 zaken een verkorte conclusie genomen (met in bijna elke zaak een andere advocaat). In geen van deze zaken week het arrest van de Hoge Raad af van de conclusie. Ook een vergelijking van de gebruikte beoordelingsformulieren toont grote overeenstemming. Als meest aangekruiste gronden figureren ‘mist feitelijke grondslag’, ‘in strijd met inhoud bewijsmiddelen’, een ‘verkeerde lezing’ van de beslissing van de feitenrechter, ‘ongemotiveerd ingaan tegen geldende jurisprudentie’ en ‘in strijd met de straftoemtingsvrijheid’. Veel voorkomend bleken ook gevallen waarin het middel klaagt over een niet-onbegrijpelijke procedurele beslissing van de lagere rechter, zoals de afwijzing van een aanhoudingsverzoek of een getuigenverzoek. Met de kerntaken van de Hoge Raad hebben deze klachten allemaal erg weinig te maken.

Het parket is hierbij duidelijk nogal voorzichtig begonnen met de selectie. Ruwweg ging het om niet meer dan 10% van de zaken. In diezelfde tijd werd 34% van de zaken als ‘art 81-uitroepteken’ afgedaan (dat wil zeggen dat na een conclusie met een integraal art. 81 RO-advies de zaak eerst door een vice-president wordt bekeken en na zijn instemming daarna als in beginsel onproblematische zaak de zetel doorgaat, terwijl er daarnaast nog 26% zgn. Delta-zaken waren, hetgeen

4 HR 26 mei 2009, LJN BH8608.

inhoudt dat de zaak op vergelijkbare wijze als in beginsel gemakkelijk wordt beoordeeld en afgedaan (veelal gevallen van het benutten van art. 81 RO in combinatie met een overschrijding van de redelijke termijn). Veel van die zaken lijken rijp voor toepassing van art. 80a en ook daarbuiten zal nog wel eens zo'n zaak zitten. Dat geeft een indicatie van de aantallen. Dat onderzoekje leverde echter geen nadere, zinvolle criteria op. Het gaat immers om nogal brede, algemene categorieën die wellicht verhelderend kunnen zijn en letterlijk honderden voorbeelden opleveren, maar niet direct als criterium kunnen functioneren. Daarbij komt bovendien dat ook meer spannende, moeilijke vragen te bedenken zijn, zoals: is de enkele overschrijding van de redelijke termijn in de cassatiefase in een zaak met verder geen of als kaf te kwalificeren klachten voldoende om in cassatie te worden behandeld? Hoe valt een zaak te beoordelen waarin een enkele blik over de papieren muur een klacht ontkracht doordat daar de materiële juistheid op een ondergeschikt onderdeel blijkt? En als een bewezenverklaring op tien bewijsmiddelen berust waarvan er één in cassatie met reden wordt bestreden, mag de Hoge Raad dan beoordelen of de resterende negen de bewezenverklaring in voldoende mate ondersteunen of is dat *altijd* het domein van de feitenrechter? Zulke vragen moeten in de loop der tijd aan de hand van het belangvereiste worden beantwoord.

De gedachten in de strafsector gaan uit naar de volgende selectieopzet.

1. Het parket maakt een selectie van de zaken die voor toepassing van art. 80a in aanmerking komt en stuurt die zaken zonder enig commentaar door naar de kamer. Die doorzending geldt als 'gehoord de procureur-generaal'. Er is daarmee wel een oordeel van het parket, maar niet inhoudelijk gemotiveerd. Daarom is er feitelijk geen aanleiding om een Borgersbrief uit te lokken: wat zou de advocaat méér kunnen opwerpen dan hij al in zijn cassatieschriftuur heeft gedaan, toen hij zich achter zijn oren krabde of het cassatieberoep wel ontvankelijk zou zijn? Tegenover zijn 'ja' staat dan soms het kale 'nee' van het parket.
2. De kamer beslist over de voorgeselecteerde zaken. Indien de kamer de zaak wel ontvankelijk acht, gaat de zaak het reguliere circuit in. Anders gaat de stekker eruit.
3. Indien het parket de zaak ontvankelijk acht, komt de zaak – na de rolbehandeling – pas bij de kamer als de conclusie is geschreven. De kamer kan dan alsnog besluiten tot niet-ontvankelijkheid, maar dat ligt niet voor de hand als er een conclusie voorligt. Afdoening via art. 81 RO ligt dan in voorkomende gevallen in de rede en kost niet meer tijd dan niet-ontvankelijkverklaring.
4. Het parket behoudt op deze wijze de vrijheid om in een conclusie zijn zienswijze over een belangrijke kwestie publiek te maken, ook al ziet het parket afdoening via art. 81 RO als aangewezen. Op deze manier kan ook worden voorkomen dat een geruchtmakende zaak een al te stille dood sterft, met name omdat er op het hoogste niveau niet een gedegen juridisch oordeel over is gegeven. In dit opzicht verschilt het strafparket ietwat van het civiele parket, omdat de vrijheidssfeer van de burger ten opzichte van de overheid altijd in het geding is.
5. Te verwachten valt dat na verloop van tijd door feedback van kamer naar parket en vice versa structuur en lijn ontstaat in het oordeel voor welke zaken art. 80a RO aangewezen is.

3.3 Belastingsector

Het aantal fiscale cassaties bedroeg voorheen gemiddeld rond 1.000 zaken per jaar, met uitschieters naar 1.500 in 2003 en 2005. Door de invoering van belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties per 1 januari 2005 zou dat veel minder worden, was de verwachting. Aanvankelijk leek dat ook zo: in 2007 en 2008 rond 750 cassaties maar nu stijgt dat aantal weer: naar 900 zaken in 2009, en de verwachting is dat dit nog wat zal groeien, gelet op het toenemende aantal fiscale procedures bij de rechtbanken en bij de hoven. Dan gaat het weer naar zo'n 950 à 1.000 zaken per jaar. Dat aantal van zo'n 1000 zaken per jaar is ook het aantal dat jaarlijks wordt afgedaan.

Eerst even wat eigenaardigheden van de fiscale cassatieprocedure:

1. Er is geen verplichte procesvertegenwoordiging; de achterliggende gedachte is dat iedere burger zich op eenvoudige wijze moet kunnen verzetten tegen de machtige overheid, van wie hij ongevraagd belastingaanslagen ontvangt; alleen voor het geven van een mondelinge of schriftelijke toelichting is een advocaat verplicht. In de praktijk worden de meeste procedures gevoerd door geschoolde belastingadviseurs, die het niet zelden beter doen dan advocaten die zich niet speciaal op belastingzaken hebben toegelegd.
2. In het verlengde van deze informele procedure: er is geen verplichting om 'middelen' te formuleren; voldoende is dat het beroepschrift in cassatie de 'gronden' van het beroep bevat.
3. Niet in alle zaken wordt een conclusie genomen: de Algemene wet inzake rijksbelastingen, waarin de cassatieprocedure is geregeld, bevat een artikel 29d dat luidt: 'Nadat de toelichtingen zijn gehouden of, indien deze niet zijn verzocht, na indiening van de schrifturen door partijen, stelt de griffier, *indien de procureur-generaal bij de Hoge Raad de wens te kennen heeft gegeven om te worden gehoord*, alle stukken in diens handen.' Hoe gaat dat in de praktijk? Het fiscale parket krijgt het dossier. Aan de hand daarvan vindt een 'drieluikbeoordeling' plaats door een lid van het wetenschappelijk bureau; drieluik, dat is de bestreden uitspraak, het beroepschrift in cassatie en het verweerschrift in cassatie. In één of anderhalf A4'tje maakt deze WB'er een korte analyse van de zaak, van relevante jurisprudentie in vergelijkbare zaken, van opvattingen in de literatuur, uitmondend in een advies om al dan niet een conclusie te nemen. De advocaat-generaal beslist met een kruisje: wel conclusie, geen conclusie. In ongeveer 20% van alle cassatiezaken (zo'n 175 per jaar) wordt een conclusie genomen: dat zijn de fiscale zaken die – in Hammersteins jargon – 'er echt toe doen'. Wordt niet gekozen voor het nemen van een conclusie, dan gaat het dossier terug naar de raad. Procespartijen krijgen alleen een berichtje als er wél een conclusie zal worden genomen (en na die conclusie volgen er uiteraard Borgersbrieven).

Dus 80% van alle fiscale zaken moet zonder conclusie worden beslist door de kamer: dan zijn dus tussen 700 en 800 zaken per jaar, zonder conclusie. Hoe doet de belastingkamer dat?

De eerste selectie betreft zaken die geheid niet-ontvankelijk of geheid ongegrond zijn, zo'n 15% van alle zaken is daarmee al weg. Van de overige ongegronde beroepen wordt ongeveer 75% afgedaan met uitsluitend art. 81 RO. Let wel: die procespartijen, vaak niet vertrouwd met de cassatietechniek, krijgen géén conclusie, maar enkel een kale art. 81'er. Daarom is destijds besloten om met zo'n kale fiscale art. 81'er een toelichtende brief mee te sturen met een uitleg, onder meer inhoudende: 'Als de Hoge Raad artikel 81 toepast, betekent dat niet dat hij niet nauwkeurig heeft onderzocht of het gerechtshof of de rechtbank het recht juist heeft toegepast en zijn of haar uitspraak afdoende heeft gemotiveerd. Toepassing van dit artikel betekent uitsluitend dat niet nader wordt uitgelegd waarom het beroep ongegrond is.' Het gaat dan, naast de geheide niet-ontvankelijkheden of evident ongegronde zaken, over 75% van de ongegronde beroepen met toepassing van art. 81 RO, dat is ruim 50% van alle zaken. Van die art. 81 RO-zaken heeft de belastingkamer in 2009 negen maanden bijgehouden of men die zaken ook sneller met toepassing van art. 80a zou hebben kunnen afdoen.

Dat bleek te kunnen in ruim de helft van de art. 81 RO-gevallen, kortweg: evident kansloze zaken, waarin slechts een betrekkelijk summier notitie nodig zou zijn geweest om dat vast te stellen. Voorbeelden van categorieën van zulke zaken, die niet veel afwijken van de ervaringen in de civiele sector, zijn:

1. feitelijke kwesties, bijvoorbeeld op terrein van Waardering Onroerende Zaken, meestal waarderingskwesties, vaak ook in combinatie met nova in cassatie;
2. reeds beantwoorde rechtsvragen. Bijvoorbeeld de reeds lang beantwoorde rechtsvraag dat als buitengewone uitgaven ter zake van ziekte alleen kosten voor erkende medici kunnen worden afgetrokken, en niet de kosten van alternatievelingen als magnetiseurs, etc. En ook de kosten van medicijnen alleen als ze op recept van erkende medici zijn verstrekt. Maar soms ligt dat toch wat genuanceerder: hoe moet worden beslist als de erkende dokter medicinale wiet voorschrijft, af te halen bij een apotheek en dus aftrekbaar; maar de belanghebbende stelt dat hij meer baat heeft bij de veel betere wiet uit de coffeeshop (ten bewijze waarvan hij zelfs een enveloppe met die wiet bij zijn cassatieberoep had gevoegd). Ook die procedure eindigde met de verkorte motivering van art. 81 RO, maar dat pas na lange raadkamerdiscussies; geen art. 80a-zaak dus;
3. onzinklachten. Een leuk voorbeeld verschaft de vaste klant die jaarlijks opkomt tegen de aanslag hondenbelasting: die heffing is onrechtmatig zolang de gemeente de opbrengst niet besteedt aan wat hij noemt 'hondgerelateerde uitgaven', zoals extra uitlaatstroken en gratis poepschepjes.

Levert die afdoening met art. 80a in de belastingsector veel besparing op? In art. 81 RO-zaken neemt het parket nooit een conclusie; daar zit dus geen besparing in. In de kamer wordt de zaak door een WB'er voorbereid, meestal met een uitvoerige notitie waarin alle klachten worden ontleed en besproken. Na die notitie is de beslissing tot toepassing van art. 81 RO in die geheide gevallen eenvoudig; veel besparing zit daar niet in. Winst zou kunnen worden geboekt als vooraf een selectie zou kunnen worden gemaakt in de gevallen waarin men direct al kan zien dat het toch niets wordt. Maar winst is er alléén als in dit soort zaken niet toch een conclusie-achtig geschrift van een A-G gevraagd zou moeten worden. Die

conclusies zijn er nu niet, en zouden dus alleen maar extra werk betekenen. Als voor de toepassing van art. 80a ('gehoord de procureur-generaal') een schriftelijke uitspraak van een A-G nodig zou zijn – en zeker als deze dan toch ook aan procespartijen zal moeten worden toegezonden – is toepassing van art. 81 RO in fiscalibus eenvoudiger en sneller.

4 Tot slot

Tot zover de korte rondgang langs de sectoren naar de stand van nu. Een enkel discussiepunt voeg ik er nog aan toe. Selectie aan de poort is de verantwoordelijkheid van de Hoge Raad zelf: hou de norm van art. 80a open, of zo men wil: vaag. En tegelijk: hoe maken we aan de buitenwereld duidelijk waarom de Hoge Raad sommige zaken tot zijn 'core business' rekent en andere niet? Hoe moet de rol van het parket bij de selectie worden ingevuld? Welke eisen mag men met het oog op de selectiebeslissing stellen aan de inbreng van de advocatuur? En ten slotte: Is de basale kwaliteitscontrole niet vooral een taak van de feitenrechtspraak zelf, overschat de Hoge Raad het effect van zijn rechtspraak op dit punt niet en zijn er niet betere en meer eigentijdse mechanismen beschikbaar dan cassatie?

Terug naar de rekestkamer van 1827, zou ik menen, maar dan in gemoderiseerde vorm. Zonder dien blijven de beroepen in cassatie 'merkelijk tot ongerief van de loop der justitie' te zeer vermenigvuldigd. En dat kan echt niet.

Taken van de Hoge Raad en zijn parket in 2025

J.B.M. Vranken*

I Het jaar 2025

Het is 4 juni 2025, ruim tien jaar na invoering van de voorstellen van de commissie Normstellende taak van de Hoge Raad, ook wel naar haar voorzitter de commissie-Hammerstein genoemd. De invoering is bepaald niet geruisloos of zonder slag of stoot gegaan.¹ Vandaag maken wij de balans op of de invoering gebracht heeft wat toen verwacht, gehoopt of gevreesd werd. Het doet mij plezier dat de heer Hammerstein ook aanwezig is. Terecht dat hij eerst gevraagd is de bijdrage over het civiele recht te verzorgen. Wie zou dat beter kunnen dan hij? Hij heeft er echter de voorkeur aan gegeven de evaluatie aan anderen over te laten. De eer is mij te beurt gevallen. Ik dank de organisatoren daarvoor zeer hartelijk: met zo veel jeugdig talent in de zaal, ligt het niet meteen voor de hand iemand te vragen die al jaren tot de pensionado's behoort.

* J.B.M. Vranken is hoogleraar methodologie van het privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg. Met dank aan Fred Hammerstein, Ivo Giesen en Rob van Gestel voor hun bereidheid eerdere versies van het artikel te lezen en te helpen verbeteren. Missers en andere onvolkomenheden zijn alleen de verantwoordelijkheid van de auteur.

1 Met name enkele cassatieadvocaten hebben zich meer of minder sterk verzet tegen het voorstel van de commissie tot een selectie aan de poort. Een belangrijk element van dit verzet was de vrees dat selectie aan de poort ten koste zou gaan van de rechtsbescherming. Vergelijk onder meer H.A. Groen, 'Selectie aan de poort', *Trema* 2008, p. 340-347; B. van der Wiel, 'Selecteren in plaats van afserven? Het voorstel van de commissie-Hammerstein tot invoering van een selectiekamer bij de Hoge Raad', *Ars Aequi* 2009, p. 855-859, met reactie van Hammerstein in *Ars Aequi* 2010, p. 112-114, en een naschrift van Van der Wiel, p. 115-116; P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Wat moet de Hoge Raad?' in: J.F. de Groot en H.M. Slaghekke (red.), *Frank en Vrij (Thunissen-bundel)*, 2009, p. 9-29; J. van Duijvendijk-Brand, 'Waartoe is de Hoge Raad op aarde?', *NJB* 2010, p. 553-560. In de bundel A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, *BWKJ* 25, Deventer: Kluwer 2009 staan verschillende voor het onderwerp van belang zijnde bijdragen. Zo ook in de bundels N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009 (verslag van het eerste symposium in november 2008 over het rapport van de commissie-Hammerstein) en G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009. Zie voorts B.F. Keulen, 'Cassatie op een breekpunt?', *RM Themis* 2009, p. 201-213 met veel verwijzingen, ook naar eerdere literatuur, want het onderwerp stond in het verleden al regelmatig op de agenda.

Ik heb besloten niet veel terug te kijken. Of zoals de dichter Valéry zo mooi schreef: ik zal de toekomst niet achteruit tegemoet treden. Ik richt mij op het heden van 2025 en op de nabije toekomst. Dat biedt veel interessants, omdat er sinds het rapport-Hammerstein veel is gebeurd en nog veel meer staat te gebeuren. De voorstellen in het rapport waren gebaseerd op een analyse van de situatie van begin eenentwintigste eeuw. Ze beoogden een antwoord te zijn op de problemen en uitdagingen die toen geconstateerd werden. Intussen echter is de tijd niet stil blijven staan. Er hebben zich nieuwe vragen, vergezichten, problemen en uitdagingen aangediend. Voor een deel zijn die uitgelokt of bevorderd door dat wat de commissie-Hammerstein heeft losgemaakt. Veranderingen hebben immers ook altijd hun eigen, niet helemaal te voorspellen dynamiek; de vrees daarvoor is, zoals wij allemaal weten, vaak sterker dan de behoefte aan hervorming. Dat is ook hier het geval geweest.² Voor een ander deel is sprake van min of meer autonome ontwikkelingen, die zich waarschijnlijk ook zonder het rapport-Hammerstein hadden aangediend.

De onmiskenbare verdienste van het rapport is echter geweest – en ik stel dat nu al voorop – dat het bewerkstelligd heeft dat men steeds is blijven nadenken over de kerntaken van de Hoge Raad en welke invloed nieuwe ontwikkelingen daarop hebben c.q. hoe de Hoge Raad daarop moet anticiperen dan wel inspelen. En voorts dat de Hoge Raad dit gedaan heeft en nog steeds doet in een sfeer van openheid en overleg met belanghebbenden en belangstellenden die, vergeleken met de tijd van vóór het rapport, ongekend is.

2 Vijf ontwikkelingen

Ter wille van de overzichtelijkheid rubriceer ik de door mij te bespreken ontwikkelingen in vijf categorieën, precies een handvol. Dat wordt voor sommige ontwikkelingen hier en daar wringen – waar moeten ze ingepast worden? – maar ik hecht aan het getal vijf omdat het nauw aansluit bij de vorm van het onlangs betrokken nieuwe gebouw van de Hoge Raad, gelegen in de Rechtstraat aan het Haagse Grondwetspad. Het gebouw wordt in de volksmond al de handschoen genoemd en dat is symbolisch voor de opstelling van de Hoge Raad. Geen kazerne van waaruit op geregelde tijden beslissingen van soms groot maatschappelijk belang naar buiten rollen, maar – en ik citeer nu voor een deel architectentaal – vingers die als tentakels naar alle kanten reiken om te proeven wat in het grotere geheel de plaats en verantwoordelijkheid van de Hoge Raad voor rechtsvorming en rechtsbescherming zou kunnen of moeten zijn.

2 Met name C.A.J.M. Kortmann heeft in de tijd dat het rapport-Hammerstein verscheen bestreden dat de Hoge Raad een rechtsvormende taak zou hebben. Zie C.A.J.M. Kortmann 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuizen, *Raad en daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 31-37. Anderen die in die tijd kritisch stonden tegenover de in het rapport bepleite (sterkere nadruk op de) rechtsvormende taak van de Hoge Raad zijn onder meer T. Hartlief, 'Den Haag, let op Uw Saek', *NJB* 2009, p. 1073; C. Schutte, 'De rechtsvormende taak van de rechter? Een kritische noot', *Ars Aequi* 2009, p. 676-680; P.P.T. Bovend'eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming', *RM Themis* 2009, p. 145-153.

De rode draad in mijn betoog wordt gevormd door het begrip ‘constitutionele dialoog’.³ In het kader van de herziening van de Grondwet is er de afgelopen jaren veel aandacht voor geweest. Vooralsnog is het voldoende te weten dat de kern ervan, kort gezegd, is dat rechtsvorming meer en meer plaatsvindt in netwerken van rechtsontwikkeling die niet noodzakelijk institutioneel, grondwettelijk, hiërarchisch of in een systeem van checks and balances verankerd zijn, maar vaak losvast gevormd zijn met het oog op concrete onderwerpen.

De reikwijdte ervan is heel breed.⁴ Het is begonnen met rechtspraak: afspraken en afstemming tussen rechterlijke colleges over taakverdeling en over de interpretatie van bepaalde rechten, bijvoorbeeld in Nederland tussen Hoge Raad, Raad van State en Centrale Raad van Beroep. In Europees verband is onder meer⁵ te denken aan de afstemming tussen het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (verder: EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU), en de onderlinge verhouding na toetreding van de Europese Unie (EU) tot het EVRM zo’n 15 jaar geleden. Inmiddels is het begrip constitutionele dialoog veel ruimer getrokken en omvat het behalve rechtspraak ook de wetgever, maatschappelijke groeperingen, NGO’s, bestuursorganen met regelgevende bevoegdheden, zoals veel toezichthouders, en daarmee ook alle netwerken waarin deze met elkaar of met andere groepen formeel of informeel verbonden zijn.

In dit artikel zal ik deze brede insteek toespitsen op wat vanuit de Hoge Raad bezien relevant is. Dat komt neer op een schets van vijf netwerken van rechtsontwikkeling waarin de Hoge Raad opereert of in de toekomst kan of zal opereren. Het ene netwerk is verder uitgewerkt dan het andere, maar bij geen enkel is al een eindpunt bereikt, zo dit ooit mogelijk is.

2.1 Rechtspraak en wetgeving

Bekend en vertrouwd is de relatie van wetgeving en rechtspraak als min of meer partners in rechtsvorming.⁶ Maar het is allemaal nog vooral vanuit ieders eigen positie gedacht zolang die relatie niet meer inhoudt dan dat de Hoge Raad soms adviezen geeft, in jaarverslagen wijst op knelpunten waarvan het wenselijk zou zijn dat de wetgever ingrijpt, of in rechterlijke uitspraken de wetgever op termijn stelt, in die zin dat als deze niet binnen zekere tijd met een regeling komt, de rechter rechtsvormend zal optreden.

Actiever en explicieter wordt het proces als overleg wordt gevoerd over wie wat doet. Wanneer kan de wetgever kwesties endosseren aan de rechtspraak en, indien

3 Vroeger werd in dit verband wel eens uitdagend gesproken over POR, Periodiek Overleg Rechtsvormers. Ik doel op I. Giesen en H. Schelhaas, ‘Samenwerken bij rechtsvorming’, in: Keukens en Van den Nieuwenhuizen 2008, p. 131-154.

4 Onder meer M.R. Ferrarese, ‘When National Actors Become Transnational: Transjudicial dialogue between Democracy and Constitutionalism’, *Global Jurist Frontiers*, 2009, p. 1-31, met veel verdere verwijzingen.

5 Zie ook hierna onder 2.3 en 2.4 voor een nog breder veld.

6 Partners in the business of law, heb ik dat lang geleden eens genoemd. Het is ook de ondertitel van de in noot 2 genoemde bijdrage van Bovend’eerst, zij het bij hem voorzien van een vraagteken.

dat gebeurt, is het dan een open mandaat of een verwijzing binnen bepaalde aan-gegeven grenzen? Is er een terugkoppeling? Wanneer kan de Hoge Raad besluiten dat bepaalde zaken zijn rechtsvormende taak te boven gaan? Wat dit laatste betreft, lijkt het er in de praktijk op dat bijvoorbeeld niet de ethische geladenheid van een onderwerp de Hoge Raad op de rem doet staan, maar vooral de breedte van de problematiek: het concrete geval raakt slechts een enkel aspect en kan niet goed beslist worden zonder het geheel onder ogen te zien. Soms is de wetgever daar al mee bezig. Indien de contouren van de nieuwe regeling al redelijk vaststaan, kan anticiperende interpretatie uitkomst bieden. Zo niet dan kan onder meer⁷ gedacht worden aan een vorm van samenwerking die 'creeping legislation' of ook wel een open methode van coördinatie⁸ wordt genoemd. Een voorbeeld is de problematiek van derden die schadevergoeding vorderen wegens aan naasten overkomen ongevallen, medische missers of strafbare handelingen, waarbij deze naasten (partner, ouder, kind) hetzij zijn overleden hetzij ernstig gewond zijn geraakt. Het lukt de wetgever maar niet om dit onderwerp geregeld te krijgen. De Hoge Raad wordt er regelmatig mee geconfronteerd, maar moet meer dan eens neen verkopen. Op den duur is dit niet houdbaar.⁹

Creeping legislation houdt in dat de problematiek stukje bij beetje wordt gereguleerd in een bewust samenspel van rechterlijke uitspraken met ervaringen in de schadepraktijk, kennis vanuit andere disciplines over, ruim gezegd, emotionele schade, en een wetgever die begint met een of meer hoofdlijnen en vervolgens die hoofdlijnen langzaam uitbreidt of bijstelt, mede op basis van wat rechtspraak, praktijk en nieuwe ontwikkelingen laten zien. Het is zeer wel mogelijk dat men na verloop van tijd uitkomt op iets dat men in het begin niet voor ogen had. Uiteindelijk zal het waarschijnlijk een mix van verschillende soorten regels opleveren, waaronder mogelijk 'soft law' in de vorm van gedragscodes of richtlijnen. Het past bij de huidige (2025) ontwikkeling van een nieuw privaatrecht dat niet langer bestaat uit een codificatie oude stijl met daar omheen rechtspraak, zoals dat tot voor kort veelal het geval was, maar uit een gelaagde structuur van Europese,

7 De Hoge Raad acht zich zelf niet bevoegd om de formele of lagere wetgever te bevelen wetgeving tot stand te brengen, aan te passen of in te trekken. Zie HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 (*Waterpakt/Staat*) en HR 9 april 2010, *NJ* 2010, 388, m.n. Alkema (*Staat/Clara Wichmann*) resp. HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 (*Faunabescherming/Fryslân*). Koopmans keerde zich in zijn noot onder Waterpakt tegen de nogal categorisch geformuleerde stellingname van de Hoge Raad op dit punt. In deze zin ook R. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. RU), Deventer: Kluwer 2009 en R. Schutgens, 'Onrechtmatige wetgeving', *Ars Aequi* 2009, p. 850-854. Zie verder over deze kwestie de noot van Alkema onder Clara Wichmann, nr. 7, met verwijzing naar rechtspraak van het EHRM.

8 Vrij naar K.P. Berger, *The creeping codification of the lex mercatoria*, Den Haag/Boston: Kluwer Law International 1999. In Europa wordt meestal de term open methode van coördinatie gebruikt. Hierover onder meer, met verdere verwijzingen, L. Senden m.m.v. A. Tahtah, 'Reguleringsintensiteit en reguleringsinstrumentarium in het Europese gemeenschapsrecht. Over de relatie tussen wetgeving, soft law en de open methode van coördinatie', *S.E.W.* 2008, p. 43-57; W. van Gerven en S. Lierman, *Algemeen Deel. Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010, nr. 57.

9 Vergelijk HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385 (*Bakkum/Achmea*); HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*); HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387 (*Rijnstate/R*) en HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387 (*Kleijnen/Reaal*), alle met mijn noot.

ationale, statelijke en niet-statale regels en concretisering daarvan in rechtspraak en codes of andere vormen van soft law, met eventueel publiekrechtelijke elementen van toezicht, certificering en controle. Het nieuwe privaatrecht is niet meer te modelleren als een exclusief schema van wetgeving en rechtspraak,¹⁰ maar kenmerkt zich door een veelheid en diversiteit van actoren, soorten regels, en procedures op nationaal, Europees en transnationaal niveau.¹¹ Het staat ver af van wat bijvoorbeeld in de Principles of European Contract Law of in de Draft Common Frame of Reference gebeurd is.¹²

Het is jammer dat deze nieuwe, dynamische en wederkerige verhouding van wetgever en rechtspraak niet is opgenomen in de nieuwe Grondwet. Men is er niet in geslaagd het eens te worden over het juridisch kader waarin een dergelijke samenwerking gestalte kan krijgen zonder de constitutionele eisen en waarborgen geweld aan te doen. Zo'n kader is natuurlijk essentieel, want om in termen van Harts *Concept of Law* te spreken: het gaat om nieuwe 'rules of recognition'. Misschien was het ook een brug te ver om deze dynamische verhouding in wederkerigheid nu al grondwettelijk vorm te geven, gelet op het prille stadium van ontwikkeling waarin ze zich bevindt. Maar dat tegelijk hiermee ook de veel bescheidener stap tot erkenning in enigerlei mate¹³ van een rechtsvormende taak van de rechtspraak naast de wetgever het niet heeft gered, is ronduit een gemiste kans.

2.2 Rechtspraak en zelfregulering

Het tweede netwerk van rechtsontwikkeling waarin de Hoge Raad zich bevindt is dit. De rechtspraak krijgt in toenemende mate te maken met codes, richtlijnen, protocollen e.d. waar bedrijven of instellingen of gehele sectoren zich aan binden in hun contacten met cliënten, bijvoorbeeld om zich ten aanzien van de kwaliteit

10 Al betoogd in Asser/Vranken, *Algemeen deel. Een vervolg ****, Deventer: Kluwer 2005, p. 79-103, maar toen nog zonder Europese en internationale dimensie.

11 Onder meer G.-P. Callies en Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*, 2010; J. Smits, *Rechtstoerisme: Burgerlijk Wetboek en Grondwet voorbij de Staat*, (oratie) UvT 2010; H. Micklitz, 'The Visible Hand of European Private Law', *EUI Working Paper LAW*. No. 2008-1; R. Michaels, 'The True Lex Mercatoria: Law beyond the State', te vinden op <<http://ssrn.com/abstract=1259979>>; R. Michaels en N. Jansen, 'Private Law Beyond The State: Europeanization, Globalization, Privatization', *EUI Working Paper 2007*, te vinden op <<http://ssrn.com/abstract=955267>>.

12 Beide continueren de oude traditie van het exclusieve schema van wetgeving en rechtspraak, zij het niet meer op nationaal, maar op Europees niveau. Zie voor een helder en goed overzicht van wat de DCFR beoogde en inhield, bijvoorbeeld R. Zimmermann, 'The Present State of European Private Law', *American Journal of Comparative Law* 2009, p. 479-512. Kritisch hierover in een vergelijking van de Europese en Amerikaanse situatie, onder meer C. Saiman, 'Public Law, Private Law, and Legal Science', *American Journal of Comparative Law* 2008, p. 691-702: zijn conclusie is dat Europese privatisten in hun zoektocht naar Principles iets willen vinden dat ofwel niet bestaat ofwel niet belangrijk is.

13 De principiële erkenning van een rechtsvormende taak van met name de Hoge Raad is te onbepaald en zegt daarom nog niet veel. De discussies die regelmatig over dit onderwerp de kop opsteken, gaan als ik goed zie in essentie steeds over de grenzen, beperkingen en voorwaarden van rechterlijke rechtsvorming. Dat is wat ik in de tekst bedoel met 'in enigerlei mate'. Elders heb ik geprobeerd dit nader te concretiseren (Staatsrechtconferentie, najaar 2010).

van hun dienstverlening te onderscheiden van anderen dan wel om juist gezamenlijk verantwoordelijkheid te nemen voor kwaliteit (en 'free riders' af te houden). De vraag is steeds welke juridische status ze hebben.¹⁴

Daar gaat het mij echter vandaag niet om. Er is een andere kant en die is dat uit het grote aantal codes, e.d. blijkt dat het 'maatschappelijk veld' er kennelijk in slaagt zich te organiseren en tot overleg en afspraken te komen. De idee van constitutionele dialoog houdt in deze situatie in dat de Hoge Raad hierop actief inspeelt door de nadere invulling van zijn beslissingen aan het maatschappelijk veld zelf over te laten. Hij doet dat nu ook al, maar bijna altijd stilzwijgend en mede daardoor onbegrepen want de commentaren in de literatuur zijn vaak dat de Hoge Raad te vaag blijft, geen scherpe regels geeft, en daardoor zijn leidinggevende taak verwaarloost. Hij zou dit kunnen ondervangen door met zoveel woorden te overwegen dat hij het algemeen houdt zodat het maatschappelijk veld tot nadere invulling komt, of, als daar reden voor is, door het maatschappelijk veld expliciet op te roepen deze nadere invulling tot stand te brengen.¹⁵ Dit is geen delegatie van rechtsprekende bevoegdheid, maar het bevorderen van zelf- of co-regulering, een algemeen geaccepteerde en aanbevolen manier van regulering ook bij nationale wetgevers en in Europa.¹⁶ De Hoge Raad hoeft niet de temperatuur van het badwater te bepalen. Dat kunnen betrokkenen zelf veel beter. Dat tot uitdrukking brengen is pas echt leiding geven aan de rechtsvorming: weten wie wat moet doen of wie dat op welk niveau het beste kan doen.

De taak van de Hoge Raad bij zo'n werkverdeling is om de nadere invulling te toetsen als daarover problemen ontstaan of de nadere invulling te helpen uitwerken als daar aanleiding voor is. Een bekend voorbeeld uit het verleden was de vraag of de kantonrechtर्सformule voor ontbinding van arbeidsovereenkomsten wegens gewichtige redenen in essentie ook kon worden toegepast bij kennelijk onredelijk ontslag. Ik kan mij nog goed de ontzetting van sommigen herinneren dat de Hoge Raad dat toen niet heeft toegestaan.¹⁷ Mijn idee is dat de Hoge Raad daar in beginsel precies gedaan heeft wat hij moet doen, te weten zich niet keren tegen pogingen tot zelfregulering als zodanig (rechtर्सregelingen in dat geval), integendeel juist oproepen dat te doen, maar wel toetsen of de gekozen invulling door de beugel

14 Toegespijst op het privaatrecht onder meer I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', *Handelingen NJV 2007-1*, p. 67-168, en uitgebreider in zijn monografie *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Mon. privaatrecht, Deventer: Kluwer 2007; F. Cafaggi (ed.), *Reframing Self-regulation in European Private Law*, Den Haag: Kluwer Law International 2006. Zie ook, deels op het privaatrecht betrekking hebbend, Z. van Heesen-Laclé & A. Meuwese, 'The Legal Framework for Self-regulation in the Netherlands', *Utrecht Law Review* 2007 (<www.utrechtlawreview.org>).

15 Zie bijv. mijn artikel 'Het paard en de dierenarts', in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 31-40 (39-40); K.H.D.M. Dijkhoff, W.M.T. Keukens, S. Reynaers, 'De Hoge Raad en zelfregulering in het privaatrecht', in: Keukens en Van den Nieuwenhuizen 2008, p. 117-130 (126-130).

16 Een overzicht vanaf het begin bieden o.m. L. Senden, 'Soft law, Self-regulation and Co-regulation in European Law: Why do they meet?', *EJCL* 2005 (<www.ejcl.org/91>) en heel kort, maar met vermelding van de relevante bronnen, Van Gerven en Lierman 2010, nr. 67. Zie ook A. Meuwese en L. Senden, 'European Impact Assessment', in: Jonathan Verschuuren (ed.), *The Impact of Legislation. A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leiden: Nijhoff 2009, p. 137-174 (137-141), met veel verwijzingen.

17 HR 12 februari 2010, *RvdW* 2010, 298, *LJN* BK4472 (*Rutten/Breed*).

kan. In dat geval zei de Hoge Raad dat dit niet kon en verplichtte hij de rechters dus om opnieuw en, wat hem betreft, beter na te denken. Zo moet het.¹⁸ Corrigeren waar de zelfregulering verkeerd dreigt te lopen, lees: in dit geval de rechtspositie van werknemers, hun rechtsbescherming, zou aantasten. Wel kan het dienstig zijn als de Hoge Raad aanwijzingen geeft over de contouren van de nieuwe invulling of enkele aspecten ervan. Daarvoor zal soms, net als in de verhouding tot de wetgever (het eerste netwerk), overleg nodig kunnen zijn om te weten te komen waar behoefte aan is, wat kan of wat het beste hanteerbaar zal blijken. Het overleg kan tevoren plaatsvinden, maar ook aan de hand van een conceptbeslissing.

2.3 De Hoge Raad als constitutioneel rechter

Een derde, omvangrijk netwerk is te vinden op het terrein van grondwetstoetsing. De aanvaarding in 2013 van het initiatiefvoorstel Halsema inzake de toetsing van wetten van de klassieke grondrechten heeft ertoe geleid dat de Hoge Raad, deels via prejudiciële vragen, een taak heeft gekregen als constitutioneel rechter. Die taak is inhoudelijk een heel andere gebleken dan optreden als hoogste rechter in civiele zaken, en ook een heel andere dan de toetsing aan het EVRM en aan het EU-verdrag waar hij al eerder mee te maken had. Daarbij kán hij niet alleen, maar móet hij varen op het kompas dat het EHRM en het HvJ EU hem aanreiken met hun bindende uitspraken. Nu, als constitutionele rechter bij de toetsing aan de grondrechten van Hoofdstuk 1 Gw, staat hij er in beginsel zelf voor.

Toch is dit laatste maar gedeeltelijk waar. De grondrechten van Hoofdstuk 1 Gw zijn voor een belangrijk deel niet principieel afwijkend van het al langer bestaande EVRM en evenmin van het Handvest van de Grondrechten van de EU. Er zijn wel verschillen, op onderdelen ook stevige verschillen, maar wil men niet dat er in Nederland en andere EU-landen met grondwetstoetsing drie verschillende regimes gaan heersen – en wie zou dat willen?¹⁹ – dan kunnen de rechterlijke colleges niet los van elkaar opereren. Dat is evident. Er zal gezocht moeten worden naar vormen van samenwerking om de uitleg en toepassing van de grond- en mensenrechten op elkaar af te stemmen.

In de discussie over en naar aanleiding van de institutionele aspecten van de toetreding van de EU tot het EVRM uit 2010 is de plicht om hierover met elkaar te overleggen voor het EHRM en het HvJ EU met zoveel woorden uitgesproken. Het gebeurt al. Beide hoven verwijzen regelmatig naar elkaars rechtspraak en nemen soms ook standpunten van elkaar over.²⁰ Voor nationale constitutionele rechters en ook voor internationale organisaties die met mensenrechten van doen heb-

18 Al kan het natuurlijk zijn dat de Hoge Raad te veel verschil ziet tussen kennelijk onredelijk ontslag en ontbinding wegens gewichtige redenen. Dan zou de discussie om te beginnen daarover moeten gaan.

19 Scherp onder woorden gebracht door bijv. G. van der Schyff, 'Waarom het wetsvoorstel Halsema tekortschiet. Mythes rondom het verdragargument', *NJB* 2009, p. 2408-2414.

20 Zie <www.europarl.europa.eu/sides>, nr. 1 en 24. Voordien gebeurde het trouwens ook al. Vergelijk o.m. het verslag van een studiemiddag over dit onderwerp, *Tijdschrift voor Mensenrechten* (voorheen *NJCM*) 2010, p. 124-128, waarin de noodzaak van interdependentie volmondig onderschreven werd; S. Prechal, 'Ius Commune: de bijdrage van het Europees recht in negen voorbeelden', *Ars Aequi* 2008, p. 413-420 (420).

ben, zoals de WTO, de Verenigde Naties met bijvoorbeeld het Internationale Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK, geratificeerd door bijna 200 staten), en zelfs de internationale arbitrage-instituten op het terrein van de intellectuele eigendom, is dit niet anders. Ook zij ontkomen er niet aan van elkaars beslissingen en van die van het EHRM en het HvJ EU – derhalve horizontaal, verticaal en diagonaal – kennis te nemen.²¹ Als geheel levert dit een omvangrijk netwerk van rechtsontwikkeling op, nationaal tussen HR, RvSt en CRvB als hoogste rechters in Nederland (want alle drie krijgen met constitutionele toetsingsvragen te maken), en internationaal tussen de genoemde instanties. In feite is het een internationale bezigheid geworden: toetsing aan Hoofdstuk 1 van de Nederlandse Grondwet positioneert de Hoge Raad mede als internationale rechter. Dat vergt onnoemelijk veel overleg, informatie-uitwisseling en afstemming. Geen wonder dat regelmatig stemmen opgaan om een apart constitutioneel hof in het leven te roepen, want, zo is de redenering, is de taak niet zo omvangrijk en tegelijk zo specifiek geworden dat zij niet meer zonder een eigen organisatie en zonder specifiek deskundige rechters kan worden vervuld?

In het 14e Protocol bij het EVRM van juni 2010 zijn maatregelen genomen om de grote achterstand – op dat moment 120.000 zaken – weg te werken en weggewerkt te houden. Vertrekpunt was het gegeven dat in ruim 90% van alle aangebrachte zaken de niet-ontvankelijkheid wordt uitgesproken, hetzij omdat de zaken onzinnig²² of anderszins kansloos zijn of omdat zij zogeheten kloonzaken (repetitive cases) vormen, dit wil zeggen: afstuiten op gevestigde rechtspraak. Het 14e protocol introduceerde²³ de alleensprekende rechter om de niet-ontvankelijkheid uit te spreken, creëerde een mogelijkheid om kloonzaken door een comité van drie rechters af te laten doen, en formuleerde als nieuwe ontvankelijkheidshorde de eis dat de klager een ‘significant nadeel’ moet hebben geleden. De gedachte achter deze maatregelen is dus vergelijkbaar met die van de commissie-Hammerstein: nadruk op zaken die ertoe doen. Ook de uitwerking lijkt erop doordat het EHRM niet gekozen heeft voor een (positief) verlostelsel (zie daarover de bijdrage van Asser, elders in deze bundel), maar voor een selectie aan de poort. Alleen heeft in Nederland het criterium ‘significant nadeel’ zo veel bezwaren opgeroepen bij met name de civiele cassatiebalie²⁴ dat het voor het civiele recht niet is gehandhaafd.

21 Het Belgische Grondwettelijk Hof bijvoorbeeld houdt naar vaste rechtspraak rekening met de internationale bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen, aldus P. Popelier, ‘Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten’, *Rechtskundig Weekblad* 2009-10, p. 50.

22 Een voorbeeld uit die tijd was de klacht dat de Staat er niet voor had gezorgd dat betrokkene een fatsoenlijke huwelijkskandidaat kon vinden.

23 Zie hierover bijv. L. Cafish, ‘The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and Beyond’, *Human Rights Law Review* 2006, p. 403-415; C. Paraskeva, ‘Reforming The European Court of Human Rights: An Ongoing Challenge’, *Nordic Journal of International Law*, 2007, p. 185-216; M. Kuijjer, ‘Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, luctor et emergo?’, *Ars Aequi* 2008, p. 424-434; A. Mowbray, ‘Crisis Measures of Institutional reform for the European Court of Human Rights’, *Human Rights Law Review*, 2009, p. 647-656. Zie ook het Lord Woolf-rapport, *Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights*, december 2005, o.m. hoofdstuk IIA over de verbetering van de relatie van het Hof met de nationale staten, en de reactie daarop van het EHRM zelf, april 2007.

24 Korthedshalve verwijs ik naar de literatuur vermeld in het eerste deel van noot 1.

Een echt gemis is dit niet, want de eis was en is vooral relevant voor de strafsector. Maar ook daar is het op bezwaren gestuit.²⁵

Een ander, voor mijn betoog belangrijk onderdeel van het 14^e Protocol was het streven om nauwere contact met nationale instanties te onderhouden. Dat omvatte naast een systematische toets van bestaande en nieuwe nationale regelgeving aan het EVRM en, al veel langer gewenst, het zoeken naar effectievere nationale rechtsmiddelen bij de afhandeling van klachten over schending van het EVRM, vooral een verbetering van de kennis over het EVRM, onder meer door een betere scholing en beter toegankelijke verspreiding van informatie. Nog sprekender zouden de nauwere contacten zijn indien de nationale hoogste (constitutionele) rechters rechtstreeks zouden worden ingeschakeld bij het wegwerken en weggewerkt houden van de achterstanden bij het EHRM. Men zou kunnen denken aan nevenzittingskamers van het EHRM, bezet door drie rechters van hoogste nationale rechtscolleges en/of constitutionele hoven,²⁶ die in wisselende samenstellingen, na de eerste ontvankelijkheidsschifting, de grote bulk eenvoudiger zaken zouden afwerken. Het EHRM zou zich dan tot de echt belangrijke zaken kunnen beperken. Groot voordeel van een dergelijke taakverdeling zou zijn dat de kennis van nationale hoogste rechterlijke (constitutionele) instanties van de rechtspraak van het EHRM door deze actieve betrokkenheid meer wordt verhoogd dan bij een passieve kennisoverdracht het geval zal zijn. Een ander voordeel is dat rechters uit verschillende landen met elkaar moeten samenwerken en daardoor op een heel natuurlijke manier elkaars manier van denken leren ervaren.

2.4 De Hoge Raad als Europese en internationale rechter

Het vierde netwerk vloeit voort uit de Europeanisering en internationalisering van het recht en de taken van de Hoge Raad daarbij. Natuurlijk is de nationale rechter deels ook Europese rechter waar het gaat om regelgeving en rechtspraak van Europese herkomst, met inbegrip van die van het EVRM. Opvallend is echter dat de rechtspraak nog steeds weinig kijkt hoe andere Europese landen omgaan met dit Europese recht.²⁷ Ik vermoed dat dit wél, althans vaker zou worden gedaan, als de rechtswetenschap zich er meer op zou toeleggen hierover informatie aan te reiken. Dat gebeurt tot nu toe maar mondjesmaat. Zelfs op een terrein dat vervuld is van Europese richtlijnen, het vennootschapsrecht, ziet men zelden pan-Europese benaderingen. Bruno de Witte constateerde al in 2008 al dat er geen Europese gemeenschap van wetenschappers op dit rechtsgebied is ontstaan. Taalbarrières en verschillen in opleiding en culturele achtergrond zijn daarvoor kennelijk te groot,

25 Zie de bijdrage van Franken aan deze bundel.

26 De bestaande comités van drie rechters, maar dan in andere samenstelling en met iets meer bevoegdheden dan alleen de kloonzaken. Vergelijk het wat de samenstelling betreft met het Benelux Gerechtshof.

27 Meer in het algemeen geldt dat in de meeste landen rechters niet echt vaak naar buitenlandse rechtspraak verwijzen. Vergelijk onder meer J.M. Smits, 'Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems', in: M. Reimann and R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p. 514-538; M.M. Siems, 'The Adjudication of the German federal Supreme Court (BGH) in the Last 55 Years – a Quantitative and Comparative Approach', *Oxford University Comparative Law Forum* 2007, te vinden op <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfr?abstract_id=1019803>.

vermoedt hij.²⁸ Toch staat vast dat de implementatie van richtlijnen en de rechtspraak van het HvJ EU daarover²⁹ – sedert medio jaren tachtig van de vorige eeuw in toenemende mate ook in het consumentenrecht – niet overal gelijk zijn. Eenzelfde verschijnsel doet zich voor in het civiele procesrecht en in het personen- en familie-recht onder invloed van de rechtspraak van het EHRM. Het hof heeft art. 6 EVRM, resp. artt. 8 en 12 EVRM heel breed toegepast. Daarvan zou een unificerende werking op de nationale rechtsstelsels moeten uitgaan. Voor een groot deel is dit ook wel zo, denk ik, maar het lukt toch niet helemaal. Ik ken echter geen studie waarin overeenkomsten en verschillen in de diverse Europese rechtstelsels bij de doorwerking van deze rechtspraak van het EHRM structureel in kaart zijn gebracht.

Rechtsvergelijking, want daarover hebben wij het hier, is nóg meer geboden op terreinen waar geen Europese of internationale hoogste rechter bestaat. Wat Europa betreft, speelt dit bijvoorbeeld in het privaatrecht bij grote delen van het vermogensrecht: eerst de Europese principes over contractenrecht (PECL) en onrechtmatige daad (PETL), daarna de Draft Common Frame of Reference en later de Optional European Contract Law.³⁰ Wil er iets terechtkomen van de beoogde convergentie, dan zal de rechtspraak ermee aan de slag moeten. Zonder rechtspraak lukt het zeker niet, zo liet de architect van het huidige BW in Nederland, Wouter Snijders, ruim twintig jaar geleden al optekenen.³¹ Mét rechtspraak lukt het misschien, want zolang er geen hoogste Europees rechtscollege is, zal het op nationaal niveau moeten gebeuren, bijvoorbeeld wanneer partijen in hun contract hebben gekozen voor de Optional European Contract Law. Het evidente nadeel hiervan is echter dat dan gemakkelijk interpretatieverschillen zullen ontstaan. Deze hoeven niet onoverkomelijk te zijn, maar het vergt wel veel inspanning om afstemming te bereiken.

Een aardig voorbeeld ter illustratie ontleen ik aan de afscheidsrede van Jan Brinkhof over het Europese octrooirecht.³² Op dat rechtsgebied ontbrak, voordat onlangs het European Patents Court werd opgericht, een Europese hoogste rechter. De beoordeling van de geldigheid en inbreukwettigheids gebeurde door de nationale rechters. De beoogde eenvormigheid van uitleg en toepassing van het Europees Octrooiverdrag zou niet bereikt worden als iedere nationale rechter vanuit zijn eigen kleur zou opereren en als het Europese Octrooibureau en met name zijn Boards of Appeal dat nog weer anders zou doen. De even eenvoudige als vanzelfsprekende gedachte is toen geweest om de nationale rechters regelmatig bijeen te laten komen om onderling en met het bureau van gedachten te wisselen over vragen van uitleg en toepassing, en

28 B. de Witte, 'European Union Law: A Unified "Academic Discipline"?', *EUI Working Papers* 2008-34 RSCAS (<<http://cadmus.eui.eu/dspace/handle/1814/10028>>).

29 De verschillen treden op, alleen al omdat over uitleg in de diverse Europese landen en door het HvJ EU niet hetzelfde wordt gedacht. Vergelijk voor een grondige studie S. Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd I en II*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001.

30 Het resultaat van het werk van een groep van 18 experts die tot taak hadden gekregen het overeenkomstenrecht in de Europese Unie te verbeteren met het oog op de daarin nagestreefde versterking van de grensoverschrijdende handel en de bescherming van consumenten (Commission Decision 2010/233/EU).

31 W. Snijders, 'Building a European Contract Law; Five Fallacies and Two Castles in Spain', *Ius Commune Lectures on European Private Law*, 2003, met name p. 12 en 13.

32 J. Brinkhof, *De Europese uitdaging voor rechtspraak, rechtswetenschap en onderwijs*, Afscheidsrede Utrecht, 2010.

ook elkaars uitspraken te lezen en van commentaar te voorzien. Advocaten en overige betrokkenen bij de octrooiverlening moesten hetzelfde doen. In die setting kan dan een sfeer ontstaan waarin men zich met het oog op de gewenste eenvormigheid iets van elkaars uitspraken aantrekt. Dat veronderstelt een, in ieder geval gedeeltelijk, ander dan nationaal perspectief en ook een loslaten van vaak vanzelfsprekende en nauwelijks nog bewuste nationale eigenheden, bijvoorbeeld bij vragen van uitleg en bij de aanpak van zaken. Brinkhof beschouwt dit als een voordeel van het niet hebben van een hoogste Europees rechtscollege.

Zo ver is het in het commune privaatrecht nog niet, maar het inzicht dat iets dergelijks ook daar nodig is, wil er iets van coherentie ontstaan, is er wel en al lang. Er gebeurt ook al het een en ander, alleen is nog steeds veel minder intensief en inhoudelijk dan bij het octrooirecht. Er moet meer. Niet alles hoeft identiek te zijn, maar wel zal men ten minste kennis moeten nemen van elkaars beslissingen en proberen die te doorgronden. Rechtsvergelijking, minder descriptief dan nu, maar vooral analyserend en evaluerend. Kijken wat het beste is. Dat vereist meer dan louter een vergelijking met elkaar. Wat nodig is, is een beoordeling vanuit het perspectief van een Europees privaatrecht dat moet functioneren binnen de dynamiek van een Europese Unie die streeft naar een gemeenschappelijke markt. Nationale oplossingen, hoe goed ook in de eigen context, passen daarbij niet zonder meer. Onmiskenbaar is dat in zo'n netwerk van rechtsontwikkeling de rechtsvergelijking soms min of meer normatieve betekenis krijgt. Ik had mij dat tot voor kort nooit gerealiseerd, ook niet toen ik het jaren geleden las in de bestseller van Jan Smits, *Omstreden rechtswetenschap*.³³ Ik dacht altijd: dit kan niet waar zijn, maar in de huidige constellatie van Europeanisering en internationalisering is het feitelijk niet ver weg meer.

Niettemin is, daarnaast, de gedachte van Wouter Snijders en anderen om voor geschillen van Europees privaatrecht Europese rechtscolleges in eerste aanleg en in appel in het leven te roepen, de moeite waard. Hij stelt voor deze colleges te bemensen met nationale (hoogste) rechters uit verschillende landen en om partijen ruime mogelijkheden te geven tot 'leap frogging', bijvoorbeeld om van een nationale of Europese lagere instantie in beroep te gaan bij een Europees resp. nationaal appelhof. De voordelen zijn evident en liggen in lijn met wat ik onder 2.3 aan het slot schreef over nevenzittingskamers van het EHRM: actief omgaan met Europees privaatrecht in een Europese omgeving met deels andersdenkende collega's uit andere landen. Het leereffect dat daarvan uitgaat, en dat uiteraard teruggekoppeld wordt naar het eigen rechtstelsel als de rechter daar weer werkzaam is, is veel groter en wordt veel sneller bereikt dan door scholing, uitwisselingsprogramma's en jaarlijkse conferenties.

Het voorgaande betreft de positie van de Hoge Raad in het netwerk van Europeanisering van het recht. Wat betreft de internationalisering is het beeld complexer en diffuser. Op veel terreinen is er geen regulering van bovenaf, maar moeten betrokkenen zelf, bijvoorbeeld internationale organisaties, NGO's, multinatio-

33 J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009. Zie ook het pleidooi van Hondius, *Nieuwe methoden van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming in een Verenigd Europa*, KNAW 2000, deel 64, nr. 4.

nals, brancheorganisaties en organisaties die voor de belangen van bepaalde groeperingen opkomen, de handen ineenslaan om tot standaardisering en regulering te komen. Daarbij blijkt de waarde die wordt gehecht aan rechtspraak. Sinds met name het laatste decennium van de vorige eeuw zijn veel internationale rechtscolleges³⁴ opgericht. De onderlinge competentie van deze rechtscolleges is echter niet altijd even duidelijk. Evenmin is duidelijk welke taken daarnaast kunnen of zullen toevallen aan nationale hoogste rechters. Hier volsta ik met één voorbeeld: de beoordeling van de aansprakelijkheid van multinationals voor schendingen van mensenrechten in ontwikkelingslanden door de eigen nationale rechter van de zetel van de multinational.³⁵ Het aantal procedures hierover is aan het toenemen in de verschillende landen. Aardig in dit verband is de verbinding met zelfregulering, hierboven onder 2.2 vermeld. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid zijn onder meer allerlei 'codes of conduct' van belang waar multinationals zich vaak aan gecommitteerd hebben en die meestal verklaringen en/of beloften inhouden bij hun werkzaamheden zich niet schuldig te maken aan schendingen van mensenrechten. Als dergelijke schendingen dan toch gebeuren, kan dat, afhankelijk van de formulering en de kracht van de codes, de multinational verplichten daarover verantwoording af te leggen en eventueel om tijdig maatregelen te nemen op straffe van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Met een terzijde sluit ik dit vierde netwerk van de Hoge Raad als Europese en internationale rechter af: als er één argument is voor de legitimatie van de rechtsvormende taak van hoogste nationale rechtscolleges, dan is het in toenemende mate hun positie in de Europeanisering en internationalisering. Op dat niveau ontbreekt een *trias politica*, zoals wij die meestal nationaal kennen, maar bestaan andere 'checks and balances'. Hierbij blijkt rechtspraak steeds opnieuw van groot belang te zijn, zowel voor de beslechting van geschillen als voor de verdere ontwikkeling van het recht.³⁶ Door het ontbreken van een Europees of internationaal hof zullen de nationale hoogste rechtscolleges ermee worden geconfronteerd, of ze het willen en of ze het leuk vinden of niet. Dat vergt, als gezegd, minst genomen onderlinge afstemming, kennisneming en bespreking van elkaars rechtspraak en benaderingswijzen, uitwisseling van rechters en studenten, en ook landenoverstijgend onderwijs, zoals gebeurt in de bachelors en masters European en International Law. Er is behoefte aan juristen die meer Europees en meer internationaal denken, ook op het terrein van het privaatrecht. Dit gaat veel verder dan het bestuderen van de invloed van Europa op het nationale privaatrecht.

34 In de ruime betekenis die Lavranos hieraan geeft, te weten 'all kinds of international courts, (arbitral) tribunals and quasi-judicial bodies, established on a permanent, semi-permanent or ad hoc basis' in zijn 'On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals', *EUI working paper* 2009-14 (<<http://ssrn.com/abstract=1418518>>). Wat in de tekst aan feitelijkheden volgt, is grotendeels hieraan ontleend.

35 In 2010 is in Nederland voor het eerst iets dergelijks gebeurd toen een procedure werd gestart tegen Shell voor diens betrokkenheid bij wat in Nigeria gebeurde bij de oliewinning. Daarover in die tijd onder meer L.F.H. Enneking, 'Aansprakelijkheid via "foreign direct liability claims"', *NJB* 2010, p. 400-406, de preadviezen van de NJV van dat jaar en het proefschrift een jaar later van M.-J. van der Heijden, *Transnational corporations and human rights liabilities: linking standards of international public law to Dutch litigation procedures*, 2011.

36 M. Scheltema, *Het recht van de toekomst. De gevolgen van de internationalisering van het recht*, Oratie G.J. Wiarda leerstoel, 2004.

2.5 Rechtspraak en samenleving

Het vijfde en laatste netwerk van rechtsontwikkeling voor de Hoge Raad is, kort en algemeen gezegd, de relatie van de rechtspraak met de samenleving: de duim in de metafoor van de handschoen. Het is een heel breed palet aan onderwerpen dat hiermee wordt aangesneden, maar die niet allemaal primair op het bord van de Hoge Raad liggen. Voor hem zijn vooral inhoudelijke thema's relevant, bijvoorbeeld hoe hij in het licht van de vier hierboven genoemde netwerken, mede leiding geeft aan de rechtsvorming in Nederland, Europa en internationaal, welke eisen dit stelt aan de aanpak van zaken, aan de motivering, en aan de feitelijke grondslag van beslissingen: is er behoefte aan niet-juridische kennis over het aan de orde zijnde probleem, en zo ja, kan hij die wel beoordelen? Hoe invloedrijk zijn taak op deze terreinen is, volgt hieruit dat wanneer hij bijvoorbeeld over een meer Europese aanpak of over het raadplegen van niet-juridische kennis principieel een positieve beslissing zou geven, deze niet alleen doorwerkt bij de lagere rechtspraak en bij rechtshulpverleners in ruime zin, maar naar mijn stellige verwachting ook de rechtswetenschap en het juridisch onderwijs op de kop zet. Meer Europees en meer multidisciplinair zullen dan sleutelwoorden worden. Ik ga er in de paragraaf over Consequenties kort op door.

Het vijfde netwerk omvat ook thema's die veeleer met management te maken hebben, zoals het omgaan met de media (rechtspraak moet ook 'verkocht' worden), twitterende en bloggende rechters, intercollegiale toetsing in raadkamer op vooringenomenheid en tunnelvisie, klantvriendelijkheid en, algemeen, bevorderen dat het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak behouden blijft en waar mogelijk nog groeit, bijvoorbeeld door de burgers er meer bij te betrekken. De Hoge Raad is hiervoor niet primair verantwoordelijk, reden om er in dit artikel niet verder op in te gaan.

Ik maak in dit verband nog slechts één opmerking, en die is dat de Hoge Raad sinds kort eindelijk ook een eigen onderzoeksbudget heeft, net als de Raad van State, de Algemene Rekenkamer en andere hoge colleges. Ik vind dat zeer verheugend. Jammer dat het zo lang geduurd heeft. De Raad kan nu onderzoek uitzetten en anderen inschakelen bij het nadenken over nieuwe ontwikkelingen in plaats van te moeten teren op de schaarse vrije tijd van raadsheren die dat allemaal naast hun 100% aanstelling moeten doen. Dit laatste was tot voor kort gebruikelijk, bijvoorbeeld voor degenen die het rapport-Hammerstein geschreven hebben en al evenzeer voor al die raadsheren die daarover in symposia, studiedagen e.d. van gedachten hebben gewisseld. Met een eigen budget voor onderzoek is het daarnaast mogelijk om voorwerk te laten verrichten over, laten wij zeggen, de koers van de eigen rechtspraak of over problemen waar de Hoge Raad regelmatig tegenaan loopt en die vragen om een overkoepelende of andere zienswijze. Het Wetenschappelijk Bureau bij de Hoge Raad zoals het nu bestaat, is gericht op individuele zaken en blijkt daarbij van onschatbare waarde te zijn. Het kan echter de lange-termijntaak er niet óók nog bij hebben.

3 Consequenties

Tot zover de hoofdmoot van dit artikel, de korte schets op hoofdlijnen van de vijf netwerken van rechtsontwikkeling waarin de Hoge Raad opereert. Natuurlijk zijn er ook consequenties, maar daarover slechts een enkel woord.

- a. De manier van motiveren. Met name in uitspraken waaraan veel rechtsvergelijking te pas komt en de Hoge Raad dus mede als Europese of internationale rechter opereert, kan het niveau van argumentatie meestal niet gezocht worden in een precieze analyse van regels en hun ontstaansgeschiedenis of plaats in het systeem, maar op het veel algemenere niveau van beginselen, belangen, policies, aanwijzingen en relevante gezichtspunten. Diezelfde meer algemene insteek geldt uit de aard van de zaak ook bij de toetsing aan de grondrechten, bij prejudiciële vragen (zie daarover de bijdrage van Giesen, elders in deze bundel) en in de relatie met zelfregulering: bij dit laatste reikt de Hoge Raad vooral kaders aan waarbinnen betrokkenen zelf aan de slag kunnen. De roep om scherpe normen klinkt in deze context als achterhaald.
- b. Bij het voorgaande past dat de Hoge Raad cassatiemiddelen niet altijd meer per onderdeel of subonderdeel langsloopt, maar zich meer dan eerder richt en kan richten op de kern van het juridisch probleem dat aan de orde is gesteld. De cassatiebalie is hierin ook opgeleid en werkt in dit opzicht filterend. Wel blijft zij natuurlijk een eigen verantwoordelijkheid en speelruimte houden: er moet immers ook iets geprobeerd kunnen worden. Hetzelfde geldt bij de filtering van zaken aan de poort, omdat wat naar huidig recht kansloos is, dat morgen misschien niet is. Degene die iets dergelijks wil bepleiten, mag daarin juist met het oog op rechtsvorming, het bevorderen van de rechtsontwikkeling, niet worden afgeremd.
- c. De nadruk op rechtsvorming betekent dat soms ook behoefte is aan andersoortige dan juridische kennis van de problematiek. In de huidige opleiding worden de studenten al enigermate met multidisciplinair onderzoek vertrouwd gemaakt. Juristen kunnen het zich niet meer permitteren dit links te laten liggen. Juridische problemen dienen zich in de werkelijkheid niet aan volgens de vakjescode van het juridisch curriculum, maar snijden er dwars doorheen en reiken ook voorbij juridisch disciplinaire grenzen. Voor een universiteit is het nodig studenten op deze complexiteit voor te bereiden. Het minste is dat zij een gevoeligheid ontwikkelen voor de relevantie van kennis en vaardigheden van andere disciplines en wanneer deze nodig is. In de beroepsopleidingen is het tegenwoordig terecht een hot issue, zeker in het strafrecht, maar in civiele zaken bij het beoordelen van het civiele getuigenbewijs en deskundigenbericht niet minder.³⁷
- d. Een andere consequentie heeft betrekking op de criteria van art. 80a en 81 RO. Bij de selectie van zaken die er in cassatie toe doen en bij de vraag of art. 81 RO

37 J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009, p. 1082-1093; Rapport van de Evaluatiecommissie Rechtswetenschappelijk Onderzoek 2009 (commissie-Koers), *Kwaliteit & Diversiteit*, Amsterdam 2010, onder meer p. 32-33, waarin de omslag van mono- naar multidisciplinair onderzoek als een van de ontwikkelingen is gesignaleerd.

kan worden gehanteerd, moet ook rekening worden gehouden met de taken van de Hoge Raad in de hierboven geschetste netwerken van rechtsontwikkeling. Een zaak die nationaalrechtelijk misschien niet interessant meer is, kan dit wel zijn bijvoorbeeld uit een oogpunt van Europese convergentie. Daarom heeft het rapport-Hammerstein, als ik goed zie, slechts enige tijd de gewenste verlichting gebracht. Er is veel bijgekomen wat tot dan sluimerend was. De Hoge Raad moet er wel op ingaan, wil hij zich zelf niet wegzetten als onbeduidend en onbetekenend.

4 Digitalisering

Het beeld van de netwerken dat ik heb geschetst, impliceert dat nogal wat moet worden afgestemd, overlegd, opgezocht, uitgewisseld en vergeleken. Kan dat wel? Zo veel moge duidelijk zijn dat het zonder digitalisering zeker niet lukt. Ik ben niet een digibeet die denkt dat met een enkele druk op de knop alles binnen handbereik ligt, zo is het niet, maar het gaat wel snel. Om een indruk te geven: hadden wij in 2010 fase 'Web 2.0', nu in 2025 zit de fase van 'Web 4.0' en wellicht al wel 'Web 5.0' eraan te komen, wordt mij verteld. Daarmee dienen zich voor rechtspraak en wetenschap ongekende mogelijkheden aan voor het opslaan, terugvinden, gebruiken en verwerken van informatie in grote databestanden.³⁸

In fase Web 2.0 kon men weliswaar al veel informatie op het net zetten en, anders dan eerder, ook uitwisselen, bijvoorbeeld met Wikipedia, sociale netwerken als Facebook, Skype, foto's en filmpjes op YouTube, en discussiefora, maar het gevolg was een enorme hoeveelheid gegevens die steeds moeilijker toegankelijk werd. Alles stond naast elkaar en alles was even relevant. Het medium onderscheidde niet. Dit werd pas anders in de derde fase, toen de stap is gezet van informatie naar kennis. De inzet daarvan was en is het beheersbaar maken en houden van de stromen data. Geen miljoen hits als men iets intikt op de zoekmachine, maar gerichte informatie die betrokkene nodig heeft. Om dat te bereiken zijn de gegevens zodanig opgeslagen en gestructureerd dat de computer betekenis kan geven aan teksten of tekstdelen. Kort en onvolledig: in het semantisch web zijn met het oog daarop onder meer metadata en steekwoorden ('tags') ontwikkeld. Het 'recommender'-systeem voegt daaraan informatie over de gebruiker toe, ontleend aan wat die in het verleden heeft gevraagd aan het web. Deze data worden door het intelligente systeem zelf, eigener beweging geproduceerd omdat het een beeld heeft van wat de gebruiker mogelijk nodig heeft. Door die combinatie van metadata, steekwoorden en gebruikersinformatie is het web geen verzameling van sites meer, maar van data die als maatwerk aan de specifieke gebruiker worden gepresenteerd op het moment dat hij dat wil en op basis van zijn persoonlijke voorkeuren. De zoekmachine kent hem, zoekt en selecteert voor hem.

38 Voor dit en het hierna volgende heb ik mij vooral gebaseerd op V. Kashyap, C. Bussler, M. Moran, *The Semantic Web. Semantics for Data and Services on the Web*, Berlijn: Springer 2008; T. Bogers, *Recommender Systems for Social Bookmarking*, diss. Tilburg 2009; M. van Opijnen, 'Rechtspraak en digitale rechtsbronnen: nieuwe kansen, nieuwe plichten', *Rechtstreeks* 2010-1; en op gesprekken met collega Antal van den Bosch, Tilburg Centre for Creative Computing.

Dit betekent voor het recht onder meer het volgende, in vogelvlucht en met de aantekening dat volgens de deskundigen nog steeds verbetering hard nodig is, maar ook dat het razend snel gaat, zodat moeilijk te voorspellen is waar wij zullen uitkomen.

- a. Hulp voor de Hoge Raad bij de Europeanisering en internationalisering van het recht. Men kan gericht zoeken en hoeft niet altijd meer gehele rechtspraak-sites van buitenlandse colleges of van instituten als Global Law na te lopen. Voorwaarde is wel, en dat geldt ook voor de Nederlandse rechtspraak, dat de rechterlijke uitspraken op een bepaalde manier gestandaardiseerd zijn en dat kost tijd en moeite. Nog meer tijd kost het om wetenschappelijke literatuur op deze manier toegankelijk te maken.
- b. Vergelijkbare hulp voor de afnemers van rechtspraak van de Hoge Raad, zoals lagere rechtspraak, advocatuur, andere rechtshulpverleners, burgers, mediators, en brancheverenigingen. Ook ondersteunt het processen als creeping legislation in die zin dat alle betrokkenen in één oogopslag kunnen zien hoe het ervoor staat.
- c. Ook bij het opzetten en onderhouden van de netwerken met buitenlandse of Nederlandse colleges en het uitwisselen, bespreken en proberen te begrijpen van elkaars rechtspraak of rechtssysteem, biedt de digitalisering hulp. Men hoeft niet altijd meer af te reizen naar een ander land, maar kan meteen zijn vragen kwijt en krijgt ook snel antwoord, al moet wel goed georganiseerd worden wie tot welk netwerk wordt toegelaten.
- d. Belangrijk is dat het onderzoek van de rechtspraak van de Hoge Raad nieuwe dimensies krijgt. De tijd dat iemand met een handkopiescanner bij rechterlijke instanties langs ging om kopieën te maken, ligt ver achter ons, niet eens zozeer in tijd als wel in aanpak. Door de digitalisering kunnen in rechterlijke uitspraken bijvoorbeeld redeneer- en argumentatiepatronen worden getraceerd, in het algemeen, op bepaalde terreinen of juist bij een vergelijking van bepaalde terreinen, die voor een individueel geheugen te omvangrijk en dus niet toegankelijk zijn. Ook kan men grotere reeksen uitspraken onderzoeken, bijvoorbeeld op andere gegevens dan argumentatiepatronen. Dit vergroot het inzicht in beslissingen, maar betekent tegelijk dat de Hoge Raad en ook de individuele raadsheren kritischer gevolgd en dichter op de huid gezeten zullen worden. Het beginsel van openbaarheid van rechtspraak krijgt hiermee nieuwe dimensies.
- e. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk om ondanks het ontbreken van een stelsel van 'dissenting opinions', verbindingen te leggen tussen rechterlijke uitspraken en individuele raadsheren, waarbij hun opvattingen verbonden kunnen worden met andere gegevens uit hun persoonlijke of beroepsmatige cv, en dus ook met hun eerdere beroep. Het zou mij niet verbazen als rechters afkomstig uit de advocatuur deels andere accenten leggen dan die uit de rechtspraak zelf, de wetenschap of het openbaar bestuur. Dat is niet erg, integendeel. Uniformiteit is in de rechtspraak geen groot goed. Taak is uit te vinden hoe de verschillen elkaar kunnen versterken om tot een betere rechtspraak te komen. Nederland heeft in dit opzicht een sterke traditie doordat rechters uit alle beroepsgroepen worden gerekruteerd. Of het ook al mogelijk is om bij de selectie van raads-

heren in hoven en in de Hoge Raad op basis van digitale gegevens te voorspellen wie een goed rechter zal worden, staat misschien nog ver van ons af.³⁹ Wel valt vooralsnog de strijd tussen computer en mens bij het voorspellen van concrete rechterlijke uitspraken nog steeds in het voordeel van de mens uit, zo leert het Supreme Court Forecasting project,⁴⁰ maar wij weten allemaal hoe het wereldkampioen Kasparov is gegaan in zijn partijen met schaakcomputers als Deep Blue en Deep Junior.

5 Parket

De Hoge Raad kan zijn rechtsvormend werk en de taken in de verschillende netwerken waarin hij functioneert, niet aan zonder het parket. Ik besef dat als ik dit zeg, het best zo zal zijn dat ik niet helemaal objectief ben, omdat ik zelf enige jaren met veel plezier en trots deel van het parket heb mogen uitmaken. Objectiever is daarom dat de Raad van State ook een parket heeft opgericht, dat het EHRM het serieus heeft overwogen bij de toetreding van de EU, en dat in alle landen zonder parket allerlei diensten en kenniscentra zijn opgericht om de rechters behulpzaam te zijn bij hun werk. Nederland hoefde dat niet meer: het had de kennis en ervaring al op hoog niveau in huis en kon daarvan meteen profiteren. Ik wijs ook op de schitterende analyse van Walter van Gerven van zijn tijd als A-G bij het HvJ EU en de manier waarop hij op het terrein van de discriminatie het als zijn taak beschouwde welbewust de brug te slaan tussen praktijk en wetenschap en op die basis de discussie met het hof op te zoeken om verder te komen.⁴¹ Op politiek en ministerieel niveau is wel eens de vraag gerezen of drie keer een zaak grondig bestuderen zoals bij de Hoge Raad gebeurt – eenmaal het Wetenschappelijk bureau, dan het parket, en dan de kamer – niet wat veel van het goede is. Het antwoord is een overtuigd ‘neen’ als het gaat om kerntaken van de Hoge Raad. Als deze grondigheid niet meer kan bij hoogste rechtscollages van landen wier uitspraken ook Europees en internationaal van groot belang kunnen zijn, houdt het op. Kortom, zou het parket niet bestaan of gisteren zijn afgeschaft, zoals sommigen hebben bepleit,⁴² dan zou het vandaag opnieuw moeten worden opgericht.⁴³

39 Maar is wel al in 2004 geprobeerd door J.J. Brudney, *Foreseeing Greatness? Measurable Performance Criteria and the Selection of Supreme Court Justices*, Ohio State University 2004, te vinden op <<http://law.bepress.com/osulwps/oritzlaw/art3>>.

40 T.W. Ruger, P.T. Kim, A.D. Martin & K.M. Quinn, ‘The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking’, *Columbia Law Review* 2004, p 1150-1210.

41 W. van Gerven, ‘Politics, Ethics & The Law, Legal Practice & Scholarship’, *London School of Economics Working Papers* 19/2008, te vinden op (onder meer) <<http://ssrn.com/abstract=1313904>>.

42 Brinkhof 2010 p. 16. Afschaffing bepleit hij niet omdat de conclusies waardeloos zouden zijn, integendeel, zegt hij, maar omdat de Hoge Raad niet met het parket in debat gaat. Misschien is dat inderdaad beter, maar ik ben bevooroordeeld in deze kwestie omdat ik het zelf, als A-G, nooit vervelend heb gevonden.

43 Wel met de kanttekening dat daarnaast een budget is met behulp waarvan ten behoeve van raad en parket samen, onderzoek kan worden gedaan naar ontwikkelingen of knelpunten die de gehele cassatierechtspraak raken en daarmee het individuele zaaksniveau overschrijden. Zie het slot van par. 5.

6 Afronding: terug tot 2010

Ik rond af. Stel dat iemand in 2010 een dergelijk verhaal had gehouden, wat zou dan de reactie van het publiek zijn geweest, denkt u? Futuristische fantasie? Enige twijfel over de geestesgesteldheid van de spreker? Of zou de dreiging van zo veel verandering hebben doen hopen dat het zo'n vaart niet zal lopen? Al deze reacties, en nog wel meer, zijn mogelijk. Maar juristen kunnen wat hebben, dus gedachten aan verstandsverbijsteringen komen niet snel op. En futuristisch is het ook niet, want alles wat gezegd is, is met bronnen van 2010 of eerder gestaafd. Er zit daarom geen greintje fantasie bij, zeg ik de Amerikaanse schrijver Kurt Vonnegut jr. na, die veel toekomstverkenningen heeft uitgevoerd en vaak hilarisch heeft beschreven, maar hij zei er altijd bij dat hij niets zelf bedacht. Wat hij deed was gewoon kijken naar wat er gebeurde en dat als een trouwe en nijvere dienaar boekstaven.

De Hoge Raad en zijn parket zijn spinnen in netwerken van rechtsontwikkeling, nationaal, Europees en internationaal. Trefwoorden zijn afstemmen, samenwerken, openstellen. Geen 'Chinese walls', niet bang zijn voor verlies aan zelfstandigheid en onafhankelijkheid als ze zich in die netwerken begeven, maar bewust leiderschap aanvaardden waar dat binnen de grenzen van hun positie gevraagd wordt. Leiderschap is niet alleen zo veel mogelijk scherpe regels formuleren. Leiderschap is weten wat aan anderen moet worden overgelaten. Leiderschap is om samen met andere hoogste rechters Europees en internationaal te opereren. Leiderschap wordt getoond in de diepte en breedte van de motivering die in voorkomende gevallen niet strikt juridisch dogmatisch kan blijven, maar op zoek gaat naar meer feitelijke grondslag en oog heeft voor de onderliggende waarden en te maken keuzen. Leiderschap is ...

De Hoge Raad en zijn parket zijn springlevend, meer dan ooit.

Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neveneffecten op de positie en taak van de Hoge Raad

I. Giesen*

I Inleiding

1.1 Onderwerp van bespreking

Als de normstellende taak en meer in het algemeen de positie van de Hoge Raad aan de orde is, komt tegenwoordig belangrijke betekenis toe aan de door de wetgever in 2010 in de steigers gezette mogelijkheid voor feitenrechters om, na invoering van het betreffende wetsvoorstel, in civiele zaken prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te gaan stellen. Dat is dan ook het onderwerp van deze bijdrage. Ik poneer hierna een visie, vanuit de Nederlandse rechtspleging,¹ op die toekomstige mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen. Daarbij richt ik mij vooral op de (on)verwachte en (on)bedoelde consequenties van dat voorstel voor de taakvervulling door de Hoge Raad.

1.2 Enige context

Sinds februari 2008 ligt er het rapport van de *Commissie normstellende rol Hoge Raad*² (ook wel: commissie-Hammerstein) die tot doel had te onderzoeken of het

* Ivo Giesen is hoogleraar Privaatrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch. Met dank aan Jan Vranken en François Kristen voor waardevolle feedback op eerdere versies van deze bijdrage.

1 Op prejudiciële vragen naar Europees recht ga ik hierna niet in, zie daarover bijv. W.T. Eijsbouts e.a., *Europees Recht: Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 284 e.v. Voor een vergelijking met zowel het Franse recht als het Europese recht, zie R.P.J.L. Tjittes & R. Meijer, 'Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *RM Themis* 2009, p. 164 e.v. Over Frankrijk ook: M. Köhne, *Coördinatie van rechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 70 e.v.

2 Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag: 2008, te vinden via <www.minjus.nl>, aangeboden aan de Tweede kamer via *Kamerstukken II*, 2007-08, 29 279, nr. 69 (verder ook: rapport-Hammerstein).

huidige Nederlandse cassatiestelsel nog goed functioneert en om oplossingen te adviseren. De noodzaak daartoe lag hierin dat de Hoge Raad wellicht onvoldoende aan zijn rechtsvormende taak kan toekomen, vooral door de groeiende werklast. Na een analyse van de knelpunten bij verwerking van de toenemende instroom (voor de civiele kamer is verdere specialisatie geen optie; zaken die rechtsvorming behoeven, blijken de Raad niet te bereiken, en soms ontbreekt noodzakelijke informatie voor een betekenisvolle beslissing³), beveelt de commissie aan om een selectiemethode te introduceren om zaken die ongeschikt zijn voor cassatie (zaken waarin geen vragen betreffende de rechtseenheid of rechtsvorming aan de orde zijn) niet-ontvankelijk te kunnen verklaren. Selectie aan de poort dus, door een selectiekamer, en niet meer erachter, zoals nu via art. 81 RO.⁴

Om meer belangrijke zaken ook daadwerkelijk te kunnen beslissen, wil men verder het instituut van de cassatie in het belang der wet meer gaan benutten⁵ (en meteen ook belanghebbenden gelegenheid bieden om daarbij informatie en commentaar te leveren). Ook mogen rechters en raio's (en studenten) stage lopen bij de Hoge Raad,⁶ en wordt de mogelijkheid van prejudiciële vragen van lagere rechters aan de Hoge Raad genoemd, op dat moment nog als een optie die nader onderzoek vergt.⁷

Het rapport heeft inmiddels de nodige pennen in beweging gebracht en tot congressen en seminars geleid.⁸ De algemene lijn daaruit, vanuit de civielrechtelijke hoek, lijkt te zijn dat men kritisch maar vanuit een welwillende grondhouding meedenkt of, iets neutraler, de zaak nog even aanziet.⁹ Vanuit de Hoge Raad zelf wordt sterk benadrukt dat deze nieuwe lijn algemeen gedeeld wordt.¹⁰ Wat mij betreft, gaat het hier in hoofdlijnen om een uitstekend initiatief dat ik graag ondersteun; het past

3 Rapport-Hammerstein, p. 26.

4 Zie ook de civielrechtelijke bijdragen van Asser en Keirse aan deze bundel.

5 Zo ook I. Giesen, 'Onderzoekende arbiter wraken?', *WPNR* 6722 (2007), p. 735 e.v. Inmiddels is er ook een oproep gedaan om zaken voor te dragen aan de commissie die de cassatie in het belang der wet onder haar hoede heeft genomen, zie *NJB* 2009, p. 1314. Zie ook de civielrechtelijke bijdragen van Hartlief en Van der Wiel aan deze bundel.

6 Waarom overigens die stageplaatsen niet ook voor anderen (wetenschappers) opengesteld? Voor de onderlinge begripsvorming zou het goed kunnen zijn.

7 Zie p. 56-58 van het rapport-Hammerstein. Zie ook de civielrechtelijke bijdrage van Frenk aan deze bundel.

8 Vgl. het naar aanleiding van een Rotterdams symposium verschenen boek door N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

9 Zie J.M. Barendrecht, 'Rechtsvorming via hogere rechtspraak', *NJB* 2008, p. 1332 e.v.; H.A. Groen, 'Selectie aan de poort', *Trema* 2008, p. 340 e.v.; T. Hartlief, 'Belangrijke mensen in het recht: Lucia de B., Hammerstein en Kooiker', *NJB* 2008, p. 869, en idem, 'Den Haag, let op Uw saek', *NJB* 2009, p. 1073; J.B.M. Vranken, 'Consequenties van de versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009, 1082 e.v. Vgl. verder nog het interview met de president van de Hoge Raad, mr. G. Corstens, door C. Lindo, 'Tussen ideaal en nuchterheid', *NJB* 2009, 1074 e.v.

10 Zie de lezing voor de NVvP op 5 juni 2009 van G.J.M. Corstens, 'Versterking van de cassatierechtspraak', in: G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 14.

in de lijn die ik zelf voorsta (focus op de rechtsvormende taak van de Hoge Raad) en die wat mij betreft nodig ingezet moest worden.¹¹

Ten aanzien van de al genoemd, hierna centraal te stellen optie om de mogelijkheid te openen om prejudiciële vragen te stellen, heeft de minister niet gearzeld, en dus geen nader onderzoek gelast, maar meteen een wetsvoorstel gemaakt.

1.3 Vertrekpunt, doel en plan van behandeling

Het wetsvoorstel dat de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen in ons interne Nederlandse recht introduceert, ligt ten tijde van het schrijven van deze bijdrage¹² nog bij de Raad van State en is nog niet openbaar. Het hieraan voorafgaande conceptwetsvoorstel heeft echter ter consultatie op de internetpagina van het ministerie van Justitie gestaan en is deskundig en redelijk uitvoerig besproken in de vakpers.¹³ Na de goedkeuring door de regering van het uiteindelijke wetsvoorstel, is het bericht doorgekomen dat er (in elk geval) nog één belangrijke wijziging ten opzichte van het eerdere concept heeft plaatsgevonden, namelijk dat het toepassingsbereik van de regeling ten opzichte van hetgeen in de conceptregeling stond, in belangrijke mate is opgerekt (zie par. 2.2). Deze informatie, het conceptvoorstel en de berichten van nadien, vormen het vertrekpunt voor deze bijdrage, waarbij dus aangetekend moet worden dat ik de exacte bewoordingen van het uiteindelijke wetsvoorstel nog niet kan presenteren.

Gezien het doel dat ik voor ogen heb, doet dat er overigens ook niet toe. Ik wil mij namelijk, juist omdat hetgeen we wel kennen (het conceptwetsvoorstel) al zo gedegen is besproken, niet richten op de meer technische kant en de details van het voorstel en dus ook niet op de vele voetangels en klemmen die inzake het voorstel te bedenken zijn en al bedacht zijn.¹⁴ In plaats daarvan leg ik de nadruk op de hoofdlijnen van de nieuwe regeling (par. 2), het te verwachten gebruik dat van de regeling zal worden gemaakt (par. 3), de onuitgesproken vooronderstellingen dien-aangaande (par. 4), en in het bijzonder op een belangrijk onbedoeld effect van deze nieuwe wet, uiteraard met het oog op de taakopvatting van de Hoge Raad (par. 5). In paragraaf 6 volgt een korte afronding.

11 Zie I. Giesen & L.M. Coenraad, 'Nieuwe fundamenten voor de Nederlandse rechtspleging', *NJB* 2008, p. 997, en I. Giesen, 'De normstellende taak van de Hoge Raad in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2008, p. 111.

12 We spreken over juni/juli 2010.

13 Zie m.n. V. Lindijer, 'Het voorontwerp Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *VR* 2009, p. 297 e.v.; N. Frenk & A.M. Wolffram-Van Doorn, 'Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *RM Themis* 2009, p. 154 e.v.; Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 164 e.v.

14 Zo is wel opgeworpen (zie W.H. van Boom, in M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht. Preadvies VBR*, Deventer: Kluwer 2010, p. 166 e.v.) dat beantwoording van de prejudiciële vragen vrij snel zal moeten gebeuren (want anders is de wachtende justitiebele in de betreffende procedure nog verder van huis, zie ook par. 5.2) zodat extra menskracht op die zaken zal moeten worden gezet, zodat tevens noodzaak is dat het (reguliere) zaaksaanbod inderdaad zal afnemen. Ook de kwestie dat de Hoge Raad vaak gemengde beslissingen te beoordelen heeft en niet louter rechtsvragen, is bijvoorbeeld voorwerp van discussie. Zie daarover onder andere de bijdrage van Frenk aan deze bundel, en Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 173.

2 Het wetsvoorstel prejudiciële vragen

2.1 Achtergrond, doel en belang

Het ter consultatie geopenbaarde (concept)wetsvoorstel 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad' voorziet in de mogelijkheid voor lagere rechters om belangrijke rechtsvragen aan de Hoge Raad voor te leggen alvorens zelf in de betreffende zaak een uitspraak te doen (zie art. 392 (nieuw) Rv). De achtergrond daarvoor was de constatering in het rapport van de commissie-Hammerstein,¹⁵ gegeven de daaraan voorafgaande probleemanalyse van die commissie, dat het nodig was om er zorg voor te dragen, door een daartoe geschikte regeling te ontwerpen, dat voorkomen wordt dat zaken die rechtsvragen behelzen welke vanuit maatschappelijk oogpunt snel een antwoord behoeven, toch niet tijdig de Hoge Raad bereiken. Dit soort hiaten in het zaaksaanbod,¹⁶ waarbij de Dexia-affaire steeds als het meest sprekende voorbeeld van stal wordt gehaald,¹⁷ ontstaan bijvoorbeeld doordat partijen niet de tijd hebben om te (kunnen) wachten op een uitspraak door de Hoge Raad na een al afgeronde procedure in eerste aanleg en hoger beroep, of doordat de financiële middelen ontbreken om (ook nog) in cassatie te gaan. Het belang van deze regeling is dan hierin gelegen dat daarmee belangrijke juridische (en maatschappelijke) kwesties wél tijdig bij de Hoge Raad komen, en het liefst zo vroeg mogelijk. Dat bevordert de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid.

2.2 Uitbreiding van het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling

Vanuit het ministerie werd in eerste instantie de gedachte geopperd dat er geëxperimenteerd zou moeten worden met het stellen van dit soort prejudiciële vragen in het kader van zaken die massavorderingen betreffen¹⁸ (doch niet die zaken welke via de WCAM¹⁹ tot een algemeen verbindende schikking zouden leiden). Omdat het in dat soort gevallen steeds om massale aantallen claims gaat, lag het op zichzelf voor de hand om juist daar te gaan experimenteren; een prejudicieel antwoord zou dan immers in één klap vele (duizenden) justitiabelen vooruit helpen.

Het grote probleem met deze op het eerste gezicht fraaie, hoewel slechts experimentele oplossing om de rechtsvorming in Nederland vooruit te helpen, was echter dat – paradoxaal genoeg – massaschadezaken, hoe omvangrijk deze op zichzelf ook zullen zijn, zich feitelijk toch te weinig aandienen om voldoende oefenterrein te bieden voor het stellen van, werken met, beantwoorden van en vooral ook wen-

15 Zie het rapport-Hammerstein, p. 23-24.

16 Zie Lindijer 2009, p. 297.

17 Zie bijv. de discussie tussen I. Giesen en W.J.M. Davids in: *Alternatieve regelgeving, Handelingen NJV, 137e jaargang / 2007-2*, Deventer: Kluwer 2008, p. 48-51.

18 Zie het interview met Corstens (Lindo, *NJB* 2009, p. 1075), en diens eerder genoemde lezing voor de NVvP: Corstens 2009, p. 21-22, en het conceptwetsvoorstel zelf.

19 Zie de memorie van toelichting van het concept-wetsvoorstel, op p. 8, zoals dat werd gepubliceerd op <www.justitie.nl>.

nen aan prejudiciële vragen.²⁰ Ongetwijfeld zitten er meerdere massaaf te wikkelen (schade)kwesities in de maatschappelijke pijlpijn (denk aan het DSB-debacle en aan de seksuëlmisbruikaffaire binnen de Katholieke kerk), maar dat laat onverlet dat het enkel kunnen benutten van dit soort megazaken te weinig ‘stof’ zou genereren om werkelijk zinvol te kunnen gaan experimenteren.²¹ Daar komt nog bij dat zelfs als er zich al een massaschadezaak aandient, daar ook nog wel een ‘prejudiciële kwestie’ aan moet kleven die zich ervoor leent om alvast aan de Hoge Raad voor te leggen. Dat zal niet steeds het geval zijn.

Gegeven dit alles heeft de wetgever er, zoals blijkt uit de laatste (pers)berichten, voor gekozen om in feite niet langer van een experiment uit te gaan, doch in plaats daarvan gewoon met het concept van prejudiciële vragen aan de slag te gaan door de mogelijkheid van het stellen van dergelijke prejudiciële vragen door de feitenrechter in brede zin, en dus niet louter voor massavorderingen, te gaan introduceren.²² Daarbij geldt dan wel nog steeds, zo lijkt het, dat het om een vraag van een meervoudige kamer moet gaan.²³ De belangrijkste voorwaarde is echter dat de rechtsvraag in kwestie er één moet zijn waarvan het antwoord van belang is voor ‘talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken’²⁴ (waaronder de oorspronkelijk bedoelde massaschadezaken zeker zullen vallen).²⁵ Wat dit criterium precies behelst, is zonder toelichtende stukken nog niet helemaal duidelijk, maar de optie van een ruimhartiger regeling was wel al eerder vanuit het ministerie van Justitie als mogelijkheid geopperd.²⁶ Verder kan de Hoge Raad nog steeds, zoals blijkt uit art. 393 lid 8 (nieuw) Rv, afzien van beantwoording als hij oordeelt dat de vraag zich niet voor beantwoording leent of de vraag van onvoldoende gewicht is om

20 Zo ook Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 174. Ter vergelijking: er zijn tot nu toe, na vijf jaar WCAM, in totaal vijf zaken aangebracht teneinde algemeen verbindend te worden verklaard door het Hof Amsterdam, vgl. A.R.J. Croiset van Uchelen, ‘Handhaven of bijschaven? De effectiviteit van de WCAM’, *WPNR* 6772 (2008), p. 799. Als er echt zoveel grote massaschadezaken zouden bestaan, zou dit aantal ongetwijfeld hoger gelegen hebben.

21 Corstens leek dit reeds dit te onderkennen waar hij in zijn eerder genoemde lezing voor de NVvP stelt: ‘Hopelijk levert dit experiment voldoende materiaal op.’ Zie Corstens 2009, p. 22. Zie ook het NVVR-advies over het concept-wetsvoorstel, via <www.nvvr.org>, op p. 5 en 9 (hoewel men twijfelt op dit punt, vgl. ook p. 4).

22 Dezelfde ruimere strekking bestaat in Frankrijk, alwaar het antwoord overigens slechts als advies geldt, zie Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 165 en p. 174.

23 Zie Frenk/Wolffram-Van Doorn, *RM Themis* 2009, p. 159. Kritisch daarover Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 174. Omdat zodoende na de aanstaande verhoging van de competentiegrens tot € 25.000 alle consumentenzaken worden uitgesloten, zal men creatief moeten zijn, bijv. door het bereik van art. 15 lid 2 Rv ruim uit te leggen en eerst te verwijzen naar een meervoudige kamer om daarna de vraag te kunnen stellen. Zie hierover nader het al genoemde NVVR-advies over het concept-wetsvoorstel, p. 6-7.

24 Zo luidt althans de formulering volgens het concept-wetsvoorstel Versterking cassatierechtpraak (p. 14) dat eind mei 2010 openbaar werd en in september 2010 naar de Raad van State werd gestuurd. Zie over dat voorstel *NJB* 2010, p. 1510-1511 en *NJB* 2010, p. 2062-2063; M. Bruning, ‘Verbetering van de cassatiepraktijk’, *NJB* 2010, p. 1593 e.v., en L. Bruins, ‘Kloppen aan de poort van de Hoge Raad’, *Adv.bl.* 2010, p. 348 e.v.

25 Zie o.a. *NJB* 2010, p. 1094. Uit het persbericht volgt impliciet dat het daarbij om nieuwe, *nog niet beantwoorde* rechtsvragen zou gaan. Of dat straks een echte voorwaarde zal zijn, is nu nog niet helder maar dat lijkt niet nodig want als de rechtsvraag al beantwoord is, is het antwoord op de vraag niet meer van belang voor meerdere, feitelijk vergelijkbare zaken.

26 Toen werd erover gesproken dat de ‘vraag ook relevant is voor vele andere identieke zaken’. Zie de notitie van het ministerie van Justitie, opgenomen als bijlage 2, in: Huls 2009, op p. 62-63.

beantwoording te rechtvaardigen. Uiteindelijk bepaalt de Raad dus zelf of een vraag beoordeeld wordt.

Wat mijns inziens in overtuigende mate voor deze verruimde, brede insteek pleit, is dat de Hoge Raad zodoende een groot en breed palet aan mogelijke rechtsvragen én mogelijke vragenstellers (lees: alle rechtbanken en gerechtshoven) ter beschikking krijgt. Het ‘experimenteren’ (beter wellicht: het nader zijn weg vinden) zoals dat in eerste instantie beoogd werd, geschiedt dan ‘regulier’, te weten gaandeweg, door na afronding van het wetgevingsproces dit soort zaken af te wikkelen en vragen te beantwoorden.

De nieuwe regeling betekent uiteraard wel dat er, in potentie in elk geval, meer werk op de Hoge Raad zal afkomen, zeker in vergelijking met de oorspronkelijk bedachte optie om alleen met massavorderingen te experimenteren (zie nader hierna par. 3.2). Ik ben er echter van overtuigd dat als men inderdaad serieus werk wil maken van het eerder kunnen beslissen over maatschappelijke relevante, veelvoorkomende juridische problemen, dat alleen maar kan gebeuren door het bereik en de omvang van mogelijke ‘testcases’ groot genoeg te kiezen. Bovendien hebben alle betrokkenen, de Hoge Raad voorop, dan meteen een stevige prikkel om ook de overige door de commissie-Hammerstein geopperde (en door mij gesteunde) maatregelen – maatregelen die mede bedoeld zijn om de werklust terug te dringen zodat de focus echt (meer) op de rechtsvormende taak kan komen te liggen²⁷ – met de nodige voortvarendheid in te voeren.²⁸

Ik ben er dus voorstander van om de spreekwoordelijke koe bij de horens pakken, de in algemene zin toegejuichte²⁹ wettelijke mogelijkheid van prejudiciële vragen direct in te voeren, om vervolgens via het reguliere proces van *learning by doing* – waarbij de term *trial by error* ongetwijfeld ook geregeld zal vallen – wijzer te worden en nadere richting te geven. Die ‘traditionele’ manier van werken met nieuwe wetgeving, is mijns inziens ook ten aanzien van deze vernieuwingsimpuls voldoende robuust.

2.3 Terzijde: andere mogelijke compromissen

De hiermee gekozen, brede insteek past uiteraard ook bij de manier waarop we normaal gesproken wetgeving invoeren, namelijk meteen en ineens voor al die gevallen waarvoor het voorstel is bedoeld, zonder eerst te experimenteren op een beperkt deelgebied. Juist experimenten met nieuwe wetgeving voor beperkte terreinen zijn uiterst zeldzaam omdat de gelijkheid daarmee niet gediend is, en de rechtszekerheid ook niet. De gedachte om zonder een kleinschaliger experiment aan het invoeren van prejudiciële vragen te beginnen, komt dus enkel vreemd over als het oorspronkelijke vertrekpunt is dat er een experiment noodzakelijk zou zijn. Ik waag dat echter te betwijfelen. Ten eerste omdat ik mij afvraag waar hier dan de blijkbaar méér dan gewoonlijk knellende pijnpunten zitten waardoor een regulier

27 Corstens 2009, p. 15, heeft dat benadrukt. Vgl. ook *Kamerstukken II*, 2007-2008, 29 279, nr. 78, p. 14.

28 Terwijl daardoor tevens de werklust bij de rest van de rechterlijke macht zal (kunnen) verminderen, zie *Kamerstukken II*, 2007-2008, 29 279, nr. 78, p. 15.

29 Zie bijv. Van Boom 2010, p. 166: de Hoge Raad moet het eerste, niet het laatste woord hebben.

wetgevingsproces – inclusief de ongetwijfeld soms lastige, maar niet onoverkomelijke keuzes³⁰ – niet mogelijk zou zijn. Ten tweede omdat we hier veel kunnen leren van het Europese systeem van prejudiciële vragen; we opereren niet in een juridisch zwart gat.³¹

Voor zover er binnen het parlement wellicht nog weerstand zou bestaan tegen de door de regering gekozen bredere insteek, kan er uiteraard over andere mogelijke compromissen nagedacht worden. Een alternatief plan zou bijvoorbeeld kunnen zijn om een aantal rechtbanken (of kantonrechters), bijvoorbeeld die in een bepaald ressort, aan te wijzen als ‘test-rechtbanken’. Die rechtbanken mogen dan alvast prejudiciële vragen gaan stellen, waar andere rechtbanken dat nog niet kunnen of mogen. De rechtsgelijkheid is daarmee echter direct in het geding, reden ook waarom we in Nederland weinig met wetgeving experimenteren. Waarom zou justitiabele Jansen in, bijvoorbeeld, Heerhugowaard niet ‘prejudicieel’ snel gelopen kunnen worden, maar justitiabele Pieterse in Roermond wel?

Een ander alternatief zou wellicht hierin kunnen bestaan dat niet de rechtbanken, maar alleen alle gerechtshoven de bevoegdheid zouden krijgen om prejudiciële vragen te stellen.³² Dat scheelt in de aanwas van zaken (waar de hoven zelf minder zaken krijgen, dienen zich ook minder potentieel door te spelen vragen aan) zonder de vijver waarin gevist kan worden, zoals bij de beperking tot massaschadegevallen, té klein te maken. De rechtsgelijkheid is dan gewaarborgd; elke zaak, mits maar in hoger beroep is gegaan, komt in aanmerking. Het probleem hier is echter dat de noodzaak voor prejudiciële vragen op dit niveau veel minder dringend is. De procespartijen staan al bij een hof, en dus is de te boeken tijdswinst geringer, de raadsheren mogen geacht worden (beter dan rechters in eerste aanleg) in staat te zijn en tijd te hebben om lastige vragen zelf uit te zoeken, terwijl daarnaast van een hof eerder verwacht mag worden dat men de lastige vraag in kwestie ook zelf zal willen oplossen. De animo om vragen aan de Hoge Raad te stellen zou daarmee wel eens gering kunnen blijven.³³

Een volgende optie die ik nog zie, is om niet alleen in massaschadegevallen, maar om in al die gevallen waarin er een specialistische rechter is aangewezen om een bepaald soort geschillen af te wikkelen (octrooizaken, pachtzaken, etc.) de mogelijkheid van prejudiciële vragen te openen. Dat beperkt het prejudiciële bereik aanzienlijk ten opzichte van de net besproken varianten, zonder de rechtsgelijkheid al te zeer geweld aan te doen (want het zijn toch al ‘speciale gevallen’). Mijn zorg is dan echter weer of deze variant wel voldoende testcases zal voortbrengen, terwijl het eerder besproken probleem dat juist specialistische rechters minder genegen zullen zijn de vraag aan een ander te laten, blijft bestaan.

30 In het rapport-Hammerstein zijn deze lastige, maar wel te maken keuzes keurig opgesomd, zie p. 51-52. De vragen worden veelal overigens ook meteen min of meer beantwoord in de memorie van toelichting, hetgeen mij sterkt in de hierboven verwoorde gedachte. Mogelijke antwoorden op die keuzevragen staan ook in de notitie van het ministerie van Justitie zoals opgenomen als bijlage in Huls 2009.

31 Zoals ook het rapport-Hammerstein al constateert, zie p. 51.

32 In die zin P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, ‘Wat moet de Hoge Raad?’, in: J.F. de Groot & H.M. Slaghekke (red.), *Frank en Vrij. Thunissen-bundel*, Den Haag: IBR 2009, p. 13, en W.D.H. Asser e.a., *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 167. Anders: Frenk/Wolffram-Van Doorn, *RM Themis* 2009, p. 158-159.

33 Zie ook par. 4 hierna.

3 De te verwachten mate van gebruik van de regeling

3.1 Inleiding

Gegeven het zojuist besproken uitgebreide toepassingsbereik van de aanstaande³⁴ mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, rijst ten eerste de vraag wat we vervolgens feitelijk kunnen verwachten als het om het toekomstig gebruik van de regeling gaat. Wordt het een juridische hit? Of een marginaal wetje? Dit vergt uiteraard een blik in een onzekere toekomst, maar dat is nu eenmaal de rode draad van deze bundel.³⁵ Die onzekerheid dan ook voor lief nemend, spreek ik hier de verwachting uit dat er in voldoende ruime mate van de regeling gebruikgemaakt zal gaan worden. Ik licht die optimistische verwachting hierna eerst nader toe en benoem vervolgens (in par. 4) welke tot nu toe onuitgesproken vooronderstellingen nog aan die verwachting afbreuk zouden kunnen doen.

3.2 De regeling zal voldoende worden gebruikt

Zoals eerder gezegd, vind ik de uitbreiding tot een veel ruimer palet van mogelijke zaken waarin een prejudiciële vraag gesteld kan worden, een verstandige keuze. Als meer rechters vragen kunnen stellen, komen er meer testcases, en hoe ruimer het gebruik, hoe beter. Maar ik zie natuurlijk ook dat hierin ook een zeker gevaar schuilt, en dat is het gevaar dat de Hoge Raad zal worden ‘overspoeld’ met vragen.³⁶ Het makkelijke antwoord op die dreiging is uiteraard dat de Raad dat helemaal zelf in de hand heeft, want de Raad mag zelf beslissen of men een vraag beantwoorden wil (vgl. art. 393 lid 8 (nieuw) Rv).

Dit is echter nauwelijks een bevredigend antwoord te noemen. Als feitenrechters straks té regelmatig een ‘nul op rekest’ zouden krijgen, bijvoorbeeld omdat de werkdruk aan de zijde van de Hoge Raad te groot zou zijn (gebleven of geworden), zou dat de dood in de pot zijn van deze vernieuwing, en wellicht ook bij voorbaat van elke mogelijke toekomstige vernieuwingsgedachte (onder het mom: wat heeft het immers voor zin?). De nieuwe regeling zal ongetwijfeld een stille, doch zekere dood sterven als de Hoge Raad zou besluiten, of zelfs maar zou uitstralen door zijn handelwijze, dat slechts sporadisch een rechtsvraag van een feitenrechter gezien wordt of kan worden als een vraag waarop het antwoord van belang is voor talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken.³⁷ Die kant kan de Hoge Raad, gezien de zelf verkozen vernieuwingsdrang en het eigen verzoek aan de wetgever om het eerder geconstateerde hiaat in het zaaksaanbod aan te pakken, eenvoudigweg niet

34 Ik verwacht eigenlijk weinig weerstand, en terecht, van het parlement gezien de lichtkritische tendens in de reacties tot op heden, maar dat zeiden we over het wetsvoorstel affectieschade ook, en dat haalde de eindstreep niet (vgl. R. Rijnhout, ‘Wetsvoorstel affectieschade verworpen door de Eerste kamer’, *TVP* 2010, p. 37 e.v.). Het blijft dus speculeren en afwachten.

35 Ook M.A. Loth, ‘Reparaties aan de “cassatiemotor”’, in: Huls 2009, p. 5 e.v., denkt in scenario’s.

36 Zie het discussieverslag in Huls 2009, op p. 42, en de reactie van de NVVR, voornoemd, op p. 4, die dat argument gebruikt om een voorkeur voor een beperking tot massavorderingen uit te spreken.

37 Vgl. Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 174: de rechter moet erop kunnen vertrouwen een antwoord te krijgen.

op. De Raad zelf heeft ook steeds beklemtoond dat de huidige gedachtevorming niet (slechts) is ingegeven door werklastperikelen, maar (vooral) door de wens om inhoudelijk te vernieuwen.³⁸

Gegeven dit alles zal de Hoge Raad eerder het tegendeel moeten doen en welhaast moeten vragen aan de rechterlijke macht om prejudiciële vragen aan te brengen. De regeling gaat immers alleen voldoende effectief zijn en naar tevredenheid werken als de Hoge Raad (a) voldoende vragen krijgt en dan (b) op behoorlijk ruimhartige wijze vragen gaat beantwoorden. Dat laatste gaat de Hoge Raad, als gezegd, zeker (moeten) doen; hij kan niet anders, het is het directe gevolg van de mede door hem zelf ingezette koers. Dat alles maakt dat ik de verwachting durf uit te spreken dat de regeling in voldoende ruime mate benut zal gaan worden.

Daarbij is het goed om 'in voldoende mate' dan nog iets nader te kwantificeren. Ik doel daarmee op een aantal zaken dat in de buurt komt van het gemiddelde in Frankrijk, dat ligt op dertien zaken per jaar.³⁹ Rekening houdend met het feit dat Frankrijk meer inwoners en meer rechters heeft, denk ik aan zo'n tien zaken per jaar gemiddeld.

4 Enkele niet uitgesproken vooronderstellingen

4.1 Introductie

De verwachting zoals hiervoor verwoord, stoelt op een drietal vooralsnog niet door de wetgever uitgesproken of aangepakte vooronderstellingen die echter het verwachte gebruik van 'de prejudiciële vraag' danig kunnen compliceren. Deze presumpties zullen dus alsnog geëxpliciteerd én waar nodig aangepakt moeten worden. Ik bespreek hierna de vraag of de rechter de vraag wel herkennen zal, de vraag of hij in staat zal zijn de vraag vervolgens op een goede wijze aan te brengen, en de vraag of de rechter eigenlijk wel bereid zal zijn om prejudiciële vragen te stellen.

4.2 Eerste vooronderstelling: de rechter herkent de vraag

De eerste vooronderstelling hangt nauw samen met een aspect dat hiervoor al aangestipt werd, namelijk de vraag of er wel voldoende vragen gaan komen. De daaraan gekoppelde vooronderstelling is dat de feitenrechter de prejudiciële vraag, althans het probleem dat daaraan ten grondslag ligt, als zodanig herkent, en wel tijdig, en dus inziet dat hij van doen heeft met een rechtsvraag ten aanzien waarvan het antwoord van belang is voor talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken. Of dat steeds het geval zal zijn, is echter nog maar de vraag. Niet iedere rechter in eerste aanleg heeft al meteen de daartoe benodigde ervaring en voelsprietten, en zeker als een kwestie voor de eerste keer opkomt bij een bepaalde rechtbank, kan dit aspect zomaar over het hoofd gezien worden.⁴⁰

38 Zie vooral Corstens 2009, p. 15. Vgl. ook Von Schmidt auf Altenstadt 2009, p. 10 en 11.

39 Zie Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 165.

40 Hierbij moet uiteraard ook bedacht worden, maar dat is een ander punt, dat niet elke regelmatig terugkerende rechtsvraag meteen bij een rechter wordt aangebracht.

Bij de megakwesties zoals de Aandelenlease-affaire lost zich dit vanzelf op, maar daarbuiten zal dat minder snel het geval zijn. De rechter zal dus zijn antenne voortdurend moeten benutten, zowel intern (wat ligt er op het bord van mijn collega's) als extern (wat speelt er in de maatschappij?; waarover ging 'Kassa!' vorige week?). Gelukkig bestaat de mogelijkheid dat de advocatuur een helpende hand kan (en zal) toespelen, door aan te geven dat er een veelvoorkomend geschil speelt. Ook andere 'repeat players' zoals de Consumentenbond, de ConsumentenAutoriteit, het Verbond van Verzekeraars, allerlei inspectiediensten, ministeries, etc., kunnen hieromtrent informatie laten doorsijpelen. En de rechterlijke macht kan zelf natuurlijk ook een handje toesteken door de onderlinge informatie-uitwisseling indachtig dit aspect te faciliteren (bijvoorbeeld doordat rechters landelijk de nieuwe rechtsvragen signaleren).⁴¹

Daarnaast zal het op andere vlakken soms evident zijn dat een rechtsvraag vaker spelen zal. Denk bijvoorbeeld aan de vele uitlegvragen die de nieuwe per 1 juli a.s. in te voeren Wet Deelgeschilprocedure nu al oproept.⁴² Die rechtsvragen zijn allemaal voor de gehele letselschadebranche van belang en voldoen daarmee aan het criterium dat het antwoord van belang moet zijn in talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken. Een concreet voorbeeld is de straks wellicht opkomende vraag of een onderhandelingsimpasse tussen de betrokken partijen over de vraag of er een zorgplicht op de laedens rustte, een vraag dus over de aansprakelijkheid als zodanig, kan kwalificeren als een deelgeschil onder die Wet Deelgeschilprocedure. Ook los van die deelgeschillenregeling zullen rechtsvragen op het terrein van bijvoorbeeld de letselschade,⁴³ denk aan de in het verleden gevoerde procedures inzake de omkeringsregel⁴⁴ of de patiëntenkaart,⁴⁵ maar ook op het vlak van zekerheidsrechten, de positie van banken, het faillissementsrecht en het burgerlijk procesrecht, etc., zeer geregeld, om niet te zeggen vrijwel steeds, van gewicht zijn voor meerdere zaken. Een andere mogelijke 'Fundgrube' voor prejudiciële vragen, betreft de toetsing van wetgeving aan de grondrechten als het wetsvoorstel Halsema ook in tweede lezing zou worden aanvaard.⁴⁶

4.3 Tweede vooronderstelling: de rechter stelt de juiste vraag op de juiste wijze

Naast het probleem dat de rechtsvraag als een prejudicieel te stellen vraag herkend moet worden, veronderstelt de wetgever vooralsnog ook, zonder dat deze daar zeker van kan zijn, dat de feitenrechter in staat zal blijken de juiste rechtsvragen op

41 Vgl. Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 165.

42 Vgl. daarover bijv. de special van het tijdschrift *Verkeersrecht* van juni 2010.

43 Ik denk ook aan de (door Hartlief in deze bundel ook genoemde) Hangmat-zaak (Rb. Den Bosch 21-1-2009, *NJF* 2009, 105): kan een medebezitter van een opstal ex art. 6:174 BW (een risicoaansprakelijkheid) procederen tegen de andere medebezitter (en echtgenoot) om zo de verzekeraar tot uitkering te dwingen?

44 Voor een overzicht verwijs ik kortheidshalve naar I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de "omkeringsregel"', in: T. Hartlief, S.D. Lindenbergh (red.), *Tien penne streken over personenschade*, Den Haag: Vermande/Sdu 2009, p. 69 e.v.

45 Na HR 22 februari 2008, *RvdW* 2008, 256 en 261, lijkt het iets rustiger te zijn geworden op dat vlak, zie echter A. Kolder, 'De Hoge Raad en de patiëntenkaart: een gemiste kans', *NJB* 2008, p. 1278 e.v.

46 Zie ook de bijdrage van Vranken aan deze bundel.

de juiste wijze aan te brengen en te onderbouwen. Of dat nu al zo is, is nog maar de vraag. Die feitenrechter mist nu nog de ervaring met die vaardigheid en dus zal hij nog moeten leren om op de juiste manier zijn rechtsvraag aan de Hoge Raad voor te leggen. Als dat niet lukt, blijft het aantal rechtsvragen alsnog onder de verwachting. De feitenrechter zal dus moeten 'experimenteren', ervaring opdoen, en leren.⁴⁷ Dat leerproces vergt tevens dat de Hoge Raad vervolgens laat weten wat de feitenrechter daarbij goed en fout doet, dat de Hoge Raad dus aangeeft hoe het moet. De Raad zal dus soms streng moeten zijn en bepaalde vragen niet mogen 'doorlaten' omdat deze niet aan de maat zijn. Dat oordeel, die ontvankelijkheidsbeslissing, zal dan vervolgens ook stevig en didactisch voldoende onderbouwd moeten worden om een leereffect te hebben. Aangezien de procespartijen en hun advocaten inspraak in dit proces hebben, kan ook dat behulpzaam zijn. Uiteraard betekent dit alles dat de aanwas van vragen iets beperkter zal kunnen blijken te zijn dan ik zonet veronderstelde, maar als dit leereffect goed wordt benut, zal het selecteren op kwaliteit slechts een tijdelijke teruggang in de toeloop betekenen.

4.4 Derde vooronderstelling: de rechter is bereid de vraag te stellen

De derde, nog impliciet gebleven vooronderstelling is dat de feitenrechters ook bereid zullen zijn om die rechtsvragen die in breder verband van belang zijn, inderdaad voor te leggen aan de Hoge Raad, en dus niet zelf te beoordelen. Ook dat is echter niet evident, en betreft een kwestie die nader onderzoek en straks een evaluatie zou vergen. Men vraagt dan immers van de feitenrechter om juist in de gevallen waarin er een echt interessante (want maatschappelijke belangrijke en onopgeloste) juridische kwestie aan de orde komt, en het niet 'slechts' gaat om het toepassen van een juridische regel op de eenmaal vastgestelde feiten, niet zelf te gaan studeren, analyseren, beslissen en motiveren maar om dat aan een ander, een hogere instantie in de rechterlijke kolom, over te laten. Juist als het echt leuk wordt voor de rechter, moet deze pas op de plaats maken, terwijl hij ook zelf ongetwijfeld in staat zal zijn om de vraag van een juridisch fatsoenlijk antwoord te voorzien. Of de feitenrechters dat verlies aan autonomie, aan rechtsvormende kracht⁴⁸ en het daaraan wellicht ook verbonden verlies aan werkplezier en reputatieverlies, massaal zullen accepteren, valt te bezien.⁴⁹ Rechters houden er niet van als er beleid over hen wordt uitgestort,⁵⁰ zeker niet als dat beleid hun beslissruimte inperkt; ze koesteren juist graag hun eigen positie en verantwoordelijkheid.

47 Daarbij kunnen we uiteraard leren van de Europese prejudiciële vraagprocedure, vgl. op dit punt Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 169. Zo moet de rechter bijv. zijn reden van twijfel over de uitleg van het Europese recht melden, zijn redenen voor de vraag aangeven, en de band met de toepasselijke wetgeving schetsen. Ook in Nederland moet straks de vraagsteller onderbouwen waarom hij de vraag stelde en de feiten nauwkeurig formuleren, zie de memorie van toelichting van het concept-wetsvoorstel, p. 14.

48 Köhne 2000, p. 123-124.

49 Dat het doorschuiven van een zaak tijdswinst oplevert, omdat een ander het moeilijke werk doet, kan daartegenover gesteld worden; dat geeft de feitenrechter (meer) tijd voor andere klussen.

50 Zie recent (in een andere context overigens) nog P. Messer-Dinnissen & J. Tromp, 'Bestuurders van en raad voor de rechtspraak: houd het bij raad aan de rechtspraak', *NJB* 2010, p. 1291 e.v.

Bij dit alles schat ik overigens in, maar empirische data om dit te staven heb ik niet, dat de hoven wellicht iets minder genegen zullen zijn om een kwestie naar de Hoge Raad door te schuiven.⁵¹ Zij mogen immers geacht worden (beter nog dan de rechter in eerste aanleg) in staat te zijn en de tijd te hebben om lastige juridische vraagstukken zelf uit te zoeken en te doordenken. Daarnaast is het niet vreemd om van raadsheren eerder te verwachten dat men die lastige vragen ook zelf zal *willen* oplossen, daarvoor is men opgeklommen naar het niveau van een Hof. De animo om vragen aan de Hoge Raad te stellen zou daarmee wel eens minder dan gedacht kunnen blijken.⁵²

Er zal dan ook stevig aan gewerkt moeten worden ('flankerend beleid') om de feitenrechters ervan te overtuigen dat het niet om hen zelf en zeker niet om hun competenties gaat, maar dat het overwegende belang hier is gelegen in de maatschappelijke winst die een snelle uitspraak van de hoogste rechter opleveren kan. Dat is uiteraard mogelijk, want die boodschap is op zich helder en duidelijk en het achterliggende belang is groot en gerechtvaardigd genoeg om van de feitenrechter een 'offer' te vragen, maar dat vergt wel enig geduld en enige overredingskracht, te meer omdat een rechter de procespartijen op extra kosten jaagt en de oorspronkelijke procedure vertraagt.⁵³

Voor die overreding is waarschijnlijk nodig dat de Hoge Raad laat zien, dat past ook bij zijn leiderschapspositie, dat het hier om samenwerking⁵⁴ binnen de rechterlijke kolom gaat teneinde samen, ten behoeve van de maatschappij als geheel, verder te komen dan men in zijn eentje zou kunnen geraken. Een 'cassatiefonds' of een voorziening van vergelijkbare strekking, om de kosten van de procespartijen te dekken (en dan niet alleen van procederende minvermogenenden), zou daarnaast allicht een extra steuntje in de rug geven en dus zeer welkom zijn. Het draagvlak voor de regeling zal onder de feitenrechters naar verwachting immers niet met de enkele aannames van het wetsvoorstel verkregen worden. Dat vereist een investering om draagvlak te creëren en misschien ook om (een deel van) de kosten te dekken, waarmee op tijd gestart zou moeten worden, liever vandaag dan morgen en in elk geval ruim voor het wetsvoorstel wet wordt.

51 Die gedachte sluit aan bij het gegeven dat in Frankrijk de meeste vragen gesteld zijn door rechters in eerste aanleg, zie Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 165. Uiteraard is het op zichzelf logisch dat in eerste aanleg meer vragen worden gesteld, want daar rijzen die vragen als eerste (als een hof de vraag nog moet stellen, is het misschien al te laat), maar daarbij dient wel bedacht te worden dat de 'meervoudigheid' van de rechtsvraag in kwestie wellicht pas ontdekt wordt als de eerste zaken al bij een hof liggen.

52 Ter vergelijking: de strafvorderlijke regel van art. 14 Sv die het mogelijk maakt dat de strafrechter de vervolging schorst en het oordeel van de civiele rechter afwacht over een geschilpunt van burgerlijk recht – ook een soort prejudiciële aangelegenheid – wordt naar het zich laat aanzien nauwelijks benut omdat de strafrechter bevoegd is de zaak zelf af te doen. Zie nader de bijdrage van Kristen aan deze bundel.

53 Vgl. het NVVR-advies over het concept-wetsvoorstel, p. 4. Om die vertraging te beperken, zal de Hoge Raad ervoor moeten kiezen prejudiciële vragen voorrang te geven, zie nader par. 5.2.

54 F.B. Bakels, 'Aan de vooravond van de derde van Bruinsma', *NJB* 2010, p. 547, en idem, 'Rechtspraak in een veranderende samenleving', *AA* 2010, p. 431.

5 De (on)voorzienbare gevolgen van een en ander?

5.1 Inleiding

We hebben inmiddels gezien dat het te verwachten en beoogde ruime gebruik van de wet ondermijnd zou kunnen worden door een drietal ten onrechte door de wetgever niet aangevoerde ideeën, doch dat die valkuilen wel te omzeilen zijn. Daar aanbeland, rijst dan nog de kernvraag van deze bijdrage, namelijk welke mogelijk onvoorziene consequenties aan het wetsvoorstel verbonden zouden kunnen zijn. In paragraaf 5.2 en 5.3 benoem en onderzoek ik een belangrijk, maar onbedoeld neveneffect, en in paragraaf 5.4 memoreer ik kort nog een tweede, waarschijnlijk wel beoogd en gewenst neveneffect.

5.2 Het aanbod aan prejudiciële vragen ruimhartig honoreren vergt een ‘agenda’...

Zolang de Hoge Raad niet in staat is zelf die zaken naar zich toe te trekken die er echt toe doen, maar afhankelijk blijft van het ‘toeval’ dat een procespartij wel de daadkracht en de financiën heeft en kan en wil opbrengen om door te stoten tot aan de Kazernestraat, zullen diverse relevante vragen niet op tijd, maar steeds te laat aan bod komen.⁵⁵ Om dat tegen te gaan moet de werkwijze anders. Diverse mogelijkheden dienen zich daarbij aan.

Ten eerste zou de Hoge Raad zelf actief op zoek kunnen naar die kwesties die zijn aandacht vragen en nodig hebben. Daartoe kan een overleg met de afnemers van de producten van de Hoge Raad georganiseerd worden.⁵⁶

Inherent aan het huidige cassatiesysteem is dat de Hoge Raad een individueel geschil beslecht dat hem voorgelegd wordt. De Raad wacht totdat dat geschil zijn burelen bereikt. Daarmee is hij echter even inherent te laat met zijn antwoord, want zoveel jaren verder. Kwesties betreffende de omgang met de omkeringsregel, de Dexia-zaak, etc. zijn bekende voorbeelden. Ons huidige stelsel kan daar niet omheen; sprongcassatie zou wel kunnen helpen maar is afhankelijk van de wil van partijen. De negatieve kanten hiervan zijn in het verleden al afdoende belicht, en de volgende mogelijk slepende zaken doemen alweer op (afwikkeling DSB faillissement;⁵⁷ misbruik binnen de katholieke kerk) en dus zou een pleidooi om het roer radicaal om te gooien, wellicht weerklank kunnen vinden. Een eerder, mede door mezelf geïnitieerde optie zou zijn om een overlegstructuur te organi-

55 Zie het nu al klassieke opstel van J.B.M. Vranken, ‘Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters’, *NJB* 2000, p. 1. e.v.

56 Vgl. het eerder gelanceerde Periodiek Overleg van Rechtsvormers (I. Giesen & H.N. Schelhaas, Samenwerking bij rechtsvorming, *AA* 2006, p. 159 e.v.) waarin rechter, wetgever en wetenschap, evt. ook de advocatuur, samen komen om de rechtsvormingsagenda te bepalen. Zie over de verhouding wetgever/rechter in het post-Hammerstein-tijdperk ook nog M. Adams, ‘Toekomstmuziek bij de Hoge Raad: waarom geen jaarverslagen à la française?’, *NJB* 2009, p. 1442-1443.

57 Vgl. de speciale procedure die bij de hoven in Amsterdam en Den Bosch wordt geopend om de veelheid van klachten van DSB-klanten in een beperkt aantal proefprocessen ter beoordeling voor te leggen, zie de aankondiging in *NJB* 2010, p. 1511-1512.

seren (al dan niet institutioneel) zodat betrokkenen samen⁵⁸ de noden kunnen bepalen en oplossingen kunnen zoeken. Zodoende kunnen de rechtsvormers de problemen actief naar zich toe halen⁵⁹ en zelf de instrumenten benutten die nodig en bruikbaar zijn. Daarmee kan eerder worden ingegrepen en gestuurd worden. Zo'n radicale ommezwaai lijkt er voorlopig echter niet in te zitten; de visie van een hoogste rechter die geschillen beslecht, al is dat dan niet als feitenrechter, beklijft en wordt nog steeds wijdverbreid gekoesterd.

De Hoge Raad kan *ten tweede*, en die lijn staat in de huidige discussie en ook hierna centraal, eraan meewerken dat het traject om bij de Hoge Raad te komen, sterk vereenvoudigd (en sterk ingekort) wordt voor die gevallen die ertoe doen, doordat de justitiabele via de feitenrechter alvast zijn juridische vraagstuk kan laten beoordelen door de Hoge Raad.⁶⁰ Dit alternatief dient zich uiteraard straks aan via de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen, zeker nu het wetsvoorstel dienaangaande is verruimd zoals hiervoor aangegeven. Daarmee komen straks, in theorie en in potentie in elk geval als de besproken valkuilen omzeild kunnen worden,⁶¹ de meest prangende juridische en maatschappelijke vragen wél op tijd bij de Hoge Raad, mits de Raad, als gezegd en hiervoor verdedigd, inderdaad ruimhartig gaat zijn bij de toelating van de vragen en de beantwoording ervan. Het is echter wel verstandig om daarbij te bedenken dat er dus (ook in deze variant) een keuze van de Hoge Raad nodig is, namelijk de keuze om ruimhartig rechtsvragen te beantwoorden, om een ruim 'vragenbeantwoordingsbeleid' te entameren.

Die wat mij betreft noodzakelijke keuze leidt dan echter meteen weer tot andere, evenzeer noodzakelijke keuzemomenten, want 'ruimhartig' is niet gelijk aan, en kan niet gelijk zijn aan, 'alle rechtsvragen'. Er zullen ook rechtsvragen opkomen die niet noodzakelijk beantwoord hoeven te worden of zelfs maar beantwoord kunnen worden, bijvoorbeeld omdat de vragen ('rijp en groen' kan langskomen) niet goed genoeg ('gebrekkelig') gesteld en/of toegelicht zijn.⁶² En als er straks, zoals te hopen is, genoeg vragen worden opgeworpen,⁶³ zal het ook nodig zijn om de beantwoor-

58 Vgl. de nadruk op samenwerking bij Bakels, *NJB* 2010, p. 547 en AA 2010, p. 431.

59 Waaraan ik dan nog toevoeg dat het wenselijk zou zijn om partijen te laten doorprocederen uit hoofde van een cassatiefonds, vgl. ook Von Schmidt auf Altenstadt 2009, p. 13 (op kosten van de staat); Groen, *Trema* 2008, p. 346, en Hartlief in deze bundel.

60 Het eventueel versneld afdoen van zaken nadat die bij de Hoge Raad aangebracht zijn, biedt onvoldoende soelaas omdat dan in de voorfase (eerste aanleg en vaak hoger beroep) al veel tijd verloren is gegaan.

61 Of dat echt gebeuren gaat, valt te bezien, zie par. 4. Naar het schijnt, krijgt de recent ingestelde Commissie Cassatie in het belang der wet eigenlijk alleen verzoeken daartoe binnen in zaken die er juridisch en/of maatschappelijk gezien minder dan gewenst echt toe doen. Aan de andere kant lijkt het erop dat de nieuwe Wet deelgeschilprocedures, welke een belangrijke rechtsvormende component in zich bergt, wel heel populair gaat worden.

62 Zie ook Kristen in zijn bijdrage aan deze bundel. Vergelijk in dit verband nogmaals het dubbele afwijzingscriterium van art. 393 lid 8 (nieuw) Rv: de vraag leent zich niet voor beantwoording of de vraag is van onvoldoende gewicht om beantwoording te rechtvaardigen, in combinatie met het daarop aansluitende algemene criterium dat de vraag van belang is voor talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken (zoals art. 392 (nieuw) Rv lijkt te gaan luiden).

63 De NVvR geeft in haar reactie (op p. 4) aan dat er een risico bestaat dat de Hoge Raad overspoeld wordt met vragen, hoewel men ook wil laten onderzoeken of de mogelijkheden ruim genoeg zijn (p. 9).

ding van de vragen te 'prioriteren', mede omdat prejudiciële vragen in principe op vrij korte termijn beantwoord zouden moeten worden.

Bijgevolg zal de Hoge Raad onvermijdelijk keuzes moeten (gaan) maken ten aanzien van de vraag welke (soort) rechtsvragen wél en welke (soort) rechtsvragen geen antwoord krijgen. Die keuze, te kwalificeren als een voorzienbaar, maar ongewenst nevengevolg, kan uiteindelijk ook niet steeds 'ad hoc' gemaakt worden; het gelijkheidsbeginsel vergt minstens enige indeling en nadere classificering.⁶⁴ Zonder het zo te zullen willen noemen, zal de Hoge Raad daarmee dus onvermijdelijk een 'agenda' of 'uitgangspunten' (of zelfs een 'beleid') moeten ontwikkelen aangaande het type rechtsvragen dat men zal willen bespreken en beantwoorden. Die 'agenda' zal bijvoorbeeld inzicht moeten verschaffen in wat de Hoge Raad beschouwt als zijnde 'van belang voor vergelijkbare zaken', en binnen die categorie zal dan vervolgens ook nog, als de animo groot genoeg is, bepaald moeten worden welke zaken eventueel voorrang krijgen.⁶⁵ De Hoge Raad staat dus voor enkele belangrijke keuzes. Bedenk daarbij dat de oplossing om (voor)alsnog geen uitgesproken keuzes te maken, bijvoorbeeld door alles op zijn beloop te laten en te zien hoe het dan loopt, ook een keuze is.

Om de regeling een succes te doen zijn, zal het keuzemenu, die 'agenda', tevens moeten letten op de soms wel en soms wellicht ook niet aanwezige (maatschappelijke) noodzaak om de betreffende rechtsvraag snel te beantwoorden. Zo zal zich de keuze aandienen om prejudiciële vragen wel of niet met voorrang te gaan behandelen, hetgeen onmiskenbaar met zich brengen zal dat de Hoge Raad beleidsbeslissingen zal moeten gaan nemen (of wellicht al genomen heeft). Wat mij betreft zijn die keuzes niet al te lastig: prejudiciële vragen krijgen voorrang en worden versneld (binnen zes maanden) afgedaan.

Beleidsmatig moeten beslissen en richting geven,⁶⁶ bijvoorbeeld door prioriteiten te stellen, betekent uiteindelijk dat er ook op een net iets abstracter niveau over de koers van de eigen rechtspraak zal moeten worden nagedacht, bijvoorbeeld als het gaat over de vraag op grond van welke criteria welke soorten rechtsvragen al dan niet voorrang krijgen. De Hoge Raad kan dan niet langer, zoals nu nog veelal het geval is, enkel en alleen kijken naar de individuele zaak zoals die aan hem voorgelegd is en die zaak vervolgens (op volgorde van binnenkomst) afwickelen; die individuele zaken staan op een hoger aggregatieniveau met elkaar in verbinding (wat doen we wanneer en hoe snel?). Bovendien, rechtsvragen die voorgelegd zouden moeten worden, moeten misschien wel (of niet, maar dat is dan ook weer een keuze) 'uitgelokt' worden. Zodoende wordt het een stuk lastiger om vol te houden dat de Hoge Raad louter en alleen in concreto individuele juridische geschillen afwikkelt.

64 Ook op Europees niveau is men uiteindelijk tot een meer algemene lijn gekomen over de vraag wanneer de rechter wel of niet gehouden is een prejudiciële vraag te stellen en waaraan een vraag moet voldoen, vgl. Eijsbouts e.a. 2007, p. 288 e.v.

65 De kwestie van welke soorten vragen voorrang krijgen speelt uiteraard minder als de selectie aan de poort zodanig goed gaat werken dat de Hoge Raad tijd genoeg overhoudt om in zeer ruime mate prejudiciële vragen te behandelen. Ook dat is dan echter een gevolg van een keuze die de Raad zal moeten maken.

66 Dat vergt ook de wetgever expliciet, zie p. 17 van de memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel Versterking Cassatierechtspraak.

Een dergelijk meer beleidsmatig opereren – het is onvermijdelijk om termen als ‘beleid’ of ‘agenda’⁶⁷ in de mond te nemen – is mijns inziens ook nodig, en in elk geval wenselijk, omdat de feitenrechters moeten leren en weten wanneer ze wel en niet ‘de mogelijkheid hebben’ (om niet te zeggen: ‘geacht worden’) een prejudiciële vraag te stellen, ambtshalve dan wel op eenzijdig of gezamenlijk verzoek van de procespartijen. De Hoge Raad kan hier niet anders dan zijn leidersrol oppakken en deze nader invullen door de feitenrechters te voorzien van duiding, van ‘richtlijnen’, althans ‘suggesties’ daaromtrent.⁶⁸ De Nederlandse rechtspleging kan het zich niet veroorloven om hierover op landelijke schaal onevenwichtigheden of ongelijkheden te laten ontstaan of voortbestaan.

Overzie ik het voorgaande, dan kan vastgesteld worden dat straks onmiskenbaar beleidsmatig te bepalen keuzes op de voorgrond komen te staan, dat er moet worden nagedacht over welke soort zaak eventueel voorrang krijgt op welke andere,⁶⁹ en komt ook de vraag op hoe de juiste rechtsvragen inderdaad tijdig binnen kunnen komen en tijdig beantwoord kunnen worden. Wat daartoe nodig is, is een meer overkoepelende visie op hoe de hoogste rechtspraak in zijn diverse facetten (opnieuw) moet worden ingericht.

5.3 ... en leidt tot een nieuw soort zaken voor de Hoge Raad

Er is echter meer. Want met de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen, komt namelijk een ander soort zaak in beeld voor (wat nu toch nog vooral) de cassatierechter (is): het betreft pure rechtsvragen, dat is op zich niet nieuw, die in principe losgeweekt zijn van de feiten van een individueel geschil, en dat is wel nieuw.⁷⁰ Te dien aanzien is nodig dat de Hoge Raad voor zichzelf een koers bepaalt betreffende zijn inhoudelijke omgang met dit type zaken. Hoe pakken de raadsheeren straks die prejudiciële vragen aan, die zaken die puur om de rechtsvraag draaien, zaken ook waarvan de feiten óf er niet toe doen óf nog onvoldoende tot wasdom zijn gekomen? Dat zijn de dossiers die niet, althans minder goed, passen in het tot nu toe bekende stramien van het (in beginsel) finaal afronden van een individueel geschil in hoogste instantie. Het toelatingscriterium voor deze nieuwe soort zaken is immers juist dat de rechtsvraag die voorgelegd wordt, breder is, ruimer en vaker speelt dan dat ene specifieke geval. Daarmee is het specifieke geschil en dus de individuele geschilbeslechting in dit soort prejudiciële zaken van een andere orde dan in ‘reguliere’, wel uitgeprocedeerde cassatiezaken.⁷¹ Dat geeft aanleiding tot een minder op de feiten toegesneden, abstractere, meer op beleids-

67 Hoewel de Hoge Raad niet nalaat te benadrukken dat men in zijn algemeenheid geen agenda heeft, vgl. nog A. Hammerstein, ‘De Hoge Raad ondersteboven’, *NJB* 2010, p. 551.

68 Dat is op Europees niveau ook zo gegaan, vgl. de ontwikkeling van het instrument van prejudiciële vragen zoals beschreven bij Eijsbouts e.a. 2007, p. 288 e.v.

69 Dat is m.i. overigens ook de kern van het ‘verliezen we niet aan rechtsbescherming?’-debat zoals dat gevoerd is en wordt.

70 Zie ook Köhne 2000, p. 119-120, en p. 121-122, alwaar hij dit punt ook nuanceert. Men zorgt er voor dat er wel feitelijke informatie beschikbaar is omdat dat ook voor de rechtsvorming gewenst is.

71 Vgl. ook Köhne 2000, p. 119-120.

matige argumenten ingestoken motivering.⁷² Dit alles leidt er naar mijn mening onvermijdelijk toe dat veel meer dan heden ten dage vanuit een *macroperspectief* naar in elk geval deze prejudiciële zaken en naar (de organisatie en werkwijze van) onze hoogste rechtspraak gekeken worden zal.⁷³

Ik ben daar niet tegen, sterker nog, ik ben zelfs een sterk voorstander van het hanteren van dat minder op de individuele zaak gerichte perspectief,⁷⁴ maar het is een omschakeling die de Hoge Raad zelf waarschijnlijk als een niet beoogd, onbedoeld en ongewenst neveneffect zal beschouwen. Immers, men zou kunnen stellen dat er zodoende twee soorten rechtspraak in hoogste instantie gaan ontstaan, en dus twee varianten van de Hoge Raad, en dus eigenlijk – hoewel dat sterk is aangezet – *twee Hoogste Raden*.

Dit neveneffect zal aan de Kazernestraat bovendien ongewenst worden bevonden, zo schat ik in, omdat deze ontwikkeling in elk geval in potentie de deur op een kier zet om ook de reguliere, niet-prejudiciële rechtspraak meer en meer (mede) vanuit een abstracte beoordeling, vanuit het geschetste maatschappelijke, bredere perspectief te gaan aan- en beschouwen.⁷⁵ Zoals een kerktoren in de polder een baken vormt om de weg te kunnen vinden, zo zou de prejudiciële rechtspraak van de Hoge Raad een baken voor de reguliere cassatierechtspraak kunnen worden, en misschien zelfs de overhand kunnen krijgen. Daar is de Raad allicht (nog) niet van gediend. Het beeld van het paard van Troje dat met het wetsvoorstel inzake prejudiciële vragen ‘binnengefeest’ wordt, komt dan op het netvlies, met dien verstande dan uiteraard dat het hier de Hoge Raad zelf is geweest die dat paard ontworpen heeft. Bovendien zal straks de selectie aan de poort allicht hetzelfde effect sorteren,⁷⁶ zodat beide nieuwe onderstromen elkaar gaan versterken.

Hoogste rechtspraak die steeds meer vanuit een macroperspectief, vanuit een overkoepelende visie over welke soorten zaken wel of niet geprioriteerd worden,

72 Dat dit soort prejudiciële zaken ‘losser’ komen te staan van de onderliggende feiten van het geschil, geldt zelfs als in de zaak die tot de vraag aanleiding geeft, de feiten glashelder liggen. Immers, al die andere feitelijke vergelijkbare zaken waarvoor het antwoord op de vraag ook relevant is, zijn niet feitelijk uitgekristalliseerd.

73 Vgl. Vranken, *NJB* 2009, m.n. p. 1085-1087, die in dit verband over ‘rechtsvraaggerelateerde’ rechtspraak spreekt, welke tot meer aandacht voor ‘belangen, beginselen en policyoverwegingen’ zal leiden.

74 Vgl. I. Giesen, ‘Golvende rechtsontwikkeling’, *AV&S* 2006, p. 1; Giesen/Schelhaas, *AA* 2006, m.n. p. 164 en p. 171. Het is ook dit macroperspectief dat uiteindelijk de rechtvaardiging biedt om in de toevallige zaak in eerste aanleg die leidt tot een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad tot een vertraagde procedure (zie E.H. Hondius, ‘*Roma locuta, causa non finita*. Over het zwijgen van de Hoge Raad’, in: A.G. Castermans (e.a.) (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 22) te komen; men ondergaat dit voor ‘het grotere goed’, om de rechtsontwikkeling te helpen. Overigens staat er voor het individuele geval tegenover dat men meteen een uitspraak op niveau heeft zodat na het definitieve vonnis van de feitenrechter geen hoger beroep of cassatie meer nodig is. Dat biedt ook kansen op tijdwinst.

75 Köhne 2000, p. 121, noot 364, wijst erop dat de Hoge Raad dit inderdaad een bezwaar vond, in elk geval nog ruim tien jaar geleden. Hij deelt dat bezwaar omdat bij hem rechtsvorming aan een individuele casus verbonden is (zie p. 105 e.v., p. 129-130, en p. 243-244: niet de ideale procedure voor rechtsvorming), een uitgangspunt dat ik niet deel.

76 Ik kan dat punt hier niet nader uitwerken maar kort gezegd komt die gedachte hierop neer dat selectie het gebruiken van criteria voor die selectie vergt, hoe hard de Hoge Raad dat ook blijft ontkennen, en met dergelijke criteria komt onvermijdelijk ook beleid om de hoek kijken, en met het (moeten maken van) beleid komt het macroperspectief in beeld.

en steeds lossen van het individueel af te wikkelen geval (geschilbeslechting op microniveau) is ingericht, rammelt daarmee aan de poorten van het Haagse bastion dat vooralsnog deze geschilbeslechting op microniveau hoog in het vaandel voert. En dat is schrikken.

De relevantie van een en ander is hierin gelegen dat we daarmee al gauw (kunnen) spreken over hoogste rechtspraak die ook de ruimte neemt en krijgt om allerlei andere (nu nog) netelige kwesties te incorporeren, zoals expliciet werk maken van terugwerkende kracht van de eigen rechtspraak,⁷⁷ vooruit kijken naar toekomstige rechtsvragen en daarop anticiperen, vaker omgaan, doch ook (en dat is wezenlijk) het veel sterker en openlijker dan tot nu toe gebeurt, beleidsmatig argumenteren over de inhoudelijke kanten van de voorliggende zaak.⁷⁸ Ook spreken we dan over een hoogste rechter die vanuit dit macroperspectief kan en moet gaan nadenken over meer op de vorm gerichte kwesties als het wel of niet gebruiken van 'concurring' en 'dissenting opinions' en van ambtshalve cassatie.⁷⁹ Dat alles is wat mij betreft niet onverstandig, sterker nog, juist zeer goed, want juridisch leiderschap⁸⁰ tentoonspreiden, vergt vooruit kijken, maar ik durf niet met droge ogen te beweren dat de Hoge Raad nu al staat te springen om meteen al zoveel leiderschap uit te mogen oefenen. Wellicht wil men liever nog even wachten tot 2025...

5.4 Een tweede beoogd, maar potentieel bedrieglijk neveneffect

Alvorens tot een afronding van deze bijdrage te komen, is het goed om nog kort op een ander, ditmaal ogenschijnlijk beoogd maar ook enigszins bedrieglijk neveneffect van de nieuwe regeling te wijzen. Dat effect versterkt namelijk dat wat ik hiervoor al betoogde. Dat zit als volgt.

Via art. 393 lid 2 (ontwerp) Rv wordt het mogelijk dat anderen dan partijen schriftelijke opmerkingen kunnen maken over een (mogelijke beantwoording van een) prejudiciële vraag. Dat is zo geregeld, omdat de Hoge Raad een zo compleet mogelijk beeld moet en wil (kunnen) krijgen van de betreffende materie. Daarbij kan input van externen handig zijn. Bovendien hebben externen, derden, ook belang

77 Ik noem hier slechts O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, diss. Tilburg 2001.

78 Dat laatste is beter mogelijk in een prejudiciële vraagprocedure omdat de feiten daar minder leidend zullen zijn; er is een rechtsvraag die in abstracte termen geformuleerd is voorgelegd, en die vraag verdient – in abstracto – een antwoord.

79 Vgl. M.A. Loth, 'Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt', in: A.G. Castermans (e.a.) (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 16. Vgl. ook diens eerder gememoreerde scenario-denken (Loth 2009). Vgl. over de moderniseringsmogelijkheden die zich in het huidige debat over de taak van de Hoge Raad aandienen ook J. Brinkhof, *De Europese uitdaging voor rechtspraak, rechtswetenschap en onderwijs*, Afscheidsrede UU, 2010 (in druk), p. 16-18, en bijv. E.J. Numann, 'Vernietigen aan de poort', in: J.F. de Groot & H.M. Slaghekke (red.), *Frank en Vrij. Thunissen-bundel*, Den Haag: IBR 2009, p. 3 e.v.

80 Daarover al J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, Zwolle: Tjeenk Willink 1998; Barendrecht, *NJB* 2009, p. 1332 e.v., en N.J.H. Huls, 'Rechterlijk leiderschap, ontwikkelingen sinds 1988', in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 11 e.v. Dat de Hoge Raad graag gezag heeft, in de goede betekenis van het woord, lezen we bij Hammerstein, *NJB* 2010, p. 552; Volgens F. Bruinsma, 'Het rapport Hammerstein: de vlucht naar voren van de Hoge Raad', *NJB* 2009, p. 2553, ontbreekt het de Hoge Raad daaraan.

bij het antwoord en de fundering daarvan omdat het antwoord op een prejudiciële vraag zich doet voelen in (en een precedent schept voor) meerdere, andere, feitelijke vergelijkbare zaken (het moet immers een kwestie betreffen die vaker speelt).⁸¹ Bovendien, omdat de zaken waarin de prejudiciële vraag gesteld wordt, wellicht feitelijk nog niet geheel voldragen zijn – een probleem dat vaak aangevoerd wordt – kon de wetgever er eigenlijk ook niet omheen om dan maar meteen een mogelijkheid te creëren om dat aspect het hoofd te bieden. Dus is erin voorzien dat informatievoorziening door derden los kan komen. Het is, kortom, nodig voor het op fatsoenlijke wijze kunnen afwikkelen van de prejudiciële procedure dat alle mogelijke informatie (o.a. over de maatschappelijke context waarin de vraag gesteld is) boven tafel kan komen.

Hoewel dus voorzien is, en gewenst werd,⁸² dat derden kunnen meewerken aan de beantwoording van prejudiciële vragen, is allicht minder voorzien dat ook dit ‘nieuwigheidje’⁸³ doorwerkt op het punt dat ik hiervoor maakte, namelijk dat er langzaam aan twee soorten zaken bij de Hoge Raad terecht gaan komen en dat er meer en vaker vanuit macroperspectief (zal) moet(en) worden geoordeeld. Laat ik dat nog kort toelichten.

De Hoge Raad haalt straks de benodigde (bijvoorbeeld) empirische of sociologische informatie binnen door een actief *amicus curiae* beleid te gaan voeren. Dat beleid zal (welhaast moeten) bestaan uit het vrij ruimhartig openstellen – of ten minste het ruimhartig uitnodigen om gebruik te maken – van de mogelijkheid om te reageren op lopende prejudiciële zaken en uit het zelf specifiek aanzoeken van deskundigheid. Men heeft immers die informatie nodig. Informatie kan zo via de partijen (via een comparitie wellicht), eventueel via de lagere rechter (vgl. art 83 RO) of buiten de partijen om (doch conform hoor en wederhoor, zie art. 393 lid 4 (ontwerp) Rv) worden ingewonnen en verkregen.⁸⁴ Gezien de aard van de gezochte informatie (empirisch materiaal bijvoorbeeld) en de eigen deskundigheid (juridische expertise is er op zichzelf genoeg in huis) zullen die ‘amici’ straks heus niet alleen juristen zijn. Daarmee is straks de verkregen en verkrijgbare informatie ook niet strikt juridisch, doch breder van aard, en daarmee vooral ook op een meer abstracter niveau, meer beleidsmatig bruikbaar, zodat ook het instrument van de ‘amicus curiae’ uitnodigt tot een bredere, meer beleidsmatige, op beleidsargumenten gerichte wijze van rechtspreken.⁸⁵ Macro-informatie leidt tot macrorechtsvor-

81 Over dit alles ook de memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel, op p. 16-17.

82 De Hoge Raad laat op dit punt (terecht) een open cultuur zien (vgl. T. Camps, ‘De Hoge Raad (over vorm en inhoud)’, in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 35.

83 Dit is overigens een ‘nieuwetje’ dat de warme instemming van de Hoge Raad lijkt te hebben. In het kader van een vordering tot cassatie in het belang der wet werd in HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 630, al toegestaan dat twee cassatieadvocaten hun licht lieten schijnen op de zaak, vgl. Giesen, *WPNR* 6722 (2007), p. 737-738. Het is tevens de bedoeling dat het bij een cassatie in het belang der wet mogelijk wordt voor derden om te reageren op de zaak die voorgedragen wordt, vgl. Vranken, *NJB* 2009, p. 1090. Ook het wetboek kent al de inbreng door niet-procespartijen of ‘amicus curiae’, zie art. 44a Rv, zoals recent toegepast in *VznR*. Rb. Amsterdam 3-12-2009, *LJN* BK6496.

84 Het daadwerkelijk verstrekken van gegevens wordt dan ook een verantwoordelijkheid voor die partijen die de informatie onder zich hebben, vgl. Giesen, *AV&S* 2008, p. 111.

85 Vgl. Vranken, *NJB* 2009, m.n. p. 1088 en p. 1092.

ming en minder tot microgeschilbeslechting. Daarmee zijn we weer terug bij waar we hiervoor in paragraaf 5.2 en 5.3 al beland waren.

6 Afronding

Of de mogelijkheid om prejudiciële vragen te gaan stellen straks een juridische hit wordt, is lastig te voorspellen maar ik verwacht dat wel. De regeling biedt de procespartijen en (meer indirect) de maatschappij immers de kans om versneld of zelfs vroegtijdig antwoord te krijgen op prangende vragen van precies dat instituut van wie je een antwoord wilt krijgen, de hoogste rechter. Ik meen dan ook dat het tot de taak van de feitenrechter hoort om, zodra dat kan, inderdaad prejudiciële vragen gaan stellen, en dan niet om van de zaak af te zijn, maar om zijn maatschappelijke functie gestand te doen. Die aanpak biedt de justitiabele op korte termijn⁸⁶ helderheid over zijn juridische positie en de rechtspraak, zowel de initiatiefnemende feitenrechter als de antwoordende Hoge Raad, de kans om zich van zijn maatschappelijk verantwoorde kant te laten zien.

Een wellicht voor velen ongewenst neveneffect van dit alles zou echter wel eens kunnen zijn dat de Hoge Raad meer dan hem lief is, overkoepelende visies moet gaan ontwikkelen over hoe met verschillende typen zaken moet worden omgesprongen, en daartoe een beleid of een agenda moet gaan vaststellen. Het in individuele gevallen bieden van rechtsbescherming, rechtseenheid en rechtsvorming zal dan wellicht – en waarschijnlijk slechts stapje voor stapje, maar toch – te maken krijgen met overwegingen over de eigen taakopvatting die zich op een abstracter niveau begeven en die gepaard gaan met een vorm van argumentatie in toekomstige (cassatie)zaken die meer en meer ‘policy’-georiënteerd zal zijn. Het worden, kortom, mooie tijden, tussen nu en 2025.

86 Uiteraard zorgt de prejudiciële vraag voor een vertraging van de eigenlijke zaak (Hondius 2009, p. 22) maar veelal zal vervolgens hoger beroep en cassatie achterwege kunnen blijven, zie ook Köhne 2000, p. 120 (doch niet zo op p. 224). Köhne is overigens geen voorstander van prejudiciële vragen, vgl. p. 125.

Van selectie achter de poort naar selectie aan de poort

W.D.H. Asser*

I Inleiding

In deze bijdrage geef ik mijn visie op de ontwikkelingen vanaf de invoering van art. 81 RO (toen art. 101a) in 1988 tot en met het begin juni 2010 door het Ministerie van Justitie ter consultatie gepubliceerde voorontwerp Wet versterking cassatierechtspraak. Het zal duidelijk zijn dat veel aandacht uitgaat naar het rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad (commissie-Hammerstein).¹

Vooraf zij opgemerkt dat mijn visie in sterke mate wordt bepaald door enerzijds de bevindingen tijdens de werkzaamheden in het kader van de fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht waaraan ik heb mogen deelnemen,² en anderzijds mijn ervaringen als lid van de civiele kamer van de Hoge Raad. In de fundamentele herbezinning kwamen we tot de conclusie dat met een vorm van selectie aan de poort kon worden begonnen, maar de introductie van een verlofstelsel werd niet bepleit. Wat dit laatste betreft: sedertdien ben ik ervan overtuigd geraakt dat uiteindelijk de invoering van een verlofstelsel gebaseerd op duidelijke, op grond van die kerntaken van de Hoge Raad in de wet verankerde en geformuleerde criteria, nodig zal zijn om de positie van de Hoge Raad als hoogste rechter binnen de rechterlijke macht en in de samenleving te waarborgen.

Met het voorgaande is niets gezegd over de aard van de rechtspraak van de Hoge Raad als cassatierechter. In elk stelsel van toegangsregulering geldt dat de Hoge Raad recht zal moeten en kunnen blijven spreken volgens een stelsel waarin het onderzoek naar en – voor een deel – de waardering van de feiten in principe buiten beeld blijft, zoals in de thans gepraktiseerde cassatierechtspraak. Welke ontwik-

* Daan Asser is raadsheer bij de Hoge Raad en hoogleraar burgerlijk procesrecht aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.

1 *Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, februari 2008, raadpleegbaar op <www.rechtspraak.nl>, onder Hoge Raad, Over de Hoge Raad, publicaties (hierna: Hammerstein 2008),

2 W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Een nieuwe balans, Interimrapport*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, hoofdstuk 10.7; *Uitgebalanceerd, Eindrapport*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, hoofdstuk 9.3.

kelingen zich op dat terrein zullen (moeten) gaan voordoen, is niet het onderwerp van deze inleiding. Ik verwijs daarvoor naar andere bronnen.³

2 Het stelsel van vrije toegang tot de cassatierechter⁴

De Hoge Raad is een traditioneel cassatiehof, waarmee ik wil zeggen dat hij deel uitmaakt van een stelsel van rechtspraak van drie instanties: eerste aanleg, hoger beroep en cassatie, waarin als beginsel geldt dat voor de justitiabele die de rechtspraak ingaat, na het doorlopen van een instantie de toegang tot de hogere instantie automatisch openstaat, en waarin de laatste instantie – de cassatierechter – de zaak niet meer onderwerpt aan een hernieuwde beoordeling maar als een soort toezichthouder op de rechtspraak de beslissing van de rechter in de vorige instantie toetst op ‘compliance’: toepassing van het recht en inzichtelijkheid van de motivering. De belangrijkste uitzondering op de automatische toegang tot de cassatierechter is, dat in zaken van gering belang (niet hoger dan € 1750, art. 332 Rv) hoger beroep is uitgesloten. Maar in die zaken staat cassatieberoep wel open (art. 398 Rv), zij het op beperkte cassatiegronden indien het beroep zich richt tegen een uitspraak van een kantonrechter (art. 80 RO).⁵

Twee dingen worden hier duidelijk: (a) er is een automatisch, door de wet gewaarborgd recht op toegang tot de cassatierechter en (b) het geringe belang van een zaak vormt daarop géén uitzondering. De Hoge Raad als toezichthouder op de rechtspraak in optima forma.

3 Regulering van de toegang door het cassatiesysteem

Het stelsel van vrije toegang tot de cassatierechter kent geen mechanisme dat erop is gericht direct de toegang tot de cassatierechter en daarmee diens werklast te reguleren, zoals dat bekend is in de stelsels waarin verlof moet worden verkregen om toegang te krijgen tot de hoogste rechter.⁶ Wel biedt het systeem van cassatierechtspraak, met zijn in de strekking en omvang van de cassatiecontrole verankerde grenzen, de cassatierechter mogelijkheden tot indirecte regulering van de

3 Ik noem slechts: het civielrechtelijke handboek in de Asser-serie procesrecht: D.J. Veegens, E. Korthals Altes en H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005; de preadviezen voor de vergadering 2007 van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland van A. de Moor-van Vugt, Kaat Leus (bestuursrecht), B. Maes, H. van Bavel, W. van Schendel (strafrecht), I. Verougstraete & D. Asser (privaatrecht), *De werkwijze van de hoogste rechtscollèges*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

4 Zie over de toegang tot de hoogste rechter in rechtsvergelijkend perspectief J.A. Jolowicz, ‘Introduction. Recourse against civil judgments in the European Union: a comparative survey’, in: J.A. Jolowicz & C.H. van Rhee (red.), *Recourse against judgments in the European Union*, Civil Procedure in Europe 2, Den Haag: Kluwer Law International 1999, p. 1-18.

5 Zie over die nogal antieke beperking en uitbreiding van de gronden HR 16 maart 2007, *LJN AZ1490*, *NJ* 2007, 637 (H.J. Snijders); *JBPr* 2007, 58 (F.J.H. Hovens) en, voor toepassing van de beperking, HR 10 juli 2009, *LJN* BH9156, *NJ* 2009, 362.

6 Van de Europese landen noem ik het Verenigd Koninkrijk (Supreme Court of the United Kingdom, UKSC rules, rule 10), Duitsland (het Bundesgerichtshof, par. 543 dZPO), Oostenrijk (het Oberste Gerichtshof, par. 502 öZPO) en de vier Scandinavische landen.

toegang door met die grenzen te schuiven.⁷ Zo heeft de Hoge Raad de mogelijkheid om ten aanzien van bepaalde onderwerpen meer of juist minder ruimte te laten aan de beoordelingsvrijheid van de feitenrechter, met als gevolg minder, respectievelijk meer ruimte voor klachten.⁸ Het is als gezegd een indirecte regulering omdat partijen van tevoren en met een grotere mate van zekerheid dan in de feitelijke instanties de kansen op succes kunnen beoordelen. Zeker waar in civiele zaken in cassatie gespecialiseerde advocaten optreden, verwacht men dat zij zaken weghouden (de 'zeffunctie' van de cassatiebalie).⁹ Deze wijze van toegangsbeperking werkt echter onvolkomen omdat – ik spreek voor Nederland – niet alle cassatieadvocaten altijd voldoende rekening houden met die grenzen bij het instellen van beroepen en het formuleren van klachten, zodat hiermee geen geschikt selectie-instrument (welke zaken wil de Hoge Raad niet en welke wel behandelen) voorhanden is.¹⁰

4 Selectie en berechting in cassatie: twee stadia en twee soorten criteria

In een verlofstelsel dat de instroom van cassatiezaken aan de poort reguleert, kent men twee stadia: (a) de procedure waarin op grond van daarop speciaal gerichte criteria wordt beoordeeld of toegang moet worden verleend tot de cassatie instantie, die ik hierna zal noemen: 'toelatingscriteria' en (b) nadat de toegang is verleend de inhoudelijke beoordeling van het beroep op grond van daarvoor speciaal ontwikkelde cassatiecriteria. De toelatingscriteria berusten op de specifieke taak die de (grond)wetgever aan de cassatierechter heeft toebedeeld en beogen deze te laten toekomen aan een goede vervulling van die taak. Het algemeen belang staat daarbij voorop. De cassatiecriteria zijn de cassatiegronden en de beoordelingscriteria die daaruit en uit de bijzondere wettelijke onderzoeks- en beoordelingsvoorschriften (te vinden in art. 419 Rv) zijn afgeleid, mede met het oog op de ten opzichte van de feitelijke instanties specifieke taak van de cassatierechter.

In de discussie over de selectie aan of achter de poort en over de daarbij te hanteren criteria is het mijns inziens goed deze twee stadia en de verschillen tussen daarin te hanteren criteria te onderscheiden.

Het hier bedoelde onderscheid wordt gemaakt in de twee landen – Duitsland en Oostenrijk¹¹ – die ik in dit verband noem omdat zij een verlofstelsel kennen en rechtspreken volgens een stelsel (Revision) dat verwant is aan cassatie,¹² terwijl zij de Revision, net als wij de cassatie, beschouwen als rechtsmiddel dat partijen ter

7 Dit geldt niet alleen voor de cassatiestelsels maar ook voor de Revision zoals in Duitsland en Oostenrijk (en het daarmee verwante stelsel in Portugal); Jolowicz 1999, p. 3.

8 Zie ook de bijdrage van Keirse in deze bundel, nr. 3.

9 Sterk relativerend over die zeffunctie is P. von Schmidt auf Altenstadt, 'Wat moet de Hoge Raad?', in: J.F. de Groot en H.M. Slaghekke (red.), *Frank en Vrij, Thunnissen-bundel*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 23-25.

10 Daarover uitvoerig Keirse in deze bundel, nr. 2.

11 Als kenbron voor het Duitse recht gebruik ik J. Wenzel, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München: C.H. Beck 2007, (commentaar op par. 543 e.v.); voor het Oostenrijkse recht: H. Fasching en A. Konecny, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2005, commentaar op par. 502 e.v. van Alfons Zechner. Het Duitse ZPO duid ik hierna aan met dZPO en het Oostenrijkse met öZPO.

12 Hierover nader Asser Procesrecht, Veegens/Korthals/Altes Groen 2005, nr. 16-18. Ik denk daarom dat het niet zo verstandig is om de systemen van landen, zoals de Angelsaksische en Scandinavische, die voor de hoogste rechters een appelsysteem kennen, als voorbeeld te nemen.

bescherming van hun individuele rechten en belangen ten dienste staat – ook al staat de bescherming van die rechten en belangen in Revision in het teken van het algemeen belang.¹³ Zo zijn de toelatingscriteria in Duitsland in paragraaf 543 (2) dZPO opgenomen,¹⁴ de gronden voor Revision in paragraaf 545-547 dZPO en de voorschriften voor de omvang van het onderzoek en de beoordeling in paragraaf 557 en 559 dZPO.¹⁵

Zoals hierna zal blijken, wordt in ons land de discussie over selectie aan de poort vertroebeld door art. 81 RO, dat enerzijds typische toelatingscriteria hanteert (beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling) – zie de hiervoor genoemde Duitse en Oostenrijkse toelatingsbepalingen – maar anderzijds dient tot verlichting van de motiveringsplicht in het kader van de inhoudelijke beoordeling van het beroep (stadium (b)).

5 Art. 81 RO: selectie achter de poort

Het is de in paragraaf 1.3 genoemde gebrekkige werking van de zeeffunctie van de cassatiebalie¹⁶ die de aanzet heeft gegeven tot invoering in 1988 van art. 81 RO,¹⁷ waarmee de Hoge Raad de bevoegdheid heeft gekregen met een verkorte motivering klachten (en beroepen) te verwerpen. Invoering van het artikel betekende, zeker achteraf bezien, een belangrijke stap op de – lange – weg naar een directe regulering van de toegang tot de cassatierechter door middel van selectie aan de poort. Deze maatregel werd noodzakelijk geacht omdat door de toenemende werklast en oplopende achterstanden de kwaliteit van de rechtspraak van de Hoge Raad in het gedrang was gekomen: burgers moesten te lang op de uitspraak wachten en de behandeling van zaken die speciale aandacht vergden, was onder onwenselijke druk komen te staan. Het artikel past nog geheel in de traditie die hierboven (1.2) is geschetst: de toegang tot de cassatierechter wordt niet ontzegd, er wordt

13 'Das Zulassungsrecht konzipiert die Revision weiterhin als ein Rechtsmittel zur Herstellung individueller Gerechtigkeit, stellt aber – wie vorher die Streitwertrevision auch – im öffentlichen Interesse der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Revisionsgerichts Zugangsbarrieren auf' (Wenzel par. 543 dZPO, rnr. 3).

14 'Die Revision ist zuzulassen, wenn 1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder 2. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht erfordert.'

15 Voor Oostenrijk staan de toelatingscriteria in par. 502 (1) öZPO: 'Gegen das Urteil des Berufungsgerichts ist die Revision nur zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist.' De Revision-gronden vindt men in par. 503 öZPO en de voorschriften voor de omvang van het onderzoek en de beoordeling in par. 504 öZPO.

16 Er werd met name geklaagd over de vele ongegronde motiveringsklachten waarvan het onderzoek en de verwerping veel tijd in beslag namen.

17 Wet van 16 juni 1988, Stb. 286. Zie voor de historie van art. 81 J.E.H.M. Pinckaers, *Artikel 101a RO*, diss. Universiteit Maastricht, Deventer: Gouda Quint 1997, hoofdstukken 1 en 2, en voorts thans, met verdere gegevens, C.E.C.J. Ponsioen, 'Toepassing [van] artikel 81 RO door de civiele kamer van de Hoge Raad; een kwantitatief onderzoek tegen de achtergrond van het rapport Hammerstein', in: A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 131-159, met name par. 2.

niet getornd aan het cassatiesysteem, de cassatieprocedure wordt volledig doorlopen en het beroep wordt in volle omvang behandeld, alleen... de Hoge Raad kan volstaan met een verkorte motivering die bestaat in een oordeel dat niet van een redengeving is voorzien. Het is weinig nuttig om te palaveren over de vraag of hier nog sprake is van enige motivering.¹⁸ De Hoge Raad vindt – met de minister destijds – van wel, zoals blijkt uit het woordje ‘nadere’ in zijn vaste formule: ‘Het middel kan niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.’ En strikt genomen wordt de in het dictum uitgesproken *beslissing* tot verwerping van het beroep met het oordeel dat het middel niet tot cassatie kan leiden, gemotiveerd.¹⁹ Een feit is echter wel dat in het licht van de eisen die de Hoge Raad zelf stelt aan de motivering door de feitenrechter,²⁰ in art. 81 sprake is van een ontheffing van de motiveringsplicht. De ontheffing van de motiveringsplicht is zo op het oog dus een ingreep in de motiveringsplicht die, zoals gezegd, voor het overige de behandeling ongemoeid laat. Die ingreep oogt vooral als een procedureel middel om de werklust te verlichten en met name de doorlooptijden te versnellen. Daarmee ligt het in de lijn van eerdere procedurele maatregelen om de efficiëntie van de cassatierechtspraak te verhogen.²¹ Wat is eigenlijk het grote belang geweest van deze ingreep? Voor de toepassing van art. 81 RO geldt als eerste vereiste dat het middel niet tot cassatie kan leiden. Op dat punt spelen overwegingen van cassatietechnische aard de hoofdrol: de klachten zijn cassatietechnisch ondeugdelijk, berusten op een verkeerde lezing van de uitspraak, berusten op een verkeerde rechtsopvatting, vallen niet onbegrijpelijke feitelijke beslissingen aan, richten zich tegen aan de feitenrechter voorbehouden beslissingen enz. Kortom, de klachten vragen er eigenlijk om met een sjablonen te worden verworpen. In de loop der tijden – al lang vóór de invoering van dit artikel – had de Hoge Raad de daarvoor geëigende sjablonenmotiveringen ontwikkeld (die men trouwens ook in conclusies tegenkwam). Waartoe diende art. 81 dan eigenlijk en welke tijdswinst viel er bij deze hantering van art. 81 te boeken? Een ogenschijnlijk bijna retorische vraag die al tijdens de parlementaire behandeling werd gesteld.²² Een overtuigend antwoord bleef uit – de minister voerde aan dat

18 Zie daarover Pinckaers 1997, nr. 1.11.

19 In deze formule ligt het nodige besloten: in de eerste plaats dat de rechtsvragen die door rechtsklachten aan de orde worden gesteld niet nopen tot een beantwoording (bijvoorbeeld omdat de klachten naar de bekende weg vragen), en voorts dat evenmin vanuit een oogpunt van controle op een deugdelijke rechtspraak (de ‘rechtsbeschermings’-taak) een motivering van de verwerping is vereist, niet alleen omdat de eventuele rechtsklachten wegens schending van procesregels niet behoeven te worden beantwoord, maar ook omdat de rechts- en motiveringsklachten die gericht zijn op de wijze waarop de rechter zijn onderzoek heeft uitgevoerd en zijn beslissing heeft gemotiveerd niet opgaan. Rechtseenheid, rechtsontwikkeling én ‘rechtsbescherming’ komen dus in de formule, zij het deels impliciet, aan de orde.

20 Te weten: dat elke rechterlijke beslissing ten minste zodanig dient te worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken (HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 (DWFV) (*Vredo/Veenhuis*)).

21 Zie Hammerstein 2008 p. 17-18.

22 Zie hierover Pinckaers 1997, 1.11.3 met verdere gegevens.

art. 81 gebruikt kon worden voor de gevallen waarvoor geen standaardoverwegingen voorhanden waren, zonder dat duidelijk werd wat daaronder werd verstaan. Hier zal hebben gespeeld dat men een verlofstelsel vooralsnog buiten de deur wilde houden en de Hoge Raad binnen het bestaande kader van de cassatierechtspraak slechts een eenvoudig middel wilde geven om zich het tijdrovende werk van het werpen van niet terzake doende (motiverings)klachten en beroepen te besparen, zonder dat men *met zoveel woorden* een criterium bood op grond waarvan de Hoge Raad met het oog op zijn taken zaken voor behandeling in cassatie kon gaan selecteren (door andere zaken weg te selecteren). Toch duidt de impliciete formulering van de kerntaken in art. 81 (voor het eerst in de wet) op een criterium voor een dergelijke selectie. Het artikel kreeg echter geen vervolg in een selectiemechanisme en daarmee werd het moeilijk om uit te leggen waarom, gelet op de al voorradige sjablonen, art. 81 nu zo nodig was.

Maar gaandeweg is art. 81 zich toch als een selectie-instrument gaan ontpoppen. Het maakte de Hoge Raad, althans de kamer, mogelijk om als rechter af te zien van wat behoort tot de primaire taak van elke rechter: het afleggen van verantwoording van zijn beslissing door een behandeling in zijn uitspraak van de door partijen aangedragen argumenten.²³ Het hoeft geen betoog dat dit in feite betekent dat het – soms tijdrovende – onderzoek dat in de zaak nodig is voor het opstellen van een goede motivering van de beslissing, in zulke zaken achterwege kan blijven (wat niet betekent dat de raadsheren de zaak niet zorgvuldig zouden bekijken alvorens tot toepassing van art. 81 te beslissen). En zo kon art. 81 de basis gaan vormen voor de geleidelijke ontwikkeling van een soort selectiestelsel om zaken die in cassatie niet thuishoren ‘weg te selecteren’, dat wil zeggen af te doen zonder inhoudelijke motivering. Het gaat dus, anders dan bij de eerder genoemde sjablonen waaraan slechts de beoordeling van de betrokken klachten op grond van de cassatietechniek ten grondslag ligt, om een *stelselmatige* selectie vanuit een in beginsel niet door de cassatietechniek beheerste invalshoek. Dat ook de Hoge Raad – inclusief het parket! – het zo is gaan zien, blijkt uit zijn reactie op het interimrapport van de Fundamentele herbezinning. In het interimrapport werd geconstateerd dat het aantal zaken dat door een formatie van drie raadsheren met toepassing van art. 81 werd afgedaan flink was gestegen²⁴ en werd het standpunt ingenomen dat een conclusie niet altijd nodig is voor de selectie van in cassatie niet relevante zaken en dat het mogelijk is de kennis en ervaring van het wetenschappelijk bureau, het parket en de civiele kamer zodanig te (re)organiseren dat op een eenvoudiger manier het kaf van het koren wordt gescheiden, waarbij niet meteen werd gedacht aan een verlofstelsel in enigerlei vorm.²⁵ De Hoge Raad reageerde daarop als volgt:

‘De constatering [in het interimrapport] dat de Hoge Raad in ruimere mate gebruik is gaan maken van art. 81 RO is juist. De zaken of klachten die niet van betekenis

23 De conclusie van het parket behandelt daarentegen het middel wel, hoe kort ook.

24 Zie thans over die toeneming Ponsioen 2009, par. 3: van 31% in 2001 naar 36% in 2007. Pincakers 1997, kwam voor de civiele kamer in de periode van 1989-1996 op een percentage dat rond 15% lag.

25 Asser e.a. 2003, par. 10.11.

zijn voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling en die niet tot cassatie kunnen leiden, worden grotendeels op deze wijze afgedaan. De cijfers over 2003 laten zien dat bij inmiddels eenderde van het totaal aantal beslissingen en meer dan de helft van de verwerpingen art. 81 RO wordt toegepast. De werkbelasting van de civiele kamer wordt dan ook in zeer beperkte mate bepaald door zaken die in een 3-formatie of met toepassing van art. 81 RO worden afgedaan. Deze zaken vormen dan ook geen ballast waardoor de Hoge Raad niet aan andere zaken kan toekomen.

Dat de Hoge Raad in genoemde aantallen kan beslissen met toepassing van art. 81 RO hangt samen met het feit dat in alle zaken door het Parket uitgebreid wordt geconcludeerd, hetgeen de Hoge Raad de mogelijkheid geeft de zaak vervolgens met een verkorte motivering af te doen. Een uitgebreide conclusie maakt een 81 RO-beslissing ook voor de buitenwereld meer aanvaardbaar. Op basis van de conclusie kan daarnaast een voorselectie worden gemaakt in welke formatie de Hoge Raad de zaak afdoet. In een zeer beperkt aantal gevallen wordt een zaak die geselecteerd is voor afdoening in een 3-formatie, verwezen naar een zetel van 5 raadsheren. Het selectiemechanisme blijkt dus goed te werken. (...)

De hiervoor beschreven werkverdeling tussen Raad en Parket met betrekking tot 81 RO-zaken weerspreekt de stellingname van het driemanschap dat de conclusie in 81 RO-zaken kan worden gemist. Het huidige gebruik door de Hoge Raad van art. 81 RO is in wezen het hanteren van een soepel verlofsysteem in zaken waarin het beroep wordt verworpen met als belangrijk voordeel dat in een behoefte aan rechtsbescherming wordt voorzien.²⁶

Het gebruik van de term verlofsysteem was klaarblijkelijk overdrachtelijk bedoeld, want van verlofverlening was uiteraard geen sprake,²⁷ zeker niet in het licht van het nota bene door de Hoge Raad onderstreepte feit dat de toepassing van art. 81 afhankelijk was van de aanwezigheid van een uitgebreide conclusie van het parket die er bovendien toe moest dienen een 81 RO-beslissing ook voor de buitenwereld

26 Advies [aan de minister van Justitie] van de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden over het Interimrapport Fundamentele Herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht van W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, Den Haag 27 februari 2004.

27 Men spreekt ook wel van een verkapt verlostelsel, zie Hammerstein 2008 p. 46-47. Over het gebruik van deze door de toenmalige president van de Hoge Raad, W.E. Haak, gelanceerde uitdrukking is het verslag van de Hoge Raad over 2003 en 2004, p. 21-22, mijns inziens terecht kritisch: anders dan bij toepassing van art. 81, kunnen in een verlostelsel ook beroepen worden geweigerd die tot vernietiging van de bestreden beslissing zouden kunnen leiden, terwijl de selectie voor toepassing van art. 81 niet aan de poort plaatsvindt maar eerst definitief in raadkamer; evenzo en in identieke bewoordingen het verslag over 2005 en 2006, p. 34-35. Hierom en ook met het oog op de vergelijking met stelsels van andere landen, verdient het aanbeveling voor de toepassing van art. 81 niet te spreken van een verlostelsel. Dat woord zou gereserveerd moeten blijven voor stelsels waarin het aanhangig maken van een zaak bij de hoogste rechter niet mogelijk is dan na voorafgaand verlof daartoe van die rechter (of de rechter a quo). Anders dan in de – beknopte maar belangwekkende – beschouwingen in het rapport van de commissie-Hammerstein (Hammerstein 2008, p. 46-47) over de verlof- en andere selectiestelsels in het buitenland, waarbij de commissie voor al die stelsels de term verlostelsel hanteert, kan men beter spreken van selectiestelsels. Vgl. ook de opmerkingen over deze terminologische kwestie van J. van Duijvendijk-Brand, 'Waartoe is de Hoge Raad op aarde?', *NJB* 2010, nr. 9, p. 553-560.

meer aanvaardbaar te maken. Men kan moeilijk volhouden dat (alsnog!) geen verlof tot cassatie wordt verleend aan de partijen (beide!) die de poort al lang en breed zijn gepasseerd, een jaar hebben geprocedeerd, waarna het parket met hulp van het wetenschappelijk bureau een uitvoerige conclusie heeft geproduceerd. Maar toch is de opmerking van de Hoge Raad belangrijk en veelzeggend: zaken worden, zoals hierboven al opgemerkt, in feite door de kamer alsnog weggeselecteerd met behulp van art. 81 want de justitiabele krijgt van de kamer – de rechter dus – geen verantwoording van de beslissing. Daaraan kan de conclusie van het parket, hoe mooi en uitvoerig ook, niet afdoen. De fundamentele herbezitters hebben in hun eindrapport²⁸ aanbevolen om naar een systeem van selectie aan de poort te gaan toewerken met behulp van een dubbele toepassing van art. 81, dus zowel door parket als kamer, op basis van een selectie van daarvoor in aanmerking komende zaken na binnenkomst. Daarmee gaven zij aan dat men beter kan gaan werken aan een systeem dat directer en openlijker de zaken zo snel mogelijk selecteert en ook het parket soelaas biedt. Sindsdien is de civiele kamer doorgeslagen met het verruimen van de toepassing van art. 81 en selectie van zaken voor afdoening door een formatie van drie, zoals blijkt uit de in het rapport van de commissie-Hammerstein beschreven werkwijze van de kamer²⁹ en uit de cijfers. Van betekenis is voorts dat de commissie-Hammerstein in haar rapport (p. 57) de raad en het parket zelfs aanbeveelt art. 81 zo ruim mogelijk uit te leggen, iets dat Ponsioen aanleiding gaf een verband te leggen tussen deze aanbeveling en de door haar voor het jaar 2008 gesignaleerde sprongsgewijze toeneming van het percentage met art. 81 afgedane beroepen.³⁰ Wat het parket betreft, vermeld ik een belangrijke recente ontwikkeling, namelijk de introductie van de verkorte conclusie. In zaken waarvan het concluderende lid van het parket tot het oordeel is gekomen dat de kamer het beroep kan verwerpen met toepassing van art. 81³¹ wordt tegenwoordig in toenemende mate verkort geconcludeerd. In zo'n conclusie wordt niet volstaan met de sjablone van art. 81 maar wordt met een korte motivering ingegaan op de (belangrijkste) klachten van het cassatiemiddel.³² Kortom, de stelselmatige selectie achter de poort is, zo kan men vaststellen, gaandeweg een feit geworden, niet alleen in de kamer maar ook binnen het parket. Dit alles moet echter vooral worden gezien tegen de achtergrond van de zeer noodzakelijke beteugeling van olopende werkvoorraden en achterstanden. Art. 81 was en is nog steeds vooral een middel om de werklust te reguleren. Dat lukt nog niet erg – wel voor de kamer maar niet voor het parket dat vooralsnog nog niet zoveel baat heeft gehad bij het artikel, zoals we zagen. Het stelsel van vrije toegang tot de cassatierechter kent per definitie een negatief criterium: uitgelegd moet worden dat en op welke gronden op die toegang

28 Asser e.a. 2006, par. 9.3.4.5.

29 Hammerstein 2008, p. 21 e.v.

30 In 2008 bedroeg dat percentage 48%.

31 Reeds door de wetgever voorzien (*Kamerstukken II*, 1987-1988, 19 953, nr. 5 (MvA), p. 7), zoals gesignaleerd in Hammerstein 2008, p. 18, en in de praktijk gebracht (p. 19).

32 Er wordt dus in dat geval niet ongemotiveerd mondeling op de rol geconcludeerd, zoals begin jaren tachtig van de vorige eeuw wel eens zonder enig succes is geprobeerd. Zie Th. B. ten Kate, 'De civiele sectie van het Parket', in: J. van Soest e.a. (red.), *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988: een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 215, die spreekt van een 'totale mislukking'; Asser *Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen* 2005, nr. 158, p. 338, n. 2; Hammerstein 2008, p. 18.

uitzonderingen worden gemaakt. Art. 81 is ook negatief geformuleerd, in de eerste plaats omdat een uitzondering wordt gemaakt op de motiveringsplicht. Maar omdat art. 81 berust op een positief geformuleerde doelstelling, te weten dat de Hoge Raad er is voor de verzekering van de rechtseenheid en de bevordering van de rechtsontwikkeling (en, zeg ik er meteen bij, de bewaking van de kwaliteit van de rechtspraak), zou selectie voor afdoening met toepassing van art. 81 bij dat uitgangspunt ook kunnen en moeten plaatsvinden op grond van positieve criteria die hun grond vinden in die kerntaken: welke zaken verdienen vanuit het oogpunt van de kerntaken van de Hoge Raad een gemotiveerde verwerping (vernietigingen moeten steeds worden gemotiveerd, zou ik menen, omdat als gevolg daarvan de door de bestreden uitspraak in het leven geroepen of bevestigde rechtstoestand tussen de partijen wordt gewijzigd). Nu wordt, met name door de eis voor toepassing van art. 81 dat de klachten van het cassatiemiddel niet tot cassatie kunnen leiden, de selectie beheerst door de concentratie op het middel en daarmee op wat vanuit het oogpunt van de specifieke cassatierechtspraak niet in cassatie thuis hoort. Daardoor blijft men ook bij de selectie van zaken die met het oog op de kerntaken van de Hoge Raad in cassatie niet thuishoren, gevangen in een door de cassatietechniek beheerst selectiemechanisme en daarmee in negatieve criteria.³³

6 Selectie aan de poort zoals voorgesteld door de commissie-Hammerstein

Omdat de grenzen van de mogelijkheden om met art. 81 de steeds toenemende werkvoorraad van de Hoge Raad te verlagen, blijkbaar zijn bereikt, heeft de commissie-Hammerstein verdergaande maatregelen voorgesteld waarvan de belangrijkste is een vorm van selectie aan de poort door niet-ontvankelijkverklaring in een vroeg stadium.³⁴ Zoals deze commissie opmerkt,³⁵ waren daaraan al de nodige exercities en discussies voorafgegaan, ook binnen de Hoge Raad. Zo is tweemaal, de laatste keer mede op uitnodiging van de minister van Justitie, in eigen kring

³³ Daarvan getuigen ook de onderzoeken van Pinckaers en Ponsioen.

³⁴ Van het grote aantal reacties op het rapport in de literatuur noem ik H.A. Groen, 'Selectie aan de poort. Het rapport van de commissie normstellende rol van de Hoge Raad', *Trema* 2008, p. 340-347; G.J.M. Corstens, 'Versterking van de cassatierechtspraak', in: G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad* (gebundelde bijdragen aan en het verslag van de voorjaarsvergadering 2009 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2009, p. 13-23; N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, bundel met de bijdragen aan het onder auspiciën van de de EUR en het ministerie van Justitie georganiseerde symposium gewijd aan het rapport op 27 november 2008; B.F. Keulen, 'Cassatie op een breekpunt?', *RM Themis* 2009, p. 201-214; M.A. Loth, 'Versterking van de cassatie- en de appelrechtspraak. De verhouding tussen de gerechtshoven en de Hoge Raad na de invoering van een gematigd verlofstelsel bij de Hoge Raad', *Trema* 2009, p. 410-415; J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009, p. 1082-1093; E.J. Numann, 'Vernietigen aan de poort. Een aanvullend voorstel bij het rapport van de Commissie-Hammerstein', en P.J.M. von Schmidt af Altenstadt, 'Wat moet de Hoge Raad', beide in: J.F. de Groot en H.M. Slaghekke (red.), *Frank en Vrij, Thunnissen-bundel*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 3-8 resp. 9-29; Van Duijvendijk-Brand 2010; Hammerstein 2010. De zojuist genoemde bijdrage van Von Schmidt in de Thunnissen-bundel is een sterk uitgewerkte versie van zijn bijdrage in Huls 2009.

³⁵ Hammerstein 2008, p. 6.

onderzoek gedaan naar de mogelijkheden en onmogelijkheden van een verlofstelsel.³⁶

De commissie-Hammerstein heeft niet zozeer gezocht naar middelen om de werkvoorraden te verkleinen maar zij heeft de vraagstelling op een hoger en breder niveau getild: de versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad beter in staat te stellen zijn kerntaken te vervullen. In dit verband citeer ik misschien wel de belangrijkste zin uit het rapport:

‘Zowel in verband met de handhaving van het gezag van de rechtspraak van de Hoge Raad (dat gezag neemt toe als de Hoge Raad slechts uitspraken doet in zaken die ertoe doen) als uit een oogpunt van beheersing van de werklust, zal het accent nog meer dan nu al het geval is, moeten komen te liggen op rechtseenheid en rechtsontwikkeling en dient de rechtsbescherming in het individuele geval meer de functie te krijgen van het bewaken van de kwaliteit van de rechtspraak.’

Waar het gaat om de civiele rechtspraak kan geconcludeerd worden dat de commissie-Hammerstein zich heeft aangesloten bij de conclusies van de fundamentele herbezinning. De Hoge Raad en het parket moeten zich volgens de commissie concentreren op ‘zaken die uit hoofde van hun taken er werkelijk toe doen’.³⁷ De commissie wil niet naar een verlofstelsel toe. Dat betekent dat het selectiesysteem de vrije toegang tot de Hoge Raad als uitgangspunt blijft houden. Daarom moet de commissie werken met *negatieve* selectiecriteria, hetgeen zijn weerslag vindt in een omschrijving die zij geeft van de zaken die er in cassatie *niet* toe doen:³⁸

‘(a) Zaken waarin de aangevoerde cassatieklachten, hoewel gestoken in het kleed van ordentelijke rechts- en motiveringsklachten, erop neerkomen dat van de Hoge Raad wordt gevraagd beslissingen van de lagere rechter over te doen die louter (vaststelling of appreciatie van feiten; uitleg gedingstukken; bewijswaardering) of vooral (gemengde beslissingen)³⁹ berusten op aan de lagere rechter voorbehouden waardeningen van feitelijke aard dan wel op vrij procesbeleid van de rechter.

36 De uitkomsten zijn niet openbaar gemaakt, maar het verslag van de Hoge Raad over 2005 en 2006 maakt wel duidelijk dat toepassing van art. 81 een substantiële bijdrage levert aan de mogelijkheid de toevloed van zaken te verwerken, dat art. 81 geen verkapt verlofstelsel inhoudt (zie hierboven in noot 28) en dat men nog verder studeert op de vraag in hoeverre in onze rechtscultuur aanvaardbaar is dat een eventuele invoering van een verlofstelsel als effect heeft dat verlof niet wordt verleend terwijl de rechten van een procespartij wel zijn verkort, zie p. 34-35 onder het kopje ‘Naar een verlofstelsel’? Kortom, aan invoering van een verlofstelsel werd niet serieus gedacht.

37 Hammerstein 2008, p. 40; zie ook p. 11.

38 Hammerstein 2008, p. 25.

39 Daarmee worden bedoeld rechtsbeslissingen die verweven zijn met de beoordeling van feiten en omstandigheden: bijvoorbeeld de beslissing dat onder de gegeven omstandigheden een bepaalde gedraging van de werknemer een dringende reden oplevert voor ontslag op staande voet door de werkgever (art. 7:677 BW). Zij zijn te onderscheiden van zuivere rechtsbeslissingen (de formulering of de uitleg van een rechtsregel) en zuiver feitelijke beslissingen (bijv. de beslissing dat een feit is bewezen). Gemengde beslissingen onttrekken zich aan toetsing door de cassatierechter naar de mate waarin ze afhangen van de feitelijke beoordeling. Zie over de gemengde beslissingen en de mate waarin zij kunnen worden getoetst recentelijk P. Memelink, ‘Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten’, in: A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O.

(b) Zaken waarin de aangevoerde cassatieklachten weliswaar zijn aan te merken als rechtsklachten, maar in wezen naar de bekende weg vragen, omdat met betrekking tot de aan de orde gestelde rechtsvraag sprake is van een ‘acte clair’ of van een ‘acte éclairé’.⁴⁰

Als uitzondering op categorie (b) noemt de commissie zaken waarin de feitenrechter ‘geldend (formeel of materieel) recht heeft geschonden en het middel daarop gerichte klachten bevat. Het bewaken van de kwaliteit van de rechtspraak (het gaat hier eigenlijk om de klassieke taak van de cassatierechter: bescherming van de wet tegen de rechter) vergt in zo’n geval een casserende uitspraak van de Hoge Raad, met een mogelijke uitzondering voor die gevallen waarin geen significant nadeel is ontstaan.’⁴¹

In categorie (a) wordt aangeknoopt bij afgrenzing van de rol van de cassatierechter ten opzichte van die van de feitenrechters, een klassieke, cassatietechnische kwestie. De zaken van categorie (b) bevatten als ik het goed zie rechtsklachten die berusten op een onjuiste rechtsopvatting omdat uit de wet of de jurisprudentie al meteen duidelijk is dat de rechtsopvatting van de feitenrechter waarover de klachten klagten, de juiste is. Een uitzondering bestaat voor klachten die weliswaar geen relevante rechtsvragen aan de orde stellen maar wel gegrond zijn, waarop dan weer een mogelijke uitzondering geldt voor fouten van de feitenrechter die geen significant nadeel hebben opgeleverd. Dit is eigenlijk categorie (c): zaken waarin weliswaar zou kunnen worden gesproken van een fout van de feitenrechter maar waarin de bewaking van de kwaliteit van de rechtspraak geen ingrijpen van de Hoge Raad vereist omdat die fout geen significant nadeel heeft opgeleverd voor de getroffen partij.⁴²

Het is op dit punt dat de commissie het verst gaat in haar voorstellen en afwijkt van het bestaande systeem en ook de meeste kritiek heeft gekregen.⁴³ Dat het hier om een belangrijk punt gaat, blijkt ook wel hieruit dat de commissie bij herhaling het criterium van het significante nadeel positief formuleert:

‘De commissie is van oordeel dat in cassatieberoepen die vooral gericht zijn op individuele rechtsbescherming, alleen een beslissing van de Hoge Raad nodig is indien

Jansen, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 47-68.

40 Deze begrippen zijn ontleend aan de praktijk van de prejudiciële beslissingen van het Benelux Gerechtshof en het Hof van Justitie van de Europese Unie. De nationale hoogste rechter is niet verplicht een prejudiciële vraag van uitleg van een verdragsbepaling aan deze gerechten te stellen indien de opgeworpen vraag zakelijk gelijk is aan een vraag die al in een gelijksoortig geval voorwerp van een prejudiciële beslissing is geweest (acte éclairé) of indien omtrent de beantwoording van de opgeworpen vraag redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan (acte clair). Zie hierover bijvoorbeeld de uiteenzetting in M. Freudenthal, ‘Schets van het Europees civiel procesrecht. Europees burgerlijk procesrecht voor de Nederlandse rechtspraak’, *Burgerlijk Proces & Praktijk* nr. 8, Deventer: Kluwer 2007, par. 11.2.4.

41 Hammerstein 2008, p. 25.

42 Waarom deze categorie zou moeten worden beperkt tot rechtsklachten valt niet in te zien, omdat motiveringsgebreken zoals vergissingen en rekenfouten, er ook onder vallen.

43 Ik noem Groen 2008; Von Schmidt auf Altenstadt 2009; Van Duijvendijk-Brand 2010.

een partij door fouten van de lagere rechter significant nadeel lijdt.’ (p. 3, samenvatting)

‘Rechtsbescherming zou naar het oordeel van de commissie gericht moeten zijn op het redresseren van alleen die fouten van de lagere rechter die ertoe leiden dat de betrokkene significant nadeel lijdt.’ (p. 12)

‘Voor cassatierechtspraak ongeschikte zaken moeten worden gescheiden van zaken waarin juridisch richtinggevende uitspraken kunnen worden gedaan en zaken waarin ingrijpen uit een oogpunt van aanvaardbaarheid en kwaliteit van de uitkomst van de individuele zaak noodzakelijk is, wegens het significante nadeel dat een partij door een fout in de bestreden uitspraak lijdt.’ (p. 41)

‘De Hoge Raad moet rechtsvragen beantwoorden en verder pas ingrijpen als een partij significant nadeel lijdt als gevolg van door de lagere rechter gemaakte fouten.’ (p. 45)

‘Het bestaan van een selectiemogelijkheid brengt mee dat aan de balie hogere eisen worden gesteld. Dan zal immers duidelijk over het voetlicht moeten worden gebracht dat en waarom in de desbetreffende zaak een door de Hoge Raad te beantwoorden rechtsvraag aan de orde is en/of dat significant nadeel is geleden en waarin dit nadeel bestaat.’ (p. 45)

Deze uitspraken laten over wat de commissie voor ogen heeft geen enkel misverstand bestaan. Mij dunkt dat de commissie hiermee de Rubicon die ons scheidt van de route naar het verlostelsel is overgestoken. We hebben hier immers te maken met criteria die zonder meer de basis kunnen vormen voor de criteria voor het verlenen van toegang.

Overigens is het, aan art. 35 EVRM verwante,⁴⁴ criterium dat er geen significant nadeel is ontstaan, waarschijnlijk beter te hanteren in strafzaken dan in civiele zaken. Het strafrecht bevat immers veel meer dan het civiele recht formele motiveringsvoorschriften over de schending waarvan geklaagd wordt ook in gevallen dat die schending een punt betreft van zo ondergeschikte betekenis dat dit niet tot enig gevolg behoeft te leiden, in welke gevallen de Hoge Raad door uitleg, verbetering en aanpassing van de bestreden uitspraak komt tot verwerping, zoals het rapport (p. 33) laat zien:

‘Het gaat hier (...) om een tijdrovende categorie van zaken waarin geen belangrijke rechtsvragen aan de orde zijn, terwijl evenmin sprake is van wezenlijke gebreken in die zin dat wanneer een ingreep door de Hoge Raad achterwege zou blijven, enige

44 Hammerstein 2008 (p. 33 bij en in noot 64) verwijst in dit verband naar de bij art. 12 van het 14e Protocol gewijzigde tekst van art. 35 EVRM, welke wijziging inmiddels op 1 juni 2010 in werking is getreden. Art. 35 bepaalt nu in lid 3, aanhef en onder b, dat een individueel verzoekschrift niet-ontvankelijk wordt verklaard wanneer het EHRM van oordeel is dat de verzoeker geen *wezenlijk nadeel* heeft geleden, tenzij de eerbiediging van de in het Verdrag en de Protocolen daarbij omschreven rechten van de mens noopt tot onderzoek van het verzoekschrift naar de gegrondheid ervan en mits op deze grond geen zaken worden afgewezen die niet naar behoren zijn behandeld door een nationaal gerecht.

betrokkene significant nadeel zou ondervinden. Ook voor deze zaken is een eenvoudiger afdoeningsmodaliteit wenselijk. Het ontbreken van significant nadeel zou als maatstaf dienst kunnen doen voor de zaken waarin in wezen uitsluitend op de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad een beroep wordt gedaan zonder dat de rechtsbescherming wezenlijk in het geding is’.

Het criterium dat de rechtsbescherming niet wezenlijk in het geding is, lijkt me, zeker als het gaat om civiele zaken waarin de categorieën zaken en rechtsgebieden bijna oneindig gevarieerd zijn, een opener en juist daardoor krachtiger maatstaf dan het significante nadeel (EVRM: *wezenlijk* nadeel). Het significante nadeel leidt, vrees ik met name in civiele zaken, al snel tot moeilijke discussies over schade en de compensatie daarvan als gevolg van de rechterlijke fout en belang bij redressering.⁴⁵ Daarentegen knoopt de maatstaf dat de rechtsbescherming niet wezenlijk in het geding is aan bij de taken van de Hoge Raad, waarmee de discussie daar wordt gevoerd waar hij in dit verband over hoort te gaan, zeker als die maatstaf wordt gehanteerd met het oog op het in behandeling nemen van zaken waarin de rechtsbescherming wél wezenlijk in het geding is.

De commissie heeft haar voorstellen geconcretiseerd in de volgende ingrepen in de wetgeving. In art. 79 RO werd in de aanhef van lid 1 ‘vernietigt’ vervangen door een ‘kan’-formulering om het discretionaire karakter van de bevoegdheid tot vernietiging te benadrukken:⁴⁶

‘De Hoge Raad kan handelingen, arresten, vonnissen en beschikkingen, vernietigen
a. wegens verzuim van vormen (enz.).’

En in art. 81 werd een eerste lid toegevoegd:

‘1. De Hoge Raad kan een cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaren wanneer de aangevoerde klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling en de klachten evenmin uit een oogpunt van rechtsbescherming tot cassatie moeten leiden.’

De huidige tekst die in het tweede lid terechtkwam, werd aldus veranderd dat ‘niet tot cassatie kan leiden’ kwam te luiden: ‘niet tot cassatie behoeft te leiden’.

45 Von Schmidt auf Altenstadt 2009 p. 16, vindt dat de uitzondering in geval van afwezigheid van significant nadeel alleen aanvaardbaar is als aan de justitiabelen een adequate compensatie wordt geboden.

46 De commissie was blijkbaar van mening dat ‘vernietigt’ in art. 79 RO niet imperatief is bedoeld en dus geen verplichting impliceert; zo ook de minister in de memorie van toelichting op het concept-wetsvorstel van 27 november 2008, onder 5, Onderdeel A. Anders Von Schmidt auf Altenstadt 2009 p. 19, noot 46. Het lijkt me juist om aan te nemen dat de bepaling slechts de strekking heeft de gronden voor vernietiging te noemen. Maar ik ben het in zoverre met Von Schmidt eens dat in het huidige stelsel de bevoegdheid van de cassatierechter tot vernietiging geen discretionair karakter heeft omdat de gegrondheid van het cassatiemiddel tot vernietiging leidt tenzij belang bij vernietiging ontbreekt omdat na een vernietiging geen andere uitkomst van het proces kan volgen. De voorstellen van de commissie-Hammerstein maken daarop inbreuk.

Het door de commissie-Hammerstein voorgestelde nieuwe eerste lid van art. 81 stelt dus twee cumulatieve voorwaarden, waarin de kerntaken van de Hoge Raad, zoals door de commissie in het rapport genoemd, zijn terug te vinden. Dat is een pluspunt van de formulering, want deze geeft daarmee richting aan het formuleren van subcriteria. Overigens vindt men het 'significante nadeel', dat zo prominent figureert in de hiervoor geciteerde kernzinnen uit het rapport, niet in de tekst terug, maar de laatste zinsnede moet hoogstwaarschijnlijk wel zo begrepen worden dat als een partij significant nadeel lijdt als gevolg van de rechterlijke fout, de zaak niet kan worden weggeselecteerd omdat dan niet gezegd kan worden dat de daarop gerichte klachten niet tot cassatie 'moeten leiden'.

In de Tweede Kamer is in het schriftelijk overleg dat heeft plaatsgevonden over het rapport van de commissie-Hammerstein kort gediscussieerd over de betekenis van 'significant nadeel' n.a.v. vragen daarnaar van de fracties van de PvdA en de SP.⁴⁷ De minister van Justitie bleek van mening te zijn dat met significant nadeel 'wordt bedoeld dat het moet gaan om een fout die tot een onjuiste beslissing kan hebben geleid of die het proces negatief kan hebben beïnvloed'. Het gaat dus niet om '(kleine) fouten en vergissingen (...) die weliswaar te betreuren zijn en voorkomen hadden moeten worden, maar die in wezen niet van invloed zijn op het eindresultaat en daarom in deze fase van de procedure niet per se tot consequenties in de zaak zelf behoeven te leiden (voorbeelden: een schrijffout in een civiel vonnis, het vermelden van een onjuist wetsartikel, een omissie in een proces-verbaal, een niet geheel sluitende motivering bij een evident juiste beslissing)'. Daaraan voegt hij toe dat deze aanpak van vormverzuimen in cassatie op zichzelf geheel aansluit bij de reeds lang bestaande ontwikkeling dat de rechter bepaalt welke gevolgen aan bepaalde verzuimen moeten worden toegekend. En even verder merkt hij op dat geen sprake is van significant nadeel 'als er een ondergeschikte fout is gemaakt, die na terugverwijzing naar een gerechtshof toch niet tot een ander oordeel zou kunnen leiden'. Hij zegde toe zich bij de totstandkoming van het wetsvoorstel nader over dit punt te buigen. Von Schmidt auf Altenstadt vindt dat duidelijk is dat de minister (veel) minder ver wil gaan dan de commissie voorstaat en eigenlijk een reeds lang bestaande praktijk wil voortzetten. Als de minister hierbij blijft kan, volgens Von Schmidt auf Altenstadt, de door de commissie-Hammerstein voorgestelde wijziging van art. 79 en 81 RO achterwege blijven.⁴⁸ Ik kan hem niet helemaal ongelijk geven.

Het voorstel van de commissie-Hammerstein leidt tot selectie aan de poort, maar hoewel de criteria algemeen zijn geformuleerd en hun basis lijken te vinden in de krachtig door de commissie beklemtoonde kerntaken van de Hoge Raad, zodat zij echte criteria voor toelating zouden kunnen vormen, wordt het, met name ook door de minister opgeroepen, beeld toch nog erg bepaald door de cassatiepraktijk bij de verwerping van beroepen.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2007-2008*, nr. 78, p. 6 (fracties), 15-17 (antwoord minister).

⁴⁸ Von Schmidt auf Altenstadt 2009, p. 18.

7 De voorontwerpen 2008 en 2010 van het ministerie van Justitie

7.1 Art. 80a RO van het concept-wetsvoorstel van november 2008

Ter gelegenheid van het aan het rapport van de commissie-Hammerstein op 27 november 2008 gewijde symposium heeft het ministerie van Justitie een concept-wetsvoorstel het licht doen zien⁴⁹ waarin werd voorgesteld na art. 79 RO een nieuw art. 80a in te voegen. Daarvan luidde het eerste lid als volgt:

‘De Hoge Raad kan het beroep in cassatie niet-ontvankelijk verklaren indien:

- a. de aangevoerde klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling; en
- b. de aangevoerde klachten vanuit het belang van de rechtsbescherming en het belang van de bewaking van de kwaliteit van de rechtspraak van onvoldoende gewicht moeten worden beoordeeld voor een behandeling in cassatie.’

Het voorstel en de memorie van toelichting sluiten nauw aan bij de opvattingen en het voorstel van de commissie-Hammerstein.⁵⁰ Opnieuw twee cumulatieve eisen. Wel is naast de rechtsbescherming de bewaking van de kwaliteit van de rechtspraak opgenomen omdat de Hoge Raad ook oog dient te hebben voor fouten van de lagere rechter die niet leiden tot significant nadeel van betrokkene (de minister neemt het begrip ‘significant nadeel’ over), maar die om een andere reden geresseerd dienen te worden, bijvoorbeeld indien het cruciale elementen van openbare orde betreft. Als het om civiele zaken gaat, denk ik bij deze laatste categorie in het bijzonder aan schendingen van fundamentele regels van procesrecht. Maar in het algemeen zal deze uitzondering niet veel zelfstandige betekenis hebben, omdat in zulke gevallen veelal niet zal zijn voldaan aan het vereiste onder a.

7.2 Art. 80a van het voorontwerp Wet versterking cassatierechtspraak van juni 2010

Na discussies over de voorstellen van de commissie-Hammerstein en verschillende symposia heeft de minister van Justitie begin juni 2010 een voorontwerp Wet versterking cassatierechtspraak ter consultatie voorgelegd.⁵¹ Daarin komt

49 Het is als Bijlage 1 opgenomen in Huls 2009, p. 51-57. Zie daarover M.A. Loth, ‘Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt’, in: A.G. Castermans e.a., *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009 (ook gepubliceerd in de bundel *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009), p. 3-16 (2009a); Von Schmidt auf Altenstadt 2009; Numann 2009; Van Duijvendijk-Brand 2010.

50 Dat signaleert ook Von Schmidt auf Altenstadt 2009, p. 18.

51 Te vinden op <http://internetconsultatie.nl/versterking_cassatierechtspraak> (laatstelijk geraadpleegd 8 augustus 2010). De consultatie eindigde op 1 juli 2010. Er zijn negen reacties binnengekomen, waaronder vijf reacties van advocaten, een reactie van de Vereniging van civiele cassatie-advocaten en de Commissie wetsvoorstellen van Register Belastingadviseurs. De reacties zijn op de genoemde website gepubliceerd. De reactie van de Haagse advocaat M.E. Bruning (oud-lid van het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad) is onder de titel ‘Verbetering van de cassatiemarkt. Kerntaken voor Hoge Raad en NOV’, ook gepubliceerd in *NJB* 2010, p. 1593-1595.

opnieuw art. 80a voor maar, voorzover in het kader van deze bijdrage van belang, anders geformuleerd:

1. De Hoge Raad kan, gehoord de procureur-generaal, het cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaren, wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat zij klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden of van te gering belang zijn.

In deze tekst valt op dat de maatstaf van art. 81 (de aangevoerde klachten nopen niet tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling) niet is gehandhaafd, waarmee nu juist de kerntaken van de Hoge Raad die de grond vormen voor deze ingrijpende maatregel van de wetgever buiten de maatstaf zijn gebleven, en voorts dat in de thans geformuleerde maatstaf evenmin met zoveel woorden het belang van de rechtsbescherming en het belang van de kwaliteit van de rechtspraak worden genoemd. De maatstaf is dus zeer algemeen en abstract geformuleerd. Op zichzelf is dat geen bezwaar omdat hoe dan ook subcriteria moeten worden ontwikkeld en de bepaling daartoe de Hoge Raad veel ruimte biedt, maar zoals eerder (par. 6) opgemerkt, gaf de formulering van het door de commissie-Hammerstein voorgestelde nieuwe eerste lid van art. 81 RO daaraan meer richting.

In de memorie van toelichting wordt uiteengezet waarom de bepaling nodig is. Het wetsvoorstel is erop gericht de Hoge Raad in staat te stellen zich als cassatierechter te concentreren op zijn kerntaken: 'In de praktijk wordt de cassatietaak van de Hoge Raad opgevat als de opdracht om in hoogste instantie de rechtseenheid te bewaken, de rechtsontwikkeling te bevorderen en rechtsbescherming te verlenen op de aan de Hoge Raad bij de wet toebedeelde rechtsgebieden (burgerlijk recht, strafrecht, belastingrecht' (p. 6). Een adequate uitvoering van deze kerntaken staat volgens de memorie van toelichting onder druk door de kwantiteit van de instroom van zaken en de kwaliteit van de zaken. De toeneming van de werklust houdt ook verband met de complexiteit en de internationalisering van de samenleving die tot uitdrukking komt in een groei van het aantal ingewikkelde en omvangrijke zaken dat bij de Hoge Raad wordt aangebracht. In alle sectoren neemt de bewerkelijkheid toe. De trend van een toenemend aantal zaken betreft ook cassatieberoepen die hetzij niet voldoen aan de daaraan gestelde wettelijke eisen, hetzij berusten op klachten die niet tot cassatie kunnen leiden en om zaken die uit het oogpunt van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling of rechtsbescherming van te gering belang zijn om behandeling door de Hoge Raad te kunnen rechtvaardigen, zoals in beroepen waarin de Hoge Raad wordt benaderd alsof hij feitenrechter is (p. 7). De werklust drukt ook op het parket. Om het risico weg te nemen dat de Hoge Raad zich onvoldoende kan kwijten van zijn kerntaken introduceert het voorstel de mogelijkheid tot niet-ontvankelijkverklaring van een cassatieberoep aan het begin van de procedure (p. 8). Onder verwijzing naar het rapport van de commissie-Hammerstein en het naar aanleiding daarvan gehouden schriftelijk overleg met de Tweede Kamer⁵² wordt daartoe een nieuw art. 80a voorgesteld.

52 Hierboven bij en in noot 48.

Na deze uiteenzettingen die, mede gelet op de algemene en abstracte formulering van de bepaling, zouden doen vermoeden dat de Hoge Raad hier een krachtig instrument wordt aangereikt om nu echt aan zijn kerntaken toe te komen, wordt in de toelichting (p. 12, 15 en 20) op de beide categorieën stevig gas teruggenomen, of liever: krachtig afgeremd, en wel zodanig dat er niet erg veel overblijft dan de beroepen die ook thans – al of niet met art. 81 of sjablonen – worden verworpen. Als voorbeeld van de eerste categorie, de klachten die klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden, wordt genoemd dat de bestreden uitspraak berust op twee zelfstandig dragende gronden waarvan slechts één in cassatie wordt bestreden.⁵³ Bij de tweede categorie, de klachten die van te gering belang zijn, moet worden gedacht aan gevallen waarin na verwijzing toch geen andere beslissing zou kunnen volgen en het cassatieberoep zou moeten afstuiten op gebrek aan belang. We kwamen dit al tegen als het door de minister in het overleg met de Tweede Kamer genoemde voorbeeld van het ontbreken van significant nadeel.⁵⁴ We moeten dan volgens de memorie van toelichting denken aan een op zichzelf gegronde klacht over een niet helemaal vlekkeloze motivering van de feitenrechter of een kleine vormfout die echter op de uiteindelijke beslissing niet van invloed kan zijn geweest. In civiele zaken worden in dit verband genoemd kennelijke schrijffouten en vergissingen of omissies die ook op de voet van de art. 31 en 32 hadden kunnen worden hersteld, aan het ongemotiveerd passeren van een bewijsaanbod waar duidelijk is dat alle bewijsmogelijkheden zijn benut, een te gering financieel belang ('een fout van € 2 bij een alimentatie') en aan klachten over de weergave van de feiten, de uitleg van een overeenkomst of de uitleg van de gedingstukken waarbij aanstonds kan worden vastgesteld dat het gaat om vergissingen of misslagen die niet van wezenlijke invloed op de inhoud van de beslissing kunnen zijn geweest, aldus de memorie van toelichting. Echter, de minister heeft het door de commissie-Hammerstein voorgestelde criterium dat een inhoudelijke beslissing van de Hoge Raad alleen nodig is als een partij door fouten van een lagere rechter significant nadeel lijdt, niet willen overnemen omdat het een lastig objectiveerbaar criterium is en het onduidelijkheid schept over het niveau van rechtsbescherming dat de Hoge Raad met het beroep in cassatie beoogt te bieden, waarbij wordt verwezen naar het eerder genoemde overleg met de Tweede Kamer. Blijkbaar is van een en ander geen sprake bij toepassing van het even eerder genoemde criterium 'een te gering financieel belang'.

Von Schmidt auf Altenstadt heeft inderdaad gelijk gekregen met zijn hierboven⁵⁵ al vermelde opmerking (naar aanleiding van het overleg tussen minister en Tweede Kamer) dat de minister (veel) minder ver wil gaan dan de commissie-Hammerstein voorstond, en eigenlijk een reeds lang bestaande praktijk wil voorzetten. Ik lees eigenlijk alleen lippendienst aan het door de commissie-Hammerstein krachtig bij herhaling uitgedrukte streven (de Hoge Raad is er voor zijn kerntaken), maar van een instrument dat dit streven ook krachtig kan bevorderen is geen sprake, althans als men de bepaling beziet in het licht van de toelichting. Er verandert eigenlijk niets wezenlijks. Het blijft cassatietechniek die naar voren wordt gehaald. Echte,

53 Dit voorbeeld wordt genoemd door Von Schmidt auf Altenstadt 2009 p. 18.

54 Hierboven par. 1.5.

55 Bij en in noot 49.

zelfstandige, op de kerntaken van de Hoge Raad gebaseerde criteria voor selectie aan de poort zijn blijkbaar niet bedoeld met dit art. 80a.

8 Een tussenbalans: waar zit de winst?

Art. 80a van het voorontwerp levert in civiele zaken eigenlijk alleen voor het par- ket veel winst op want dat zal worden ontlast van het nemen van conclusies in zaken die door de civiele kamer steevast met toepassing van art. 81 worden afge- daan. Dat is in civiele zaken een bepaald niet te onderschatten winst, moet worden gezegd.

Voor de partijen zal er, naar ik inschat, geen tot weinig winst zijn, omdat de eisers/ verzoekers het toch zullen blijven proberen – art. 81 heeft ook niet voldoende afschrikkend gewerkt – en de middelen zullen moeten worden geformuleerd en van een toelichting worden voorzien om de kans op een niet-onvankelijkverkla- ring te verkleinen. En dan denk ik niet alleen aan de middelen die op zichzelf al niet voldoen aan de eisen, maar vooral aan de beroepen met op zichzelf wel naar de regelen der kunst opgestelde middelen, die echter niets anders proberen dan de Hoge Raad te verleiden het werk van de feitenrechter over te doen. En voor de ver- werende partij zal gelden dat, anders dan de huidige praktijk, de conclusie van ant- woord in dagvaardingszaken – evenals het verweerschrift in rekestzaken – op de middelen zal moeten ingaan om een niet-ontvankelijkheid uit te lokken.⁵⁶ Daarom zal veel wat nu wordt bewaard tot de schriftelijke toelichting, naar voren worden geschoven. De gevreesde *frontloading of costs*.

9 Een verlofstelsel in wording?

Loth spreekt in verband met art. 80a van een negatief verlofstelsel.⁵⁷ Hij neemt naar mijn mening terecht het standpunt in dat de selectie van zaken in dit stelsel geschiedt op grond van een prognose van de verwachte uitkomst en dus afhan- kelijk is van de slaagkans van de klachten. ‘Kansrijke zaken worden doorgelaten, kansarme worden afgewezen. Voor de twijfelgevallen kunnen vuistregels worden opgesteld, afhankelijk van de vraag welke belangen men in abstracto het zwaarst vindt wegen (bijvoorbeeld: in geval van twijfel doorlaten)’, aldus Loth.

Juist het door hem genoemde voorbeeld van een vuistregel in twijfelgevallen, namelijk: doorlaten, legt het risico van een dergelijk selectiesysteem bloot. Het dwingt niet tot het afleggen van verantwoording over de keuze van de selectie- criteria en de toepassing daarvan, al was het alleen maar verantwoording door de selecteurs ten opzichte van zichzelf en de eigen organisatie (de ‘ketenpartners’, d.w.z. in civiele zaken vooral de cassatieadvocaten). Niet de kerntaken staan cen- traal maar de afloop. Er wordt niet geselecteerd met het oog op de ontwikkeling

56 Hierop wordt ook gewezen in de reactie op het voorontwerp (zie noot 52) van mr. dr. J.H. van Gelderen, onder 3, en van de VCCA, p. 3, onder 4.

57 Loth 2009a, p. 8-9. Hij verstaat onder een negatief verlofstelsel een stelsel dat erop gericht is om uitsluitend de kansloze zaken in een vroeg stadium weg te selecteren, en onder een positief verlofstelsel een stelsel dat erop is gericht om uit het ruime zaaksaanbod die zaken te selecte- ren die men wil afdoen.

van recht, rechtseenheid en kwaliteit van de rechtspraak, zoals het zou moeten en door de commissie-Hammerstein mijns inziens overtuigend wordt gepropageerd, maar op de kansen in de individuele zaak. Bij een selectie op basis van een prognose van de afloop van het beroep zal in feite sprake zijn van een afdoening van de klachten op basis van een summier beoordeling. Daarbij zal, zoals nu met art. 81 ook het geval is, de kwaliteit en doeltreffendheid van de cassatieklachten zonder twijfel het voornaamste aandachtspunt zijn – de slaagkans kan immers het eenvoudigst daaraan worden afgemeten; daarin is de selecteur thuis, dat is zijn métier. De Hoge Raad als *cassatierechter* en daarmee de cassatietechniek staan centraal. De memorie van toelichting op art. 80a laat dat duidelijk zien.⁵⁸ De niet-ontvankelijkheid is dan echter niet veel anders dan een verkapte verwerping. Zo zal zij in de praktijk waarschijnlijk ook opgevat gaan worden. Met als gevolg dat de selectie steeds meer het karakter gaat krijgen van een snelle en summier behandeling van het beroep.⁵⁹ Is dat een geschikt middel dat kan bevorderen dat de Hoge Raad aan zijn kerntaken toekomt? Het ‘negatieve verlofstelsel’ zou daarom mijns inziens dan ook wel eens een doodlopende weg kunnen zijn die de Hoge Raad niet veel verder brengt. Tenzij het dient als voorbereiding van een positief verlofstelsel, dat Loth (t.a.p.) als toekomst schetst.

Maar waarom wachten? Ook als art. 80a wordt ingevoerd – het is met zijn ‘gering belang’ ruim genoeg geformuleerd – zou doelstelling kunnen zijn dat bij de selectie aan de poort steeds centraal dient te staan of de aangebrachte zaak met het oog op de vervulling van de kerntaken van de Hoge Raad niet of juist wel moet worden doorgelaten. De selectiecriteria in het huidige stelsel van vrije toegang zouden zo kunnen en moeten worden geformuleerd dat de Hoge Raad in staat wordt gesteld, ja wordt uitgenodigd, om bij de selectie zich ervan rekenschap te geven welke zaken vanuit een oogpunt van zijn kerntaken van onvoldoende en welke van voldoende belang zijn voor behandeling. Maar dan verdienen de toelichtende stukken heroverweging en zouden zij meer dan nu de geest van het rapport van de commissie-Hammerstein moeten ademen.

58 Het is ook de benadering van Ponsioen 2009, p. 151-152. Zij pleit, sprekend over het in 2008 voorgestelde art. 80a en met name over het criterium van wat vanuit het belang van de rechtsbescherming van onvoldoende gewicht moet worden beoordeeld, alsmede met het oog op een verbetering van de zeeffunctie van de cassatiebalie, voor selectiecriteria die hun grond vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van het niet tot cassatie *kunnen* leiden van klachten, dus de rechtspraak met betrekking tot de omvang van de cassatiecontrole, zulks om meer vat te krijgen op de vraag wanneer klachten ‘nopen’ tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Aldus wordt de ruimte die de Hoge Raad schept voor de uitoefening van zijn kerntaken afhankelijk gesteld van de cassatiebeoordeling van de klachten.

59 Vgl. wat G.J. Wiarda in zijn preadvies over cassatie in burgerlijke zaken voor de NJV 1978, p. 110-111, voorstond. Hij was geen voorstander van een verlofstelsel, maar wel van een selectiestelsel aan de poort: indiening van het beroep kan zonder verlof geschieden, maar de Hoge Raad heeft de bevoegdheid om direct na binnenkomst van de zaken ten aanzien van bepaalde door de president van de kamer geselecteerde zaken, na een summier onderzoek door het parket en vervolgens drie raadsheren, de verdere behandeling af te wijzen, ‘waarbij als criterium zou kunnen gelden dat het beroep geen rechtsvragen van betekenis aan de orde stelt en aangevoerde vormklachten onvoldoende kans bieden op succes’, welke afwijzing ‘wordt meegedeeld bij beschikking waaraan geen of slechts summier motiveringseisen worden gesteld’.

Als men de Hoge Raad, zoals de commissie-Hammerstein doet, werkelijk serieus neemt als hoogste rechter die de rechtseenheid bewaakt, de rechtsvorming bevordert en die toeziet op het bieden van fundamentele rechtsbescherming en een kwalitatief behoorlijke rechtspraak, dan moet art. 80a de ruimte bieden aan raad en parket om te werken aan een selectie die er uiteindelijk toe zal leiden dat op basis van die taakstelling positieve criteria worden ontwikkeld voor de selectie van zaken die in behandeling moeten worden genomen. Daarmee komt een verlofstelsel boven de kim. Over de daarin te hanteren criteria maak ik de volgende opmerkingen.

Hierboven in 1.4 heb ik de toelatingscriteria in Duitsland en Oostenrijk genoemd. Hoewel deze criteria algemeen zijn geformuleerd, beogen zij de beslissing over toelating niet over te laten aan een discretionaire bevoegdheid van de hoogste rechter. Hun nadere invulling geschiedt aan de hand van concrete en kenbare criteria.⁶⁰ Daarom geldt hier niet wat Loth⁶¹ op basis van de praktijk van het United States Supreme Court opmerkt, namelijk dat in een positief verlofstelsel, anders dan in een negatief verlofstelsel,⁶² ten principale onduidelijkheid over de criteria voor de selectie van zaken bestaat, waaraan hij toevoegt dat in een positief verlofstelsel als dat van het Supreme Court, de beoordeling van een verzoek om toelating niet als een recht wordt beschouwd, maar als de uitoefening van rechterlijke beslissingsvrijheid.

Ik ga ervan uit dat in ons eigen stelsel een positief verlofstelsel eerder zou aansluiten bij het Duitse dan bij het Amerikaanse systeem. Op het verlofstelsel in Duitsland rust weliswaar permanent het wakend oog van het Bundesverfassungsgericht (in Oostenrijk van het Verfassungsgerichtshof), iets dat wij niet kennen zodat de Hoge Raad wat meer vrijheid zou genieten dan in die landen het Bundesgerichtshof respectievelijk Oberste Gerichtshof. Maar het ligt in de rede dat, gelet op de (Grond)wettelijke taak van de Hoge Raad als cassatierechter en het hiervoor genoemde karakter van de cassatie als aan partijen ten dienste staand rechtsmiddel, in een verlofstelsel het al of niet verlenen van toegang zal moeten worden beslist aan de hand van in het recht verankerde en kenbare criteria en niet geheel ter discretie van de cassatierechter zal staan.

Uiteraard zullen de criteria wel de nodige ruimte moeten laten, willen zij werkbaar zijn. Criteria, zoals die van het in 2008 voorgestelde art. 80a, maar dan positief geformuleerd, zouden wat mij betreft in aanmerking kunnen komen, omdat daarin, als gezegd, de kerntaken van de Hoge Raad worden uitgedrukt (zoals ook de Duitse en Oostenrijkse teksten de kerntaken van het BGB respectievelijk het OGH noemen). Men kan dan denken aan een formulering als deze:

Het beroep in cassatie wordt toegelaten indien

- a. de aangevoerde klachten rechtsvragen aan de orde stellen die beantwoording eisen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling; of

60 'Bei der Begriff "grundsätzliche Bedeutung" handelt es sich nicht um eine vage Generalklausel, welche die Entscheidung in das Belieben des Gerichts stellt, sondern um einen teils überkommenen, teils neu ausgefüllten eingrenzbaaren Rechtsbegriff' (Wenzel, par. 543 dZPO, rnr. 6).

61 Loth 2009a, p. 9.

62 Zie over deze begrippen hierboven in noot 58.

- b. of het belang van de bewaking van de kwaliteit van de rechtspraak, waaronder begrepen de handhaving van fundamentele beginselen van een behoorlijke rechtspleging, eist dat de aangevoerde klachten worden behandeld’.

In het dwingende ‘eisen’ (dat het toch wel wat antieke ‘nopen’ vervangt) is dan het voor toelating noodzakelijke gewicht van de klachten verdisconteerd, terwijl het ‘behandeld’ in het midden laat of steeds nodig is dat de bestreden uitspraak wordt vernietigd, met name omdat het stellen van regels ook kan geschieden in uitspraken die niet tot vernietiging leiden, zoals uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt. In een verlofstelsel behoeft dus, naar mijn mening, de rechtsbescherming geenszins in de knel te komen.⁶³ Maar het criterium b drukt wel uit dat niet elk tekort aan rechtsbescherming leidt tot toelating van een daarop gericht cassatieberoep.

Men zou een verlofstelsel niet behoeven op te vatten als iets negatiefs, waaraan niet te ontkomen valt, maar als een situatie waarnaar gestreefd moet worden. Veel landen zijn ons voorgegaan – er is sprake van een trend, zoals Loth⁶⁴ terecht opmerkt – en niet valt in te zien waarom wij niet zouden kunnen volgen.

Ik meen dat de hier bepleite ontwikkeling ook maatschappelijk gewenst is. Het ontwikkelen van positieve selectiecriteria vereist namelijk het innemen van standpunten en het maken van keuzen met betrekking tot de eigen taakopvatting en taakvervulling, waarbij de Hoge Raad zich ervan rekenschap zal moeten geven niet alleen hoe hij zijn eigen taak ziet en invulling wil geven, maar ook wat te dien aanzien van hem in de exclusieve positie van hoogste rechter wordt verwacht. Dat geeft hem de kans zijn positie in de samenleving tegenover alle personen en instellingen die betrokken zijn bij en afhankelijk zijn van zijn rechtspraak te verduidelijken en te versterken en daarmee de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de selectie te bevorderen. Het zijn grote woorden, maar die worden in deze materie al lang gesproken: rechtseenheid, rechtsontwikkeling en de kwaliteit van de rechtspraak zijn fundamentele aangelegenheden in de samenleving waarvan de zorg bij en krachtens de Grondwet aan de Hoge Raad is toevertrouwd. De tijd dat cassatietechniek voor die zorg voldoende was, is voorbij. De ook bij de civiele kamer groeiende behoefte om in zijn uitspraken tot de kern te komen, laat dat zien.

Twee aspecten die de maatschappelijke aanvaardbaarheid van een positief selectiestelsel (verlofstelsel) kunnen verhogen, verdienen in dit verband nog kort aandacht.

In de eerste plaats behoeft de selectie aan de poort niet noodzakelijkerwijs gericht te zijn op niet-ontvankelijkheid (of pseudoverwerping, zie boven), maar kan ook dienen om snel en eenvoudig te beslissen dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd omdat fundamentele beginselen van een behoorlijke rechtspleging in onaanvaardbare mate zijn veronachtzaamd. Een snelle vernietiging dus gevolgd door verwijzing. Numann heeft daarvoor mijns inziens terecht en met overtuiging een lans gebroken op basis van de Duitse regeling, waarbij ook kan worden gewe-

63 Vgl. wat Hammerstein 2010, par. 6, opmerkt, nl. dat zowel Wiarda als Ras (oud-presidenten van de Hoge Raad) wezen op een nadeel van een verlofstelsel boven een selectie: dat de rechtsbescherming in een verlofstelsel wezenlijk in de knel komt.

64 Loth 2009a p. 6.

zen op de Oostenrijkse.⁶⁵ Ook de VCCA in haar reactie op het voorontwerp pleit daarvoor.⁶⁶

In de tweede plaats geldt dat het leiderschap van de Hoge Raad waar het gaat om de bewaking van de rechtseenheid, de bevordering van de rechtsontwikkeling en de bewaking van de kwaliteit van de rechtspraak, uitnodigt de praktijk structureel aan te moedigen en te stimuleren zaken met rechtsvormende waarde aan te brengen, eventueel door middel van het stellen van prejudiciële vragen.⁶⁷ Men kan dat ten opzichte van het wegselecteren van zaken ‘flankerend’ beleid noemen. Dat zou ook goed passen in de door Vranken in zijn bijdrage in deze bundel en zijn *NJB*-artikel naar aanleiding van het rapport van de commissie-Hammerstein⁶⁸ alsmede de door Giesen in zijn bijdrage in deze bundel zo mooi geschetste ontwikkelingen en desiderata.

Ik zeg niet dat art. 80a een gemiste kans is. Integendeel, als het met de kerntaken van de Hoge Raad voor ogen wordt gehanteerd – waarbij de formulering van de bepaling die kerntaken zou moeten uitdrukken zoals dat nog in de eerdere voorstellen gebeurde – leidt het zonder twijfel tot de gewenste positieve selectie en naar verwachting uiteindelijk tot een in onze rechtsorde passend verlofstelsel.⁶⁹

65 Voor Duitsland: par. 544 (7) dZPO. Voor Oostenrijk: par. 510 in verbinding met par. 477 (4) en (5) öZPO en de afdoening door *Beschluß*: par. 513 in verbinding met par. 471 en 473 öZPO.

66 Reactie op het concept-wetsvoorstel (zie noot 52), onder 3.

67 Zie daarover de bijdrage van Giesen in deze bundel.

68 Zie hierboven noot 35.

69 Dat voorziet ook Loth 2009a p. 15, in het scenario van een blijvende groei van de instroom.

De Hoge Raad als poortwachter of hekkensluiter?

A.L.M. Keirse*

I Agenda van de Hoge Raad; achtergrond, middel en ambitie

Op de agenda van de Hoge Raad staat het inperken van de instroom van zaken tot en deze uitbreiden met zaken die er werkelijk toe doen. Dit is in lijn met het rapport van de commissie-Hammerstein en wordt naar verwachting in de toekomst mogelijk gemaakt door het conceptwetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak.¹ Daartoe introduceert dit conceptwetsvoorstel een wettelijke grondslag voor een niet-ontvankelijkverklaring van een cassatieberoep door de Hoge Raad bij aanvang van de cassatieprocedure en stelt het nieuwe kwaliteitseisen aan advocaten die als procesvertegenwoordiger optreden voor de Hoge Raad.

Op het programma staat de invoeging van een nieuw art. 80a in de Wet op de rechterlijke organisatie, dat in concept luidt:

‘De Hoge Raad kan, gehoord de procureur generaal, het cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaren, wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat zij klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden of van te gering belang zijn.’

De Hoge Raad zoekt (via de wetgever) derhalve de ruimte voor de niet-ontvankelijkverklaring van een cassatieberoep op het (inhoudelijke) oordeel dat de ingediende middelen geen nadere beoordeling in cassatie rechtvaardigen. Dit zou naar verwachting meer tijd opleveren voor zaken die er wel toe doen en aldus is de ambitie van de Hoge Raad verwoord. Het doel is minder werkdruk, maar vooral ook

* Anne L.M. Keirse is hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en raadsheer bij het Gerechtshof Arnhem.

1 Commissie normstellende rol Hoge Raad, onder voorzitterschap van A.H. Hammerstein, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008, aangeboden bij *Kamerstukken II 2007/08*, 29 279, nr. 69 en Conceptwetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak, te raadplegen via <www.internetconsultatie.nl/versterking_cassatierechtspraak>.

meer sturing, meer relevantie, meer gezag.² Benadrukt wordt dat er meer op het spel staat dan enkel werklastperikelen; inhoudelijke vernieuwing is wat de Hoge Raad beoogt. Een en ander zou in het belang van de rechtsorde zijn. Die is immers meer gediend met enkele goed gemotiveerde en goed getimede uitspraken op geselecteerde leerstukken, dan met een groeiende stroom art. 81 RO-uitspraken.³ Maar ook de justitiabele zelf heeft hier te winnen; voor hem of haar is het beter om snel en duidelijk een niet-ontvankelijk te horen, dan om na dure rechtsbijstand en vele maanden wachten, een onbevredigende 81 RO-uitspraak te krijgen.⁴ Deze ambitie, meer aandacht voor zaken die ertoe doen, moet dus worden gerealiseerd door selectie aan de poort. Daarmee ligt een drietal vragen voor: wie gaat beperken en uitbreiden (par. 2 en 3), hoe wordt dat gedaan en wat valt af of komt erbij (par. 4 en 5)?

2 Als niet aan de Hoge Raad, aan wie dan wel?

Over de eerste vraag, wie selecteert, zijn relatief weinig pennen in beweging gebracht. Het wordt min of meer voorondersteld dat het aan de Hoge Raad is om zaken die er wel en zaken die er niet toe doen, van elkaar te onderscheiden. In *Trema* valt evenwel te lezen dat selectie van zaken niet past bij de positie van de rechter.⁵ Selectie vindt in ons rechtsstelsel uitsluitend plaats door partijen. Dat moet volgens sommigen zo blijven. De rechter behoort geen enkel belang bij het hem voorgelegde te hebben; dit sluit eveneens uit dat hij kan kiezen tussen wat hem wel en wat hem niet op het bord wordt gelegd.

Maar, zo kan hier tegen in worden gebracht, als het niet aan de cassatierechter zou zijn om te selecteren, aan wie is het dan wel? Partijen kan men niet vragen om zaken die er wel en zaken die er niet toe doen van elkaar te onderscheiden; de eigen zaak doet er immers altijd toe. Advocaten zijn in deze evenmin afdoende selecteurs, anders dan zij zelf soms denken.⁶ Immers, ook bij hen staan steeds de belangen in de individuele zaak voorop. Selecteren past niet bij de rol van de advocaat, het is niet aan de advocaat om de Hoge Raad te sturen of om hem te beschermen tegen een te hoge werkdruk. Wel is het zijn taak de belangen van zijn cliënt te behartigen.⁷ Dit kan billijken dat hij bij tijd en wijle tracht de Hoge Raad als derde feitelijke instantie te gebruiken; onder omstandigheden kan het de inzet van het spel zijn om met een behendig ontworpen cassatieklacht de cassatierechter ertoe te verleiden op de stoel van de feitenrechter te gaan zitten om aldus de beoordeling

2 Zie o.a. de voordracht door G.J.M. Corstens, president van de Hoge Raad, gehouden bij de Voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht op 5 juni 2009, te raadplegen via <www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Versterking+van+de+cassatierechtspraak.htm>; M.A. Loth, 'Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt', in: A.G. Castermans (e.a.) (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, BWKL 25, Deventer: Kluwer 2009, p. 5-6. Vergelijk ook de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak.

3 Aldus Loth 2009, p. 5.

4 Zie A. Hammerstein, 'Selectie aan de poort, een reactie op Van der Wiel', *AA* 2010, p. 112-114.

5 C.M. Schrijnen, 'Selectie aan de poort', *Trema* 2009, p. 353-354.

6 Vergelijk B.T.M. van der Wiel, 'Selecteren in plaats van afserven? Het voorstel van de commissie-Hammerstein tot invoering van een selectiekamer bij de Hoge Raad', *AA* 2009, p. 855-959; J. van Duijvendijk-Brand, 'Waartoe is de Hoge Raad op aarde?', *NJB* 2010, p. 445.

7 Vergelijk ook de bijdrage van Franken in deze bundel.

nog eens over te doen, ditmaal in het voordeel van cliënt. Ook kunnen de belangen van cliënt met een uitstel van executie zijn gediend. Daarnaast zijn er geluiden te horen dat men niet te licht moet denken over de druk die soms op advocaten wordt uitgeoefend om in cassatie te gaan, ook als er maar een minuscuul gaatje is.⁸ Een afwijzing van de Hoge Raad, zelfs al is deze kort en snel, kan bij bepaalde klachten van sommige klagers meer goed doen dan aanhoudende weerstand van de eigen advocaat.

Dit betekent overigens niet dat het stellen van eisen van vakbekwaamheid ter versterking van de cassatierechtspraak, zoals de wetgever thans voor ogen staat, zinloos moet worden geacht. Een kwalitatief goede cassatieadvocaat kan door cliënten te beschermen tegen kansloze cassatieberoepen mede bijdragen aan het selecteren van zaken die voor beoordeling in cassatie in aanmerking komen. Een zekere schifting van zaken wordt in de praktijk ook nu al door de cassatiebalie gemaakt. Toch worden jaarlijks ruim vijfhonderd civiele zaken aan de Hoge Raad voorgelegd, waarvan een belangrijk deel volgens de Hoge Raad niet in cassatie thuishoort en met toepassing van art. 81 RO wordt afgedaan.⁹ Met het conceptwetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak wordt daarom onder meer beoogd de zeeffunctie van de advocatuur te verbeteren en te voorkomen dat kwalitatief ondeugdelijke cassatieschriften aan de Hoge Raad worden voorgelegd. Daartoe wordt voorgesteld in de Advocatenwet een opdracht neer te leggen aan het college van afgevaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten om bij verordening regels te stellen inzake eisen van vakbekwaamheid aan cassatieadvocaten. Maar zelfs als alle cassatiemiddelen die in de toekomst bij de Hoge Raad worden ingediend, voldoen aan de daaraan te stellen eisen en vragen van rechtseenheid, rechtsontwikkeling of rechtsbescherming voorleggen, bestaat er een behoefte aan een nadere selectie.

Denkbaar is deze selectie aan de feitenrechter te laten. Zo geschiedt in een aantal van de ons omringende landen.¹⁰ In Duitsland beslist de civiele appelrechter in zijn uitspraak of daartegen beroep bij het *Bundesgerichtshof* openstaat.¹¹ Luidt het oordeel van de appelrechter negatief, dan kan de rechtzoekende eerst daartegen bij het *Bundesgerichtshof* in beroep komen. Groot-Brittannië kent een vergelijkbaar verlostelsel; beroep bij de *House of Lords* in civiele zaken uit Engeland, Wales en Noord-Ierland vereist voorafgaand verlof verleend door de *Court of Appeal* die de bestreden beslissing gaf of de *House of Lords* zelf.¹²

Het opvoeren van de feitenrechter als selecteur is voor de Nederlandse situatie echter (nog) een stap te ver; de vrijheid van partijen gebruik te maken van beroep in cassatie wil de wetgever onaangetast laten. Geëxpliciteerd wordt dat het voorliggende wetsvoorstel geen verlostelsel beoogt in de zin van een systeem waarin de rechter voorafgaand toestemming moet verlenen voor het gebruik van een rechts-

8 H.A. Groen, 'Selectie aan de poort. Het rapport van de commissie normstellende rol van de Hoge Raad', *Trema* 2008, p. 344.

9 Zie memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak.

10 Zie nader M. Köhne, *Coördinatie van rechtspraak* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

11 N. Dethloff, 'Zugang zur Revisionsinstanz', *ZRP* 2000, p. 428 e.v.

12 See House of Lords, *Briefing, Judicial work*, London 2008, te raadplegen via <www.parliament.uk/lords>.

middel.¹³ Overigens is mogelijk ook het gezag van de rechtspraak gediend als een teleurgestelde justitiabele niet van hetzelfde rechtscollege dat de voor hem negatieve beslissing uitspraak, maar van een ander te horen krijgt dat cassatie tegen de bestreden uitspraak niet-ontvankelijk is.

Daarmee blijft een commissie van deskundigen over als alternatief. Denemarken staat in dat opzicht nog alleen. De beslissing of een zaak van algemeen belang ter beoordeling aan het Deense hoogste rechtscollege wordt voorgelegd, wordt genomen door een onafhankelijk orgaan, samengesteld uit een raadsheer van het hoogste rechtscollege zelf, een rechter van de tweede en één van de eerste instantie, een advocaat en een hoogleraar. Voor Nederland acht ik een dergelijke extra instantie niet direct gewenst. Het zou in zekere zin tot dubbel werk leiden en het zicht van de Hoge Raad op wat er in feitelijke instanties speelt kunnen beperken. Bovendien kan men zich afvragen wie in deze deskundiger is dan de Hoge Raad zelf.

En, zo kan men de gedachtegang vervolgen, als het niet aan de justitiabele, de advocaat, de feitenrechter of een nader te bepalen commissie van deskundigen is, is het dus aan de Hoge Raad om zaken die ertoe doen te selecteren. Een en ander is negatief gesteld. Het kan ook positief worden gekeerd: Het is, zoals in de volgende paragraaf aan de orde komt, uit de aard der zaak aan de Hoge Raad.

3 De bevoegdheid om de eigen bevoegdheid te bepalen

Als we het aan de Hoge Raad overlaten om als hoogste rechter te oordelen over rechtsgeschillen, kunnen we het ook aan hem overlaten om te beoordelen welke zaken er wel en welke er niet toe doen. Deze stelling gaat niet uit van blind vertrouwen in de Hoge Raad, maar van realiteitsbesef. Immers, ook nu beslist de Hoge Raad reeds wat er wel en wat er niet toe doet. Misschien minder expliciet, maar niet minder vernietigend.

De Hoge Raad heeft al jaren de bevoegdheid om de eigen bevoegdheid te bepalen.¹⁴ Hij bepaalt immers wat rechtsklachten zijn en wat niet. Hij kan de grens tussen recht en feit enigszins verschuiven, motiveringsklachten meer of minder ruim toelaten. Zaken die er niet toe doen kan hij verkort afdoen op de voet van art. 81 RO: 'Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel.'

Het is al vaker gezegd, de Hoge Raad gaat voort op de eerder ingeslagen weg. Zo bezien verworden art. 81 RO-uitspraken tot art. 80a RO-niet-ontvankelijkverklaringen. Dit is zonder twijfel een win-winsituatie. Zaken die de Hoge Raad kansloos en onbelangrijk acht (en waarover de Hoge Raad zich ook al in het huidige systeem niet inhoudelijk uitlaat), zullen in de toekomst al bij de poort worden afgeserveerd, zonder dat daarin onnodig tijd, energie en geld wordt gestoken, door partijen, advocatuur, wetenschappelijk bureau, parket en Hoge Raad. Aldus blijft er meer tijd en energie over voor zaken die er wel toe doen.

13 Zie de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak. p. 12.

14 Zie Loth 2009, p. 7; Van Duijvendijk-Brand 2010, p. 445.

In zoverre ben ik het dan ook eens met de stelling van Asser dat het voorgestelde art. 80a RO geen wezenlijke verandering van het bestaande systeem betekent.¹⁵ Een verschil in ordening wellicht – de Hoge Raad presenteert zich als poortwachter, niet als hekkensluiter – maar geen verschil in genus. Ik zou daaraan echter willen toevoegen dat dit eigenlijk wel zou moeten; het zou een wezenlijke verandering moeten impliceren. En daarmee kom ik hierna vanzelf op het hoe selecteren en het wat.

4 Wat ertegenover moet staan

De Hoge Raad hoeft zijn kostbare tijd in de toekomst niet langer te verdoen aan klachten die geen behandeling in cassatie rechtvaardigen omdat zij van te gering belang zijn. Maar daar moet mijns inziens dan wel wat tegenover staan. Wil men zijn aandacht in het bijzonder richten op die zaken die het belang van de individuele zaak overstijgen, dan moeten ook de inhoudelijke beoordelingen van die zaken het belang van de individuele zaak overstijgen. Dit betekent bijvoorbeeld overwegingen ten overvloede van algemene, sturende strekking. Het betekent beleidsmatig argumenteren. Het betekent tevens die punten oppakken die voor de uitkomst van het geschil geen verschil maken, maar voor de rechtsvorming en rechtseenheid van groot belang kunnen zijn. Het betekent meer zaken zelf afdoen. Ik geef een paar voorbeelden van vragen die nu bij de Hoge Raad liggen of komen te liggen. Moet een schending van de schadebeperkingsplicht leiden tot verval of tot beperking van de extra schade die de benadeelde redelijkerwijs had kunnen voorkomen? In het Nederlandse recht, maar ook in andere Europese landen, zijn reeds vele jaren twee stromingen te onderscheiden.¹⁶ Gangbaar is de opvatting dat de vermeerdering van de schade die het gevolg is van het stilzitten van de benadeelde zelf, geheel ten diens laste moet blijven. Daartegenover staat het oordeel dat de dader gehouden is tot vergoeding van een evenredig deel van de extra schade die bij redelijk handelen van de benadeelde zou zijn voorkomen. Welke van beide stromingen ook gekozen wordt, voor de feitelijke uitkomst van het geschil zal het niet steeds uitmaken. Toch is het voor de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid van belang dat de discussie afgesloten wordt.

Een andere vraag die tot op heden onbeantwoord is, is bijvoorbeeld of er een (dwingende) volgorde bestaat in de gezichtspuntencatalogus die de Hoge Raad bij de doorbreking van de absolute verjaringstermijn heeft aangedragen.¹⁷ Voorts heerst

15 Verwezen zij naar de stellingen die Asser centraal stelde tijdens de workshop Selecteren in civiele zaken op het congres De Hoge Raad in 2025. Vergelijk ook zijn bijdrage in deze bundel.

16 Zie A.L.M. Keirse, 'Het "alles-of-niets"-denken naar de geschiedenis verbannen. Over de sanctie van niet-naleving van de schadebeperkingsplicht en de verdelende rechtvaardigheid', *AV&S* 2005-1, p. 3-16; N. Frenk, 'Naar echte eigen schuld? Over toerekening aan de benadeelde in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht', *AV&S* 2006-2, p. 44; Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II* 2009, nr. 127; F.T. Oldenhuis (red.), *Schadebeperkingsplicht; wie verwacht wat van wie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 121.

17 Zie hierover o.a. J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008; T. Hartlief, J. Hijma & H.J. Snijders, *Advies over doorbreking van de verjaringstermijn en stelplicht en bewijslast voor aansprakelijkheid*, voor het Instituut Asbestslachtoffers, 2009; Hof Arnhem 15 december 2009, *LJN* BL 3708, *TVP* 2010-2, p. 49 met noot J.L. Smeehuijzen.

er twijfel over het antwoord op de vraag of voor werkgeversaansprakelijkheid voor alle beroepsziekten dezelfde bewijslastverdeling geldt of dat meer diffuse ziektebeelden, zoals RSI en burnout, anders moeten worden benaderd.¹⁸

Deze voorbeelden kunnen eenvoudig met andere worden uitgebreid, maar dat zal niet nodig zijn. Het gaat om vragen waarover in de literatuur en feitenrecht-spraak hevig wordt gedebatteerd. Het zijn tegelijkertijd kwesties die de beslissing in het individuele geval niet altijd anders maken. Zijn ze daarom van onvoldoende belang? De vraag stellen is haar beantwoorden.

Mogelijk zou het weerwoord van de Hoge Raad hierop luiden dat kwesties als deze zich goed lenen voor toepassing van de in te voeren mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen of voor het instituut van de cassatie in belang der wet. Daartegen bestaat op zich geen bezwaar. Maar, naar ik meen, zal de Hoge Raad eerst moet laten zien dat hij op voornoemde wijze, een wijze die het belang van de individuele zaak overstijgt, zaken gaat behandelen. Dan komt tijd voor de zaken die er werkelijk toe doen – de zaken waarin de Hoge Raad werkelijk sturend en belangrijk kan zijn – vanzelf. Niemand zal dan nog de Hoge Raad durven aanzien als derde instantie. Dit brengt op den duur, zo verwacht ik, een ontwikkeling van een negatieve selectie naar een positieve met zich.¹⁹ Het omslagpunt ligt daar waar zaken die in beginsel tot cassatie zouden kunnen leiden, bij de poort worden geweigerd omdat andere zaken belangrijker zijn.²⁰ Om de kwaliteit van het recht te waarborgen, zijn pragmatische keuzes soms onvermijdelijk. Zo leren ook rechtsvergelijkende uitstapjes. De hoogste rechtscolleges in onder meer Denemarken, Finland, Groot-Brittannië en Spanje concentreren zich met behulp van verlofstelsels op bepaalde zaken, waaronder in het bijzonder zaken van algemeen belang, om de werklust beheersbaar te houden.²¹

Uiteraard realiseer ik mij dat het stadium van de rechtsontwikkeling op een bepaald punt het moet toelaten om sturend te beslissen in een concreet geschil, alsook dat er, in de bewoordingen van Hammerstein, voldoende ruimte moet bestaan om te vullen tussen de wet en het individuele geval. In dat kader stelt Hammerstein dat de Hoge Raad, bijvoorbeeld op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid of het kennelijk onredelijk ontslag, de sterk van de feiten afhankende open norm niet verder kan invullen zonder de feitenrechters hinderlijk voor de voeten te lopen.²² Het is evenwel de vraag of deze vrees terecht is. Als ik het goed zie, weten feitenrechters richtinggevende arresten van de Hoge Raad op prijs te stellen. Op klare dag voelt men zich niet zo snel de pas afgesneden, terwijl het geen betoog behoeft dat niemand met een kluitje in het donkere riet wil worden gestuurd.

18 Zie hierover o.a. L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken, een stand van zaken', *L&S* 2008-3; Y.R.K. Watermann, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten*, (diss. EUR) Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009.

19 Zie ook de bijdrage van Asser in deze bundel.

20 Zie Loth 2009, p. 10.

21 Zie ook de rechtsvergelijkende notities in deze bundel.

22 A. Hammerstein, 'De Hoge Raad ondersteboven', *NJB* 2010, p. 551.

5 Van negatieve naar positieve selectie

De in mijn ogen juiste weg is derhalve steeds beslissen op een wijze die het belang van de individuele zaak overstijgt. Ik kan me evenwel niet aan de indruk onttrekken dat dit niet is wat de Hoge Raad of de wetgever op dit moment precies voor ogen staat. Dit vermoeden baseer ik niet alleen op het gedrag uit het verleden, of de veelgehoorde stelling dat de rechter vooral rechter moet blijven, en geen wetenschappelijk instituut of wetgever is, maar met name ook op de memorie van toelichting bij het conceptartikel 80a RO. Daar staat immers dat er sprake kan zijn 'van klaarblijkelijke ongegrondheid wegens gebrek aan belang, bijvoorbeeld omdat een op zichzelf gegronde klacht na cassatie niet kan leiden tot een andere uitkomst dan in de bestreden uitspraak al is bereikt.'²³

Dit is micro denken – dat moet macro worden; dat een uitspraak in een individueel geval niet tot een andere uitkomst kan leiden, betekent niet dat deze er niet toe doet. Aan de justitiabele een snel en gemakkelijk 'nee' verkopen om de rechtsorde te dienen? Daar moet dan wel tegenover staan dat de rechtsorde (in andere zaken) daadwerkelijk wordt gediend. Aldus zullen feitenrechters beter in staat worden gesteld hun rechtsbeschermende taak te vervullen.

Dit is in het kort mijn antwoord op het wie, hoe en wat. Het is aan de Hoge Raad om steeds te beslissen op een wijze die het belang van de individuele zaak overstijgt. En dat is meer dan alleen als hoogste rechter in individuele zaken beslissen. Aldus zal hij, zo is mijn verwachting, de ambitie om vooral bezig te zijn met zaken die er werkelijk toe doen, kunnen realiseren.

Hiermee zet ik een stap verder dan Groenhuijsen.²⁴ In zaken die het individuele belang overstijgen, verwacht ik niet alleen een uitgebreide conclusie en arrest, maar ook roep ik op dat de beslissing in meer of mindere mate wordt losgeweekt van het individuele geval. Daarmee vraag ik minstens net zo veel als Giesen; geen geschilbeslechting op microniveau, maar leiderschap op macroniveau – niet alleen in het kader van prejudiciële vragen, maar in alle zaken die ertoe doen.²⁵

23 Memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak, p. 15. Zie ook p. 20, waar als volgt valt te lezen: 'Bij klachten met een te gering belang kan, als gezegd, worden gedacht aan gevallen waarin na verwijzing toch geen andere beslissing zou kunnen volgen en het cassatieberoep zou moeten afstuiten op gebrek aan belang.'

24 Ik doel hier op de voordracht van M.S. Groenhuijsen aan het congres op 4 juni 2010.

25 Zie de bijdrage van Giesen aan deze bundel.

Selectie in strafzaken

A.A. Franken*

I Het criterium

In zijn oratie sprak Peters uit dat het recht aan de kant moet staan van de machtelozen, van de onder gezag gestelden, van hen die het meest in de verdrukking dreigen te komen.¹ Dat standpunt is een vertaling van zijn visie op de juridische dimensie van het strafrecht:

‘Het specifieke van het strafrecht – net als van het overige recht – ligt niet in zijn ordenings-, controle- en probleemoplossingsfuncties en niet in zijn functies van misdaadbestrijding. Deze functies zijn als het ware ‘natuurlijk’ en relatief onproblematisch, in die zin dat er geen samenleving denkbaar is zonder hen; zij liggen in wat men zou kunnen noemen de profane sfeer. Het specifiek-juridische ligt in secundaire controle: in het normeren van de maatschappelijke controle zoals die min of meer spontaan groeit of wordt gesteld door de staat en andere machthebbers. De juridische taak van het strafrecht is niet *policing society* maar *policing the police*. Aan deze normering van primaire controlefuncties ontleent het recht zijn maatschappijkritisch potentieel, zijn eigen morele dimensie.’

De ontwikkeling van het strafrecht in de afgelopen decennia is een andere dan Peters in 1972 voor ogen stond. De grote lijn in wetgeving en rechtspraak is er een van meer en harder strafrecht, en van meer instrumentaliteit dan rechtsbescherming.² Die constatering hoeft echter geen afbreuk te doen aan de door mij mede op de oratie van Peters geïnspireerde stelling dat het minst genomen nogal kunstmatig is een onderscheid te maken tussen rechtsvorming of rechtsontwikkeling aan de ene kant en rechtsbescherming aan de andere kant. Rechtsbescherming is ook ontwikkeling van straf(proces)recht, en op haar beurt veronderstelt een evenwichtige rechtsvorming ook en vooral een scherp oog voor de rechtsbescherming van het individu.

* A.A. Franken is hoogleraar straf(proces)recht aan de Universiteit Utrecht en advocaat in Amsterdam.

1 A.A.G. Peters, ‘Het rechtskarakter van het strafrecht’ (oratie Utrecht), in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 271-287. Het in de hoofdtekst volgende citaat staat op p. 275.

2 Zie bijvoorbeeld M.S. Groenhuijsen en T. Kooijmans, ‘Probleemoplossing door voortschrijdende wetgeving in het strafrecht?’, *DD* 2010, 25.

In het rapport van de commissie-Hammerstein wordt onderkend dat van een strikte scheiding tussen de diverse taken van de Hoge Raad niet steeds sprake is. Rechtsontwikkeling, rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsbescherming liggen in het verlengde van elkaar en kunnen niet los van elkaar worden gezien.³ Die verschillende taken wegen voor de commissie echter niet even zwaar.⁴ Uitsluitend aan de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad wordt immers een kwantitatief element toegevoegd om te komen tot de gewenste vermindering van de werkdruk en daarmee tot de voorgestane koersverlegging. Het oordeel van de commissie dat de Hoge Raad slechts moet ingrijpen bij *ernstige* fouten van de lagere rechter wordt uitsluitend aan de rechtsbeschermende taak gekoppeld (p. 10). Ten aanzien van de andere taken die aan de Hoge Raad worden toebedeeld, ontbreekt een vergelijkbare toevoeging. Dit kwantitatieve element mondt uit in het criterium van *significant* nadeel: alleen indien de individuele rechtzoekende dergelijke schade lijdt, is sprake van een zaak die er volgens de commissie toe doet (p. 12, p. 33, p. 41).

Door haar voorstel aldus te onderbouwen, wekt de commissie de suggestie dat het systeem – dat in abstracte noties als rechtsontwikkeling, rechtseenheid en rechtszekerheid een uitdrukking vindt – belangrijker wordt gevonden dan de mens die daarin wordt betrokken.⁵ Voor de kwaliteit, de legitimiteit en de doelmatigheid van de strafrechtspleging is dat geen gelukkige boodschap. Bovendien is de maatstaf inherent vaag. Het criterium van significant nadeel roept associaties op met een vergelijkbare kwantitatieve aanduiding in het standaardarrest over artikel 359a Sv, waarin de Hoge Raad onder meer heeft overwogen dat bewijsuitsluiting slechts in aanmerking komt indien een belangrijk voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden.⁶ Ik weet, ruim zes jaren na dit arrest, nog steeds niet wanneer (volgens de Hoge Raad) een strafvorderlijk voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden en welke criteria daarvoor in welke gevallen gelden – en overigens weet ik ook niet welke voorschriften meer of minder belangrijk zijn. Als het gaat om de toegang tot de cassatierechter, moet die onduidelijkheid worden vermeden.

2 De voorbeelden

Het bezwaar van de vaagheid verliest enigszins aan scherpte door de voorbeelden die de commissie-Hammerstein gebruikt als illustratie van de zaken die volgens haar onder het criterium zouden moeten vallen. Aan de hand van die voorbeelden kan bovendien worden nagegaan hoe de voorgestane selectie zich verhoudt tot de rechtsbeschermende taak van de cassatierechter.

3 *Versterking van de cassatierechtspraak*. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag 2008, p. 9-10.

4 Expliciet in die zin A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', *Ars Aequi* 2009, p. 672-675.

5 Ik heb daarover geschreven in 'De vergeten verdachte', *DD* 2008, 41. In gelijke zin P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Multitasking te zwaar voor de Hoge Raad?', in: G.J.M. Corstens, L. Timmerman & P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt (red.), *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 37-40.

6 HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376.

De eerste categorie van voorbeelden die in het rapport te vinden zijn, heeft betrekking op cassatiemiddelen die volgens de commissie in het huidige systeem geen andere afdoening rechtvaardigen dan via toepassing van artikel 81 RO (p. 32). Het gaat dan om middelen (1) die feitelijke grondslag missen, (2) waarin vaste rechtspraak wordt miskend, (3) waarin de duidelijke tekst van de wet wordt miskend en (4) waarin geen rekening wordt gehouden met de beperkingen van de toetsing in cassatie. In deze opsomming wordt, als ik het goed zie, geprobeerd zakelijk de cassatiemiddelen te beschrijven die vooral tot irritatie aanleiding geven omdat zij de aard van de cassatieprocedure miskennen, een gebrek aan kennis van het straf(proces)recht verraden of aantonen dat de stukken van het geding niet goed zijn bestudeerd.⁷ Te denken valt aan als cassatiemiddelen gepresenteerde betogen die niet (veel) meer zijn dan een herhaling van het pleidooi in hoger beroep, aan cassatiemiddelen waarin ongemotiveerd wordt betoogd dat het gerechtshof het openbaar ministerie niet-ontvankelijk had moeten verklaren wegens een schending van de redelijke termijn,⁸ en aan cassatiemiddelen die berusten op een evident onjuiste lezing van het bestreden arrest.

Het voorstel van de commissie-Hammerstein is voor deze zaken een selectiekamer in te stellen, die – al dan niet voorzien van een conclusie – op basis van de cassatieschriftuur de verzoeker niet-ontvankelijk in het cassatieberoep kan verklaren (p. 43-44). Daartegen kan geen serieus bezwaar bestaan. Met rechtsbescherming hebben deze zaken immers niets te maken; met rechtsvorming of rechtseenheid evenmin. Aan die taken van de Hoge Raad doet een selectie aan de poort in deze gevallen dan ook geen afbreuk.⁹

De tweede categorie van voorbeelden die in het rapport worden genoemd, hebben volgens de commissie-Hammerstein gemeen dat zij onderwerpen van ondergeschikte betekenis aan de orde stellen (p. 33). Daarmee wordt gedoeld op eventuele fouten van de feitenrechter die in het huidige systeem door ‘tamelijk mineure ingrepen’ kunnen worden rechtgezet. Daartoe rekent de commissie de zaken waarin de Hoge Raad (1) uitsprekt dat een verzuim van de feitenrechter te reageren op een verweer niet hoeft te leiden tot cassatie omdat dit verweer slechts had kunnen worden verworpen, (2) een verbetering aanbrengt in de kwalificatie of in de vermelding van toepasselijke wettelijke voorschriften, (3) op niet-wezenlijke onderdelen bepaalde overwegingen van de feitenrechter verbeterd leest of buiten beschouwing laat en (4) de motivering van de feitenrechter uitlegt. Deze zaken kunnen thans niet met toepassing van artikel 81 RO worden afgedaan. Ook die zaken moeten in de toekomst volgens de commissie door de selectiekamer eruit worden gefilterd. Zij zet dat in de volgende sleutel (p. 33):

7 A.J.A. van Dorst en J. de Hullu, ‘Warme gevoelens en irritaties in cassatie’, *Strafblad* 2007, p. 39-46.

8 En dus voorbij wordt gegaan aan de jurisprudentie over dit onderwerp, zoals aanvankelijk tot uitdrukking gebracht in HR 3 oktober 2000, NJ 2000, 721 (en HR 9 januari 2001, NJ 2001, 307) en nadien aangescherpt en verfijnd in HR 17 juni 2008, NJ 2008, 358.

9 Aldus ook al P.A.M. Mevis, ‘Versterking van de cassatierechtspraak’, *DD* 2008, 33.

‘Het ontbreken van significant nadeel zou als maatstaf dienst kunnen doen voor de zaken waarin in wezen uitsluitend op de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad een beroep wordt gedaan zonder dat de rechtsbescherming wezenlijk in het geding is.’

Met deze voorbeelden heb ik meer moeite. In artikel 121 Grondwet staat niet voor niets dat de vonnissen de gronden inhouden waarop zij rusten. De motiveringseisen uit het Wetboek van Strafvordering zijn de uitwerking van die grondwettelijke opdracht, en alleen al daarom kan niet te snel worden aangenomen dat de door de commissie beschreven voorbeelden – die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat er iets schort aan de motivering van de rechter die over de feiten oordeelt – betrekking hebben op zaken die er in cassatie niet toe doen. Dat heeft overigens niet alleen met rechtsbescherming te maken, maar inderdaad ook met de kwaliteit van de rechtspraak. Het is bovendien niet uit te leggen dat de Hoge Raad fouten in rechterlijke beslissingen van feitenrechters in stand laat, in plaats van deze te verbeteren of in voorkomende gevallen de zaak terug te wijzen of te verwijzen.¹⁰ En voorts begrijp ik niet goed hoe de voorgestane selectiemethode, die erop neerkomt dat slechts kennis wordt genomen van de cassatieschriftuur, tot de conclusie kan leiden dat een fout in de bestreden uitspraak geen wezenlijke betekenis heeft. Het lijkt me dat in die gevallen dat oordeel alleen kan worden bereikt indien ten minste het vonnis, het arrest of de beschikking is bestudeerd.

Met een simpele afwijzing wil ik niet volstaan. Interessant is dat de Hoge Raad in zijn verslag over de jaren 2007 en 2008 de categorieën heeft uitgebreid – bijvoorbeeld met de zaken waarin een beslissing op het verzoek getuigen te horen ontbreekt, maar het punt waarop de verdediging hen wilde horen niet van belang was – en nader heeft toegelicht met verwijzingen naar zijn jurisprudentie. Ik bespreek twee arresten waarnaar in dit verband wordt verwezen. Het eerste arrest betreft een zaak waarvan ik goed begrijp dat deze in de toekomst niet door de selectie komt. Het tweede arrest gaat over een zaak die volgens mij ook in de toekomst een inhoudelijk oordeel van de Hoge Raad verdient.

In de zaak die leidde tot HR 6 juni 2006, LJN: AW2430 werd in hoger beroep het verweer gevoerd dat de redelijke termijn was geschonden, onder meer omdat de stukken na instelling van het hoger beroep niet tijdig naar het gerechtshof waren gestuurd. Op dat verweer verzuimde het gerechtshof te reageren. De Hoge Raad moest daarom uitleggen waarom het verweer niet opging: tussen het instellen van het hoger beroep en de binnenkomst van de stukken bij de griffie van het gerechtshof zat een periode van nog geen vijf maanden.

In de zaak die leidde tot HR 7 oktober 2008, LJN: BD7257 werd in hoger beroep gediscussieerd over de vraag of in de auto van de verdachte een radarontvangst-apparaat aanwezig was. De verdediging betwistte dat, en betoogde in dat verband dat een in haar ogen noodzakelijk bedieningspaneel ontbrak. Zij verzocht in dat

10 Aldus J.B.M. Vranken, ‘Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand’, *NJB* 2009, p. 1082-1093. Zie ook P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, ‘Wat moet de Hoge Raad?’, in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 25-29.

kader twee getuigen te horen over de werking van een radarontvangstapparaat. Het gerechtshof verzuimde op dat verzoek te beslissen. Het cassatiemiddel dat op dat verzuim betrekking had, werd gegrond bevonden. Dat hoefde echter niet tot cassatie te leiden. De Hoge Raad kon namelijk uitleggen dat het voor de strafrechtelijke waardering van het ten laste gelegde feit niet van belang is of een radarontvangstapparaat ten tijde van het constateren van de overtreding daadwerkelijk functioneerde of niet.

In het verweer dat in de eerstgenoemde zaak werd gevoerd, werd de jurisprudentie over het recht op berechting binnen een redelijke termijn miskend. Het ging dus om een kansloos verweer. Dat een klacht over het verzuim daarop te reageren niet tot cassatie kan leiden, is duidelijk.¹¹ Ik zie daarom geen wezenlijk verschil met het hiervoor besproken voorbeeld dat in een cassatiemiddel vaste jurisprudentie wordt miskend. Wanneer een zaak als deze in de toekomst door de selectiekamer eruit wordt gehaald, dan heb ik geen bezwaar. In mijn visie raakt dat de rechtsbeschermende taak noch enig andere taak van de Hoge Raad. Anders is het met de tweede zaak. In die zaak concludeerde de advocaat-generaal tot vernietiging van het bestreden arrest. Dat is, minst genomen, een indicatie dat de wijze waarop de Hoge Raad het verzuim repareert niet als een ‘tamelijk mineure’ ingreep is aan te merken en dat een zaak als deze niet buiten de boot mag vallen. Wanneer de rechter verzuimt te oordelen over een verzoek dat ertoe strekt een standpunt of verweer van de verdediging kracht bij te zetten – dat in dit voorbeeld de uitleg van een strafbepaling aan de orde stelt – zal de Hoge Raad mijns inziens ook in de toekomst duidelijk moeten maken dat op een verzoek van de verdediging moet worden gereageerd. Dat is een wezenlijk, en geen ondergeschikt element van een fatsoenlijke strafrechtspleging. Indien hij daartoe aanleiding ziet, kan de Hoge Raad die reactie zelf geven. Daarmee wordt niet alleen de rechtsbescherming gediend; de Hoge Raad draagt dan ook bij aan de rechtsontwikkeling en de rechtszekerheid.

Aan de hand van deze voorbeelden kunnen we mogelijk een stap verder komen. Ten aanzien van de eerste categorie van voorbeelden die door de commissie-Hammerstein worden genoemd, kan geen bezwaar tegen vroegtijdige selectie bestaan. Het gaat om cassatiemiddelen die niets van doen hebben met enige taak van de Hoge Raad. Zij miskennen het recht, de grenzen van de cassatieprocedure en/of de stukken van het geding. Met de tweede categorie van voorbeelden ben ik daarentegen minder gelukkig. Zij raken aan de grondwettelijke motiveringseis, zij impliceren dat fouten in rechterlijke beslissingen in stand kunnen blijven en/of dat de verdediging geen antwoord behoeft te krijgen op (reële) verzoeken, verweren en onderbouwde standpunten. Onder deze categorie vallen dus cassatiemiddelen die allerminst een ‘punt van ondergeschikte betekenis’ raken. Ik voeg daaraan toe dat

11 Zo begrijp ik A. Hammerstein, ‘Selectie aan de poort, een reactie op Van der Wiel’, *Ars Aequi* 2010, p. 112-114, die aldaar meldt dat met selectie wordt beoogd alleen de kansloze beroepen op voorhand eruit te filteren. Zie ook M.A. Loth, ‘Versterking van de cassatie- en de appelrecht-spraak’, *Trema* 2009, p. 410-415, die in dit verband spreekt over een ‘negatief verlofstelsel’ en voorts B.F. Keulen, ‘Cassatie op een breekpunt’, *RM Themis* 2009, p. 201-213, die in HR 8 oktober 1974, *NJ* 1974, 518 één van de eerste voorbeelden uit de jurisprudentie herkent waarin de Hoge Raad vernietiging achterwege laat omdat het motiveringsgebrek betrekking had op een verweer dat niet kan slagen (op p. 203-204).

het een ieder die regelmatig arresten van de Hoge Raad leest wel eens zal zijn opgevallen dat de Hoge Raad bepaald creatief is in de wijze waarop hij door een verbeterde lezing of nadere uitleg een draai weet te geven aan overwegingen van de feitenrechter die zonder die reddingsoperatie onjuist of onbegrijpelijk zijn. Selectie aan de poort heeft in deze gevallen daarom eveneens tot gevolg dat de rechter die over de feiten oordeelt niet wordt verteld dat zijn overwegingen slechts aanvaardbaar zijn in een specifieke, door de Hoge Raad geformuleerde lezing daarvan. Het lerend vermogen van de rechtspraak – en daarmee de kwaliteit van de strafrechtspleging – zijn ermee gediend dat de Hoge Raad die toelichting blijft geven en dat selectie aan de poort dat niet verhindert.

Het lijkt me beter de eerste categorie van voorbeelden aan te vullen of uit te breiden met zaken waarin rechtsbescherming noch enige andere taak van de Hoge Raad aan de orde is. Meer precies geformuleerd, en geïnspireerd door Vranken:¹² een selectiecriteria zou ook de middelen kunnen omvatten die iedere relevantie voor de uitkomst van de cassatieprocedure missen. Daaronder valt het hiervoor genoemde voorbeeld van een zaak waarin het gerechtshof heeft verzuimd te reageren op een evident kansloos verweer, maar bijvoorbeeld ook het geval dat in cassatie wordt geklaagd over de afwijzing van een verzoek een getuige te horen, terwijl de verdachte is vrijgesproken van het feit waarover die getuige volgens opgave van de verdediging zou kunnen verklaren. Iedere relevantie mist ook het cassatiemiddel dat zich richt op de verwerping van een verweer, maar daarbij slechts een overweging ten overvloede aanvalt en niet de drie gronden waarop het gerechtshof zijn oordeel heeft gebaseerd.

Volgens de memorie van toelichting op het voorontwerp is het criterium van significant nadeel vervangen door dat van te gering belang, omdat de formulering van de commissie-Hammerstein lastig objectiverbaar is en onduidelijkheid schept over het niveau van rechtsbescherming dat de Hoge Raad beoogt te bieden (p. 20). Het criterium van het voorontwerp heeft wat mij betreft echter precies dezelfde nadelen. Ik merk in dit verband nog op dat een geringe schending van de redelijke termijn in de cassatiefase in de memorie van toelichting wordt genoemd als een voorbeeld van een klacht van een te gering belang. De straffkorting die pleegt te volgen indien zo'n klacht gegrond wordt verklaard, is voor de veroordeelde allerm minst van gering belang. Een week of een maand korting op een gevangenisstraf kan alleen als een (te) gering belang worden gezien indien de papieren werkelijkheid belangrijker wordt gevonden dan die van de betrokken mensen. Dat is een kant die we niet op moeten gaan.

Een selectieproces moet in het geheel niet tornen aan de rechtsbescherming. Het zou zich moeten richten op middelen die de fitnesses van de cassatieprocedure miskennen of duidelijk blijk geven van weinig inzicht in het straf(proces) recht en voorts op die middelen die niet relevant kunnen zijn voor de uitkomst van de procedure bij de Hoge Raad. Geen belang dus, in plaats van een te gering belang. Als het beeld kan worden gecorrigeerd dat de commissie-Hammerstein en het voorontwerp voorbijgaan aan de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad,

12 Vranken 2009, p. 1083-1084.

vergroot dat naar mijn overtuiging bovendien (binnen de advocatuur) de steun voor de voorstellen van de commissie en de wetgever. Het moet me overigens in dit verband van het hart dat het nogal gemakzuchtig is de kritiek op de selectieparagraaf van de commissie-Hammerstein te pareren met de opmerking dat de meeste criticasters uit de advocatuur afkomstig zijn.¹³

3 Tot slot: de cassatieadvocatuur en de rechtspraak in hoger beroep

Het voorstel voor selectie aan de poort en de daarop gegeven toelichting verraden zorgen over de feitenrechtspraak – vooral die in hoger beroep – en over de cassatieadvocatuur. In het voorontwerp worden de zorgen over de advocatuur vertaald in een voorstel dat er – kort gezegd – op neerkomt dat slechts advocaten bij de Hoge Raad kunnen optreden die voldoen aan in een verordening van de Nederlandse Orde van Advocaten vast te leggen eisen van vakbekwaamheid.

Deze regeling beperkt de vrije advocatenkeuze in cassatie. Dat wordt in de memorie van toelichting op het voorontwerp gepresenteerd als een verbetering van de zeeffunctie van de advocatuur (p. 8), die complementair aan het selectiemechanisme moet werken (p. 12). De rechtvaardiging voor de beperking wordt gezocht in de bescherming van de belangen van rechtzoekenden en het algemeen belang. Kwaliteitseisen creëren waarborgen voor een goede procesvertegenwoordiging bij de Hoge Raad, zo wordt gesteld (p. 16). De vooronderstelling is dat oefening kunst baart, en dat ervaren advocaten meer kwaliteit (kunnen) leveren dan zij die hoogst incidenteel rechtsbijstand in de cassatiefase verlenen. Een ‘mini-onderzoekje’ van Corstens heeft uitgewezen dat die vooronderstelling niet zonder meer juist is: ook *repeat players* missen wel eens kansrijke cassatieklachten of dienen kansloze cassatiemiddelen in.¹⁴

Specialisatie in de advocatuur is een gegeven. Onlangs is een vereniging opgericht van cassatieadvocaten in strafzaken. Het zal van de inhoud van de verordening afhangen of de formalisering daarvan die het voorontwerp beoogt bij die ontwikkeling aansluit, of deze juist doorkruist.¹⁵ Hoe dan ook moet worden gewaakt voor overspannen verwachtingen over de veronderstelde zeeffunctie van de advocatuur. De benadering die de minister van Justitie voorheen innam, spreekt mij wat dat betreft veel meer aan. Tegen specialisatie bestaat vanzelfsprekend geen bezwaar, zo hield hij de Tweede Kamer nog maar enkele jaren geleden voor,¹⁶ maar dat biedt niet de oplossing voor de problemen die de commissie-Hammerstein heeft gesignaleerd. Het belang van de verdachte loopt, aldus de minister, niet steeds synchroon met het belang van een goede cassatierechtspraak. Bovendien ligt het volgens hem niet in de rede voor de oplossing van meer algemene problemen in

13 Daarop zinspeelt Hammerstein 2010, p. 112.

14 G.J.M. Corstens, ‘De toekomst van de cassatie’, *Strafblad* 2007, p. 31-38.

15 Ik merk in dit verband nog op dat de commissie-Neleman, die zich heeft gebogen over de rechtsbijstand in civiele cassatieprocedures, in haar rapport van 21 juni 2004, de gedachte van tuchtrechtelijke handhaving aan de hand van een op kwaliteit toegespitste verordening van de hand heeft gewezen. Het tuchtrecht is niet geschikt voor regulering van kwaliteit, maar gericht op het op incidentele basis en achteraf aanpakken van excessen. Zie ook A.A. Franken, ‘De Hoge Raad en de cassatieadvocatuur’, *DD* 2005, 49.

16 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 78, p. 12.

de cassatierechtspraak primair de advocatuur verantwoordelijk te houden. Bij die stand van zaken klemt de vraag te meer of de initiatieven die vanuit de advocatuur zelf worden ondernomen om te komen tot specialisatie en kwaliteitsverbetering door de wetgever en door Nederlandse Orde van Advocaten in dwingende kaders moeten worden geplaatst.

Opvallend is dat in het rapport van de commissie-Hammerstein over de versterking van de cassatierechtspraak noch in (de memorie van toelichting op) het voorontwerp aandacht wordt besteed aan de consequenties voor de feitenrechtspraak van een selectie van zaken door de Hoge Raad. De samenhang tussen de verschillende rechtsmiddelen, met name die tussen het hoger beroep en het cassatieberoep, is een perspectief dat in ieder geval niet kan worden gemist. Daarvoor zijn twee redenen. De eerste is dat een deel van de cassatieklachten die er volgens de commissie en de wetgever niet toe doen, betrekking heeft op fouten die in de feitenrechtspraak (in hoger beroep) worden gemaakt. Dat zijn weliswaar fouten die geen significante betekenis hebben (Hammerstein) of die van een te gering belang zijn (voorontwerp), maar het blijven fouten. Als die fouten niet worden gemaakt, kunnen daarover ook geen cassatieklachten worden geformuleerd. De tweede reden heeft te maken met de rechtsbescherming van de rechtzoekende, in strafzaken vooral de verdachte. Indien de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad wordt beperkt, brengt dat mee dat – in de woorden van Loth – het accent van de rechtsbescherming in het individuele geval verschuift van de Hoge Raad naar de hoven.¹⁷ Zijn de gerechtshoven in staat die verantwoordelijkheid te dragen? De ambities zijn er, getuige het rapport over de kernwaarden van de appèlrechtspraak.¹⁸ Maar het concept van het voortbouwend appèl staat daarmee minst genomen op gespannen voet. Nog afgezien van de vaststelling dat dit concept niet eenduidig wordt ingevuld, is de constatering onontkoombaar dat het allerlei beperkingen in het hoger beroep heeft aangebracht die primair de rechtsbescherming van de verdachte raken. Het risico van verslonzing van de rechtsbescherming, door de afnemende controle van de Hoge Raad, komt daar dan bovenop.¹⁹ Alleen al daaruit blijkt het belang van een bredere visie op het stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken. De gevolgen van het voortbouwend appèl voor de kwaliteit van de feitenrechtspraak behoren daarom te worden betrokken in de vaststelling van het door de Hoge Raad te hanteren en in te vullen selectie criterium in de cassatierechtspraak. Dat criterium staat niet op zichzelf. De invulling ervan is afhankelijk van de vraag of op het niveau van de feitenrechtspraak kwaliteit wordt geboden, ook in termen van rechtsbescherming.

17 M.A. Loth, 'Versterking van de cassatie- en de appelrechtspraak', *Trema* 2009, p. 410-415. Zie ook Mevis 2008.

18 *Kernwaarden appelrechtspraak. Rapport commissie kernwaarden appelcolleges*, Den Haag 2008.

19 De uitdrukking 'verslonzing' is van M.A. Loth, 'Reparaties aan de 'cassatiemotor'', in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 5-10 (op p. 9). Ik wijs voorts op de conclusie van A-G Jörg voor HR 25 november 2005, NJ 2006, 411, waarin hij schrijft over zijn ergernis over steeds terugkomende fouten van feitenrechters.

Selecteren in strafzaken

A.J. Machielse*

I Waar gaat het over?

Op 1 oktober 2000 is de Wet-Haak in werking getreden,¹ als gevolg waarvan op straffe van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep een cassatieschriftuur door een advocaat ingediend moet worden. In 2001 was de totale instroom aan strafzaken bij de Hoge Raad 2483. In 53% van die zaken waren geen middelen voorgesteld. Op een deel van die instroom was het nieuwe stelsel nog niet van toepassing. In 2006 is de instroom 3599. In 59% is geen schriftuur door een advocaat ingediend. In de overblijvende 41% wel. Daarin moet dus geconcludeerd worden door het parket bij de Hoge Raad. De strafkamer moet de zaak in behandeling nemen. In 2009 is de instroom 3554. Nu is in 48% van de zaken geen middel ingediend. In 52% wel.²

Ik begin met deze cijfers om duidelijk te maken dat sinds de inwerkingtreding van de Wet-Haak de instroom van strafzaken bij de Hoge Raad is toegenomen met ruim 40%. De instroom van zaken waarin middelen zijn voorgesteld kent een nog grotere toename omdat het aandeel van de peken, de zaken zonder middelen, in het geheel afneemt.

Maar alleen getallen zeggen niet alles. Ook de moeilijkheidsgraad in strafzaken is gemiddeld toegenomen. Dat is te verklaren door de grotere complexiteit van het strafrecht, onder meer door internationale ontwikkelingen, door nieuwe wetgeving waar een oordeel van de Hoge Raad over wordt gevraagd (denk aan terrorismewetgeving, vormverzuimen, uitleg van art. 359 lid 2 Sv), door specialisering en uitbreiding van de strafrechtsadvocatuur. Ook grote afzonderlijke strafzaken drukken zwaar. Denk aan recente herzieningen in de strafzaken van Ina Post en Lucia de Berk. Of aan gewone strafzaken zoals de zaak-Holleeder.

Voor een betrekkelijk kleine organisatie als de Hoge Raad is zo een aanwas in kwantiteit en kwaliteit een zware belasting. Dat heeft onder meer te maken met de taken die aan de Hoge Raad zijn toebedeeld in de rechtspleging. De Hoge Raad waakt over de rechtseenheid. Die taak kan het beste vervuld worden door een

* A.J. Machielse is advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar straf(proces)recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 Wet van 28 oktober 1999, *Stb.* 1999, 467. Zie voor de inwerkingtreding *Stb.* 2000, 271.

2 Zie voor deze cijfers de jaarverslagen van de Hoge Raad op <www.hogeraad.nl>.

betrekkelijk kleine organisatie. Anders bestaat het gevaar dat binnen de schoot van de Hoge Raad de coördinatie en afstemming van standpunten over meerdere schijven moeten gaan lopen. Efficiënte besluitvorming veronderstelt korte lijnen, overzichtelijkheid en een min of meer informele structuur. Hoe groter de organisatie hoe meer voorzieningen moeten worden getroffen om uiteindelijk de rechts-eenheid te bewaken. Kijk naar Duitsland waar het Bundesgerichtshof meerdere strafkamers heeft die standpunten kunnen innemen die onderling afwijkend zijn. Voor de rechtsvorming geldt hetzelfde. Rechtsvorming geschiedt natuurlijk overal in het rechtssysteem. In de werkelijkheid doen zich nieuwe verschijnselen voor, worden constructies ontwikkeld die aan de feitenrechter worden voorgelegd. Deze vormt zijn oordeel. Uiteindelijk moet er wel één instantie zijn die de knoop doorhakt en de weg wijst.

Tot slot heeft de Hoge Raad een taak op het terrein van de rechtsbescherming. Die taak is niet uniek. Rechtsbescherming van de burger is een taak voor iedere rechter. Als die rechtsbescherming raakt aan rechtseenheid en rechtsvorming, bijvoorbeeld als gevolg van nieuwe wetgeving, ligt inschakeling van de Hoge Raad voor de hand. Daarnaast zal de Hoge Raad gebreken in de rechtsbescherming door de feitenrechters moeten kunnen corrigeren. Als gegarandeerd zou zijn dat in eerdere instanties de rechtsbescherming volkomen zou zijn gewaarborgd, zou de Hoge Raad op dat terrein geen taak meer hebben. De Hoge Raad is wat rechtsbescherming betreft een restrechter. Maar voor rechtseenheid en rechtsvorming is altijd een instantie nodig met een leidende rol.

2 Ontwikkelingen

In de loop der jaren zijn er verschillende ontwikkelingen in gang gezet om de afhandeling van zaken in cassatie te stroomlijnen en te verbeteren. Deze stappen zijn gezet in het belang van de justitiabele, omdat die erbij is gebaat zo snel mogelijk uitsluitsel te krijgen van de Hoge Raad. Maar ook andere belangen zijn daardoor gediend. Denk aan de rechtspraktijk die zich wil richten op de uitleg door de Hoge Raad. Niet in het laatst is te vermelden dat cassatie een exclusieve vorm van rechtspraak is, ingericht om kwaliteit te leveren. Inschakeling van de Hoge Raad kost tijd en geld. Dat gezocht wordt naar efficiënte afdoeningswijzen is daarom niet vreemd.

Het instellen van een schrijftuurverplichting was natuurlijk al een stap. Dat aan de Hoge Raad de mogelijkheid is geboden om met een verkorte motivering zaken af te doen als de Hoge Raad van oordeel is dat een klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van rechtseenheid of rechtsontwikkeling (art. 81 RO), past in deze ontwikkeling. Evenals de mogelijkheid om cassatiezaken af te doen met drie raadsheren in plaats van met vijf.

Daarnaast heeft de Hoge Raad de eigen processen nog eens onder de loep genomen en daarin aanpassingen aangebracht. Te denken is aan de tijdsbesparende wijze waarop geheide 81 RO-beslissingen worden afgehandeld. Het parket bij de Hoge Raad is niet overgegaan tot het nemen van complete 81 RO-conclusies, maar experimenteert wel met de mogelijkheid om verkort te concluderen. Al deze stappen staan in dienst van het streven zo efficiënt mogelijk gebruik te maken van de schaarse cassatiemogelijkheid zonder de kwaliteit van het werk te zeer geweld aan te doen.

3 Het voorstel

En nu is dan het conceptwetsvoorstel ‘versterking cassatierechtspraak’ openbaar gemaakt.³ Dat wetsvoorstel komt voort uit het rapport-Hammerstein.⁴ Het wetsvoorstel schept de mogelijkheid om eisen te stellen aan advocaten die bij de Hoge Raad procederen, maar in het kader van deze werkgroep is natuurlijk artikel 80a RO spraakmakend. Volgens die bepaling kan de Hoge Raad, gehoord de procureur-generaal, het cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaren wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat zij klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden of van te gering belang zijn. De Hoge Raad kan die beslissing slechts nemen als kennis is genomen van de schriftuur. Niets staat er overigens aan in de weg dat de Hoge Raad ook nog van andere stukken kennisneemt. De mogelijkheid van het voorgestelde artikel 80a RO biedt de feitenrechter dus geen verlichting. Als tegen zijn beslissing cassatie mogelijk is en cassatie wordt ingesteld, zal het vonnis of arrest moeten worden uitgewerkt, ook als achteraf de Hoge Raad de zaak met toepassing van artikel 80a RO afdoet.

Wel kan het voorstel ruimte bieden aan administratie en secretariaat van de Hoge Raad, omdat een zaak al via niet-ontvankelijkverklaring wordt afgevangen bij het begin van het logistieke proces en niet eerst aan het einde daarvan. Het voorstel zal ook aan de strafkamer van de Hoge Raad ruimte kunnen bieden, mits de beoordeling op artikel 80a RO geen opgetuigde kerstboom wordt. Als de Hoge Raad toepassing geeft aan artikel 80a RO, kan de procureur-generaal afzien van het nemen van de conclusie evenals wanneer er geen schriftuur is ingediend. Als de procureur-generaal afziet van het nemen van een conclusie komt een Borgersbrief niet meer ter sprake. Het vijfde lid van artikel 439 Sv geeft immers de raadsman van verdachte of van de benadeelde partij de gelegenheid om binnen twee weken na verzending van de conclusie daarop een schriftelijk commentaar aan de Hoge Raad te doen toekomen. Als er geen conclusie wordt genomen, wordt er ook geen conclusie verstuurd. Als er dan wel een Borgersbrief komt, zal de Hoge Raad die terzijde kunnen leggen. Welke procedures precies zullen worden ontworpen, is nog niet zeker. De procureur-generaal zal niet kunnen afzien van het nemen van een conclusie als de Hoge Raad het beroep wel ontvankelijk oordeelt. Als de procureur-generaal afziet van het nemen van een conclusie, te kennen gevend dat de Hoge Raad zijns inziens artikel 80a RO dient toe te passen, kan de Hoge Raad tot een ander oordeel komen en alsnog om conclusie vragen. Andersom lijkt het voor het parket tijdverspilling als de procureur-generaal wel concludeert en vervolgens moet zien dat de Hoge Raad het cassatieberoep alsnog met toepassing van artikel 80a RO niet-ontvankelijk verklaart. Ik kan mij overigens voorstellen dat de procureur-generaal toch concludeert en wel tot niet-ontvankelijkverklaring van het beroep in de periode waarin de grenzen van artikel 80a RO nog moeten worden getrokken. Over de te volgen procedure zal nog wel goed moet worden nagedacht.

3 Voorontwerp van Wet tot Wijziging van de Advocatenwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak (versterking cassatierechtspraak), beschikbaar op <http://internetconsultatie.nl/versterking_cassatierechtspraak>.

4 *Versterking van de cassatierechtspraak*. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag 2008.

Voorkomen zal mijns inziens dienen te worden dat de toepassing van artikel 80a RO te ingewikkeld en tijdrovend wordt.

De grote vraag is natuurlijk wat voor zaken met artikel 80a RO buiten de deur zullen worden gehouden. Er is op dit moment nog niet veel van te zeggen, omdat de Hoge Raad, zo vermoed ik, gaandeweg categorieën van gevallen zal gaan ontwikkelen en grenzen zal gaan stellen, daartoe voorgelicht door zijn parket.

Wat bijvoorbeeld mijns inziens niet zeker is, is dat alle zaken die de Hoge Raad nu nog met artikel 81 RO afdoet in aanmerking komen voor niet-ontvankelijkverklaring op basis van het nieuwe artikel 80a RO. Men mag immers niet uit het oog verliezen dat in de gevallen die de Hoge Raad thans afdoet met artikel 81 RO een conclusie door het parket is genomen, waarin de klachten in cassatie zijn besproken. Als de conclusie de stand van de wetenschap en rechtspraak weergeeft en uiteenzet dat in de onderhavige zaak bestaande en bekende rechtspraak dient te worden toegepast en dat op die basis het beroep moet worden verworpen, kan de Hoge Raad artikel 81 RO toepassen omdat de stand van zaken in de conclusie afdoende is besproken. Toepassing van artikel 80a RO zal in het merendeel der gevallen niet voorafgaan door een conclusie van het parket. Ik kan me daarom voorstellen dat een aantal gevallen waarin artikel 81 RO nu wordt toegepast dezelfde behandeling ten deel zal blijven vallen.

Eén categorie van gevallen zal, dunkt mij, wel voor toepassing van artikel 80a RO in aanmerking komen. Dat zijn gevallen waarin wel een schriftuur is ingediend, maar waarin de klachten niet voldoen aan de eisen die aan een cassatiemiddel mogen worden gesteld. Maar dat betreft slechts een handvol gevallen per jaar. Als een gespecialiseerde cassatiebalie op poten wordt gezet, mag men verwachten dat dit verschijnsel nog zeldzamer wordt dan thans al het geval is.

Kansrijk voor artikel 80a RO zijn mijns inziens de zaken waarin men probeert de Hoge Raad te verleiden op te treden als een derde feitelijke instantie. Bijvoorbeeld wanneer pleitnota's van hoger beroep worden gekopieerd, van een andere inleiding en slotsom worden voorzien en als cassatieschriftuur worden gepresenteerd.

Voorts is te denken aan die zaken waarin al heel snel duidelijk is dat een doodlopende weg wordt ingeslagen omdat eerdere rechtspraak aan het honoreren van het middel in de weg staat. Te denken is aan de zaken – en die zijn er nog steeds – waarin de niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie wordt bepleit omdat de redelijke termijn in cassatie is overschreden, of waarbij kortere termijnen of andere vertrekpunten worden gehanteerd dan de Hoge Raad leert.

Ook zullen zich gevallen voordoen waarin er sprake is van het ontbreken van feitelijke grondslag. In cassatie wordt bijvoorbeeld bepleit dat er wel degelijk een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt is voorgehouden aan de rechter omdat verdachte in een brief uiteen heeft gezet waarom een bepaalde straf voor hem niet in aanmerking komt, terwijl verdachte bij verstek toch tot die straf is veroordeeld.

Er zullen ongetwijfeld nog veel meer typen zaken kunnen worden omschreven die voor zo een toepassing van artikel 80a RO in aanmerking komen.

Het komt mij echter wel voor dat in veel gevallen de Hoge Raad niet enkel zal kunnen afgaan op de schriftuur, maar bijvoorbeeld het arrest of proces-verbaal zal moeten raadplegen.

Eveneens acht ik niet uitgesloten dat de Hoge Raad in het begin door het parket wil worden voorgelicht over de wijze waarop de Hoge Raad naar het oordeel van het parket aan toepassing van artikel 80a RO gestalte zal kunnen geven. Ik voorspel een periode waarin de Hoge Raad nog zijn weg zal moeten zoeken en waarin artikel 80a RO niet om de haverklap zal worden toegepast.

De prejudiciële procedure: ruimere mogelijkheden voor de rechtsontwikkeling bij de toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen

N. Frenk*

I Inleiding

Het thans voor advies bij de Raad van State liggende wetsvoorstel ‘prejudiciële vragen aan de Hoge Raad’ (hierna: het wetsvoorstel), geeft de lagere rechter de bevoegdheid om aan de Hoge Raad een prejudiciële vraag te stellen indien het antwoord op de vraag van belang is voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten.¹ Voorwaarde om een prejudiciële vraag te stellen, is derhalve dat het antwoord van betekenis is voor veelvoorkomende, feitelijk vergelijkbare zaken. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om vragen over de uitleg van nieuwe wetgeving of over andere plotseling opkomende vragen die in verschillende procedures beantwoording behoeven.² Het kan – als onderdeel daarvan – ook gaan om massaschades, waarbij de daaraan ten grondslag liggende zelfde of soortgelijke feiten bovendien uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen. De belangrijkste beweegreden voor invoering van de prejudiciële procedure in juist deze gevallen is dat de rechtseenheid gediend is met een spoedig richtinggevend antwoord van de Hoge Raad. Het voorkomt dat rechters en partijen in verwante zaken te lang in onzekerheid blijven verkeren over een ook voor de beslissing in hun zaak belangrijke rechtsvraag.

* Niels Frenk is raadadviseur bij de Directie Wetgeving van het ministerie van Justitie en bijzonder hoogleraar aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 Het wetsvoorstel is ten tijde van het schrijven van deze bijdrage (1 juli 2010) niet openbaar. Een eerder ontwerp, dat overigens beperkt was tot massavorderingen, is te vinden op <www.internetconsultatie.nl>.

2 Te denken valt bijvoorbeeld aan de rechtsvragen die aan de orde waren in het recente arrest van de Hoge Raad (HR 12 februari 2010, *LJN BK4472*) over de vaststelling van de omvang van schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag.

Het wetsvoorstel staat er niet aan in de weg dat de lagere rechter aan de Hoge Raad vragen stelt die tot gemengde beslissingen leiden. Gemengde beslissingen – zie de volgende paragraaf – zijn beslissingen van de rechter die kenmerken hebben zowel van feitelijke beslissingen als van rechtsbeslissingen. Dergelijke beslissingen vindt men bij toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen. Dat het wetsvoorstel het niet uitsluit dat aan de Hoge Raad ook vragen kunnen worden gesteld die tot deze beslissingen leiden, is door sommigen bekritiseerd, en door anderen juist omarmd. Kritisch zijn bijvoorbeeld Tjittes en Meijer, die opmerken dat ‘indien het antwoord op een rechtsvraag te zeer afhangt van de feiten, de prejudiciële procedure niet geschikt is’. Zij menen dat een gemengde beslissing alleen genomen kan worden indien de feiten vaststaan.³ In een advies over een eerder ontwerp merkt de Stichting Afwikkeling Massaschade op dat ‘waar het gemengde beslissingen betreft, het wenselijk is dat niet te snel naar de prejudiciële vraagstelling wordt gegrepen. Te vaak blijkt een bepaalde problematiek feitelijk pas in een latere instantie goed tot wasdom te komen. (...) Dit pleit ervoor bij gemengde beslissingen als hoofdregel aan te nemen dat geen gebruik kan worden gemaakt van het middel van de prejudiciële vraagstelling.’⁴

Naar mijn overtuiging zou daarmee, juist met het oog op het soort zaken waarvoor de procedure wordt opengesteld, het kind met het badwater worden weggegooid. Hieronder zal ik het tegendeel betogen, namelijk dat de prejudiciële procedure er zich juist bij uitstek voor leent – en ook verlangt – dat de Hoge Raad met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme afwikkeling van de veelheid onderliggende zaken, vragen beantwoordt die tot gemengde beslissingen leiden. De beantwoording zal dan bijvoorbeeld kunnen bestaan uit de formulering van meer algemene, richtinggevende uitgangspunten die bij de afwikkeling van deze zaken behulpzaam kunnen zijn. Niet valt daarbij te ontkennen dat de voor beantwoording relevante feiten mogelijk nog niet volledig tot wasdom gekomen zijn. Dat is echter inherent aan de prejudiciële procedure en behoeft niet noodzakelijkerwijze aan een beantwoording in de weg te staan, zolang de feiten maar voldoende zijn afgebakend om tot een zinvolle beantwoording te kunnen komen. Indien mocht blijken dat de uiteindelijk vastgestelde feiten anders blijken te liggen, heeft dat hooguit consequenties voor de relevantie van het antwoord. De centrale boodschap van deze bijdrage is dan ook dat de prejudiciële procedure de Hoge Raad de mogelijkheid biedt, en van hem ook verlangt, sturing te geven aan de rechtsontwikkeling bij de invulling van vage normen en onbepaalde begrippen. Het is daarbij interessant om een vergelijking te treffen met de wijze waarop de Hoge Raad in een collectieve actie of een proefprocedure invulling geeft aan vage normen en onbepaalde begrippen. Daaruit valt mogelijk af te leiden hoe hij dat in de toekomst in de prejudiciële procedure zal doen.

3 R.P.J.L. Tjittes en R. Meijer, ‘Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad’, *RM Themis* 2009, p. 173.

4 Dit advies is niet openbaar.

2 Rechtsbeslissingen, feitelijke beslissingen en gemengde beslissingen

De voornaamste taak van de Hoge Raad is cassatie wegens schending van het recht (art. 118 lid 2 Grondwet en 79 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie). In de cassatieprocedure is daardoor het onderscheid tussen feitelijke beslissingen en rechtsbeslissingen van groot belang. In deze procedure vindt als gevolg van deze taakopdracht geen onderzoek meer plaats naar de feiten. De vaststelling van feiten is aan de feitelijke rechter voorbehouden en feitelijke beslissingen zijn in cassatie niet toetsbaar. Dit is anders met de interpretatie van rechtsregels in de zin van een nadere bepaling van hun zin en strekking. Dit is een zuivere rechtsbeslissing. Rechtsvragen zijn dan vragen ter zake van de uitleg van rechtsregels of de inhoud en reikwijdte van een wettelijk begrip. De beslissing bijvoorbeeld van de rechter dat de interpretatie van de regel inhoudt dat deze regel in de gegeven feitelijke situatie al dan niet van toepassing is, is een rechtsbeslissing. Daarbij is het goed om op te merken dat dit onderscheid minder van belang is voor de prejudiciële procedure. Artikel 79 RO is geschreven voor de cassatieprocedure, waardoor de beperkingen die in cassatie gelden, niet zonder meer ook bestaan voor de bevoegdheden van de Hoge Raad in de prejudiciële procedure. Desalniettemin wordt in de toelichting op het wetsvoorstel opgemerkt dat de prejudiciële procedure zich ook niet leent voor beantwoording van feitelijke vragen.

Beslissingen van de rechter kunnen ook kenmerken hebben zowel van feitelijke beslissingen als van rechtsbeslissingen: zogenoemde gemengde beslissingen.⁵ Dergelijke beslissingen vindt men bij toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen. Heersend is de opvatting dat feitelijk oordeel en rechtsoordeel daarbij moeilijk te scheiden zijn, omdat het rechtsoordeel verweven is met waarderingen van feitelijke aard. Men denke bij gemengde beslissingen vooral aan de invulling en toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen, zoals de redelijkheid en billijkheid, de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid, de dringende reden die noodzakelijk is voor een ontslag op staande voet, het belang van het kind en het goed werkgeverschap. Bij dergelijke normen en begrippen dient de rechter te beslissen met inachtneming van alle in het licht van de norm relevante feiten en omstandigheden van het geval. De weging van deze feiten en omstandigheden is in belangrijke mate bepalend voor de uitkomst. Toepassing van de norm of het begrip op een concreet geval leidt dan tot een oordeel dat zozeer verweven is met waarderingen van feitelijke aard, dat – zo is althans de heersende opvatting – feitelijk oordeel en rechtsoordeel vaak niet te scheiden zijn. De toetsing door de Hoge Raad is dan veelal beperkt ('geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting'). Daardoor is in de cassatieprocedure de precedentwerking van zo'n uitspraak eveneens beperkt.

Dat de toetsing bij gemengde beslissingen doorgaans beperkt is, volgt niet noodzakelijkerwijze uit de wettelijke taakopdracht van de Hoge Raad.⁶ De *vaststelling van feiten* is ontegenzeggelijk een feitelijke beslissing. De *waardering van de feiten* met het oog op de toepassing van een rechtsregel is echter een rechtsoor-

5 Zie hierover vooral Asser-serie *Procesrecht, Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005, p. 206-222 (hierna: Asser *Procesrecht*/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005)).

6 Zie ook Asser *Procesrecht*/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), p. 209-214.

deel. De waardering van feiten – ook wel subsumptie of kwalificatie van de feiten genoemd – is een tussenstap, nodig om in het licht van de toepasselijke rechtsregel een rechtsgevolg vast te stellen. Het is dus weliswaar zo dat bij gemengde beslissingen het rechtsoordeel verweven is met waarderingen van feitelijke aard, maar die waardering van feiten is ook een rechtsoordeel. Dat verschilt ook niet met zuivere rechtsbeslissingen. Ook bij niet-vage normen moet de rechter de vastgestelde feiten waarderen met het oog op de toepassing van de norm. Ook in dat geval wordt deze waardering niet als een feitelijke bezigheid, maar als een rechtsoordeel gezien. De rechter kan zonder feiten nu eenmaal niet het recht toepassen. De taakopdracht van de Hoge Raad dwingt derhalve niet tot de conclusie dat hij niet in staat is om gemengde beslissingen volledig te toetsen. Die conclusie zou zich ook bezwaarlijk verdragen met het gegeven dat de wetgever vage normen in het leven roept omdat hij nu eenmaal niet alles kan voorzien en regelen, zodat interpretatie van wetgeving en het doorhakken van onvoorziene knopen door een hoogste rechter nodig is.⁷

3 De techniek van intensievere cassatiecontrole op gemengde beslissingen

Dit betekent dat er strikt genomen geen dogmatische noodzaak is voor een beperkte cassatiecontrole bij de toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen. Hieraan liggen andere overwegingen ten grondslag, zoals bijvoorbeeld de overweging dat de Hoge Raad zich niet teveel met detailkwesties wil inlaten c.q. de werklust binnen aanvaardbare perken wil houden.⁸ Het kan ook zijn dat de Hoge Raad de lagere rechter niet teveel voor de voeten wil lopen en hem bij de toepassing van vage normen een zekere beoordelingsvrijheid wil geven, dan wel dat hij daarmee wil voorkomen dat de facto de weg naar een derde feitelijke instantie zou komen open te staan.⁹

Omdat de cassatierechtspraak echter ook tot doel heeft de rechtseenheid en de rechtsvorming te bevorderen, wil de Hoge Raad, indien de rechtseenheid in het geding is, beslissingen van de feitelijke rechter die zijn verweven met waarderingen van feitelijke aard, nog wel eens volledig toetsen.¹⁰ Een intensievere toetsing is op zijn plaats indien, vanwege de massaliteit van het aantal voorkomende vergelijkbare zaken, behoefte bestaat aan rechtseenheid en rechtsvorming. Een dergelijke intensievere controle bestaat dan bijvoorbeeld uit het formuleren van algemene gezichtspunten die de feitelijke rechter bij zijn beslissing in acht moet nemen. Het niet in acht nemen van deze gezichtspunten levert schending van het recht op en kan leiden tot cassatie van de uitspraak. De Hoge Raad maakt met zekere regel-

7 Aldus Corstens in C. Lindo, 'Tussen ideaal en nuchterheid (interview met mr. G.J.M. Corstens)', *NJB* 2009, p. 1079.

8 Asser merkt hierover op: 'Hoewel de wet de kaders aangeeft waarbinnen die toetsing dient plaats te vinden, is het toch de Hoge Raad zelf die aangeeft waar de grenzen liggen. Daarbij spelen niet louter overwegingen van stelselmatige aard een rol (...) maar dat gebeurt ook om de *case load* van de Hoge Raad binnen de perken te houden.' Zie W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003, p. 35.

9 Asser 2003, p. 46-47.

10 Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen* (2005), p. 218-219.

maat gebruik van deze techniek indien de rechtseenheid en rechtsontwikkeling in het geding zijn c.q. hierom vragen.

Een fraai voorbeeld is het arrest HR 28 april 2000, NJ 2000, 430. In het verleden zijn veel werknemers met asbest in aanraking gekomen. Bij een groot aantal werknemers heeft zich hierdoor mesothelioom geopenbaard. Aan de orde was de vraag of een werkgever zich er tegenover een werknemer die door het werken met asbest mesothelioom heeft opgelopen, op kan beroepen dat de rechtsvordering tot vergoeding van zijn schade is verjaard indien – zoals hier het geval was – de schade zich na het verstrijken van deze absolute verjaringstermijn van dertig jaar (art. 3:310 lid 2 BW) heeft geopenbaard. Is in dat geval een beroep op de verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar? De Hoge Raad oordeelt:

‘Of in gevallen als de onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld. Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, vallen te noemen:

- a. of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;
- b. in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;
- c. de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- d. in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;
- e. of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
- f. of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;
- g. of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.’

In dit verband valt ook nog te wijzen op een andere ‘techniek’ waarop de Hoge Raad gemengde beslissingen ‘intensief controleert’ indien de rechtseenheid in het geding is. Het komt in zo’n geval voor dat de Hoge Raad uit vage normen harde subregels afleidt. Ik kom daar aan het slot van de volgende paragraaf nog op terug, maar noem bij wijze van voorbeeld de door de Hoge Raad vastgestelde datum van 1 januari 1975, vanaf wanneer het onzorgvuldig veroorzaken van bodemverontreiniging jegens de overheid onrechtmatig is.¹¹ Het interessante van deze uitspraak is dat de Hoge Raad zelf tot deze vaststelling overgaat omdat de lagere rechters op

11 HR 24 april 1992, NJ 1994, 643.

dit punt niet tot eensluidende beslissingen zijn gekomen en daardoor – volgens de Hoge Raad – de rechtszekerheid en de rechtseenheid in het geding zijn.

4 Gemengde beslissingen in de prejudiciële procedure

Een belangrijke reden om voor massaal voorkomende feitelijk vergelijkbare zaken een prejudiciële procedure in te voeren, is dat juist in deze zaken de rechtseenheid met een spoedige beantwoording gediend is. Dit draagt ook bij aan een optimale vervulling van de rechtsvormende taak van de civiele kamer van de Hoge Raad in zaken waarin bijna per definitie grote maatschappelijke belangen in het spel zijn. Dit rechtvaardigt de verwachting dat de Hoge Raad in de prejudiciële procedure ook bereid zal zijn om vragen te beantwoorden die tot gemengde beslissingen leiden. Dat de voor beantwoording relevante feiten mogelijk nog niet volledig tot wasdom zijn gekomen, staat daar niet per definitie aan in de weg. Het spreekt vanzelf dat de Hoge Raad bij zijn beantwoording in beginsel dient uit te gaan van de feiten die door de rechter die de vragen stelt, zijn vastgesteld. De rechter die het verzoek doet, dient met het oog daarop in zijn beslissing de door hem vastgestelde feiten te vermelden. Indien daarvoor relevant dient de beslissing eveneens de door partijen ingenomen standpunten te vermelden (art. 392 lid 3 Rv). Denkbaar is vervolgens dat de Hoge Raad, indien hij van mening is dat het feitencomplex nog onvoldoende afgebakend is om tot een zinvolle beantwoording te kunnen komen, van beantwoording afziet (art. 393 lid 8 Rv).

Dat gezegd zijnde, is ook van belang dat in de prejudiciële procedure van de Hoge Raad een andere taakvervulling wordt verlangd dan in de cassatieprocedure, wil hij althans de richting geven waarom met de prejudiciële vraag wordt verzocht. Het antwoord dient immers een zaakoverstijgend belang. De prejudiciële procedure verlangt daarom van de Hoge Raad – in de woorden van Vranken – een verschuiving van een zaakgerelateerde naar een meer rechtsvraaggerelateerde opstelling.¹² In een prejudiciële procedure dient met meer afstand van individuele feiten en omstandigheden tot een beslissing te worden gekomen, wil het antwoord ook betekenis hebben voor andere feitelijk vergelijkbare zaken. Dat betekent echter ook dat de antwoorden een ander karakter zullen hebben. Het antwoord is geen specifieke uitspraak over een concreet individueel geschil, maar een antwoord dat uitgaande van gemeenschappelijke feiten richtinggevend is voor een veelheid aan zaken die gegrond zijn op deze feiten. De beantwoording zal dan vermoedelijk eerder bestaan uit de formulering van meer algemene, richtinggevende uitgangspunten die bij de afwikkeling van deze zaken behulpzaam kunnen zijn.

Daar komt nog de volgende belangrijke rol bij die de prejudiciële procedure bij vooral gemengde beslissingen kan vervullen. De feiten waarop partijen zich beroepen, komen vaak pas in de loop van de discussie in feitelijke instanties, goed naar voren. Dit gaat vaak gepaard met stellingen, ontkenningen, bewijsopdrachten, getuigenverhoren, aanvullingen etc. In hoger beroep gaat deze gang van zaken vaak nog verder door. Omdat prejudiciële vragen kunnen worden gesteld voordat

12 J.B.M. Vranken, 'Consequenties van de versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad', *NJB* 2009, p. 1086.

twee feitelijke instanties zijn doorlopen, kan uit het antwoord van de Hoge Raad worden afgeleid welke feiten van belang zijn. Het antwoord kan dan juist duidelijk maken welke feiten nog door de feitelijke rechter moeten worden onderzocht c.q. voor bewijs in aanmerking komen. Het kan aldus het nadien voortgezette feitelijke debat belangrijk stroomlijnen en daarmee ook een belangrijke bijdrage leveren aan een efficiënte rechtsgang. Daarbij is van belang dat de vraag wordt gesteld in een stadium dat partijen hun stellingen nog kunnen aanvullen. Als de Hoge Raad overweegt dat de vraag op een bepaalde wijze moet worden beantwoord in het geval zich bepaalde feiten zouden hebben voorgedaan, dan kan een partij die daarbij belang heeft binnen de grenzen van artikel 130 Rv zijn stellingen daarop nog aanvullen. Dit verschil met de cassatieprocedure vloeit voort uit de aard van de prejudiciële procedure, die nu eenmaal eerder in gang kan worden gezet. De prejudiciële procedure kan aldus bij gemengde beslissingen voor de feitenvaststelling juist ook een belangrijke sturende functie vervullen.

Dit wijst er naar mijn mening temeer op dat het niet alleen mogelijk, maar ook wenselijk is dat de Hoge Raad vragen die tot gemengde beslissing leiden, in de prejudiciële procedure kan beantwoorden. Niet alleen omdat daarvoor geen dogmatische beletselen zijn, maar ook omdat de Hoge Raad zich in deze procedure per definitie niet teveel met detailkwesties behoeft bezig te houden. Omdat immers geabstraheerd moet worden van de feitelijke omstandigheden van ieder individueel geval, kan en moet de Hoge Raad volstaan met meer richtinggevende antwoorden die op individueel niveau nader ingevuld en geconcretiseerd moeten worden. De Hoge Raad kan in zijn antwoord, uitgaande van de in een zaak aan de orde zijnde gemeenschappelijke feiten, aan een vage norm door de formulering van richtinggevende uitgangspunten nader invulling geven, welke invulling voltooid c.q. geconcretiseerd wordt door de feitelijke rechter door de bijzondere feiten en omstandigheden van elk individueel geval daarop toe te passen. De prejudiciële procedure maakt het – anders gezegd – bij uitstek mogelijk om door uitgaande van gemeenschappelijke feiten een vage norm of een onbepaald begrip nader in te vullen, waardoor voor de toepassing van de norm op elk individueel geval, in abstractieniveau wordt afgedaald.¹³

Nu kan daartegen worden ingebracht dat dan toch in ieder geval de gemeenschappelijke feiten voldoende moeten komen vast te staan, om tot een zinvolle beantwoording in de vorm van richtinggevende gezichtspunten te kunnen komen. En omdat prejudiciële vragen worden gesteld voordat twee feitelijke instanties zijn doorlopen, is dat niet zonder meer gewaarborgd. Bij zuivere rechtsvragen is dit echter niet anders. De voor beantwoording daarvan relevante feiten kunnen uiteindelijk ook anders blijken te liggen, maar daaraan wordt niet de conclusie verbonden dat deze vragen zich niet lenen voor een prejudiciële beantwoording. Belangrijker

13 Hierover zij onmiddellijk opgemerkt dat het ook in cassatiezaken mogelijk is om ter zake van gemengde beslissingen meer algemene, richtinggevende uitgangspunten te formuleren. Voorbeelden hiervan zijn het hierboven besproken asbest-arrest en het in de volgende paragraaf te bespreken aandelenlease-arrest. Andere voorbeelden van bekende arresten waarin de Hoge Raad met een gezichtspuntencatalogus invulling geeft aan een open norm, zijn HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik-arrest; gevaarstelling), HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saldin/HBU; exoneratiebeding en strijd met goede trouw) en HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527 (Vie d'Or-arrest; 'behoorlijk en zorgvuldig toezicht').

zijn echter de volgende tegenwerpingen. In de eerste plaats – ik wees daar reeds op – kan de Hoge Raad, indien hij van mening is dat het feitencomplex nog onvoldoende afgebakend is om tot een zinvolle beantwoording te kunnen komen, van beantwoording afzien (art. 393 lid 8 Rv). In de tweede plaats geeft het wetsvoorstel de Hoge Raad de bevoegdheid om ook anderen dan partijen de gelegenheid te geven om schriftelijke opmerkingen te maken (art. 393 lid 2 Rv). Daarvoor is gekozen omdat het juist in zaken als hier aan de orde vaak van wezenlijk belang is dat de Hoge Raad een zo compleet mogelijk beeld heeft van de juridische en maatschappelijke context van het geschil. Zonder deze mogelijkheid moet de Hoge Raad afgaan op de informatie die de vragende rechter en partijen hem verschaffen, met mogelijk aanvullende door het parket verstrekte informatie. De bevoegdheid om anderen te horen, biedt onder omstandigheden voor de Hoge Raad ook de mogelijkheid om de nog ontbrekende voor beantwoording relevante feiten boven water te krijgen.¹⁴ Ten slotte is ook denkbaar dat de Hoge Raad, uitgaande van meerdere veronderstelde feitencomplexen, een daarvan afhankelijk meervoudig antwoord geeft.

In dit verband valt nogmaals te wijzen op een andere wijze waarop de Hoge Raad gemengde beslissingen ‘intensief controleert’. Het komt met enige regelmaat voor dat de Hoge Raad uit vage normen harde subregels afleidt en niet uitgesloten is dat indien de situatie zich daarvoor leent, de Hoge Raad hetzelfde doet in een prejudiciële antwoord. Denk bijvoorbeeld aan de op de in artikel 6:101 BW bedoelde billijkheid gebaseerde 50%¹⁵ en 100%-regel¹⁶ in de verkeersaansprakelijkheid en aan de door de Hoge Raad uit het goed werkgeverschap afgeleide regel dat de werkgever voor een behoorlijke verzekering dient te zorgen die dekking biedt voor de schade die een werknemer bij een verkeersongeval kan oplopen.¹⁷ Denk voorts aan de door de Hoge Raad vastgestelde datum van 1 januari 1975, vanaf wanneer het onzorgvuldig veroorzaken van bodemverontreiniging jegens de overheid onrechtmatig is.¹⁸ Zoals ik hierboven heb opgemerkt, is het interessante van deze uitspraak dat de Hoge Raad zelf tot deze vaststelling overgaat omdat de lagere rechters op dit punt niet tot eensluidende beslissingen zijn gekomen en daardoor – volgens de Hoge Raad – de rechtszekerheid en de rechtseenheid in het geding zijn.

5 Prejudiciële vragen, het collectief actierecht en proefprocedures

Het wetsvoorstel biedt in een civiele procedure de lagere rechter de mogelijkheid om aan de Hoge Raad een prejudiciële vraag te stellen indien deze vraag tegelijkertijd in talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken beantwoording behoeft. Een dergelijke vraag kan beantwoording behoeven in een individuele procedure. Gezien de aard van deze zaken, kan het echter ook een collectieve actie of een proefprocedure zijn waarin een dergelijke vraag beantwoord moet worden. Het is daarom interessant om een vergelijking te treffen met de wijze waarop de Hoge

14 Zie daarover ook de slotparagraaf.

15 HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566.

16 HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720 en HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721.

17 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330 en 331.

18 HR 24 april 1992, *NJ* 1994, 643.

Raad in deze procedures invulling geeft aan vage normen en onbepaalde begrippen. Daaruit valt mogelijk af te leiden hoe hij dat in de toekomst in de prejudiciële procedure zal doen omdat ook in een collectieve actie of proefprocedure 'slechts' de gemeenschappelijke rechtsvragen beantwoord kunnen worden. In deze procedures dient daarom ook geabstraheerd te worden van de feitelijke omstandigheden van elk individueel geval. Illustratief is het aandelenlease-arrest:¹⁹

'De onderhavige zaak betreft een geschil over een effectenlease-overeenkomst en is door partijen in cassatie als een proefprocedure is opgezet. Daarmee is beoogd een zo groot mogelijke precedentwerking voor andere soortgelijke geschillen te verkrijgen. Daarbij past reeds direct de kanttekening dat bij de beoordeling van geschillen omtrent effectenleaseproducten uiteindelijk in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van het desbetreffende product, de wijze waarop dit is aangeboden en de persoonlijke omstandigheden van de afnemer van het product.

Niettemin zal de Hoge Raad, met inachtneming van dat voorbehoud, met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van de grote aantallen geschillen omtrent andere effectenlease-overeenkomsten, zowel ter zake van aflossingsproducten als ter zake van restschulddproducten, hierna in een algemene beschouwing ingaan op het verband tussen de zorgplicht en de schadevergoeding ingeval aan die zorgplicht niet is voldaan. Daarmee wordt niet een instructie gegeven voor de verdere behandeling van dit soort geschillen, maar slechts een handreiking aan de praktijk voor de beslechting ervan.'

Vervolgens formuleert de Hoge Raad in dit arrest richtinggevende handreikingen over de zorgplicht, het *condicio sine qua non*-verband, toerekening naar redelijkheid, schadebegroting en eigen schuld, die vervolgens op individueel niveau nader geconcretiseerd moeten worden. Dit arrest toont voor mij aan dat de Hoge Raad bereid is om (ook) de mogelijkheden die het collectief actierecht biedt, ten volle te benutten. Te verwachten valt dan dat in het geval aan de Hoge Raad prejudiciële vragen worden gesteld, hij ook bereid zal zijn richtinggevende, veralgemeniseerde antwoorden te geven op vragen over de toepassing van vage normen op een gemeenschappelijk feitencomplex.

Daarover zij nog het volgende opgemerkt. In een collectieve actie kunnen die (rechts)vragen beantwoord worden die gemeenschappelijk zijn voor de groep van personen waarvoor wordt opgekomen. In de prejudiciële procedure met de reikwijdte zoals die voorzien is in het wetsvoorstel, is dat in zoverre ook het geval dat het mogelijk is om aan de Hoge Raad een prejudiciële vraag te stellen waarvan het antwoord rechtstreeks van belang is voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten. In beide gevallen is bij de beantwoording van de aan de orde zijnde (rechts)vragen enige generalisatie op zijn

19 HR 5 juni 2009, LJN BH2815. Zie vooral ook W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2010, p. 156-161. Het betrof hier overigens geen collectieve actie, maar een proefprocedure, waarmee echter, zoals de Hoge Raad opmerkt, ook een zo groot mogelijke precedentwerking van de uitspraak van de rechter wordt beoogd te verkrijgen.

plaats. De rechter in een collectieve actie en de Hoge Raad in de prejudiciële procedure behoeven geen rekening te houden met niet ondenkbare bijzondere individuele omstandigheden. De voordelen die beide procesvormen bieden zouden anders te gemakkelijk ondermijnd kunnen worden. Hier past dan ook een zekere abstracte toetsing. Dit is ook goed mogelijk omdat zowel een uitspraak in een collectieve actie, als een antwoord op een prejudiciële vraag, geen gezag van gewijsde hebben ten opzichte van de personen voor wie wordt opgekomen c.q. voor wie het antwoord van betekenis is.

De meerwaarde zit in beide gevallen vooral in de te verwachten precedentwerking van de uitspraak. De precedentwerking van een uitspraak is de verwachting dat de rechter, mede om tegenstrijdige beslissingen te voorkomen, in een andere zaak waaraan dezelfde feiten ten grondslag liggen, maar waarbij een andere justitiabele partij is, tot eenzelfde beslissing zal komen. Dit maakt het ook goed mogelijk om in verdergaande mate abstract te toetsen, in die zin dat bij de beoordeling er nog minder spoedig rekening mee behoeft te worden gehouden dat in individuele gevallen specifieke omstandigheden er mogelijk aan in de weg staan dat de aan de orde zijnde rechtsvraag voor eenieder op gelijke wijze wordt beantwoord. De uitspraak is immers niet bindend, terwijl de precedentwerking daarvan voldoende ruimte laat om in een individuele procedure deze mogelijke specifieke omstandigheden in het debat te brengen.²⁰ Zie ook de Hoge Raad in de volgende twee collectieve acties. In de eerste plaats de Philips/VEB-zaak:²¹

‘(...) een vonnis waarbij deze vordering (een verklaring voor recht, NF) wordt toegevoegd, enkel tussen haar en haar wederpartij gezag van gewijsde zal hebben, zodat die aandeelhouders die menen ten gevolge van voormeld tekortschieten van laatstgenoemde partij schade te hebben geleden, haar ter zake zullen moeten aanspreken, in het kader van welke individuele procedures de wederpartij telkens voldoende gelegenheid zal hebben om te betogen waarom zij, mede in aanmerking genomen de groep van aandeelhouders waartoe de desbetreffende eiser behoort, jegens hem niet schadeplichtig is.’

Zie voorts de Hoge Raad in de World Online/VEB-zaak:²²

‘4.8.1 De collectieve actie van VEB strekt ertoe een verklaring voor recht te verkrijgen dat World Online en de Banken onrechtmatig hebben gehandeld door, kort gezegd, in de periode rond de beursintroductie van World Online onjuiste en/of onvolledige informatie te geven of anderszins misleidend te handelen. Volgens de vaststelling van het hof komt VEB in deze procedure op voor de belangen van de beleggers die in de periode van 17 maart tot en met 3 april 2000 aandelen World Online hebben verworven. Hoewel het antwoord op de vraag of en in hoeverre iedere belegger afzonderlijk daadwerkelijk door de gestelde onrechtmatige daad is misleid, mede afhankelijk is van de omstandigheden waarin die belegger ten tijde van zijn

20 Zie ook N. Frenk, ‘Vie d’Or, aandelenlease en de reikwijdte van het collectief actierecht’, *NTBR* 2005, p. 296-300.

21 HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 268.

22 HR 27 november 2009, *LJN* BH2162.

beleggingsbeslissing verkeerde, leent een vordering als de onderhavige zich bij uitstek voor bundeling van aanspraken van individuele beleggers in de vorm van een collectieve actie. Bij deze collectieve actie staat immers uitsluitend ter beoordeling of het gedrag van World Online en de Banken bij de beursintroductie onrechtmatig is geweest. Bij de beantwoording van die vraag kan geabstraheerd worden van de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de beleggers (vgl. rov. 7.3 van HR 23 december 2005, nr. C04/173, LJN AU3713, NJ 2006, 289). Die omstandigheden zijn pas relevant bij vragen omtrent bijvoorbeeld schade(omvang), causaal verband en eigen schuld. Voor zover de onrechtmatigheid van de gedragingen van World Online en de Banken gegrond wordt op het openbaar maken van misleidende mededelingen, gaat het dus niet om de vraag of en in hoeverre (bepaalde) beleggers daadwerkelijk zijn misleid, maar om de vraag of World Online en de Banken zich vanwege het misleidende karakter van de mededelingen hadden moeten onthouden van het openbaar maken daarvan (zie ook hierna in 4.10.4). Een andere opvatting zou toepassing van art. 3:305a BW onaanvaardbaar beperken.

4.8.2 Hoewel de beslissing die naar aanleiding van de onderhavige collectieve actie wordt gegeven enkel gezag van gewijsde heeft tussen VEB enerzijds en World Online en/of de Banken anderzijds (vgl. HR 7 november 1997, nr. 16409, LJN ZC2483, NJ 1998, 268), ligt het in de rede het in deze procedure gegeven oordeel over de onrechtmatigheid wel tot uitgangspunt te nemen in de afzonderlijke vervolgpcedures. In het oordeel over de onrechtmatigheid is immers het in art. 3:305a BW bedoelde gelijksoortige belang gelegen van de beleggers ten behoeve van wie VEB de collectieve actie heeft ingesteld. Aldus wordt ook een effectieve en efficiënte rechtsbescherming geboden, mede doordat zo tegenstrijdige beslissingen omtrent de onrechtmatigheidsvraag voorkomen kunnen worden, hetgeen ook in het belang van World Online en de Banken is. Deze gang van zaken doet geen afbreuk aan het (mede in art. 6 EVRM verankerde) recht van World Online en de Banken dat hun zaak – ook in de vervolgpcedures – op onbevooroordeelde wijze en in een eerlijk proces wordt behandeld. Zij hebben immers zowel in de onderhavige procedure als in de individuele vervolgpcedures alle gelegenheid tot verweer.’

In een collectieve actie kunnen derhalve zonder problemen de vragen die voor de groep voor wie wordt opgekomen gemeenschappelijk zijn, beantwoord worden. Omdat de uitspraak geen gezag van gewijsde heeft in de verhouding verweerderspersonen voor wie wordt opgekomen, kan bij deze beantwoording geabstraheerd worden van eventuele bijzondere omstandigheden aan de zijde van deze personen. Deze omstandigheden kunnen daardoor in een eventuele vervolgpprocedure alsnog aan de orde komen. In een prejudiciële procedure is dit niet anders.

6 De feitelijke grondslag en binding aan het antwoord

De effecten van een antwoord in de prejudiciële procedure zijn op meerdere fronten merkbaar. In de eerste plaats heeft de uitspraak de hierboven beschreven precedentwerking voor alle, met de procedure waarin de vraag wordt gesteld, vergelijkbare zaken. Deze precedentwerking zal in voorkomende gevallen ook tot

gevolg kunnen hebben dat partijen hun geschil zullen schikken met inachtneming van het antwoord. De beantwoording van belangrijke vragen in zaken van massaschade kan voorts bijdragen aan de bereidheid van een schadeveroorzaker om over een collectieve schikking te praten en kan richtinggevend zijn voor partijen die over zo'n schikking in onderhandeling zijn.²³

Daarnaast is het antwoord bindend voor de rechter die de vraag heeft gesteld. In het voorgestelde artikel 394 lid 1 Rv wordt dit tot uitdrukking gebracht doordat daarin is bepaald dat de rechter met inachtneming van het antwoord beslist. De binding aan het antwoord voor de rechter die de vraag heeft gesteld, dient wel te worden gezien in het licht van de feitelijke grondslag op basis waarvan de Hoge Raad tot zijn antwoord is gekomen. Juist bij gemengde beslissingen is dan de vraag naar de mate van gebondenheid relevant, omdat in dat geval de beantwoording voor een belangrijk deel afhankelijk is van de gegeven feiten en omstandigheden. Hiervoor zijn aan de orde gekomen de commentaren die erop wijzen dat een bepaalde problematiek vaak feitelijk pas in een latere instantie goed tot wasdom is gekomen, waaraan de conclusie wordt verbonden dat vragen die tot gemengde beslissingen leiden, zich niet goed lenen voor de prejudiciële procedure. Ik heb hierboven het tegendeel bepleit.

Dit laat onverlet dat de uiteindelijk vastgestelde gemeenschappelijke feiten anders kunnen blijken te liggen dan waar de Hoge Raad zijn beantwoording op heeft gebaseerd. Anders dan in het geval beroep in cassatie wordt ingesteld tegen een in hoogste feitelijke instantie gewezen uitspraak, zijn immers in een prejudiciële procedure de feiten nog niet in twee instanties voorwerp van debat geweest en in hoogste ressort vastgesteld.²⁴ De mogelijkheid dat de feiten alsnog anders blijken te liggen, bestaat bij de beantwoording van zowel zuivere als gemengde rechtsvragen, zij het dat bij deze laatste rechtsvragen het risico daarop groter is omdat voor die beantwoording meer feiten en omstandigheden relevant zijn. Desondanks neemt het wetsvoorstel tot uitgangspunt dat de rechter die de vraag heeft gesteld, gebonden is aan de uitspraak van de Hoge Raad.²⁵ Indien na de prejudiciële procedure de zaak wordt voortgezet door de rechter die de vraag heeft gesteld, en de uiteindelijk vastgestelde feiten anders blijken te liggen, betekent dat, dat de rechter, gezien de anders gebleken feiten, mogelijk een andere beslissing neemt dan op basis van het antwoord van de Hoge Raad viel te verwachten. Dit is dan niet het gevolg van het feit dat de rechter niet gebonden is aan de uitspraak van de Hoge Raad – integendeel – maar omdat deze uitspraak geheel of gedeeltelijk relevantie

23 Welke schikking mogelijkerwijs met behulp van de Wet collectieve afwikkeling massaschade verbindend kan worden verklaard.

24 Waarbij opgemerkt zij dat de Hoge Raad zich in cassatie voor de feiten ook kan baseren op de gedingstukken (art. 419 lid 2 Rv).

25 Zie ook art. 434 Rv, in het geval de Hoge Raad bij vernietiging het geding verwijst naar een andere rechter, die in dat geval eveneens beslist met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad. Zie verder bijvoorbeeld ook art. 7 lid 2 van het Verdrag betreffende de instellingen en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, dat bepaalt dat de nationale rechter die in de zaak uitspraak doet, gebonden is aan de uitleg van het Beneluxhof. Ook een prejudicieel arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie is voor de verwijzende rechter bindend.

blijkt te missen voor de te beslissen zaak.²⁶ Daarom is het niet nodig om aan het antwoord van de Hoge Raad slechts de status van een advies te geven, zoals, geïnspireerd door de Franse regeling op dit punt, is bepleit door Tjittes en Meijer.²⁷ Het nadeel daarvan is bovendien dat dit kan uitlokken dat ook indien de feiten niet anders blijken te liggen, toch nog een cassatieberoep wordt ingesteld, omdat met een advies nog geen definitief uitsluitel omtrent de vraag is verkregen.

7 Afronding

In de prejudiciële procedure wordt van de Hoge Raad een andere taakvervulling verlangd dan in de cassatieprocedure, wil hij althans de richting geven waarom met de prejudiciële vraag wordt verzocht. Met meer afstand van individuele feiten en omstandigheden dient tot een beslissing te worden gekomen, wil het antwoord ook betekenis hebben voor andere feitelijk vergelijkbare zaken. Het antwoord moet immers een zaakoverstijgend belang dienen. Dit maakt ook dat de prejudiciële procedure er zich juist bij uitstek voor leent dat de Hoge Raad vragen beantwoordt die tot gemengde beslissingen leiden. Omdat het antwoord een zaakoverstijgend belang moet dienen, rechtvaardigt dat bovendien de verwachting dat de antwoorden ook een ander karakter zullen hebben. Het antwoord is geen specifieke uitspraak over een concreet individueel geschil, maar een antwoord dat uitgaande van gemeenschappelijke feiten richtinggevend is voor een veelheid aan zaken die gegrond zijn op deze feiten. De beantwoording zal dan kunnen bestaan uit de formulering van meer algemene, richtinggevende uitgangspunten die bij de afwikkeling van deze zaken behulpzaam kunnen zijn. Een dergelijk antwoord kan bovendien juist duidelijk maken welke feiten nog door de feitelijke rechter moeten worden onderzocht c.q. voor bewijs in aanmerking komen. Het kan daarmee het nadien voortgezette feitelijke debat belangrijk stroomlijnen en daarmee ook een belangrijke bijdrage leveren aan een efficiënte rechtsgang.

Dat veronderstelt echter wel dat toch in ieder geval de gemeenschappelijke feiten voldoende moeten komen vast te staan, om tot een zinvolle beantwoording in de vorm van richtinggevende algemene gezichtspunten te kunnen komen. En omdat prejudiciële vragen kunnen worden gesteld voordat twee feitelijke instanties zijn doorlopen, is dat niet zonder meer gewaarborgd. In dat verband is van belang dat het wetsvoorstel de Hoge Raad de bevoegdheid geeft om ook anderen dan partijen de gelegenheid te geven om schriftelijke opmerkingen te maken (art. 393 lid 2 Rv). Daarvoor is gekozen omdat het juist in zaken als hier aan de orde vaak van wezenlijk belang is dat de Hoge Raad een zo compleet mogelijk beeld heeft van de juridische en maatschappelijke context van het geschil. Dit biedt onder omstandigheden voor de Hoge Raad de mogelijkheid om de nog ontbrekende, voor beantwoording relevante feiten boven water te krijgen. Asser heeft opgemerkt dat een dergelijke mogelijkheid van de Hoge Raad om inlichtingen in te winnen die hij nodig heeft om de feitelijke en juridische vragen die met elkaar verknoot

26 Zie ook N. Frenk en A.M. Wolffram-van Doorn, 'Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *RM Themis* 2009, p. 170.

27 Tjittes en Meijer 2009, p. 173.

zijn, te waarderen, tot een beter onderbouwde rechtsvorming kan leiden.²⁸ Deze bevoegdheid draagt – anders gezegd – bij aan de mogelijkheid om sturing te geven aan de rechtsontwikkeling, omdat het daarbij niet zozeer aankomt op de feiten en omstandigheden van het concrete geval, maar op die van het type gevallen waarop de rechtsvraag betrekking heeft.²⁹ Dit geldt overigens niet alleen voor vragen die tot gemengde beslissing leiden, maar evenzogoed voor zuivere rechtsvragen.

28 W.D.H. Asser, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad: enkele inleidende opmerkingen', in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 28.

29 Zie ook Vranken 2009, p. 1088.

Naar een prejudiciële procedure in strafzaken?

F.G.H. Kristen*

I Introductie

Er moet wat veranderen. De urgentie van het treffen van maatregelen om de toestroom van zaken naar de Hoge Raad goed te beheersen, ook in de zin van het aantrekken van zaken die ertoe doen, wordt duidelijk en door velen gevoeld. Dit ligt ten grondslag aan de instelling van de zogenoemde commissie-Hammerstein, de commissie normstellende rol Hoge Raad. De commissie stelt die normstellende rol voorop: de Hoge Raad moet de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling dienen door tijdige en adequate beantwoording van rechtsvragen die de concrete (straf) zaak te boven gaan en tegelijkertijd rechtsbescherming bieden door de juiste toepassing van het recht in de concrete (straf)zaak te waarborgen.¹

Na een overtuigende analyse van de stand van zaken bij de civiele, straf- en belastingsector van de Hoge Raad ontwikkelt de commissie-Hammerstein voor alle sectoren allerlei voorstellen. Daar hoort voor de strafsector echter niet bij een prejudiciële procedure (zie par. 2). De vraag is waarom dat het geval is. Wat zijn de overwegingen geweest om geen prejudiciële procedure in strafzaken voor te stellen? En als daar iets op valt af te dingen, is het dan niet toch wenselijk dat feitenrechters de mogelijkheid moeten hebben via een prejudiciële procedure rechtsvragen aan de strafkamer van de Hoge Raad te kunnen voorleggen?

Over deze vraag handelt de onderhavige bijdrage. Daartoe bespreek ik in paragraaf 2 de overwegingen van de commissie-Hammerstein over een prejudiciële procedure in strafzaken en volgt in paragraaf 3 een korte schets van twee bestaande prejudiciële procedures. Die kunnen tot voorbeeld strekken en helpen voor- en nadelen van een prejudiciële procedure in strafzaken te identificeren. Onder het

* François Kristen is hoogleraar straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht en tevens raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Met dank aan Ivo Giesen voor zijn suggesties bij een eerdere versie van deze bijdrage.

1 *Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, februari 2008, raadpleegbaar op <www.rechtspraak.nl>, onder Hoge Raad, Over de Hoge Raad, publicaties (hierna: Hammerstein 2008), p. 10-13.

motto 'laten we eens opnieuw beginnen' behandel ik de argumenten voor (par. 4) en de argumenten tegen (par. 5) een prejudiciële procedure in strafzaken. Dat zijn de meer principiële argumenten. In haar bijdrage aan deze bundel gaat Annelies Röttgering met name in op de tegenargumenten, voegt daar nieuwe tegenargumenten aan toe en bespreekt enkele argumenten voor vanuit een andere invalshoek.

De meer principiële argumenten moeten worden onderscheiden van praktische perikelen van een mogelijke prejudiciële procedure. Daarvoor dienen minst genomen oplossingsrichtingen te worden aangegeven om te voorkomen dat de vraag naar de wenselijkheid van een prejudiciële procedure al ten negatieve is beantwoord doordat een schijnbaar onoverkomelijk praktisch probleem is gesignaleerd. Om die reden komt een aantal van deze praktische kwesties aan bod in paragraaf 6. Ik rond vervolgens af met enkele samenvattende observaties (par. 7).

2 Prejudiciële procedure volgens commissie-Hammerstein

Voor de civiele sector van de Hoge Raad heeft de commissie-Hammerstein onder meer vastgesteld dat sprake is van hiaten in het zaaksaanbod.² Om dit knelpunt aan te pakken stelt de commissie voor de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in civiele zaken te onderzoeken. De voor- en nadelen daarvan komen uitgebreid aan bod.³ Uiteindelijk heeft dit geleid tot het conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.^{4,5}

Ook voor strafzaken is door de commissie-Hammerstein een prejudiciële procedure overwogen. Maar omdat de commissie voor de strafsector van de Hoge Raad geen hiaten in het zaaksaanbod constateert, wordt deze gedachte afgewezen. Daarvan voegt de commissie het argument toe dat in het kader van het Onderzoeksproject Strafvordering 2001 de idee van een prejudiciële procedure in strafzaken is verworpen.⁶ Om de betekenis van dit autoriteitsargument te doorgronden, dienen de beschouwingen van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 te worden onderzocht.

Voorop moet worden gesteld dat de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 het instrument van een prejudiciële procedure in een geheel eigen context heeft onderzocht. De onderzoeksgroep Strafvordering 2001 heeft voor bepaald typen zaken de mogelijkheden van een stelsel van rechtsmiddelen verkend waarin alleen hoger beroep openstaat. Alsdan valt de waarborg van cassatie als voorziening voor uniforme rechtstoepassing weg. Om daar toch enigszins in te voorzien, komt een prejudiciële procedure in beeld. Deze oplossing is evenwel door de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 afgewezen met de volgende argumenten:

2 Hammerstein 2008, p. 23-24.

3 Hammerstein 2008, p. 50-53.

4 Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in zaken van massaschade en andere massavorderingen (Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad), consultatieversie 23 juni 2009, te raadplegen op <www.internetconsultatie.nl/prejudiciële_vragen_hoge_raad>. Dit conceptwetsvoorstel is in gewijzigde vorm voorgelegd aan de Raad van State, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500 VI, nr. 2, p. 37, 209.

5 Waarover de bijdragen van Giesen en Frenk in deze bundel.

6 Hammerstein 2008, p. 29-30.

1. Een antwoord van de Hoge Raad gegeven in de prejudiciële procedure '(...) geeft niet altijd voor 100 procent de beslissing aan die de feitenrechter moet geven, hoewel natuurlijk veel afhangt van de bewoordingen';
2. De verwevenheid van rechtsvragen met de feiten brengt met zich dat in de toepassing van het antwoord op de feiten en de vaststelling van die feiten verschillen kunnen ontstaan;
3. Er is weinig bereikt wanneer de feitenrechter het antwoord op een onjuiste wijze toepast in de voorliggende zaak;
4. Het antwoord van de Hoge Raad vraagt op zijn beurt om interpretatie en daardoor – zo wordt gesuggereerd – ontstaan er verschillen in uitleg en toepassing;
5. Een prejudiciële procedure geeft een 'onnatuurlijke knip in het geding';
6. Er ontstaat vertraging in de afdoening van de strafzaak door de feitenrechter en deze afdoening leidt mogelijk zelfs tot een 'herhaling van zetten'.⁷

Deze argumenten beogen aan te geven waarom een prejudiciële procedure niet de rechtseenheid kan dienen of de rechtsontwikkeling kan bevorderen. Zo bezien, geven drie argumenten weinig blijk van vertrouwen in het functioneren van de Hoge Raad als hoogste rechter. Voor de argumenten 1, 3 en 4 geldt dat zij evenzeer opgaan voor alle gevallen waarin de Hoge Raad arrest wijst, dus ook bij de reguliere cassatieprocedure. Uitspraken van de Hoge Raad dicteren niet welke beslissing de feitenrechter moet nemen; zij behoeven op hun beurt interpretatie. Daar ligt een taak voor de rechtswetenschap. De feitenrechter naar wie de zaak wordt terug- of verwezen, kan eveneens in de toepassing van de uitspraak van de Hoge Raad op de hem voorliggende strafzaak fouten maken. Dat gebeurt soms ook. Kortom, dit zijn geen argumenten die specifiek tegen een prejudiciële procedure pleiten.

Ook de overige argumenten kunnen mij niet overtuigen. Het tweede argument kaart volgens mij het bezwaar aan van de verwevenheid van rechtsvragen met feiten. Dat kan in een prejudiciële procedure – en evengoed bij reguliere cassatie – een reële beperking in het leven roepen (zie ook par. 6.2). Maar dat hoeft niet het geval te zijn. Hierna illustreer ik in welke typen zaken een prejudiciële procedure uitkomst kan bieden, daaronder begrepen zuivere rechtsvragen (par. 4.1). Voorts hoeft een prejudiciële procedure niet te worden aangewend; mijn benadering behelst alleen een bevoegdheid voor feitenrechters om prejudiciële vragen te stellen. Het argument van de onnatuurlijke knip in het geding hangt nauw samen met het vertragingargument. De kracht van het argument is voorts een kwestie van perceptie. Ja, een prejudiciële procedure onderbreekt de behandeling van de strafzaak in die aanleg waarin de prejudiciële vraag wordt gesteld. Maar er is een reden daarvoor: er is een rechtsvraag die beantwoording door de Hoge Raad behoeft. Die beantwoording wordt verkregen op het moment dat de behoefte daar is. Dat heeft allerlei voordelen, zowel vanuit het perspectief van de strafzaak als geheel, als vanuit algemeen belang. Ik verwijs verder naar paragraaf 4; op deze plaats beoog ik

7 E.F. Stamhuis, 'Het stelsel van gewone rechtsmiddelen', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvoeding 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 317, 320; E.F. Stamhuis, 'De cassatierechter in strafzaken', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvoeding 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 480.

slechts aan te geven dat de verwijzing naar het standpunt van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 in het rapport van de commissie-Hammerstein voor mij niet betekent dat geen ruimte of belang meer bestaat om na te denken over een prejudiciële procedure in strafzaken. Laten we derhalve opnieuw de (on)mogelijkheden van een prejudiciële procedure in strafzaken doordenken.

3 Beknopte uitstap naar twee andere prejudiciële procedures

Voor een goede beoordeling van een mogelijke vormgeving van een prejudiciële procedure in strafzaken en de voor- en nadelen daarvan kan inspiratie worden geput uit twee bestaande prejudiciële procedures. Om die reden komen hierna de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) en de prejudiciële procedure van artikel 14 Sv kort aan bod.

3.1 Prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie

De prejudiciële procedure strekt tot waarborging van de uniforme toepassing en uitlegging van het unierecht, de rechtsbescherming van burgers en de verwezenlijking van de voorrang van het unierecht. De nationale rechter kan of moet een prejudiciële vraag aan het HvJ EU stellen wanneer hij dit noodzakelijk acht voor het wijzen van zijn vonnis of arrest. Een dergelijke noodzaak is aanwezig ingeval de vraag invloed kan hebben op de oplossing van het geschil. Met het stellen van een prejudiciële vraag draagt de nationale rechter de uitleg van het unierecht over aan het HvJ EU, waarna hij dit uitgelegde unierecht moet toepassen in het aan hem voorgelegde geschil. Het antwoord van het HvJ EU op de prejudiciële vraag is bindend voor zowel de rechter die de prejudiciële vraag heeft gesteld als de rechter die in hogere instantie over de zaak moet oordelen. Lagere rechters zijn bevoegd om een prejudiciële vraag te stellen. De rechterlijke instantie wier beslissingen niet vatbaar zijn voor een hogere voorziening, is verplicht om de zaak te verwijzen naar het HvJ EU (zie art. 267 VWEU). Op deze verplichting bestaan twee uitzonderingen: de *acte clair* en de *acte éclairé*. Eerstgenoemde houdt in dat er over het antwoord in redelijkheid geen twijfel bestaat en in het tweede geval is de vraag reeds door het HvJ EU beantwoord.

Het resultaat van de prejudiciële procedure is dat de nationale rechter en het HvJ EU samenwerken ten behoeve van een uniforme toepassing van het unierecht. Het HvJ EU geeft leiding en sturing aan de uitleg van het unierecht. Dat wendt de nationale rechter vervolgens aan in het geschil dat hem is voorgelegd door het nationale recht in het licht van het uitgelegde unierecht op de door hem vastgestelde feiten toe te passen. Deze in een prejudiciële procedure vormgegeven samenwerking tussen de nationale en de unierechter bevordert de handhaving van het unierecht.⁸

8 Zie o.m. P.J.G. Kapteyn e.a., *The Law of the European Union and the European Communities*, Austin: Wolters Kluwer 2008, p. 479-484; R.P.J.L. Tjittes & R. Meijer, 'Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *RM Themis* 2009, p. 166-171; R. Barents, *EU-procesrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 332-338, 372-383; HvJ EG 24 juni 2010, zaak C-98/09, *Sorge/Poste Italiana*, r.o. 24.

3.2 Een bestaande prejudiciële procedure in het Wetboek van Strafvordering

In het kader van de bewezenverklaring en/of de strafbaarheid van feit en/of dader kan de strafrechter worden geconfronteerd met privaatrechtelijke vraagstukken. Het antwoord daarop kan doorwerken bij beslissingen die hij in het verband van het beslissingsschema van artikel 348/350 Sv moet nemen. Dat dwingt de strafrechter tot het beantwoorden van die privaatrechtelijke vraagstukken, terwijl het niet per se zijn deskundigheid betreft. Hoewel de strafrechter, mede op grond van de autonomie van het strafrecht, bevoegd is de privaatrechtelijke vraagstukken zelf te beantwoorden, komt hem op grond van artikel 14 Sv de discretionaire bevoegdheid toe om ingeval van een geschilpunt van burgerlijk recht dat van invloed kan zijn op de waardering van het ten laste gelegde feit, de vervolging te schorsen teneinde de beslissing van de burgerlijke rechter af te wachten. Na het verkrijgen van de uitspraak van de burgerlijke rechter kan de strafrechter die meenemen in zijn beraadslagingen. Aldus wordt de strafrechter in staat gesteld op zoek te gaan naar de materiële waarheid en deze zo dicht mogelijk te naderen. Dat voorkomt dat een onschuldige wordt veroordeeld en het bevordert dat de werkelijk schuldige wordt gestraft.⁹

Onder het geschilpunt van burgerlijk recht valt de situatie dat er een ‘ingewikkelde civielen rechtsstrijd’ bestaat of aanhangig is, hetgeen moet worden opgevat als de situatie waarin verdachte zich beroept op het bestaan en/of de aard en/of de omvang van een burgerlijk recht en/of plicht die expliciet of impliciet door een ander wordt weersproken, met als gevolg dat geen duidelijkheid bestaat over de privaatrechtelijke verhoudingen.¹⁰

Schorsing van de vervolging wegens een geschilpunt van burgerlijk recht kan alleen aan de orde zijn wanneer de uitkomst van de civiele procedure van invloed is op de waardering van het ten laste gelegde feit. Dat wil zeggen dat de strafrechter ex ante moet prognosticeren dat redelijkerwijs valt te verwachten dat de uitkomst van de civiele procedure de strafbaarheid van het feit kan doen laten vervallen.¹¹ De strafrechter is evenwel niet gebonden aan de uitkomst van de civiele procedure, alhoewel zijn afwijkingsmogelijkheden uit de aard der zaak beperkt zijn (alleen al vanwege de rechtseenheid) en hij de afwijking moet motiveren (art. 360 lid 2 Sv).¹² De bevoegdheid tot schorsing van de vervolging wegens een geschilpunt van burgerlijk recht komt toe aan de feitenrechters en de Hoge Raad.¹³ Zij kunnen daarvan gebruikmaken wanneer zij wensen te worden voorgelicht over de privaatrechtelijke verhoudingen, bijvoorbeeld wanneer deze complex zijn of anderszins moeilijk te bepalen zijn.¹⁴ Anders gezegd, wanneer een voorvraag van privaatrechtelijke aard moet worden beantwoord om tot een beslissing te komen in de strafzaak,

9 Kristen, aant. 2 op art. 14-20 en aant. 4.1-4.2 op art. 14 (suppl. 118, oktober 2000), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).

10 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 67; Kristen, aant. 4.3 en 6 op art. 14 (suppl. 118, oktober 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

11 Kristen, aant. 7.1 op art. 14 (suppl. 118, oktober 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

12 Kristen, aant. 9 op art. 14 (suppl. 118, oktober 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

13 Kristen, aant. 6.16 op art. 14-20 (suppl. 118, oktober 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

14 Kristen, aant. 3 op art. 14-20 (suppl. 118, oktober 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

kan de vervolging – in veel gevallen de behandeling van de zaak op het onderzoek ter terechtzitting – tijdelijk worden gestaakt om een deskundig oordeel van een andere rechter te verkrijgen. Dat maakt de regeling van artikel 14 Sv tot een prejudiciële procedure. Een procedure die vanwege de gelijkens in doelstelling, ratio, functionaliteit en uitwerking model kan staan voor een prejudiciële procedure in strafzaken waarmee feitenrechters rechtsvragen tussentijds kunnen voorleggen aan de Hoge Raad om vervolgens met diens deskundige antwoord in de hand de hen voorgelegde zaak te beslissen. Het zal dan gaan om rechtsvragen met een zekere complexiteit en ingewikkeldheid, die overigens ook een bovenindividueel zaaksbelang kunnen dienen, en waarvan de beantwoording doorwerkt in beslissingen die de rechter ingevolge het beslissingsschema van artikel 348/350 Sv moet nemen. Zo bezien kan een prejudiciële procedure in strafzaken worden beschouwd als een hulpmiddel voor de feitenrechter waarmee de beantwoording van op het eerste gezicht complexe en ingewikkelde rechtsvragen waarop voorspand geen klip en klaar antwoord mogelijk is, wordt overgelaten aan de Hoge Raad.

De wettelijke regeling van de procedure van artikel 14 Sv kan op diverse punten tot inspiratie dienen voor de praktische vormgeving van een prejudiciële procedure in strafzaken. Zo resulteert een schorsing van de vervolging in een onderbreking van de vervolging. Die wordt stilgelegd. Indien de schorsing van de vervolging wordt bevolen door de zittingsrechter, staakt deze de behandeling van de strafzaak voor de duur van de schorsing. Al datgene wat vóór de schorsing van de vervolging in het vooronderzoek en het eindonderzoek heeft plaatsgevonden wordt niet aangetaast.¹⁵ Voor schorsing van de vervolging bij een voorlopig gehechte biedt artikel 17 Sv een regeling om de gevolgen van die schorsing te mitigeren. Die regeling houdt kort gezegd in dat de schorsende rechter enerzijds spoedeisende maatregelen kan bevelen, zoals een deskundigenonderzoek, en anderzijds kan bevelen dat de schorsing niet de voorlopige hechtenis regardeert, met als gevolg dat de voorlopige hechtenis wordt beheerst door de wettelijke regeling daarvan.

4 Argumenten voor een prejudiciële procedure in strafzaken

4.1 Een prejudiciële procedure kan in een behoefte voorzien

Een prejudiciële procedure bewerkstelligt dat alvorens tot een einduitspraak wordt gekomen in een strafzaak, het oordeel van een andere rechter, in dit geval de hoogste nationale rechter – de Hoge Raad – wordt verkregen. Daarmee heeft de rechter die in de strafzaak moet beslissen de mogelijkheid tot een betere einduitspraak te komen. Beter in de zin van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling en/of de rechtsbescherming dienend, en aldus in het belang van verdachte, openbaar ministerie, slachtoffer(s), rechterlijke macht en/of samenleving.

Deze karakteristiek van een prejudiciële procedure brengt met zich dat zij in een behoefte kan voorzien. Maar hoe concreet of reëel is die behoefte dan? Een antwoord op deze vraag vergt empirisch onderzoek, waarin alle zojuist genoemde

15 Kristen, aant. 7 op art. 14-20 (suppl. 118, oktober 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

belanghebbenden dienen te worden betrokken. Dat onderzoek is er niet; er is immers niet ten gronde overwogen een prejudiciële procedure in strafzaken mogelijk te maken (zie par. 2). De gestelde behoefte kan ik echter ook langs een andere weg aannemelijk doen worden. Daartoe behandel ik drie argumenten.

Allereerst laat de rechtspraak naar mijn oordeel voldoende voorbeelden zien waarin een prejudiciële procedure uitkomst had kunnen bieden. Deze voorbeelden betreffen elk zaken met een eigen kenmerk:

- Strafzaken waarin de Hoge Raad gebreken in wetgeving moet repareren of nieuwe wetgeving moet duiden.¹⁶ Een goed voorbeeld is het arrest van de Hoge Raad van 22 december 2009, *LJN BJ7810*, over het instellen van hoger beroep en cassatie. In deze uitspraak constateert de Hoge Raad dat de bedoeling van de wetgever niet in de wettelijke regeling terugkeert en dat daardoor in de rechtspraak vragen zijn gerezen. Om die reden geeft de Hoge Raad een ‘aantal voor de rechtspraak hanteerbare beslissingen’ (r.o. 3.2) en komt met een uitgebreide beschouwing waarin twee verschillende situaties aan bod komen en een voorziening wordt getroffen. De bedoelde vragen zijn gerezen na de inwerkingtreding van de Wet stroomlijnen hoger beroep¹⁷ op 1 maart 2007 respectievelijk 1 juli 2007. De strafzaak naar aanleiding waarvan de Hoge Raad diens beschouwingen geeft, betreft een arrest van het Hof Amsterdam van 30 september 2008. A-G Knigge heeft bij vervroeging geconcludeerd op 15 september 2009 en de uitspraak van de Hoge Raad dateert van 22 december 2009. Kortom, tussen het arrest in hoger beroep en het arrest in cassatie zijn grofweg 15 maanden verstreken. Dat is voor cassatie een betrekkelijk korte termijn, mede dankzij de inspanningen van de advocaat-generaal en de Hoge Raad om de zaak voortvarend af te doen. Echter, met een prejudiciële procedure was men naar verwachting sneller geweest. Al was het alleen maar omdat de uitwerking van het arrest van het hof en het doorzenden naar de Hoge Raad, hetgeen maanden pleegt te duren, kan worden overgeslagen. Het hof dient slechts één of meer goede prejudiciële vragen te formuleren en door te zenden naar de Hoge Raad.
- Zaken waarin de Hoge Raad de betekenis van een uitspraak van het EHRM moet duiden. Corstens heeft in dit verband eerder aangegeven dat hij het te lang vond duren voordat er duidelijkheid was over de gevolgen van de rechtspraak van het EHRM over de raadsman bij een niet-verschenen verdachte: ‘Er was over de problematiek van artikel 279 Sr ook rechtspraak van het EHRM, maar het duurde jarenlang voordat er een duidelijk antwoord was. Zo moet het dus niet.’¹⁸ Een ander voorbeeld betreft de uitspraken van de Hoge Raad van 30 juni 2009 over de raadsman bij het politieverhoor naar aanleiding van de

16 Ingeval van een ‘question de droit nouvelle’ kan in Frankrijk een prejudiciële vraag aan het Cour de Cassation worden gesteld, zie Tjittes & Meijer 2009, p. 164-165.

17 Wet van 5 oktober 2006, *Stb.* 2006, 470.

18 G.J.M. Corstens in ‘Verslag plenair gedeelte onder leiding van prof. mr. M.A. Loth’, in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009a, p. 47.

Salduz-uitspraak van het EHRM op 27 november 2008. Onmiddellijk na die uitspraak rezen in de rechtspraktijk en de rechtswetenschap vragen over de consequenties daarvan voor de Nederlandse rechtspraktijk. Hier heeft de Hoge Raad snel gehandeld door de behandeling van de zaak via organisatorische maatregelen voorrang te geven; er zijn zeven maanden verstreken sedert de uitspraak van het EHRM. Niettemin levert het een voorbeeld op van een type van gevallen waarin een prejudiciële procedure uitkomst zou kunnen bieden.

- Zaken waarin de Hoge Raad de betekenis van uitspraken van andere rechters moet duiden, waartoe met name het HvJ EU moet worden gerekend. In dit verband is een bekend voorbeeld de Securitel-affaire. Na de Securitel-beslissing van het HvJ EG ontstond er onduidelijkheid over de implicaties daarvan en hebben lagere rechters daarmee geworsteld. Het duurde anderhalf jaar voordat de Hoge Raad zich hierover uitsprak en de Hoge Raad heeft nog later (ten minste twee jaar en zeven maanden) in twee andere zaken prejudiciële vragen aan het HvJ EG gesteld, waarop vervolgens de Hoge Raad nog eens tenminste twee jaar en twee maanden later heeft beslist, doch wel – dat moet worden gezegd – binnen iets meer dan vier maanden na de beslissing van het HvJ EG.¹⁹

In veel van de genoemde uitspraken heeft de Hoge Raad voorafgaande beschouwingen gewijd aan de rechtsvraag alvorens de zaak zelf te beoordelen.

Mede op grond van het voorgaande durf ik de stelling aan dat veel van zaken waarin de Hoge Raad overgaat tot zogenoemde voorafgaande beschouwingen,²⁰ zaken betreffen waarin rechtsvragen aan de orde zijn die heel goed, en naar verwachting sneller en efficiënter via een prejudiciële procedure tot klaarheid hadden kunnen worden gebracht. Een voordeel van een prejudiciële procedure is namelijk ook dat de feitenrechter de beslissing van de Hoge Raad onmiddellijk kan toepassen in de zaak zelf.

Kortom, er zijn gevallen waarin een prejudiciële procedure uitkomst had kunnen bieden. Dit betreft zaken waarin de rechtspraktijk grote behoefte had aan duidelijke, richtinggevende uitspraken van de Hoge Raad. Alleen dat al maakt dat een prejudiciële procedure een functie heeft, ook al kan dat (nog) niet met empirische gegevens worden gestaafd. Hier speelt het normatieve argument een doorslaggevende rol: gelet op de taak en de verantwoordelijkheid van de Hoge Raad dient er een instrument te zijn om in dergelijke klemmende zaken vlot een beslissing van de Hoge Raad te verkrijgen. Dit argument is niet vreemd; het ligt impliciet ten grondslag aan het conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Een tweede argument is dat in een individuele strafzaak rechtsvragen kunnen spelen die op complexe materie zien dan wel een zaaksoverstijgend belang betreffen. De feitenrechter moet een beslissing op die rechtsvraag nemen, anders zou sprake

19 HvJ EG 30 april 1996, zaak C-194/94, *NJ* 1997, 214 (CIA Securitel International tegen Signalson en Securitel), met de eerste post-Securitel-arresten van HR 25 november 1997, *NJ* 1998, 194 en 195, en nog latere verwickelingen met het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EG, zie HR 5 januari 1999, *NJ* 1999, 158, en HR 6 juli 1999, *NJ* 2000, 142, uiteindelijk beslist in HR 27 maart 2001, *LJN* AB0745 resp. HR 22 mei 2001, *LJN* AB1773.

20 Zoals in het post-Securitel-arrest HR 25 november 1997, *NJ* 1998, 194.

zijn van rechtsweigerings (art. 13 Wet Algemene Bepalingen). In die gevallen kan de feitenrechter het zoeken van een antwoord op die rechtsvraag willen overlaten aan de Hoge Raad. Dat kan zijn omdat de feitenrechter de portee van de rechtsvraag onderkent, omdat de feitenrechter inschat toch moeite te zullen hebben met het vinden van een adequaat antwoord, omdat enig uitstel in de beslissing van de zaak geen kwaad kan, omdat budgettaire regels binnen het gerecht ontmoedigen zelf in de zaak te duiken, omdat de feitenrechter van oordeel is dat de verantwoordelijkheid voor het beantwoorden van de rechtsvraag omwille van rechtseenheid, rechtsontwikkeling en/of rechtsbescherming bij de Hoge Raad moet worden gelegd, etc. Anders gezegd, een veelheid van redenen of combinaties daarvan kan de wens doen ontstaan de zaak, hangende de procedure, aan de Hoge Raad voor te kunnen leggen via een prejudiciële procedure. Aldus verkrijgt de feitenrechter een ‘deskundig advies’,²¹ waar hij niet de gelegenheid en middelen heeft om de rechtsvraag zelf te beantwoorden. Dit deskundig advies heeft wel een verplichtend karakter. De feitenrechter dient het oordeel van de Hoge Raad toe te passen in de hem voorliggende strafzaak.²² Het past niet om door het stellen van de prejudiciële vraag de taak en de positie van de Hoge Raad te erkennen en vervolgens zich niet te conformeren aan het oordeel van de Raad. Ik verwacht hier evenwel weinig problemen wanneer het stellen van prejudiciële vragen een bevoegdheid voor de feitenrechter is. Gaat hij immers daartoe over, dan heeft de feitenrechter zich door zelfbinding gecommiteerd aan de uitspraak van de Hoge Raad in de prejudiciële procedure. Hier ligt overigens een verschil met de schorsing van de vervolging wegens een geschilpunt van burgerlijk recht. Die strekt mede tot voorlichting van de strafrechter over de privaatrechtelijke verhoudingen door de uitspraak van de civiele rechter, maar daarbij heeft de strafrechter vanwege de autonomie van het strafrecht de bevoegdheid een eigen, in de strafrechtelijke context passend oordeel te vellen (zie par. 3.2).

Een laatste argument voor de gestelde behoefte aan een prejudiciële procedure is de ervaren wens voor een turborechter. In zijn toekomstvisie op de rechtspraak in 2040 ziet Reijntjes een plek weggelegd voor de turborechter. Dat is de appelrechter die zaken waarin beslissingen die ook in andere strafzaken doorwerken, en de ‘zegen van een hoger gezag behoeven (doordat zij omstreden zijn, of gewoon omdat men meer zekerheid wil)’ met voorrang behandelt.²³ Een prejudiciële procedure kan hierin wellicht nog beter voorzien dan een turborechter; er wordt immers op korte termijn een beslissing van de Hoge Raad verkregen.

21 Vrij naar D. Simons, *Beknopte handleiding tot het wetboek van strafvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1925, p. 145.

22 Evenzo in art. 394 lid 1 Rv van het conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, waarover ook Frenk in deze bundel. Anders voor het privaatrecht Tjittes & Meijer 2009, p. 173.

23 J.M. Reijntjes, ‘Toekomstbeeld of visioen? De strafrechtspraak op weg naar het jaar 2040’, in: B. van Delden e.a. (red.), *De rechtspraak in 2040* (Stevens bundel), Deventer: Kluwer 2010, p. 177.

4.2 Rechtseenheid en rechtsontwikkeling zijn gebaat bij een prejudiciële procedure

Als hoogste rechter in de strafrechtelijke kolom heeft de Hoge Raad tot taak de rechtseenheid te bevorderen en bij te dragen aan de rechtsontwikkeling. Ten opzichte van de lagere rechter heeft de Hoge Raad een normstellende en controlerende rol. Daarbij gaat het niet alleen om tijdige en goede beantwoording van rechtsvragen die van meer algemeen belang zijn. Ook de goede rechtsbedeling in de individuele zaak dient te worden bewaakt.²⁴ In strafzaken, waarin steeds sprake is van het door de overheid uitoefenen van macht jegens een of meer burgers, is toezien op de naleving van bevoegdheidverlenende rechtsnormen en overige materiële en procedurele voorschriften essentieel.

Deze taak van de Hoge Raad kan om verschillende redenen gebaat zijn bij een prejudiciële procedure in strafzaken. Allereerst stelt een prejudiciële procedure de feitenrechter in staat om, wanneer zich een rechtsvraag aandient met zaakoverstijgend belang, meteen de Hoge Raad te adiëren. Daarmee wordt de Hoge Raad in de gelegenheid gesteld te komen tot een tijdige beantwoording van de rechtsvraag en aldus richtinggevend te kunnen zijn voor strafzaken waarin een vergelijkbare vraag speelt. Reeds in de aan de feitenrechter voorgelegde zaak kan de Hoge Raad leiding geven.²⁵ De feitenrechter dient het antwoord op zijn prejudiciële vraag toe te passen in de concrete strafzaak.

Met dit tijdig en sturend beantwoorden van een rechtsvraag hangt een tweede voordeel samen: tegenstrijdige uitspraken van feitenrechters in vergelijkbare strafzaken worden voorkomen. Tegenstrijdige uitspraken leiden tot rechtsonzekerheid en doen afbreuk aan de rechtseenheid. Hoewel feitenrechters zich dit ongetwijfeld realiseren, is met name bij nieuwe ontwikkelingen – zoals opsporingspraktijken, nieuwe wetgeving, nieuwe rechtspraak van Europese rechters – de kans niet denkbeeldig dat feitenrechters, binnen hun soms beperkte mogelijkheden al zoekend naar een adequaat antwoord, tot verschillende uitspraken komen.

Een voorbeeld betreft de uiteenlopende reacties van strafrechters op nieuw opsporingsbeleid bestaande uit de inzet van lokmiddelen als een lokfiets of lokauto. Waar een politierechter van de Rechtbank Dordrecht de officier van justitie ambtshalve niet-ontvankelijk had verklaard wegens uitlokking door inzet van een lokfiets, ging de Rechtbank Arnhem in haar vonnis geheel aan de inzet van een lokfiets voorbij, achtte de Rechtbank Dordrecht later de inzet van een lokfiets geoorloofd want passend binnen het primaire doel van de opsporing en na appel in de genoemde politierechterzaak vernietigde de Rechtbank Dordrecht het vonnis van de politierechter.²⁶ Pas daarna kreeg de Hoge Raad in een andere zaak de kans om een richtinggevende uitspraak te doen inzake het gebruik van lokmiddelen.²⁷ Bestond er een prejudiciële procedure in strafzaken en had reeds de politierechter

24 O.m. Hammerstein 2008, p. 9-10; Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag 2007 en 2008*, Den Haag: z.j., p. 27-29.

25 Zie M.A. Loth, 'Reparaties aan de "cassatiemotor"', in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 8.

26 Pol.r. Dordrecht 22 maart 2006, *LJN AX0773*, Rb. Arnhem 2 oktober 2007, *LJN BB4593*, Rb. Dordrecht 2 januari 2007, *LJN AZ5422*, resp. Rb. Dordrecht 1 november 2007, *LJN BB6979*.

27 HR 28 oktober 2008, *NJ 2009*, 224.

onderkend dat hier een rechtsvraag met meer algemene strekking voorlag²⁸ – hetgeen overigens hier in de lijn der verwachtingen lag omdat hij ambtshalve de kwestie aansneed – dan was al eind 2006 een uitspraak van de Hoge Raad verkregen en niet eind 2008. Feitenrechters hadden zich dan in tussentijds gedane uitspraken op de uitspraak van de Hoge Raad kunnen richten.

Een derde belang dat een prejudiciële procedure in strafzaken kan dienen, is een bijdrage leveren aan de kwaliteit, de aanvaardbaarheid en het gezag van de uitspraak van de feitenrechter die conform het antwoord van de Hoge Raad op zijn prejudiciële vraag beslist.²⁹ De feitenrechter krijgt met het antwoord van de Raad maatstaven en houvast aangereikt voor zijn beslissing. Doordat in zijn vonnis of arrest tot uitdrukking zal komen dat een oordeel van de Hoge Raad is gevraagd en dat conform wordt beslist, steunt de feitenrechter op de schouders van de Hoge Raad. Er volgt een soort van gezamenlijke beslissing in de individuele strafzaak. Dat kan bijdragen aan de kanaliserende functie van de strafrechtspraak,³⁰ oftewel de stabiliserende functie van de strafrechtspraak in de samenleving.³¹

Ten slotte kan een prejudiciële procedure in strafzaken de precedentwerking van de rechtspraak van de Hoge Raad versterken. Kenmerk is immers dat het antwoord van de Hoge Raad onmiddellijk wordt toegepast, en wel in de concrete strafzaak waarin de rechtsvraag aan de orde is. Aldus kan de rechtseenheid en rechtsontwikkeling meteen vorm krijgen. Daarnaast valt te verwachten dat de uitspraken van de Hoge Raad in de prejudiciële procedure een wat algemener, abstracter karakter zullen hebben. In de prejudiciële procedure staat immers centraal de beantwoording van een rechtsvraag met het oog op de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en/of rechtsbescherming. Dat leidt tot een ‘rechtsvraaggerelateerde opstelling’ van alle betrokkenen in de prejudiciële procedure.³² Dat zal zich ongetwijfeld ook vertalen in de uitspraak van de Hoge Raad. Van dergelijke uitspraken gaat mogelijk een sterkere precedentwerking uit.³³

4.3 Rechtsbescherming is gebaat bij een prejudiciële procedure

In strafzaken is het verschaffen van rechtsbescherming aan de verdachte wezenlijk; de verdachte burger staat bloot aan het uitoefenen van macht door de overheid. Strafrechtelijk optreden behelst meestal een beknotting van zijn vrijheidsrechten. Uit hoofde van het materieelstrafrechtelijke en strafvorderlijke legaliteitsbeginsel is dat geoorloofd indien daartoe een vooraf gegeven wettelijke bevoegdheid

28 Vgl. de bijdrage van Giesen aan deze bundel.

29 Zie o.a. Loth 2009, p. 8.

30 Waarover o.m. P.H.P.H.M.C. van Kempfen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 322-324.

31 Vrij naar J. Demmink, ‘Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad’, in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009, p. 4.

32 J.B.M. Vranken, ‘Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand’, *NJB* 2009, p. 1086-1087. Zie ook Frenk in deze bundel.

33 Vgl. R.A. Lawson, ‘De internationale rechter in de Nederlandse rechtsorde’, in: *Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1999-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 74.

bestaat en vervolgens de aanwending daarvan geschiedt overeenkomstig wettelijke, jurisprudentiële en/of ongeschreven beginselen, normen en voorschriften. Het recht dient in de concrete strafzaak juist te worden toegepast. Hier ligt ook een belangrijke taak voor de Hoge Raad.³⁴

Met een prejudiciële procedure in strafzaken wordt de Hoge Raad in de gelegenheid gesteld om in een concrete strafzaak en voordat daarin een einduitspraak door de feitenrechter is gegeven, invulling te geven aan die taak. Hij kan de feitenrechter handreikingen bieden, of zo men wil, sturen in het realiseren van de juiste toepassing van het recht in de individuele strafzaak. Dat resulteert in een tijdsbepaalde bescherming van fundamentele rechten van in elk geval de verdachte.³⁵ Maar ook die van slachtoffers. Zo bezien is de huidige weg van het aanwenden van hoger beroep en/of cassatie zelfs geen goed alternatief; verschaft de feitenrechter in eerste aanleg niet de vereiste bescherming van fundamentele rechten, dan duurt de inbreuk daarop voort of start deze inbreuk vanaf de einduitspraak. Het zal dan vooral op de weg van de verdediging liggen om de gewone rechtsmiddelen aan te wenden, terwijl in een prejudiciële procedure de rechter invulling geeft aan de rechtsbescherming.

Doordat de Hoge Raad zelf dient te beoordelen of een prejudiciële vraag ontvanke-lijk is, heeft hij zelf in de hand hoe inhoud kan worden gegeven aan de prejudiciële procedure vanuit het oogpunt van rechtsbescherming. Aldus bezien, vrees ik niet dat een prejudiciële procedure afbreuk zou kunnen doen aan de rechtsbeschermende functie van het gewone rechtsmiddel van cassatie.³⁶ Daar komt bij dat na een prejudiciële procedure alsnog cassatie moet kunnen worden ingesteld.

4.4 Samenwerking tussen rechters

Aan de prejudiciële procedure bij het HvJ EU ligt de gedachte ten grondslag van samenwerking tussen de nationale rechter en het HvJ EU ten behoeve van de uniforme toepassing van het EU-recht, de rechtsbescherming van burgers en de verwezenlijking van de voorrang van het EU-recht (zie par. 3.1).

Deze samenwerkingsgedachte zie ik ook voor mij bij een prejudiciële procedure in strafzaken. Die procedure stelt Hoge Raad en feitenrechters in staat gezamenlijk invulling te geven aan de functies van de strafrechtspleging in onze samenleving en wel juist in die individuele strafzaak op het moment dat de rechtsvraag zich aandient. Doordat de feitenrechter dan door het stellen van een prejudiciële vraag de Hoge Raad in de zaak betreft, kunnen beide rechters samenwerken in de verwezenlijking van de doelstellingen van de strafrechtspraak.³⁷ Juist wanneer het wezenlijke rechtsvragen betreft, komen deze functies en doelstellingen in beeld.

34 O.m. Hammerstein 2008, p. 10; Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag 2007 en 2008*, Den Haag: z.j., p. 29.

35 Zie voor praktische voorbeelden toepasbaar in deze context: G.J.M. Corstens, 'Versterking van de cassatierechtspraak', in: G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad*, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009b, p. 19; B.F. Keulen, 'Cassatie op een breekpunt?', *RM Themis* 2009, p. 206-207.

36 Vgl. Demmink 2009, p. 3.

37 Vgl. Corstens 2009b, p. 22. En vergelijk ook voor het privaatrecht F. Bakels, 'Aan de vooravond van de derde van Bruinsma', *NJB* 2010, p. 547.

Het is veel meer een gedeelde verantwoordelijkheid in plaats van het afdoen van een strafzaak door de feitenrechter zelf en vervolgens maar zien wat er in hoger beroep of cassatie gebeurt. Voorts is een resultaat van deze samenwerking dat de rechterlijke macht als geheel de samenleving kan dienen 'met snelheid en adequaatheid'.³⁸

4.5 Efficiëntievoordeel voor procespartijen en samenleving

Een belangrijk effect van een prejudiciële procedure is dat op een eerder moment dan via de gebruikelijke gang van de gewone rechtsmiddelen een oordeel van de Hoge Raad beschikbaar komt. Dat levert een besparing van tijd, kosten, werk en emotionele belasting op.

Bezien vanaf de eerste aanleg is de tijd-, kosten- en werkbesparing gelegen in het niet hoeven voor te bereiden en doorlopen van de proceshandelingen in hoger beroep. Dit geldt voor verdachte, openbaar ministerie en rechterlijke macht en eventueel voor andere betrokkenen, zoals benadeelde partijen, deskundigen etc. De verantwoordelijkheid voor de prejudiciële vraag, de rechtsvraag, en de beantwoording daarvan ligt ook waar hij zou moeten liggen: bij de feitenrechter respectievelijk de Hoge Raad. De rechter wordt geadieerd voor een goede rechtsbedeling, hij draagt daar dan ook zorg voor en de kosten daarvan liggen dan vooral bij de rechterlijke macht.

Ook wanneer de prejudiciële vraag pas in hoger beroep wordt geformuleerd, is nog steeds sprake van een tijd-, kosten- en werkbesparing. Het uitwerken van de bewijsmiddelen bij het arrest na het instellen van cassatie, het aanwenden van cassatie en het opstellen van een cassatieschriftuur is niet vereist wanneer het hof een oordeel van de Hoge Raad in de strafzaak uitlokt door het stellen van een prejudiciële vraag.³⁹

Verdediging en openbaar ministerie moeten het stellen van een prejudiciële vraag aan de orde kunnen stellen en, als het initiatief van de feitenrechter komt, zich daarover kunnen uitlaten (vgl. par. 6.3-6.4), maar ingeval van het instellen van de prejudiciële procedure rust bij hen niet de verantwoordelijkheid om appel in te stellen, grieven te formuleren, cassatie in te stellen, cassatiemiddelen te formuleren etc. Als verdediging en/of openbaar ministerie wel zelf bepaalde kwesties willen voorleggen aan het gerechtshof of de Hoge Raad, blijft die mogelijkheid gewoon bestaan in de vorm van het aanwenden van de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie.

38 Vrij naar Corstens, die in algemene zin opmerkt: '(...) het mooiste zou zijn als we samen met de rest van de rechterlijke macht de samenleving kunnen dienen met snelheid en adequaatheid. Met adequaatheid bedoel ik in een vroeg stadium aan belangrijke rechtsvragen toekomen.', C. Lindo, 'Tussen ideaal en nuchterheid. Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens', *NJB* 2009, p. 1075.

39 Dit argument hangt samen met de hierna in par. 6.2 bepleite keuze dat alleen die rechtsvragen via een prejudiciële procedure aan de Hoge Raad worden voorgelegd waarbij de feitenrechter voor het verschaffen van de relevante feiten niet vooruit hoeft te lopen op beslissingen te nemen in het kader van de bewijsvraag.

Afgezien van tijd, kosten en werk wordt daarnaast de emotionele belasting van het doorlopen van de reguliere weg tot aan de Hoge Raad bespaard. Het oordeel van de Hoge Raad kan onmiddellijk in de concrete strafzaak worden toegepast.

Wanneer een rechtsvraag via een prejudiciële procedure is beantwoord, ontvalt daarmee in elk geval een belangrijke reden om de gewone rechtsmiddelen achtereenvolgens aan te wenden. Wordt inderdaad geen gewoon rechtsmiddel aangewend, dan is op kortere termijn een onherroepelijke uitspraak verkregen. De tenuitvoerlegging daarvan kan vervolgens sneller een aanvang nemen. Daar is de samenleving bij gediend.

4.6 De idee van een prejudiciële procedure is niet nieuw

Het invoeren van een prejudiciële procedure in strafzaken betekent niet de introductie van een volstrekt nieuwe procedure in het Wetboek van Strafvordering. Met de bevoegdheid tot schorsing van de vervolging wegens een geschilpunt van burgerlijk recht van artikel 14 Sv (zie par. 3.2) kent het Wetboek van Strafvordering reeds een soort prejudiciële procedure. Daarnaast zijn eerder voorstellen gedaan voor een prejudiciële procedure bij het EHRM. Daarmee zou ex ante een uitleg van een verdragsrecht kunnen worden verkregen.⁴⁰ Ik geef toe dat beide gelegenheidsargumenten zijn, maar zij maken wel duidelijk dat een prejudiciële procedure in strafzaken niet meteen een systeembreuk behelst.

5 Argumenten tegen een prejudiciële procedure in strafzaken

Om tot een afgewogen standpunt te kunnen komen over een prejudiciële procedure in strafzaken dienen ook de tegenargumenten te worden belicht. Ik zal dat evenwel minder uitgebreid doen, omdat Annelies Röttgering vooral de tegenargumenten naar voren brengt in haar bijdrage aan deze bundel. Bij mijn bespreking van de tegenargumenten zal ik overigens niet nalaten relativerende opmerkingen te maken.

5.1 Verlenging (vertraging) van de procedure

Een voor de hand liggend tegenargument is de verlenging van de initiële procedure. Door een prejudiciële vraag te stellen, wordt bij de Hoge Raad een nieuwe procedure gestart, en moet de vragenstellende feitenrechter de uitkomst daarvan afwachten alvorens hij tot een einduitspraak in de voorliggende strafzaak kan komen. De verdachte betaalt dan de prijs van de duur van de prejudiciële procedure. Die prijs kan zomaar enkele maanden zijn, met alle gevolgen van dien, zoals het voortduren van de onzekerheid over de afloop van zijn strafzaak, de mogelijke voortzetting van zijn voorlopige hechtenis, extra kosten etc.

Daar staat evenwel tegenover zijn belang bij rechtsbescherming (par. 4.3), verwezenlijkt op een uiteindelijk kortere termijn (par. 4.5) en het algemenere belang van rechtseenheid en rechtsontwikkeling (par. 4.2). Voorts ben ik van mening dat het

40 Zie voor een (wat ouder) overzicht Lawson 1999, p. 69-75.

vertragingsargument geen sluitend argument oplevert. Het geldt namelijk niet in alle gevallen. Laat ik dat schematisch weergeven, bezien vanaf het moment dat in eerste aanleg een wezenlijke rechtsvraag rijst:

- a. Er zou hoger beroep noch cassatie zijn ingesteld, maar wel een prejudiciële vraag: dan vertraging met de duur van de prejudiciële procedure.
- b. Er zou wel hoger beroep zijn ingesteld, maar geen cassatie, en in plaats daarvan wel een prejudiciële vraag: dan geen of weinig vertraging, doordat duur van het hoger beroep en van de prejudiciële procedure ongeveer gelijk kan zijn en de prejudiciële procedure mogelijk zelfs sneller (vgl. par. 6.4).
- c. Er zou wel hoger beroep en cassatie zijn ingesteld, en in plaats daarvan wel een prejudiciële vraag: dan geen vertraging; sterker nog, de prejudiciële procedure zal sneller zijn.

Bij dit schema durf ik wel de hypothese te formuleren dat in aantallen variant c het aantal gevallen van variant a ruimschoots zal overstijgen. Immers, de rechtsvraag is dermate important dat de verdediging of het openbaar ministerie voldoende belang hebben om door te procederen.

De verlenging van de behandeling van de strafzaak door het gebruikmaken van een prejudiciële procedure kan nog de vraag oproepen naar de verenigbaarheid met het vereiste van berechting binnen redelijke termijn van artikel 6 EVRM. Ik verwacht hier geen problemen. Als een prejudiciële vraag wordt gesteld, mag worden aangenomen dat deze vraag ziet op complexe materie. Laat dat net een factor zijn op grond waarvan het EHRM beoordeelt of daadwerkelijk sprake is van schending van de redelijke termijn.⁴¹ Complexe materie verlangt nu eenmaal meer tijd. Voorts moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat het EHRM de gehele strafrechtelijke procedure, dus inclusief hoger beroep of cassatie, in ogen-schouw neemt. Dan valt de duur van een prejudiciële procedure daartegen weg, zeker als men, net als ik, denkt aan een termijn van ongeveer zes maanden voor beantwoording van een prejudiciële vraag (zie par. 6.4).

5.2 *Indammende werking van de prejudiciële procedure?*

Voor de strafsector geldt volgens de commissie-Hammerstein dat de toestroom van zaken moet worden ingedamd. Als instrument daartoe wordt het selectie-mechanisme voorgesteld.⁴² Maar kan een prejudiciële procedure in strafzaken niet ook die werking hebben? Gelet op de functie van een prejudiciële procedure kan in abstracto worden betoogd dat wanneer de Hoge Raad in een prejudiciële procedure een richtinggevende uitspraak op een bepaalde rechtsvraag heeft gegeven, het de verdediging of het openbaar ministerie in andere zaken kan weerhouden van het aanwenden van het rechtsmiddel cassatie. Het standpunt van de Hoge Raad is dan immers bekend. Niettemin moet sterk worden getwijfeld aan de juistheid van deze redenering, omdat in strafzaken de verdediging rechtsbescherming of uitstel

41 Standaardrechtspraak, zie bijv. EHRM 18 september 2008, appl.no. 9174/02, par. 101-104 (Korbely v. Hungary).

42 Waarover in deze bundel Franken en Machielse.

zoekt door cassatie in te stellen. Dat verklaart de grote toestroom van zaken in de strafsector.⁴³

5.3 (Verder) veranderende positie van de Hoge Raad?

Eerder heb ik aangegeven dat een prejudiciële procedure in strafzaken de taak kan dienen van het bevorderen van de rechtseenheid en het bijdragen aan de rechtsontwikkeling (par. 4.2). In dit verband moet worden gewezen op de mogelijkheid van een geleidelijk veranderende positie van de Hoge Raad.

In een prejudiciële procedure is de Hoge Raad minder een cassatierechter die in een individuele strafzaak kan bewerkstelligen dat wordt gekomen tot een goede rechtsbedeling en een rechtvaardig oordeel. Er wordt dan immers niet meer naar de gehele strafzaak gekeken zoals die via de cassatiemiddelen aan de Raad wordt gepresenteerd, maar naar de concrete prejudiciële vraag, met mogelijk van daaruit een blik op delen van de strafzaak (vgl. verder par. 6.2). De inkaderende werking van een prejudiciële vraag beperkt het blikveld van de Hoge Raad, die daardoor meer kan gaan verschuiven naar de positie die het HvJ EU in prejudiciële procedures heeft. In prejudiciële procedures kan de Hoge Raad zich meer toeleggen op het meer in het algemeen beantwoorden van rechtsvragen, dus los van een individuele strafzaak. Naar verwachting resulteert dat in een rechtsvraaggerelateerde opstelling (zie par. 4.2). Dat leidt tot een nieuwe benadering. Voor de prejudiciële procedure voor civiele zaken spreekt Giesen in zijn bijdrage aan deze bundel trefend over twee varianten van de Hoge Raad, misschien wel twee Hoogste Raden. Dat zou ook kunnen gebeuren bij invoering van een prejudiciële procedure in strafzaken.

De vraag is evenwel of een veranderende positie van de Hoge Raad onwenselijk is. Ter relativering van het Trojaanse paard van Giesen merk ik op dat de Hoge Raad zich reeds heel geleidelijk en langzaam heeft verwijderd – en dat nog steeds doet – van zijn oorsprong als cassatierechter, gemodelleerd naar het Franse Cour de cassation.⁴⁴ Dat volgt enerzijds uit de aanwending van bestaande middelen om het grote aantal strafzaken efficiënt af te kunnen doen, zoals het afdoen van zaken zonder motivering op de voet van artikel 81 Wet RO. Anderzijds heeft de Hoge Raad met diens praktijk van de arresten met ‘voorafgaande beschouwingen’ laten zien niet slechts een cassatierechter te willen zijn. In deze arresten geeft de Hoge Raad juist algemene regels met het oog op de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling (vgl. de voorbeelden genoemd in par. 4.1). Om die reden schat ik in dat het Trojaanse paard van Giesen in strafzaken niet zo gevaarlijk is dat daarmee de Kazernestraat wordt aangevallen. Maar het kan wel leiden tot een versnelde verhuizing van de Hoge Raad naar het nieuwe vijfvingerige gebouw van Vranken.⁴⁵

43 Vgl. Hammerstein 2008, p. 31-33.

44 Zie reeds M.J.P. Verburgh, ‘De ontwikkeling van de rechtsvinding in de civiele rechtspraak. Stellingen van Prof. mr. M.J.P. Verburgh’, *NJB* 1977, p. 508, sprekend over de ‘wetgevers-achtige taak’ van de Hoge Raad, alsook Loth 2009, p. 6.

45 Zie de bijdrage van Vranken in deze bundel.

5.4 Nieuwe onduidelijkheden

Wanneer een prejudiciële procedure wordt ingevoerd, leidt dat tot een aftasting van de mogelijkheden. Feitenrechters moeten leren hoe zij een prejudiciële vraag moeten formuleren. Op zijn beurt zal de Hoge Raad een beleid moeten ontwikkelen over het ontvangen van prejudiciële vragen. Doordat de Hoge Raad bepaalt welke prejudiciële vragen hij ontvangt, kan hij dat beleid voeren en daarmee de feitenrechters handreikingen bieden voor het formuleren van een prejudiciële vraag (zie ook par. 6.4). Is de vraag ondeugdelijk, dan komt de zaak onmiddellijk terug bij de feitenrechter. Die kan ofwel een nieuwe vraag formuleren, ofwel de behandeling van de strafzaak hervatten en zelf de vraag beantwoorden. Alsdan is de vertraging in de strafprocedure zeer beperkt. Ontvangt de Hoge Raad de vraag, dan start de termijn gemoeid met het beantwoorden daarvan. Ik zie hier geen grote moeilijkheden; Nederlandse rechters hebben ook ervaring opgedaan met het formuleren van prejudiciële vragen voor het HvJ EU. Hier zeg ik Giesen in zijn bijdrage aan deze bundel na, laten we experimenteren.⁴⁶

5.5 Kosten

Een prejudiciële procedure invoeren kost geld, dat is evident. Er staat evenwel wel iets tegenover, iets dat niet (goed) in geld valt uit te drukken en toch heel belangrijk is. Dat is de kwaliteitsverbetering die kan worden gerealiseerd ter zake van de taak van de Hoge Raad op het vlak van rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming (zie par. 4).

Onderkend moet worden dat de kosten nog meer oplopen als na een prejudiciële procedure alsnog in hoger beroep en/of cassatie wordt gegaan. Voordelen in efficiency nemen dan aanmerkelijk af (vgl. par. 4.5). Tegelijkertijd valt niet te verwachten dat in strafzaken waarin een prejudiciële vraag is gesteld steeds in appel en/of cassatie wordt gegaan. Als deze gewone rechtsmiddelen alsnog worden aangewend, zullen de redenen daarvoor zijn gelegen in ofwel een bezwaar tegen de toepassing van het antwoord in de concrete strafzaak, ofwel een andere rechtsvraag, ofwel – met name ingeval van hoger beroep – een bezwaar over de feiten en/of de strafmaat. De prejudiciële kwestie is immers door de Hoge Raad afgedaan; dat is in de vervolprocedure(s) ook winst.

6 Enige aandachtspunten

6.1 Voorafgaande opmerkingen

Hiervoor zijn argumenten voor en tegen een prejudiciële procedure in strafzaken ten principale aan bod gekomen. Daarnaast kunnen argumenten zijn gelegen in enkele, meer praktische kwesties. De wijze waarop daarmee wordt omgegaan, bepaalt hoe een mogelijke prejudiciële procedure vorm kan krijgen. Dat weegt uiteraard mee in het definitieve antwoord op de vraag of een prejudiciële proce-

⁴⁶ Vgl. ook Lindo 2009, p. 1077.

dure in strafzaken wenselijk is. Om die reden ga ik aanstonds kort in op enkele aandachtspunten. Daarbij beoog ik niet een uitputtende behandeling daarvan te realiseren, doch vooral een identificeren van die aandachtspunten en het aangeven van mogelijke oplossingsrichtingen.

6.2 Feiten en prejudiciële procedure

Aan de meer principiële argumenten voor een prejudiciële procedure (par. 4) ligt de aannahme ten grondslag dat een prejudiciële procedure strekt tot het bespoedigen van het beantwoorden van rechtsvragen. Dat past ook bij de taak en de positie van de Hoge Raad in ons bestel. Niettemin moet worden onderkend dat rechtsvragen inherent verbonden zijn met feiten. Die feiten verschaffen de context van de rechtsvraag. De vragenstellende feitenrechter zal dan ook voor een juiste beantwoording van zijn prejudiciële vraag in veel gevallen informatie over de feiten moeten verstrekken. Dat doet de vraag opkomen of de feitenrechter in zijn selectie van voor te leggen feiten niet wordt gedwongen vooruit te lopen op de bewijsvraag, de eerste hoofdvraag van artikel 350 Sv.

Naar mijn mening dient dit te worden vermeden. Wanneer de feitenrechter onderdelen van een tenlastegelegd feit bewezen verklaart om die feiten ter onderbouwing van de prejudiciële vraag te kunnen aanvoeren, ontstaat richting de andere procesdeelnemers minstens een schijn van vooringenomenheid. Dat verdraagt zich niet met de rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid, zoals onder meer beschermd in artikel 6 lid 1 EVRM.

Bovendien kan de insteek van procesdeelnemers in het vervolg van het strafproces, i.e. na het antwoord van de Hoge Raad op de prejudiciële vraag, sterk veranderen. Zij zullen zich mede richten op datgene wat de feitenrechter aan bewezenverklarde feiten bij het formuleren van de prejudiciële vraag heeft aangevoerd. Een dergelijke verkapte bezwaarmogelijkheid kan de feitenrechter in een lastig parket brengen.

Een meer wetssystematisch argument luidt dat het beslissingsschema van artikel 350 Sv uit elkaar wordt getrokken. Een beslissing die eerst na afronding van het onderzoek ter zitting dient te worden genomen, gehoord alle procesdeelnemers over de zaak zoals initieel gepresenteerd in het dossier en daarmee met alle beschikbare informatie – ook de non-verbale zittingsinformatie – wordt aldus in elk geval partieel ontkoppeld van de overige bewijsvragen en de overige hoofdvragen van artikel 350 Sv.

Daarnaast is ook voor de prejudiciële procedure bij het HvJ EU en de ontwerp-prejudiciële procedure in civiele zaken voorzien in waarborgen om vooruitlopen op beslissingen over de feiten zoveel mogelijk te vermijden.⁴⁷ Deze waarborgen laten zich met enige aanpassingen transplanteren in de strafrechtelijke context:

1. Ook in de prejudiciële procedure in strafzaken is de Hoge Raad gebonden aan de cassatiegronden van schending van het recht en vormverzuimen (art. 79 lid 1 Wet RO).

⁴⁷ Memorie van toelichting bij conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, p. 9-10; Informatienota voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechters (2009/C 297/01), *Pb EU* 2009, C 297/1, p. 3.

2. In een prejudiciële procedure staan de feiten nog niet onherroepelijk vast; de Hoge Raad beslist op basis van hetgeen door de feitenrechter wordt aangedragen, ook als dat betekent dat de rechtsvraag onjuist of onvolledig wordt beantwoord als gevolg van ontoereikende feitelijke informatie.
3. Voor het stellen van een prejudiciële vraag kan de feitenrechter volstaan met een weergave van de ten laste gelegde feiten, al dan niet aangevuld met hypothesen ten aanzien van in elk geval onderdelen van de feiten. Het is niet vereist dat de feitenrechter vaststaande feiten aanlevert.
4. Het is wenselijk de prejudiciële vraag pas te stellen wanneer de strafzaak voldoende ver is gevorderd om een afdoende beeld van de relevante feiten te hebben.
5. De Hoge Raad kan ingeval de rechtsvraag te nauw is verweven met de feiten afzien van beantwoording van de rechtsvraag.

Tijdens de workshops over prejudiciële vragen in strafzaken kwam ten slotte duidelijk naar voren dat een prejudiciële procedure niet moet zijn bedoeld om feitelijke kwesties aan de orde te stellen. Men zag geen heil in de mogelijkheid ook gemengde vragen via een prejudiciële procedure aan de Hoge Raad voor te leggen.⁴⁸ Bij dit alles moet worden bedacht dat er ook zaken zullen zijn waarin prejudiciële vragen kunnen worden gesteld waarin geen oordeel over de feiten wordt verlangd voor het formuleren van een prejudiciële vraag. In de eerder gegeven voorbeelden van reparatie van wetgeving en het uitleggen van beslissingen van andere rechters (zie par. 4.1) betreft het steeds rechtsvragen die kunnen worden gesteld los van de feiten die voor de bewijsvraag relevant zijn en ook los van die feiten zijn beantwoord.

Niettemin is het voorstelbaar dat bepaalde rechtsvragen zozeer zijn verweven met feiten die in de bewijsvraag terugkomen, dat hier geen ruimte dient te zijn voor het stellen van een prejudiciële vraag. In een dergelijk geval dient de feitenrechter af te zien van het stellen van een prejudiciële vraag. Gaat hij daartoe toch over, dan kan de Hoge Raad weigeren de prejudiciële vraag te ontvangen.

6.3 *Wie kan wanneer een prejudiciële vraag stellen?*

De prejudiciële procedure in strafzaken dient mijns inziens een additioneel instrument zijn om bepaalde rechtsvragen voortijdig, dus voor de einduitspraak, aan de Hoge Raad voor te leggen. Uit dit kenmerk van de prejudiciële procedure, dat noodzakelijkerwijs voortvloeit uit de argumenten vóór deze procedure (zie par. 4), volgt dat de feitenrechter een ambtshalve bevoegdheid heeft prejudiciële vragen te stellen. Net als het geval is bij de procedure van artikel 14 Sv (waarover par. 3.2). De feitenrechter blijft bevoegd zelf de rechtsvraag te beantwoorden. Zijn verdediging en/of openbaar ministerie van oordeel dat die beantwoording niet volstaat, dan resteren hen de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie. Nu de feitenrechter zijn bevoegdheid behoudt zelf de rechtsvraag te beslissen, ziet de

⁴⁸ Idem voor het privaatrecht Tjittes & Meijer 2009, p. 173. Anders voor het privaatrecht Frenk in deze bundel.

prejudiciële procedure in strafzaken niet op een *question préjudicielle au jugement*. Dat is namelijk een geschil waarvan het bestaan blijkt tijdens de vervolging, waarbij dat geschil van invloed is op de afloop van de vervolging en waarover een andere rechter een uitspraak moet doen, zodat de rechter waarvoor wordt vervolgd verplicht is de prejudiciële vraag te stellen.⁴⁹

De feitenrechter kan overgaan tot het stellen van een prejudiciële vraag wanneer het antwoord daarop van rechtstreeks belang is voor het nemen van een beslissing inzake de voorvragen van artikel 349 Sv en/of de hoofdvragen van artikel 350 Sv. Het antwoord van de Hoge Raad moet met andere woorden nodig zijn om in de strafzaak tot een einduitspraak te komen.⁵⁰ Als handreiking voor invulling van dit criterium kan dienen een maatstaf die in het kader van artikel 14 Sv wordt toegepast, namelijk dat het kort gezegd moet gaan om een complexe rechtsvraag waarop op het eerste gezicht geen eenduidig antwoord mogelijk lijkt.⁵¹ Voorts biedt de cassatiegrond van schending van het recht en de invulling daarvan door de Hoge Raad in diens rechtspraak een richtsnoer. De rechtspraak van de Hoge Raad inzake motiveringsgebreken zal daarentegen niet snel een leidraad verschaffen. Wordt de prejudiciële vraag in eerste aanleg gesteld, dan ligt er nog geen gemotiveerde einduitspraak. Bij een prejudiciële vraag in hoger beroep moet de vraag betrekking hebben op de motivering van een beslissing in eerste aanleg, wil deze rechtspraak relevant zijn. Ten slotte laat zich volgens mij de leer van de *acte clair* en *acte éclairé* ontwikkeld door het HvJ EU (zie par. 3.1) overeenkomstig toepassen om het 'rechtstreeks belang'- of 'nodig'-criterium te concretiseren.

De bevoegdheid tot het stellen van een prejudiciële vraag dient toe te komen aan alle feitenrechters: politierechter, kantonrechter, rechtbank en gerechtshof. Zij allen kunnen zich gesteld zien voor een rechtsvraag als hiervoor bedoeld.⁵² Er is zelfs veel voor te zeggen dat de bevoegdheid vooral in eerste aanleg wordt aangewend, omdat dan de voordelen nog pregnanter zijn: de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en/of rechtsbescherming krijgt meteen in eerste aanleg vorm, tegenstrijdige uitspraken worden voorkomen, op kortere termijn wordt een oordeel van de Hoge Raad verkregen, en het ligt in de lijn der verwachtingen dat geen hoger beroep zal worden ingesteld tegen de beslissing gebaseerd op het prejudiciële antwoord (vgl. par. 4). Ook bij bestaande prejudiciële procedures (bij HvJ EU en art. 14 Sv, zie par. 3) komt de bevoegdheid toe aan alle feitenrechters.

49 A.J.A. van Dorst, *De verjaring van het recht tot strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 246.

50 De criteria van 'rechtstreeks belang' en 'nodig' zijn ontleend aan art. 392 lid 1 Rv van het conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.

51 Zie par. 3.2 en Kristen, aant. 4.3 op art. 14 (suppl. 118, oktober 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

52 Aan enkelvoudige civiele rechters wordt om twee redenen de bevoegdheid onthouden prejudiciële vragen te stellen: prejudiciële vragen moeten met nauwkeurigheid worden geformuleerd en lichtvaardig gebruik van de procedure moet worden voorkomen (zie memorie van toelichting conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, p. 17). Ik vind beide argumenten weinig overtuigend. Zij geven blijk van wantrouwen in de capaciteiten van de enkelvoudige rechter, miskennen dat reeds op dit niveau de behoefte aan een antwoord op een rechtsvraag kan ontstaan, en miskennen dat uiteindelijk de Hoge Raad bepaalt of hij een prejudiciële vraag ontvangt. Soortgelijk Tjittes & Meijer 2009, p. 174.

De verdediging en het openbaar ministerie moeten de mogelijkheid hebben de feitenrechter in elk geval tijdens het onderzoek ter terechtzitting te bewegen gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen. Zij kunnen de feitenrechter daartoe verzoeken respectievelijk dit vorderen. Daarbij zal aanneemelijk moeten worden dat de rechtsvraag inderdaad voldoet aan de hiervoor geformuleerde criteria. Het is aan de feitenrechter dat te beoordelen en te beslissen tot het stellen van een prejudiciële vraag over te gaan. In dit opzicht kan dezelfde weg worden gevolgd als bij de eerdergenoemde bestaande prejudiciële procedures.

Overigens, overwogen kan worden de prejudiciële procedure ook open te stellen bij bepaalde raadkamerprocedures waarin het rechtsmiddel van cassatie openstaat. Ik kan mij voorstellen dat bijvoorbeeld in de beklagprocedure van artikel 552a Sv een prejudiciële vraag uitkomst kan bieden. In het licht van de doelstelling van deze bijdrage voert het te ver hier verder op in te gaan.

6.4 Inrichting van de prejudiciële procedure

Voor de vormgeving van de prejudiciële procedure kan worden gekeken naar de regelingen van en de ervaringen met drie vergelijkbare procedures, namelijk het conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in civiele zaken, de regeling van de schorsing van de vervolging in artikelen 14-20 Sv en de prejudiciële procedure bij het HvJ EU. Ook kan naar buitenlandse regelingen worden gekeken.⁵³ Aangezien deze bijdrage slechts strekt tot het opnieuw onder de aandacht brengen van de mogelijkheid van het instellen van een prejudiciële procedure in strafzaken, beperk ik mij hier tot het bespreken van enkele punten.

Allereerst is vanzelfsprekend dat de prejudiciële procedure zodanig wordt ingericht dat een prejudiciële vraag met bekwame spoed kan worden beantwoord. Is een jaar of meer vereist, dan neemt het voordeel van een prejudiciële procedure (zie par. 4.5) zienderogen af. Een prejudiciële procedure zou idealiter in niet meer dan zes maanden⁵⁴ moeten kunnen zijn afgerond. Dit vergt een strakke regeling van de prejudiciële procedure, met bijvoorbeeld korte(re) termijnen, capaciteit bij de Hoge Raad en een goede organisatie van de werkzaamheden. Een voordeel van een prejudiciële procedure is in elk geval dat niet zoals bij gewone cassatie hoeft te worden afgewacht totdat een gerechtshof het arrest en de bewijsmiddelen volledig heeft uitgewerkt.

Ten tweede moet de feitenrechter wanneer hij het stellen van een prejudiciële vraag overweegt, de verdediging en het openbaar ministerie daarover horen en de gelegenheid geven zich daarover uit te spreken. Het antwoord op de prejudiciële vraag is immers van rechtstreeks belang voor de afdoening van de strafzaak,⁵⁵ al was het maar doordat de behandeling in feitelijke aanleg langer zal duren, iets dat niet in het belang van verdediging en/of openbaar ministerie hoeft te zijn. Het raakt derhalve hun procespositie. Het past daarmee ook in hedendaagse opvat-

53 Vgl. Tjittes & Meijer 2009, p. 164-166 over het Franse 'la saisine pour avis'.

54 Dezelfde termijn noemt Giesen voor de prejudiciële procedure in civiele zaken, zie zijn bijdrage aan deze bundel.

55 Vgl. par. 6.2 en memorie van toelichting bij conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, p. 18.

tingen over de eigen rol, positie en verantwoordelijkheden van deze procesdeelnemers in het strafproces. Is verdachte voorlopig gehecht dan dient de verdediging in te stemmen met het stellen van de prejudiciële vraag (zie hierna par. 6.5).

Ten derde rijst de vraag of verdediging en openbaar ministerie de mogelijkheid moet worden geboden hun standpunt over de prejudiciële vraag binnen een zekere termijn aan de Hoge Raad kenbaar te maken. Daar valt wat voor te zeggen. Ook hier geldt immers het argument dat het antwoord op de prejudiciële vraag van rechtstreeks belang is voor de afdoening van de strafzaak. Daarnaast kan hun standpunt de Hoge Raad meer informatie verstrekken die nuttig kan zijn voor het beantwoorden van de vraag. Echter, wanneer verdediging en openbaar ministerie een recht wordt verschaft hun standpunt kenbaar te maken, vertraagt dat de prejudiciële procedure. Bovendien hebben zij hun standpunt al kenbaar gemaakt ten overstaan van de zittingsrechter; dat standpunt behoort dan kenbaar te zijn uit het zittingsproces-verbaal waarvoor kan worden bepaald dat dit met de prejudiciële vraag aan de Hoge Raad moet worden gezonden. Mijn gedachten gaan daarom uit naar de mogelijkheid dat de Hoge Raad de verdediging en het openbaar ministerie uitnodigt hun standpunt kenbaar te maken indien de Raad dat nuttig acht ten behoeve van beantwoording van de prejudiciële vraag.⁵⁶

Ten vierde de kwestie of anderen hun standpunt kenbaar moeten kunnen maken indien de Hoge Raad dat desgeraden acht. Aangezien het bij prejudiciële vragen zou moeten gaan om rechtsvragen die ertoe doen en zeer waarschijnlijk een zaaksoverstijgend belang dienen, pleit dat ervoor om derden gelegenheid te geven zich uit te laten over de prejudiciële vraag. Het verschaft de Hoge Raad mogelijk aanvullende informatie die van belang kan zijn voor de beantwoording.⁵⁷ Wie zijn dan die derden? Dat kan een benadeelde partij zijn of buitenstaanders, zoals belangen- of beroepsorganisaties (denk aan de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak). Ik heb hier aarzelingen. Vanuit het perspectief van de verdachte bezien, komt dit erop neer dat derden zich kunnen gaan bemoeien met zijn strafzaak. De verdediging heeft (nog) niet de mogelijkheid op die standpunten van derden te kunnen reageren; het openbaar ministerie overigens ook niet. Voorts zal het de prejudiciële procedure vertragen doordat die derden een redelijke termijn moet worden gegund hun standpunt in te brengen. Daarnaast denk ik dat een goed geoutilleerd wetenschappelijk bureau bij de Hoge Raad al veel relevante informatie kan vergaren.

Ten slotte noem ik nog gronden voor weigering van beantwoording van de prejudiciële vraag. Om grip te houden op het aantal en de soort prejudiciële vragen moet de Hoge Raad de bevoegdheid hebben een prejudiciële vraag ter zijde te schuiven. Dat moet kunnen op grond van verschillende overwegingen: (1) de prejudiciële vraag dient niet de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling en/of de rechtsbescherming, (2) de prejudiciële vraag voldoet niet aan de criteria genoemd in par. 6.2, (3) de

56 Dit wijkt af van het conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, waarin art. 393 Rv voorziet in een verplichting tot het horen van partijen, tenzij de Hoge Raad meteen oordeelt dat de prejudiciële vraag geen beantwoording behoeft.

57 Het argument om deze voorziening te treffen voor de prejudiciële procedure in civiele zaken, zie memorie van toelichting bij conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, p. 21.

prejudiciële vraag is gebrekkig geformuleerd en daarom niet beantwoordbaar, (4) de prejudiciële vraag stelt geen rechtsvraag, maar een feitelijke kwestie aan de orde, (5) er is onvoldoende informatie beschikbaar om de vraag te beantwoorden, (6) er wordt geen belang meer gediend bij het beantwoorden van de vraag, hetgeen mede omvat de situatie van een *acte clair* en een *acte éclairé* (waarover par. 3.1).⁵⁸

6.5 Prejudiciële procedure en de voorlopige gehechte

Een prejudiciële procedure betekent in de aanhangige strafzaak een vertraging in de afdoening. De feitenrechter kan immers pas tot een einduitspraak komen nadat het antwoord op de prejudiciële vraag van de Hoge Raad is verkregen. Dat kan zomaar enkele maanden duren (zie par. 6.4). Is de verdachte een voorlopige gehechte, dan kan de schorsing in de strafzaak om de uitkomst van de prejudiciële procedure af te wachten, leiden tot het voortduren van diens vrijheidsbeneming. Terwijl de verplichtingen uit het EVRM meebrengen dat voorarrest zo beperkt mogelijk wordt toegepast.⁵⁹

De vraag is evenwel of hier in alle gevallen een aandachtspunt ligt. Is verdachte namelijk tijdens het aanhangig zijn van zijn strafzaak voorlopig gehecht en diens voorlopige hechtenis wordt bij de einduitspraak niet geschorst of opgeheven, dan blijft hij voorlopig gehecht, ook als hij een gewoon rechtsmiddel aanwendt. Dat betekent dat een verdachte in wiens strafzaak in eerste aanleg een rechtsvraag aandient die beoordeling door de Hoge Raad verlangt en die via de normale weg van hoger beroep en dan cassatie aan de Hoge Raad wordt voorgelegd, uiteindelijk langer in voorlopige hechtenis blijft dan wanneer in eerste aanleg een prejudiciële vraag zou zijn gesteld. Eenzelfde tijdwinst, maar dan korter, wordt geboekt wanneer eerst in hoger beroep een prejudiciële vraag wordt gesteld.

Uiteraard zijn er ook gevallen waarin het stellen van een prejudiciële vraag wel degelijk kan resulteren in een verlenging van de vrijheidsbeneming. Stel dat in eerste aanleg een rechtsvraag wordt gesignaleerd die vatbaar is voor een prejudiciële vraag, maar niet tot het stellen van een prejudiciële vraag leidt. De feitenrechter in eerste aanleg kan die rechtsvraag op een voor verdachte gunstige zin beantwoorden en wel zodanig dat dit uitmondt in een vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolging of een lagere straf. Dan is voor de verdachte de kous af; in de regel geen voortduren van het voorarrest. Of de feitenrechter in eerste aanleg beantwoordt de rechtsvraag niet op een voor verdachte gunstige zin, waarop deze in appel gaat en het gerechtshof dat alsnog doet en komt tot vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolging of een lagere straf. Of dergelijke scenario's zich kunnen voordoen, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval, ter beoordeling van de feitenrechter, de verdediging en het openbaar ministerie.

58 Vgl. de gronden om een cassatiemiddel bij een reguliere cassatie niet te behandelen, alsook de memorie van toelichting bij conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, p. 15-16, 24; N. Frenk & A.M. Wolfram-van Doorn, 'Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *RM Themis* 2009, p. 159-160.

59 Zie P.H.P.H.M.C. van Kempen & F.G.H. Kristen, 'Alternatieven voor voorarrest vanuit Europees perspectief', in: A.H.E.C. Jordaans e.a. (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 315-323; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 397-398.

Hoe met deze gevallen om te gaan? Hier kan de regeling van artikel 17 Sv tot inspiratie dienen (zie par. 3.2). Overeenkomstige toepassing daarvan leidt ertoe dat bij het stellen van een prejudiciële vraag de voorlopige gehechte in vrijheid wordt gesteld, tenzij de rechter beveelt dat de voorlopige hechtenis voortduurt. Het gevolg is dat de voorlopige hechtenis onderworpen blijft aan de wettelijke regeling van de voorlopige hechtenis. De rechter moet zich derhalve expliciet beraden op de gronden voor voorlopige hechtenis. Voor de verdediging betekent het dat zij steeds de mogelijkheid heeft om opheffing of schorsing van de voorlopige hechtenis te verzoeken. Zo kan naarmate de tijd voortschrijdt tijdens de behandeling van de prejudiciële vraag wel de regel van artikel 67a lid 3 Sv van toepassing worden. Dat leidt dan tot een opheffing van de voorlopige hechtenis. Daarnaast bestaat uiteraard de mogelijkheid om de voorlopige hechtenis te schorsen in afwachting van de uitkomst van de prejudiciële procedure. De schorsingsregeling van de voorlopige hechtenis biedt door haar open karakter van de schorsingsvoorwaarden (art. 80 Sv) veel mogelijkheden om te waarborgen dat verdachte ter beschikking van justitie blijft.

Voorts stel ik ter ondervanging van het gesignaleerde aandachtspunt voor dat bij een voorlopig gehechte verdachte de verdediging moet instemmen met het stellen van een prejudiciële vraag. Dan kan de verdediging zelf inschatten wat kansen en risico's zijn van ofwel de uitkomst van de prejudiciële procedure, ofwel de beantwoording van de rechtsvraag door de feitenrechter, met de mogelijk ervaren noodzaak hoger beroep in te stellen. Dit instemmingsrecht valt ook te verdedigen vanuit de strekking van de prejudiciële procedure: om een gewichtige rechtsvraag te beantwoorden, waarmee dikwijls ook het algemeen belang is gediend (immers rechtseenheid en rechtsontwikkeling), aanvaardt verdachte dat zijn vrijheidsbenaming vanwege voorlopige hechtenis voortduurt indien schorsing van de voorlopige hechtenis geen optie is. Hij kan daartoe overgaan indien zijn taxatie van de relevantie en de risico's van de beantwoording van de rechtsvraag voor zijn zaak hem tot de slotsom brengt dat het alternatief, bestaande uit het aanwenden van hoger beroep en vervolgens cassatie, zeer waarschijnlijk resulteert in een langere voorlopige hechtenis. Uiteraard kan hij ook verwachten dat de feitenrechter zonder antwoord te hebben op de prejudiciële vraag in zijn voordeel zal beslissen en dan zal hij niet instemmen met het stellen van de prejudiciële vraag. In zo'n situatie dient het belang van het individu vanwege wat er voor hem op het spel staat – in elk geval het voortduren van zijn vrijheidsbenaming – te prevaleren. Het past ook bij het karakter van een prejudiciële procedure in strafzaken. Het is immers een aanvullend instrument voor de bevordering van rechtseenheid, rechtsontwikkeling en/of rechtsbescherming ter zake waarvan de feitenrechter een discretionaire bevoegdheid heeft om er al dan niet gebruik van te maken.

Waar de feitenrechter die een prejudiciële vraag wil stellen, zich evenwel niet toe moet laten verleiden is het ingaan op een verzoek tot opheffing of schorsing van de voorlopige hechtenis als voorwaarde voor instemming met prejudiciële procedure. Dergelijke verzoeken tot opheffing of schorsing van voorlopige hechtenis dienen volgens de gebruikelijke wettelijke regeling en criteria te worden beoordeeld.

7 Afsluitende opmerkingen

De mogelijkheid van een prejudiciële procedure in strafzaken is door de commissie-Hammerstein van de hand gewezen. Bezien vanuit de vaststelling dat er in de strafsector van de Hoge Raad geen hiaten in het zaaksaanbod bestaan, kan ik mij daar iets bij voorstellen. Maar volgens mij is daarmee nog niet het laatste woord gezegd over deze mogelijkheid. In elk geval heeft het argument dat de onderzoeksgroep *Strafvordering 2001* de gedachte van een prejudiciële procedure in strafzaken afwijst mij niet overtuigd. Dat bracht mij tot de exercitie opnieuw naar de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in strafzaken te kijken.

De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat ik bij aanvang van deze exercitie weinig heil zag in invoering van een prejudiciële procedure in strafzaken. Gaandeweg ben ik echter hier steeds meer voor gaan voelen. Ik zie het als een aanvullend instrument dat kan bijdragen aan de normstellende rol van de Hoge Raad. Uiteindelijk ben ik tot de slotsom gekomen dat er behoefte bestaat aan een prejudiciële procedure in strafzaken en zie ik belangrijke voordelen. Die voordelen zijn kort gezegd dat rechtseenheid en rechtsontwikkeling gebaat zijn bij een dergelijke procedure, dat rechtsbescherming van verdachte (en slachtoffers van misdrijven) kan zijn gediend bij het benutten van een prejudiciële procedure, dat het leidt tot efficiëntievoordelen voor procespartijen en samenleving en, niet in de laatste plaats, dat het kan leiden tot een herijking van de verhoudingen tussen feitenrechters en Hoge Raad waarbij samenwerking tussen deze rechters bijdraagt aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de strafrechtspraak in onze samenleving. Vermeldenswaard is dat er bij deelnemers aan de workshops over prejudiciële procedure in strafzaken een vergelijkbare ontwikkeling in het denken plaatsvond.

Uiteraard zijn er ook argumenten tegen invoering van een prejudiciële procedure in strafzaken. In de onderhavige bijdrage zijn er enkele belicht en in een relativerende context geplaatst. Aan bod zijn gekomen de verlenging (vertraging) van de procedure, de vraag of een prejudiciële procedure wel een indammende werking heeft voor de toestroom van zaken naar de Hoge Raad, de mogelijkheid van een veranderende positie van de Hoge Raad in ons bestel, de omstandigheid dat een prejudiciële procedure nieuwe onduidelijkheden in het leven roept en de kosten van deze procedure. In haar bijdrage aan deze bundel brengt Röttgering meer nadelen voor het voetlicht.

Door argumenten voor en tegen invoering van een prejudiciële procedure te inventariseren en tegenover elkaar te plaatsen, kan een ieder deze afwegen en aldus komen tot een eigen standpunt over de vraag of invoering van een prejudiciële procedure in strafzaken wenselijk is. Vaak komen daarbij praktische vragen om de hoek kijken, zoals: hoe zit het dan met feiten in een prejudiciële procedure?, wie kan wanneer een prejudiciële vraag stellen?, hoe kan de prejudiciële procedure worden ingericht?, en wat ingeval verdachte voorlopig gehecht is? Op deze vragen zijn mijns inziens praktische antwoorden mogelijk; voorstellen daartoe zijn de revue gepasseerd. Daarmee heb ik tevens beoogd een mogelijke prejudiciële procedure in strafzaken ook meer handen en voeten te geven.

Het overwegen van een prejudiciële procedure in strafzaken dient niet op zichzelf te geschieden. Het gaat ook om de samenhang met andere voorstellen om de toe-

stroom van zaken naar de Hoge Raad te reguleren en de normstellende rol van de Hoge Raad te bepalen. Dat bleek duidelijk tijdens de plenaire afsluitende sessie van het congres. Uit de workshops over het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet van Bleichrodt en Borgers kwam naar voren dat om vergelijkbare redenen als in deze bijdrage zijn aangevoerd voor het overwegen van een prejudiciële procedure in strafzaken, bijstelling in het aanwenden van het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet gewenst is geoordeeld. Tegelijkertijd is uit die workshops naar voren gekomen dat een prejudiciële procedure in strafzaken ook in die behoefte kan voorzien. Dat suggereert dat als we het ene doen, we het andere kunnen laten. Maar we kunnen ook voor ‘en-en’ gaan, en voor beide instrumenten eigen, maar onderling afgestemde regelingen en voorwaarden stellen, zodat beide instrumenten complementair kunnen functioneren.⁶⁰ Dat zou een impuls kunnen geven aan de normstellende rol van de Hoge Raad in zaken die er echt toe doen.

60 Dat is ook het voorstel van de commissie-Hammerstein voor de civiele sector. Zie voor verschillen tussen beide instrumenten Frenk & Wolfram-van Doorn 2009, p. 156.

Een prejudiciële procedure in strafzaken?

A.E.M. Röttgering*

1 Inleiding

François Kristen en ik hebben voorafgaand aan de conferentie waarvan dit boek de neerslag is, de koppen bij elkaar gestoken om eens na te denken over een onderwerp dat in de strafrechtwereld eigenlijk in het geheel niet leeft: de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.¹ We kwamen tijdens die eerste bespreking tamelijk gemakkelijk tot de voorlopige conclusie dat daaraan geen behoefte bestaat en dat invoering van die mogelijkheid dan ook weinig zinvol lijkt. We verdeelden de taken, waarbij Kristen een pleidooi voor prejudiciële vragen zou houden en ik de tegenargumenten zou bespreken.

Tijdens de conferentie vond iets opmerkelijks plaats, waarschijnlijk juist vanwege de relatieve maagdelijkheid van het onderwerp: na discussies met en tussen de deelnemers aan de conferentie eindigden we met de vrij unanieme gezamenlijke conclusie dat invoering juist wel gewenst is. Het motto daarvan was, in mijn vrije vertaling: baat het niet dan schaadt het ook niet. Nu ik hierover nog eens heb nagedacht en de tegenargumenten in onderstaande tekst op een rijtje heb gezet, ben ik echter weer terug op mijn oude standpunt: het baat waarschijnlijk zo weinig dat ik invoering niet zinvol acht.

2 Taken van de Hoge Raad

Laat ik beginnen met een systematische overdenking. De cassatie is van oudsher een gewoon rechtsmiddel, dat wil zeggen een mogelijkheid van beroep die ter beschikking staat aan partijen. De Hoge Raad toetst daarin uitspraken van lagere rechters achteraf. Past in dit systeem eigenlijk wel een element waarin de Hoge Raad de lagere rechter gaat helpen, ook als partijen daarop geen prijs stellen? Zou het vanuit systematisch oogpunt niet meer voor de hand liggen een soort ‘sprong-

* Annelies Röttgering is raadsheer in het Gerechtshof Amsterdam en was daarvoor, tot 1 april 2010, advocaat bij De Roos en Pen Advocaten Amsterdam.

1 In navolging van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 wijst de commissie-Hammerstein de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in strafzaken af, zie *Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, februari 2008, p. 30.

cassatie' te introduceren? Om daarop een antwoord te formuleren, permitteer ik me een kleine uitweiding over het Nederlandse systeem van cassatie.

De Hoge Raad is een echte rechter, in die zin dat hij zaken zelf kan afdoen wanneer geen nader feitenonderzoek noodzakelijk is. De positie van de Hoge Raad als hoogste rechter brengt met zich dat partijen aan het beroep in cassatie rechtsbescherming kunnen ontnemen. Het specifieke van de Nederlandse cassatie ten opzichte van haar Franse voorbeeld² lag in ieder geval op het moment van haar invoering in precies dat karakter van derde instantie.³

Het primaire doel van de invoering van de cassatie in Nederland was het scheppen van eenheid in de toepassing van de wet en eenheid in de jurisprudentie. De wetgever van 1838 heeft de eenvormige regeling der jurisprudentie als taak van de Hoge Raad vastgelegd in het toenmalige artikel 105 Wet RO.⁴ Rechtseenheid en rechtszekerheid: het lijken vooral publieke belangen die de wetgever met de invoering van de cassatie op het oog had. De Hullu wijst echter met enige nadruk op het feit dat de cassatie toch ook op particuliere belangen is gegrond, stellend dat anders wel was volstaan met het rechtsmiddel cassatie in het belang der wet.⁵ Nu is er sinds de invoering van de cassatie natuurlijk wel het een en ander veranderd. In de loop van de vorige eeuw ontstond de gedachte dat de Hoge Raad ook is geroepen tot rechtsvorming en rechtsontwikkeling. Tegenwoordig worden die taken niet alleen erkend maar bovendien beschouwd als de belangrijkste taken van de Hoge Raad.⁶ Het publieke belang, waaraan die taken onmiskenbaar dienstig zijn, overheerst dan ook gemakkelijk in het debat over de cassatie. Ik citeer echter een kritische opmerking die Martens hierover nog niet zo lang geleden maakte:

'Rechtsvorming moge het fascinerendste facet van het werk van de cassatierechter zijn, het is niet het belangrijkste. De Hoge Raad is – en blijve zolang mogelijk – in de eerste plaats *rechter* in laatste aanleg. Hij is er voor partijen. Wetsuitleg en rechtsvorming zijn, eveneens als rechtseenheid, maar een bijproduct.'⁷

- 2 In elk geval ten tijde van de invoering van de Nederlandse cassatie was het de Franse Cour de Cassation in beginsel niet toegestaan zelf eindbeslissingen te nemen. Zie J.M. van Bemmelen, *Strafvordering. Leerboek van het Nederlandse Strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1957, p. 478.
- 3 De wetgever stelde uitdrukkelijk: 'De Hoge Raad oordeelt, overeenkomstig zijne instelling, inderdaad als hogere regter over de aan zijne beslissing onderworpen regtsgedingen.' Zie M.S. Pols, 'Het cassatieproces in Nederland', *T.v.S. X en XI*, p. 83.
- 4 De regering stelde ter toelichting op art. 11 Wet RO, dat de taak van de Hoge Raad was de eenvormige regeling van de jurisprudentie. Melai wijst op het feit dat de wetgever in 1963 alsnog heeft verwoord welke principes aan het gekozen stelsel ten grondslag lagen. In de betreffende memorie van antwoord is opgenomen dat 'het instituut van cassatie ten principale fungeert ten bate van de eenheid in de toepassing van de wet', zie A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: N.V. Uitgeversmaatschappij S. Gouda Quint 1968, p. 61-62.
- 5 J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 47.
- 6 Wat overigens niet wegneemt dat recent ook kritiek op deze taken wordt uitgeoefend. Zie met name C.J.A.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, *Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 31-37.
- 7 S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 754, voetnoot 2.

Door invoering van de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen krijgt de Hoge Raad er een taak bij die hem wezensvreemd genoemd zou kunnen worden: bij het beantwoorden van dergelijke vragen treedt hij niet meer op als (hoogste) rechter, maar als een soort semi-wetgever. Hij beoordeelt niet meer de juistheid van het oordeel van de feitenrechter, maar rechtstreeks de rechtsvraag die aan de orde is. Het gaat immers om het beantwoorden van (zuivere) rechtsvragen, met het oog op een algemeen belang. Niet goed voorstelbaar is dat de feiten en omstandigheden van het individuele voorgelegde geval daarbij enige rol zouden spelen.

Nu doet de Hoge Raad dit natuurlijk al wel vaker, in de vorm van algemene of 'voorafgaande beschouwingen' in zijn arresten. Het beantwoorden van prejudiciële vragen zou dus ook beschouwd kunnen worden als het 'vooruitschuiven' van een beslissing die anders in een later stadium waarschijnlijk ook zou zijn gegeven. Bovendien behoort het nemen van dit soort beslissingen juist wel tot de typische taken van de Hoge Raad. Cruciaal verschil blijft echter dat het niet partijen zijn die om deze beslissing vragen maar, zij het op verzoek van, of in ieder geval na consultatie van, die partijen, de rechter.⁸ Vanuit systematisch oogpunt zou sprongcassatie dus inderdaad een passender oplossing zijn mocht behoefte bestaan aan snellere uitspraken van de Hoge Raad dan thans mogelijk is. Ik heb over dit systematische punt niet direct een waardeoordeel, maar wil het wel signaleren.

3 Weerlegging van de argumenten voor een prejudiciële procedure in strafzaken

Het eerste argument tegen invoering van de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen is gelegen in de aanleiding van deze conferentie: het rapport van de commissie-Hammerstein en de daaruit voortvloeiende voorstellen om de procedure in cassatie te verbeteren. Uit dat rapport komt naar voren dat het probleem in de cassatie in strafzaken is gelegen in de te grote instroom van zaken: 4.000 per jaar volgens dat rapport, waarbij wel moet worden aangetekend dat slechts de helft van die zaken inhoudelijk moet worden behandeld, omdat in de andere helft geen middelen worden ingediend.⁹ Een probleem dat in het civiele recht wel, maar in het strafrecht niet speelt, is dat bepaalde soorten van rechtsvragen de Hoge Raad niet, of pas na jaren bereiken, waardoor de Hoge Raad zijn taken op het gebied van rechtsvorming en rechtsontwikkeling op die terreinen niet kan uitoefenen. Juist dat probleem was voor genoemde commissie aanleiding om voor te stellen de mogelijkheden tot het invoeren van een prejudiciële procedure nader te gaan onderzoeken. Uitdrukkelijk werd ook gesteld dat dat alleen voor de civiele zaken zou moeten gelden. In elk geval zal dus niet een door de strafkamer van de Hoge Raad als zodanig gevoeld knelpunt door invoering van de mogelijkheid van het stellen

8 Het conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (consultatieversie 23 juni 2009, te raadplegen op <www.internetconsultatie.nl/prejudiciële_vragen_hoge_raad>) voorziet voor de prejudiciële procedure in civiele zaken erin dat de prejudiciële vraag op verzoek van een der partijen of ambtshalve wordt gesteld. Zie ook de bijdragen van Frenk en Giesen in deze bundel.

9 Sinds de invoering van art. 437 lid 2 Sv op 1 oktober 2000 leidt het niet indienen van middelen tot niet-ontvankelijkverklaring van de verdachte in het cassatieberoep.

van prejudiciële vragen worden opgelost. Voorzienbaar is zelfs dat het tot (enige) verzwaring van de toch al grote werklast leidt, omdat de Hoge Raad er een taak bij krijgt. Hoewel ik niet verwacht dat de feitenrechter veel van deze eventuele nieuwe mogelijkheid gebruik zal gaan maken, zal de Hoge Raad toch op elke vraag moeten studeren, zich moeten afvragen of de vraag inderdaad een vraag is die antwoord behoeft, of hij daarop ook antwoord kan en wil geven en ten slotte daarop moeten reageren. En dit alles natuurlijk snel! Bepaald niet uitgesloten is bovendien dat de betreffende zaak in een later stadium alsnog als cassatiezaak bij de Hoge Raad terechtkomt. Hetzelfde geldt voor soortgelijke zaken. We hebben in het recente verleden gezien dat de Hoge Raad een nieuwe rechtsvraag veelal niet in één arrest kan beantwoorden, maar dat daarvoor meer arresten nodig zijn. Om werklastverlichting te bereiken hoeft deze mogelijkheid dus niet te worden ingevoerd.

De vraag is vervolgens of bij partijen of bij rechters in feitelijke aanleg behoefte bestaat aan een vroegtijdige interventie door de Hoge Raad.

Ik heb zelf als advocaat nooit meegemaakt dat de behoefte aan het stellen van prejudiciële vragen bij me opkwam of door anderen werd geuit. Nu is dat natuurlijk subjectief en waarschijnlijk mede bepaald door het toeval en de afwezigheid van de mogelijkheid dat te doen. Objectiever kijkend vraag ik me af waaruit die behoefte zou kunnen blijken. Zeker op het gebied van het commune strafrecht en het strafprocesrecht is de jurisprudentie behoorlijk uitgekristalliseerd; (gevolgen van) wetswijzigingen daargelaten. Het is ten slotte een rechtsgebied met in het algemeen tamelijk vast omliggende normen, wellicht met uitzondering van het gebied van het bijzondere strafrecht.

Van belang is ook dat, als zich in het strafrecht al eens een nieuwe ontwikkeling voordoet die dringend een snelle reactie van de hoogste rechter behoeft, het openbaar ministerie er meestal voor zorgt dat een dergelijke zaak ook snel bij de Hoge Raad terechtkomt. Denk bijvoorbeeld aan de interpretatie van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt uit artikel 359 lid 2 Sv, het rookverbod of aan de vragen die rezen naar aanleiding van het Salduz-arrest van het EHRM.¹⁰ De responsieplicht op een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt werd ingevoerd op 1 januari 2005,¹¹ het eerste standaardarrest hierover werd uitgesproken op 11 april 2006, ruim vijftien maanden later.¹² Dat is behoorlijk snel wanneer wordt bedacht dat een periode van vier jaar voor de berechting in de twee feitelijke instanties nog als redelijk wordt beschouwd. Het rookverbod voor de horeca werd ingevoerd op 1 juli 2008, de uitspraak van de Hoge Raad daarover werd gedaan op 23 februari 2010, bijna 19 maanden later. Daarbij moet echter bedacht worden dat de eerste zaken de rechter pas begin 2009 bereikten. Tussen het Salduz-arrest van het EHRM en de eerste arresten van de Hoge Raad hierover liggen slechts zeven maanden. Kristen noemt hetzelfde arrest in zijn bijdrage aan deze bundel als voorbeeld van een kwestie die geschikt zou zijn voor het stellen van een prejudiciële vraag, maar ik zie niet dat het bestaan van zo'n procedure veel had uitgemaakt. Sneller dan het nu is gegaan kan het immers bijna niet.

10 EHRM 27 november 2008, NJ 2009, 214.

11 Wet van 10 november 2004, Stb. 2004, 580.

12 HR 11 april 2006, NJ 2006, 393 (m.nt. Buruma).

Het voordeel in het strafrecht boven de situatie in het civiele recht is dat het openbaar ministerie optreedt in het algemeen maatschappelijk belang én als procespartij. Dat loont dus. Ik zie dan ook niet dat het nog sneller zou moeten. Evenmin zie ik dat het openbaar ministerie op dit punt zaken laat liggen.

Nu kan mij wellicht tegengeworpen worden dat hetgeen ik tot zover heb genoemd geen echte tegenargumenten zijn, maar dat ik in wezen slechts argumenten vóór invoering heb bestreden. Daarom nu dus aandacht voor de echte tegenargumenten.

4 Argumenten tegen een prejudiciële procedure in strafzaken

Als belangrijkste nadeel van het stellen van prejudiciële vragen zie ik dat hierdoor de normale rechtsgang wordt doorkruist. Normaliter kristalliseert een rechtsvraag zich in de loop van de procedure enigszins uit. Beide partijen belichten ieder hun kant van de zaak en de rechter geeft zijn oordeel. In hoger beroep wordt, als de eerste rechter de kwestie niet voor beide partijen bevredigend heeft opgelost, nog eens voortgebouwd op het thema. Opnieuw geeft een rechter zijn oordeel. Pas hierna komt de Hoge Raad aan bod. Die heeft dan het voordeel de argumenten in volle omvang te kunnen bezien en daarbij de oordelen van de feitenrechters te kunnen betrekken. Soms heeft een nieuwe rechtsvraag bovendien ook eenvoudigweg tijd nodig om bijvoorbeeld het maatschappelijk debat daarover in de beslissing te kunnen meenemen. Men denke bijvoorbeeld aan de al weer wat langer geleden spelende problematiek van de kroongetuige. Met andere woorden: een probleem kan ook te snel op het bordje van de Hoge Raad gelegd worden.

Daar komt nog bij dat de notie van de rechtspraak als keten, zoals door Kristen als argument vóór gebracht, mij niet aanspreekt. Zo is de rechtspraak naar mijn gevoel niet bedoeld. Mijns inziens doet de notie van de rechtspraak als keten van samenwerkende instanties afbreuk aan de onafhankelijkheid van iedere rechter en aan de onbevangenheid waarmee de ‘review’¹³ door een hogere rechter plaatsvindt.

Een meer praktisch probleem is de uiteenzetting van de feiten. Wanneer de vraag niet gesteld kan worden zonder een uiteenzetting van de feiten, komt de onbevooroordeeldheid van de feitenrechter in het geding: het vaststellen van feiten komt immers pas bij de beraadslaging na sluiting van het onderzoek aan de orde. Hierbij merk ik op dat zuivere rechtsvragen in strafrechtelijke procedures niet zo veel worden gesteld. Bijna altijd gaat het in cassatie om gemengde oordelen, waarvan de beantwoording nu juist sterk met de feiten samenhangt.¹⁴ We spreken – als de procedure tot zuivere rechtsvragen zou worden beperkt – waarschijnlijk dus over een zeer klein aantal zaken per jaar. Ook komt het weinig voor dat beantwoording van dit soort zuivere rechtsvragen voor veel andere zaken gevolgen zou kunnen hebben. De kwesties die ik eerder noemde, het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt en de Salduz-problematiek, geven een aardige indruk van hoe het stellen van prejudiciële vragen zou kunnen verlopen.

¹³ Zie ook art. 14 lid 2 IVBPR, waarin een dergelijke review is voorgeschreven.

¹⁴ Nader daarover, voor civielrechtelijke vragen, de bijdrage van Frenk in deze bundel.

De Salduz-problematiek is daarvoor nog wel geschikt. Of de betreffende uitspraak van het EHRM met zich brengt dat artikel 6 lid 3 EVRM aldus moet worden geïnterpreteerd dat deze bepaling de verplichting behelst een raadsman voorafgaand aan en bij het politieverhoor toe te laten, is een zuivere rechtsvraag, die de Hoge Raad dan ook duidelijk en in één keer heeft beantwoord.¹⁵

De vragen rond de toepasselijkheid van artikel 359 lid 2 Sv zijn daarentegen niet los te zien van de feiten. De Hoge Raad heeft dan ook wel algemene richtlijnen kunnen geven, maar geen eenduidig antwoord op de vraag wanneer een door één der partijen ingenomen standpunt een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt oplevert. De jurisprudentie op dit terrein is nog steeds in beweging en, niet onbelangrijk, de uitkomst is niet steeds gemakkelijk voorspelbaar. Dat lijkt te maken te hebben met de feiten en omstandigheden van elke individuele zaak. Ik betwijfel daarom of de ontwikkelingen op dit terrein anders of sneller zouden zijn verlopen wanneer ter zake een prejudiciële vraag had kunnen worden gesteld, nog daargelaten of de Hoge Raad daarop een antwoord zou hebben gegeven.

Een ander voorbeeld dat mij inviel is dat van de KB Lux-zaken. Een quick scan in de jurisprudentiedatabank leerde mij dat daarover door feitenrechters twintig uitspraken zijn gedaan, en wel vanaf 2004, totdat de Hoge Raad in 2006¹⁶ oordeelde over de hamvraag of het in Luxemburg gestolen bewijsmateriaal door het openbaar ministerie in strafzaken mag worden gebruikt. Dat die 'hamvraag' geen rechtsvraag was, blijkt al uit de samenvatting in de kop van het arrest, waarin te lezen is dat voor het oordeel van de Hoge Raad cruciaal was dat het hof had vastgesteld dat niet was gebleken dat overheidsdienaren op enigerlei wijze betrokken zouden zijn geweest bij de diefstal of verduistering van de betreffende documenten. Het is zeer de vraag of de verdediging in de betreffende zaak zich had kunnen vinden in een dergelijke vaststelling als de feitenrechter zou hebben voorgesteld ter zake een prejudiciële vraag te formuleren. Hetzelfde probleem doet zich voor waar het gaat om het niet vernietigen en/of voor het opsporingsonderzoek gebruiken van afgeluisterde geheimhoudersgesprekken, eveneens een onderwerp waarmee door meerdere feitenrechters wordt geworsteld. Ook op dat vlak laten uitspraken van de Hoge Raad zien dat de uitspraak mede wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Kortom: het aantal zaken dat zich voor beantwoording van een prejudiciële vraag leent is waarschijnlijk zo klein dat het niet de moeite is daarvoor een aparte procedure in te voeren, zeker niet nu de praktijk heeft geleerd dat de Hoge Raad zich binnen het huidige systeem over dergelijke vragen ook al snel kan uitlaten.

Als een ander nadeel moet worden genoemd de vertraging die onmiskenbaar met het stellen van prejudiciële vragen zal zijn gemoeid. Ook als de Hoge Raad snel tot een oordeel komt, moet worden verwacht dat de procedure toch vele maanden in beslag zal nemen. Die vertraging zal niet aan de verdediging kunnen worden toegeschreven; het is ten slotte de rechter die de vraag stelt. De verdachte is echter wel degene die lijdt (of geacht wordt te lijden) onder het langer durende tijdsverloop.

¹⁵ Zie HR 30 juni 2009, NJ 2009, 349.

¹⁶ HR 14 november 2006, NJ 2007, 179.

Tot slot nog enkele opmerkingen in reactie en aanvulling op de argumentatie van Kristen.

Kristen bespreekt en verwerpt de tegenargumenten die in het kader van het project *Strafvordering 2001* tegen invoering van een prejudiciële procedure zijn gegeven. Zoals hij ook zelf aangeeft is een complicerende factor echter dat de onderzoeksgroep daarbij een ander soort procedure op het oog had. In het kader van het onderzoek naar het stelsel van rechtsmiddelen werd de mogelijkheid van een proces in twee instanties besproken, waarbij de appèlrechter de hoogste is. Als ik het goed heb begrepen zou de Hoge Raad dan zorgdragen voor een aanvullende voorziening voor de uniforme rechtstoepassing. In dat kader dachten de onderzoekers aan de variant van prejudiciële beantwoording van vragen van rechtstoepassing en -uitleg. In die variant zou dus geen plaats meer zijn voor een cassatierechter die de zaak later mogelijk nog een keer beoordeelt.¹⁷ Dat maakt de afwegingen wel anders dan in de procedure die nu wordt voorgesteld. Evenmin als de argumenten van de onderzoeksgroep niet hoeven te betekenen dat geen ruimte of belang bestaat om na te denken over een prejudiciële procedure in strafzaken, zoals Kristen stelt, betekent de verwerping van de argumenten van de onderzoeksgroep niet als vanzelfsprekend dat de invoering van een prejudiciële procedure in ons huidige systeem wél een goed idee is.

5 Afsluiting

Dat interventie van de Hoge Raad middels een antwoord op een prejudiciële vraag tot meer rechtsbescherming zou leiden, zie ik niet. Rechtsbescherming heeft immers uit zijn aard betrekking op de bescherming van individuele belangen: rechtsbescherming door de Hoge Raad is het bewaken dat het recht in individuele zaken juist wordt toegepast en dat fouten worden hersteld die de rechter in het nadeel van de verdachte maakt. De rechtsbeschermende taak wordt daarom vaak geassocieerd met de cassatiegrond van vormverzuim. Het antwoord op een zuivere rechtsvraag is dus op zichzelf niet of nauwelijks rechtsbeschermend van karakter. Wellicht zou sprake kunnen zijn van bekorting van de procedure in haar geheel, wanneer het vroege antwoord van de Hoge Raad het prangende punt beslist en partijen zich daarbij neerleggen. Dan kunnen hoger beroep en cassatie achterwege blijven, hetgeen inderdaad in het voordeel van de verdachte is.

Ik kom tot de conclusie dat invoering van een prejudiciële procedure niet wenselijk is. Het lost het probleem van de strafkamer niet op, leidt niet tot een substantiële verbetering en heeft bovendien belangrijke nadelen. Ik zou het dan ook niet daarin zoeken.

17 E.F. Stamhuis, 'Het stelsel van gewone rechtsmiddelen', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 317-320; E.F. Stamhuis, 'De cassatierechter in strafzaken', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 480.

Rechtspraak op het moment dat het ertoe doet

Een pleidooi voor prejudiciële vragen en een voor cassatie vatbare beschikking in het belastingrecht

R.H. Happé*

I Inleiding

De Commissie normstellende rol Hoge Raad formuleert het kernachtig: voor de civiele kamer moeten voorzieningen worden getroffen om te vermijden dat zaken met rechtsvragen waarvan aannemelijk is dat maatschappelijke behoefte bestaat aan een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad, de cassatierechter niet of niet tijdig bereiken.¹ Daardoor kan de civiele kamer onvoldoende haar taak met betrekking tot de rechtseenheid en de rechtszekerheid vervullen. Een van de aanbevelingen van de commissie luidt dan ook de mogelijkheid van prejudiciële vragen door de feitenrechter nader te onderzoeken. Inmiddels ligt er een nog niet gepubliceerd wetsvoorstel om de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen in te voeren. Aanvankelijk was het de bedoeling om deze mogelijkheid te beperken tot massavorderingen. De Des- en Dexia-zaken zijn aansprekende voorbeelden van zaken waarin prejudiciële vragen van groot nut kunnen zijn. Thans lijkt het erop dat deze beperking is komen te vervallen.

Voor het belastingrecht doet het rapport geen voorstel om prejudiciële vragen mogelijk te maken. De situatie in het belastingrecht wordt duidelijk minder ernstig ingeschat.² Hier is sprake van een inschattingsfout, vermoedelijk veroorzaakt doordat vooral een intern perspectief is gehanteerd: in vergelijking met de andere kamers staat de belastingkamer er minder ernstig voor. Ook in het belastingrecht bestaat een grote behoefte aan een Hoge Raad die daadwerkelijk staat voor rechtseenheid en rechtsontwikkeling en tevens rechtszekerheid biedt. Ook voor het belastingrecht geldt in de woorden van de commissie-Hammerstein dat de Hoge

* Prof. mr. Richard Happé is hoogleraar belastingrecht aan de Universiteit van Tilburg.

1 *Versterking van de cassatierechtspraak, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad*, Den Haag, 2008, p. 3 (verder: rapport-Hammerstein).

2 Rapport-Hammerstein, p. 38.

Raad thans niet of niet tijdig van zich laat horen in zaken waarin dat wel geboden is. De ernst hiervan kan niet snel worden onderschat. Twee kenmerken van het belastingrecht zijn hier met name van belang.

Allereerst heeft het belastingrecht een bij uitstek dynamisch karakter. Belastingwetgeving is aan voortdurende verandering onderhevig. Nieuwe wetgeving heeft ook steeds een zekere mate van rechtsonzekerheid in zich doordat nog geen rechtspraak van de Hoge Raad voorhanden is. Dit levert bijvoorbeeld spanning op met een van de doelstellingen van de wetgever om Nederland competitief te houden in een globaliserende wereld. Voor internationaal opererende bedrijven is zekerheid op korte termijn omtrent de fiscale gevolgen van hun investeringen en de daarmee verbonden financiering doorgaans een absolute voorwaarde.

Rechtsonzekerheid is ook aan de orde doordat de economische en maatschappelijke werkelijkheid doorlopend aan verandering onderhevig is. Een voorbeeld uit een andere sfeer van het belastingrecht zijn de veranderde opvattingen over huwelijk en andere samenlevingsverbanden.³ Voor de rechter houdt dit de noodzaak in om ook bestaande wetgeving en rechtspraak in het licht van veranderende omstandigheden steeds opnieuw te herijken.

Een tweede kenmerk van de belastingheffing is het massale karakter ervan. Iedere belastingplichtige, ondernemer of particulier, heeft ermee te maken. Niet zelden wachten honderden, duizenden of zelfs tienduizenden belastingplichtigen jarenlang op een uitspraak van de Hoge Raad. Hun zaken worden aangehouden door de belastinginspecteurs en feitenrechters in afwachting van die ene uitspraak van de Hoge Raad aan de hand waarvan afdoening kan geschieden.

Beide kenmerken maken duidelijk hoe belangrijk in het belastingrecht rechtszekerheid in temporele zin is. De rechtspraak van de Hoge Raad schiet in dit opzicht geregeld tekort. Daarmee is ook gezegd dat rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming onder druk staan.

In het vervolg zal eerst worden beschreven hoe op veel terreinen van het belastingrecht de normstellende rol van de Hoge Raad te lang op zich laat wachten of zelfs helemaal uitblijft (par. 2). Daarna komt aan de orde dat Belastingdienst en belastingplichtigen wegen hebben gevonden en ook steeds meer vinden om rechtsonzekerheid weg te nemen. Rulings, vaststellingsovereenkomsten en handhavingsovereenkomsten bieden hiertoe de mogelijkheid, maar wel met het risico dat de Hoge Raad nog meer buitenspel komt te staan (par. 3). Ook komt naar voren dat als de inspecteur weigert vooraf een standpunt in te nemen, een beroep op de burgerlijke rechter in deze situaties van vooroverleg in de regel niet tot de mogelijkheden behoort. Toegang tot de belastingrechter komt eerst in zicht nadat een aanslag is opgelegd en het bezwaar is afgewezen (par. 4). Als eenmaal een procedure is aangevangen kan sprongcassatie, het overslaan van het hoger beroep, in een beperkt aantal gevallen de proceduur verkorten, maar deze mogelijkheid heeft niet direct het oogmerk de rechtseenheid en rechtsontwikkeling door de Hoge Raad te bevorderen (par. 5). Om dat laatste beter mogelijk te maken worden twee voorstellen gedaan. Op de korte termijn dient ook voor het belastingrecht de mogelijkheid van

3 Zie bijvoorbeeld HR 14 november 2008, *BNB* 2010/3 en mijn annotatie bij dit arrest.

prejudiciële vragen te worden ingevoerd (par. 6). Op de langere termijn is een fundamentele aanpak geboden: de invoering van een voor cassatie vatbare beschikking. Eerst dan is de Hoge Raad in staat inhoud te geven aan rechtseenheid en rechtsontwikkeling op de momenten die ertoe doen (par. 7). Deze bijdrage wordt afgesloten met een samenvatting en een tweetal conclusies (par. 8).

2 Een situatieschets

Ook in het belastingrecht geldt dat de normstellende rol van de Hoge Raad lang niet altijd tot uitdrukking komt in tijdige en adequate cassatierechtspraak.⁴ Tegen de achtergrond van het hiervoor geschetste dynamische en massale karakter van het belastingrecht kan dit aan de hand van verschillende typen rechtsnormen duidelijk worden. Het eerste type rechtsnorm is dat van de open norm. De belangrijkste open norm in het belastingrecht is het goed koopmansgebruik van art. 3.25 Wet IB: de in een kalenderjaar genoten winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik.⁵ De wetgever heeft de nadere invulling uitdrukkelijk overgelaten aan de rechter. Daarmee is onvermijdelijk dat de rechter achter de ontwikkelingen aanloopt. Allerlei maatschappelijke en technische ontwikkelingen geven aan het goed koopmansgebruik een inherent dynamisch karakter. Pas jaren nadat zulke ontwikkelingen economisch relevant zijn geworden bepaalt de Hoge Raad wat hier rechtens is.⁶ Van veel andere belastingplichtigen worden tijdens zo'n procedure de bezwaar- en beroepschriften aangehouden in afwachting van het definitieve oordeel van de Hoge Raad. Van Dijck heeft er herhaaldelijk op gewezen dat de inhoud van het begrip goed koopmansgebruik over de rug van de belastingplichtigen is uitgevochten.⁷ Rechtsontwikkeling en rechtseenheid, alsmede rechtsbescherming zijn op dit belangrijke onderdeel van het belastingrecht slechts op termijn beschikbaar, voor zover het al tot een procedure komt.

Ook bij concrete normen doet zich een vergelijkbare situatie voor. Een nationaal en internationaal bekend voorbeeld is de Bosal-zaak. Een geschil over de verenigbaarheid van art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting met het EG-recht leidde tot een procedure over het belastingjaar 1993. Het ging om een voor het internationale bedrijfsleven belangrijke vraag: kunnen de kosten die verband houden met een deelneming in een vennootschap die in een andere lidstaat van de EU is gevestigd, in aftrek van de winst worden gebracht? De Hoge Raad stelde hierover in 2001 prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.⁸ Het Hof besliste eind 2003

4 Rapport-Hammerstein, p. 9.

5 De norm van het goed koopmansgebruik is door de Wet Belastingherziening 1950 geïntroduceerd en was in de Wet IB 1964 opgenomen in art. 9.

6 Zie bijvoorbeeld HR 1 februari 2008, *BNB* 2008/106. In dit arrest inzake de activering van veldinventaris in de landbouw kwam de Hoge Raad terug op arresten uit 1958 en 1960 vanwege de sedertdien opgetreden ontwikkelingen in de landbouw. Zie ook A.O. Lubbers in zijn noot onder dit arrest.

7 Zie recent nog J.E.A.M. van Dijck, 'Reparatie van arresten', in: H.P.A.M. van Arendonk, J.J.M. Jansen, L.G.M. Stevens (red.), *Wetgevingskunsten, Vriendenbundel aangeboden aan Jan Kees Bartel, de fiscale kunstenaar*, Deventer, 2010, p. 76.

8 HR 11 april 2001, *BNB* 2001/257.

in het voordeel van Bosal.⁹ De procedure eindigde in oktober 2005 met een uitspraak van de Hoge Raad over de vergoeding van proceskosten van Bosal.¹⁰ Ook vele andere belastingplichtigen hebben moeten wachten op de uitspraak van het Hof in 2003.¹¹

Een derde categorie is ten slotte die van de rechtsbeginselen. In het belastingrecht is bijvoorbeeld toetsing van wetgeving aan het gelijkheidsbeginsel een regelmatig terugkerend fenomeen.¹² In deze procedures is feitelijk alleen de uitspraak van de Hoge Raad relevant. Het handelt immers om de beantwoording van een zuivere rechtsvraag: is bepaalde wetgeving in strijd met het in art. 14 EVRM jo art. 1 Eerste Protocol neergelegde gelijkheidsbeginsel? Rechtbank en Gerechtshof vervullen hier doorgaans slechts een rituele rol. Een lengte van de procedure van vijf jaar en langer is eerder regel dan uitzondering. Bovendien is het kenmerk van de massaliteit vaak duidelijk aanwezig. In een enkel geval, het Vakantiebonnen-arrest uit 1999, was het aantal betrokken belastingplichtigen extreem groot: meer dan 1,2 miljoen belastingplichtigen hadden een bezwaarschrift ingediend.¹³

Ook met betrekking tot wetgeving van lagere overheden kunnen zich procedures voordoen waarbij een zeer groot aantal belastingplichtigen is betrokken. In een recent geschil over de Omslagverordening van het waterschap De Waterlanden in Noord-Holland achtte de Hoge Raad de verordening voor een groot deel van het gebied in strijd met het willekeurverbod. De procedures namen in totaal elf jaar in beslag. Het aantal bezwaarschriften bedroeg volgens schatting 25.000.¹⁴ Zulke rechtspraak tast door de lange duur van de procedure de legitimiteit van het recht aan.

3 De praktijk kan zo lang niet wachten

Tot op zekere hoogte heeft de belastingpraktijk leren leven met een rechter die niet of te laat inhoud geeft aan de rechtsontwikkeling en rechtseenheid. Van groot belang voor de praktijk is de algemene bereidheid van de fiscus om in overleg te treden met belastingplichtigen en afspraken te maken over de rechtstoepassing in een concreet geval. In de winstsfeer zullen partijen na een boekenonderzoek doorgaans ernaar streven om afspraken te maken over de gevolgen van het onderzoek voor de op te leggen belastingaanslag. Zo kunnen grote, beursgenoteerde ondernemingen zich veelal niet permitteren in een jarenlange procedure verwikkeld te

9 HvJ 18 september 2003, BNB 2003/344.

10 HR 7 oktober 2005, BNB 2005/374.

11 Zie bijvoorbeeld HR 22 oktober 2004, BNB 2005/74 en 75.

12 Zie bijvoorbeeld R.H. Happé, *Schuivende machten, Over trias politica en het gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht*, Deventer, 1999. Verder recent R.E.C.M. Niessen, *De belastingrechter en het gelijkheidsbeginsel*, TFB 2009/1, p. 5 e.v. en R.H. Happé, 'Het gelijkheidsbeginsel: de rechtspraak van het EHRM biedt meer ruimte dan de Hoge Raad benut', in: L.J.A. Pieterse (red.), *Draaicirkels van formeel belastingrecht, Opstellen aangeboden aan prof. dr. R.E.C.M. Niessen*, Amersfoort, 2009, p. 175 e.v.

13 HR 16 juni 1999, BNB 1999/286.

14 HR 17 april 2009, BNB 2010/111-116. Om de zaak beheersbaar te houden lag er ook nog eens van een van de betrokken overheidslichamen de toezegging dat degenen die over 2005 een bezwaarschrift hadden ingediend dat niet nog eens voor 2006 behoeft te doen. Vermoedelijk heeft een vergelijkbare toezegging ook voor latere jaren gegolden

zijn totdat de Hoge Raad uiteindelijk hun zaak beslist. Gevolgen voor de jaarverlaglegging en de financiering van de onderneming zijn belangrijke redenen aan de kant van de onderneming om finale afspraken met de inspecteur te maken. Een eventueel oordeel van de rechter laat gewoon te lang op zich wachten.

Ook voorafgaand aan bijvoorbeeld belangrijke ondernemingshandelingen is het zeer gebruikelijk om de inspecteur om een toezegging te vragen of afspraken met hem te maken over de fiscale consequenties van een voorgenomen investering of bedrijfsovername. Op deze wijze verschaft de belastingplichtige zich zekerheid. Hij weet welke fiscale gevolgen aan de ondernemingshandeling verbonden zijn. Niet onbelangrijk is dat de Hoge Raad met betrekking tot deze praktijk van toezeggingen en fiscale vaststellingsovereenkomsten heeft bepaald dat de inspecteur op grond van het vertrouwensbeginsel als een van de beginselen van behoorlijk bestuur gehouden is zulke ingenomen standpunten te honoreren. Zulke afspraken binden de inspecteur en zijn afdwingbaar door de belastingplichtige. Ook brengt het gelijkheidsbeginsel mee dat in voorkomende gevallen de inspecteur verplicht is in vergelijkbare gevallen van andere belastingplichtigen een zelfde standpunt in te nemen. Het kenmerkende van dit leerstuk is overigens dat de inspecteur gehouden is deze standpunten te honoreren, ook al zijn zulke standpunten niet geheel in overeenstemming met een juiste wetsuitleg. Het betekent dat de belastingplichtige in zoverre wel rechtsbescherming toekomt, maar dat de rechtseenheid en rechtsontwikkeling ten aanzien van het materiële belastingrecht van secundair belang zijn.¹⁵ Ook buiten de ondernemings sfeer is deze overlegpraktijk van groot belang. Over bijvoorbeeld allerlei bancaire en verzekeringsproducten vindt vooraf overleg plaats met de fiscus alvorens deze op de markt te zetten. Essentieel is immers dat de kopers van deze producten zekerheid kan worden geboden ten aanzien van de IB-gevolgen.

Recent heeft zich nog een verdergaande ontwikkeling ingezet. Als onderdeel van de compliance-strategie heeft de Belastingdienst het horizontaal toezicht ontwikkeld. Kern hiervan is de houding die Belastingdienst en belastingplichtigen tegenover elkaar innemen. Het gaat daarbij om wederzijds vertrouwen tussen beide partijen, het met elkaar scherper formuleren wat ieders verantwoordelijkheden en mogelijkheden zijn om het recht te handhaven en het vastleggen en naleven van wederzijdse afspraken.¹⁶ Beperkte aanvankelijk dit horizontale toezicht zich tot de zeer grote ondernemingen, vanaf 2005 zijn meer dan veertig handhavingsconvenanten gesloten, sinds enkele jaren worden ook convenanten met fiscale intermediairs, dat wil zeggen belastingadvies- en accountantskantoren gesloten. Ook hier is de inzet van de Belastingdienst duidelijk: ondernemer en Belastingdienst leggen hun kaarten open op tafel en vermijden daardoor onnodige scherp-slijperij.¹⁷ Langs de weg van de fiscale intermediairs breidt de Belastingdienst het

15 Bij het vertrouwensbeginsel stelt de Hoge Raad de voorwaarde dat de toezegging niet zo duidelijk in strijd met een juiste wetstoepassing mag zijn dat geen redelijk denkende belastingplichtige op nakoming van die toezegging mocht rekenen. Zie bijvoorbeeld HR 26 september 1979, BNB 1979/311 en uitgebreid hierover R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming*, Deventer, 1996, p. 186 e.v.

16 *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 643, nr. 4.

17 Bedrijfsplan Belastingdienst 2008, p. 22.

horizontaal toezicht uit tot het MKB-segment en streven deze intermediairs en Belastingdienst ernaar dat aanvaardbare aangiften worden ingediend. In dit verband spreekt men van convenantaangiften, aangiften die voldoen aan wet- en regelgeving en vrij zijn van materiële fouten. In sommige van de convenanten worden bovendien ook afspraken gemaakt over materieelrechtelijke aspecten.

Op zich is deze ontwikkeling positief te waarderen. Het geeft uitdrukking aan de wens van Belastingdienst en belastingplichtigen om op een andere wijze met elkaar om te gaan.¹⁸ Uitdrukkelijk is van de kant van de Belastingdienst verklaard dat het horizontale toezicht niet de weg naar de rechter afsluit. In dit verband wordt gesproken van ‘agree to disagree’.¹⁹ Niettemin kan een klimaat ontstaan waarin Belastingdienst en belastingplichtige in een sfeer van overleg bepalen wat tussen hen rechtens is. Daarmee ontstaat het risico dat de Hoge Raad te veel buiten beeld geraakt. Bovendien is niet denkbeeldig dat belastingplichtigen in hun afweging om al dan niet te procederen het belang van het hebben van een convenant zullen meewegen en dat zij minder snel geneigd zullen zijn om een juridisch geschil aan de rechter voor te leggen.²⁰ Een onbedoeld gevolg hiervan kan zijn dat de rechter minder in staat is inhoud geven aan de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Principieel behoort uiteraard het laatste woord over de rechtstoepassing aan de rechter toe te komen.²¹

Ook om deze redenen is het van groot belang dat de Hoge Raad beter bereikbaar wordt om belangrijke rechtsvragen te beslechten. Daarvoor is allereerst nodig dat de betrokken convenantpartners ook daadwerkelijk ruimte voor het ‘agree to disagree’ maken en bewaren. Een tweede voorwaarde is dat, als het tot een procedure komt, de hoogste rechter zijn rechtsoordeel geeft op het moment dat dit ertoe doet. Een uitvoerende macht die steeds meer in de actualiteit gaat werken, dat wil zeggen zo spoedig mogelijk zijn standpunt bepaalt ten opzichte van voorgenomen handelingen of gerezen problemen, heeft een rechterlijke macht nodig die beslist wat rechtens is en die dat bovendien binnen redelijke tijd doet. De veranderende verhouding tussen burger en overheid stelt in dit opzicht nieuwe eisen aan de rechter om aan zowel rechtsontwikkeling en rechtseenheid als rechtsbescherming inhoud te geven. De rechter moet in de tijd meer naar voren komen. De volgende vraag is of, en zo ja in hoeverre de huidige wetgeving en rechtspraak daarvoor nog mogelijkheden bieden.

4 Maar er zijn grenzen aan het vooroverleg

Waarvoor het voorgaande geen oplossing biedt, is de situatie dat iemand fiscale zekerheid nodig heeft om een bepaalde (rechts)handeling te verrichten en de inspecteur niet bereid is die zekerheid vooraf te geven. In de vorige paragraaf is de

18 Zie hierover R.H. Happé, ‘Handhavingsconvenanten: een paradigmawisseling in de belastingheffing’, *TFO* 2009/101, p. 5 e.v.

19 Th.W.M. Poolen, ‘Horizontaal toezicht vanuit het perspectief van de Belastingdienst’, *TFO* 2009/101, p. 19 e.v.

20 Hier ligt ook een verantwoordelijkheid bij de Belastingdienst om in de concrete gevallen daadwerkelijk inhoud te geven aan het ‘agree to disagree’.

21 Zie ook J.W. van den Berge, ‘Horizontaal toezicht en de rechterlijke macht’, in: *SRA & Horizontaal toezicht, Van wantrouwen naar vertrouwen*, Nieuwegein, 2007, p. 16.

bereidheid van de inspecteur om vooraf zekerheid te verschaffen aan de orde gekomen. In een besluit van begin 2004 heeft de staatssecretaris van Financiën zijn beleid ten aanzien van aan de inspecteur voorgelegde rechtsvragen vastgelegd en gepubliceerd.²² Hij stelt hierin voorop dat rechtszekerheid ook wordt geboden door het belastingplichtigen mogelijk te maken de inspecteur om een – individueel – standpunt te vragen over de fiscale gevolgen van hun al verrichte of voorgenomen handelingen. Een rechtsvraag is volgens hem een individuele vraag die in het Belastingdienstbrede toezichtsproces opkomt en waarop in wet, jurisprudentie en eerder vastgesteld uitvoeringsbeleid geen duidelijk en eenduidig antwoord is te vinden en waarbij het antwoord gevolgen kan hebben voor andere gevallen (precedentwerking) en daarom zou kunnen worden opgevat als nieuw beleid.

Als de inspecteur bij vooroverleg over voorgenomen rechtshandelingen van mening is dat er bij die rechtshandelingen sprake is van een fraus legis-achtige constructie, neemt hij een afwijzend standpunt in. Daarbij kan hij ook kenbaar maken dat, als de betrokken rechtshandelingen toch worden uitgevoerd, hij zijn standpunt bij met name de aanslagregeling zal formaliseren, dat wil zeggen de aangifte zal corrigeren.

Als er sprake is van grensverkenning, zet de inspecteur, volgens het besluit van de staatssecretaris, het vooroverleg niet voort en neemt hij ook geen standpunt in. Van fiscale grensverkenning is sprake als de vragensteller een voor de inspecteur onaanvaardbaar bevonden constructie door telkens kleine wijzigingen probeert aan te passen en daarmee als fiscaal net aanvaardbaar te presenteren. Aldus heeft de staatssecretaris de grenzen bepaald van de bereidheid om standpunten ter zake van voorgenomen rechtshandelingen in te nemen.

Een belangrijke vraag is vervolgens of er voor een belastingplichtige rechtsmiddelen openstaan in de situatie dat de inspecteur een afwijzend standpunt inneemt dan wel weigert een standpunt in te nemen. Een tweetal arresten van de burgerlijke kamer van de Hoge Raad zijn hier van belang. In het eerste arrest uit 2000 ging het om de overdracht van een in Nederland opgebouwd pensioenkapitaal naar België.²³ Voorafgaand aan die overdracht verzochten de directeuren-grootaandeelhouders van de vennootschap om een verklaring van de inspecteur dat de vennootschap geen loonbelasting behoefde in te houden. Op grond van het destijds geldende art. 27 lid 7 Wet op de loonbelasting kon de inhoudingsplichtige om een dergelijke verklaring vragen. De inspecteur weigerde de verklaring af te geven. De Hoge Raad overwoog dat het afgeven of weigeren van deze verklaring niet een voor bezwaar vatbare beschikking oplevert. Dit betekent dat volgens het gesloten stelsel van rechtsbescherming in het belastingrecht tegen deze afwijzing of weigering geen beroep bij de belastingrechter openstaat.²⁴ Ook een beroep op de burgerlijke rechter kan dan niet baten, tenzij zich een uitzonderlijke situatie voordoet. De burgerlijke kamer overwoog: ‘Niet uitgesloten is dat de weigering tot afgifte van deze verklaring onder bepaalde omstandigheden jegens degene die daarom heeft verzocht, onrechtmatig is. Daarvan kan echter slechts dan sprake zijn wanneer

22 Besluit van 25 februari 2004, nr. DGB2003/6662M, *Stcrt.* nr. 50, *BNB* 2004/194. Dit besluit verving het besluit van 15 juni 2001, nr. RTB2001/1917M, *BNB* 2001/392.

23 HR 27 oktober 2000, *NJ* 2001, 106.

24 Zie art. 26 AWR.

die weigering is gebaseerd op een standpunt dat onmiskenbaar onjuist of zonder grond is.’

In het voorgaande arrest was weliswaar sprake van een voorgenomen handeling, de overdracht van het pensioenkapitaal, doch kon een belanghebbende ook nog om een verklaring verzoeken. In het Abacus-arrest uit 2006 was van zulk een wettelijke verklaring geen sprake. In dat geval ging het om een inbreng van aandelen van een vennootschap in een trust. Over deze inbreng was een overeenkomst tussen de inspecteur en belanghebbende gesloten, inhoudende dat de trust fiscaal transparant was. Voor de Nederlandse belastingheffing werd de trust geacht niet te bestaan, met als gevolg dat geen schenkingrecht verschuldigd was. Enige tijd later berichtte de belastingadviseur van het voornemen om een Antilliaanse vennootschap tussen te plaatsen. De inspecteur achtte dit in strijd met de eerder gesloten overeenkomst en kondigde aan te overwegen om alsnog een aanslag schenkingsrecht ter zake van de eerdere inbreng in de trust op te leggen. De burgerlijke rechter overwoog als volgt:

‘Een beslissing op die vorderingen vergt uitleg van de Transparantieovereenkomst en daarmee een oordeel over de bevoegdheid van de inspecteur om, indien tot de tussenplaatsing wordt overgegaan, alsnog die aanslag schenkingsrecht op te leggen. Dat oordeel is – in beginsel – uitsluitend aan de belastingrechter en niet aan de burgerlijke rechter. Hierop kan zich slechts in één geval een uitzondering voordoen: het geval dat het door de inspecteur ingenomen standpunt onmiskenbaar onjuist of zonder grond is (zie HR 27 oktober 2000, (...), NJ 2001, 106). Het gesloten stelsel van rechtsbescherming in het belastingrecht biedt X. en Abacus niet de mogelijkheid bij de belastingrechter een verklaring voor recht als door hen gevorderd te verkrijgen, hoe groot hun financiële belang – een argument dat door menige belastingplichtige zou kunnen worden aangevoerd – daarbij ook moge zijn. Dat stelsel laat slechts toe het standpunt van de inspecteur ter toetsing aan de rechter voor te leggen indien de inspecteur de daad bij het woord voegt, aldus dat hij op uitvoering van het voornemen tot tussenplaatsing een (navorderings)aanslag schenkingsrecht laat volgen. Deze door de wetgever gewilde beperking levert, zoals het hof terecht heeft geoordeeld, niet een rechtstekort op waarin door de burgerlijke rechter zou moeten worden voorzien.’

Samengevat houdt deze rechtspraak in dat als een inspecteur geen antwoord wenst te geven op een hem voorgelegde rechtsvraag met betrekking tot voorgenomen rechtshandelingen, de belastingplichtige zich niet tot de belastingrechter kan wenden vanwege het gesloten stelsel van rechtsbescherming van het belastingrecht. Er is immers geen sprake van een voor bezwaar vatbare beschikking in de zin van art. 26 AWR.²⁵ Bovendien kan hij ook geen beroep doen op de burgerlijke rechter vanwege onrechtmatig handelen van de inspecteur. Dit is slechts anders als het door de inspecteur ingenomen standpunt onmiskenbaar onjuist of zonder grond is. Een situatie die zich niet snel zal voordoen.

25 In afwijking van de Awb kan op grond van art. 26 AWR alleen maar in beroep bij de rechtbank worden gekomen indien er sprake is van een belastingaanslag dan wel een voor bezwaar vatbare beschikking.

5 Sprongcassatie: een eerste stap maar niet genoeg

Een belastingplichtige die een rechtsvraag aan de rechter wenst voor te leggen zal, zo is uit het voorgaande duidelijk geworden, moeten wachten totdat hij een aanslag of een voor bezwaar vatbare beschikking heeft ontvangen en de bezwaarfase heeft doorlopen. Eerst daarna kan hij zich tot de rechter wenden. Dit is ook het geval als de inspecteur geen zekerheid vooraf heeft willen geven. In geval het om een principiële rechtsvraag gaat, hebben partijen er belang bij zo snel mogelijk een antwoord van de Hoge Raad te krijgen. De belangrijkste mogelijkheid om een procedure te versnellen is sprongcassatie.²⁶ Bij deze mogelijkheid, neergelegd in art. 28 lid 3 AWR, kan direct bij de Hoge Raad beroep in cassatie worden ingesteld tegen een uitspraak van de rechtbank. Het hoger beroep bij het gerechtshof wordt op deze wijze overgeslagen. De figuur van sprongcassatie is ontleend aan het burgerlijk procesrecht, art. 398 Rv. Volgens de parlementaire toelichting kan sprongcassatie nuttig zijn indien na de uitspraak van de rechtbank geen geschil meer bestaat over de feiten, maar nog slechts een zuivere rechtsvraag partijen verdeeld houdt.²⁷ Van belang is dat de feitenrechter buiten de besluitvorming van partijen staat om van deze figuur gebruik te maken. Het is geen mogelijkheid voor de rechter om met het oog op de rechtseenheid of rechtsontwikkeling een rechtsvraag aan de Hoge Raad voor te leggen.

Voor partijen die sprongcassatie overwegen, behoeven evenmin rechtseenheid en rechtsontwikkeling de drijfveer te zijn. In de praktijk zal bijvoorbeeld de minister van Financiën steeds instemmen met door een belastingplichtige gewenste sprongcassatie, ook al is er geen sprake van een voor hem belangrijke zaak, mits er maar geen geschil over de feiten is. Dat er sprake is van een ‘acte clair’ of ‘éclairé’ vormt dus geen belemmering. Het lijkt de laatste jaren om ongeveer twintig zaken per jaar te gaan.

Overigens wordt sprongcassatie in een beperkt aantal gevallen wel degelijk gebruikt om tot een procedurele versnelling te komen ten einde een belangrijke rechtsvraag zo snel mogelijk aan de Hoge Raad voor te leggen. Een voorbeeld hiervan is een voor de belastingpraktijk belangrijk arrest van begin 2010 inzake de terbeschikkingstellingsregeling. In deze zaak stelde de staatssecretaris van Financiën met instemming van de belanghebbende sprongcassatie in.²⁸

In het algemeen kan worden geconstateerd dat er in het fiscale bestuursrecht een mogelijkheid voorhanden is om versnelling in de procedure aan te brengen. Bij

26 Een andere mogelijkheid is het rechtstreeks beroep waarbij de bezwaarprocedure wordt overgeslagen; zie art. 7:1a Awb. Daarnaast is er nog de versnelde behandeling van art. 8:52 Awb, waarbij verschillende termijnen kunnen worden ingekort. Zie hierover R.H. Happé, P.M.F. van Loon, J.P.F. Slijpen en M.R.T. Pauwels, *Algemeen fiscaal bestuursrecht*, Deventer, 2010, par. 8.3 en 9.16.

27 *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 251, nr. 3, p. 32. Zie verder R.H. Happé, P.M.F. van Loon, J.P.F. Slijpen en M.R.T. Pauwels 2010, par. 11.2.1.

28 HR 15 januari 2010, *BNB 2010/100*. Het ging hier om de vraag of het resultaat uit terbeschikkingstelling van tot huwelijksgoederengemeenschap behorende goederen niet alleen genoten wordt door de bestuursbevoegde echtgenoot of ook door de andere echtgenoot. Inmiddels is er een wetsvoorstel ingediend om de bewerking van dit arrest met ingang van 1 januari 2011 ongedaan te maken. Zie Wetsvoorstel 32410, Fiscale verzamelwet 2010.

belastingplichtigen zullen daarbij vooral andere motieven voorzitten dan die van rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Doorgaans gaat het hen primair om in hun geschil met de fiscus zo snel mogelijk een finale beslissing van de Hoge Raad en daarmee rechtszekerheid te verkrijgen. Bij de Belastingdienst ligt dat anders. Voor de Belastingdienst kan het belang van de rechtseenheid en rechtsvorming wel een belangrijk motief zijn om bijvoorbeeld het middel van sprongcassatie te gebruiken. Voor de Belastingdienst zijn rechtszekerheid en rechtsgelijkheid belangrijke doelstellingen bij de uitvoering van de belastingwetgeving.

Vermeldenswaard is dat het in de praktijk vaak nog het meest effectief is als partijen, en dan met name de Belastingdienst, bij de verschillende rechters in hun geschriften wijzen op het spoedeisende en massale karakter van de voorliggende kwestie. Een voorbeeld hiervan is een arrest uit 2004, waarin de Hoge Raad binnen twee jaar na het doen van de aangifte wees.²⁹

Aldus kan allereerst worden vastgesteld dat sprongcassatie weliswaar een geëigend middel voor procespartijen kan zijn om een uitspraak van de rechtbank versneld aan de Hoge Raad voor te leggen. Het is echter niet een middel dat ter beschikking staat aan de feitenrechter zelf ter wille van de bevordering van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.

Ten tweede voorziet sprongcassatie niet afdoende in de behoefte van de fiscale rechtspraak aan rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtszekerheid. Voor beide rechtstekorten zullen in de volgende paragrafen voorstellen worden gedaan om deze weg te nemen.

6 Prejudiciële vragen in het belastingrecht: een absolute ‘must’

In het huidige recht kunnen feitenrechters geen prejudiciële vragen aan de Hoge Raad stellen. Nieuwe rechtsvragen zullen daarom door feitenrechters worden beantwoord in de wetenschap dat eerst de Hoge Raad het definitieve antwoord zal geven, waarbij altijd de kans bestaat dat partijen van belangrijke zaken niet in cassatie gaan. Deze processuele gang van zaken laat onnodig onzekerheid over de rechtseenheid en rechtsontwikkeling bestaan. Dit krijgt nog extra gewicht als er een veelheid van andere zaken bij de inspecteurs en rechters ligt waarin dezelfde rechtsvraag aan de orde is.

De commissie-Hammerstein heeft voor het civiele recht voorgesteld de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen door de feitenrechter nader te onderzoeken. Inmiddels is een wetsvoorstel voor advies naar de Raad van State gestuurd. Daarbij is naar verluidt, de door de commissie voorgestelde beperking tot massavorderingen komen te vervallen.

Ook voor het fiscale recht dient de mogelijkheid van prejudiciële vragen te worden ingevoerd. De commissie vermeldt in haar rapport een aantal belangrijke voordelen voor het civiele recht, die evenzeer voor het belastingrecht opgaan. Allereerst noemt de commissie het voordeel dat het oordeel van de cassatierechter niet hoeft te wachten op een ‘gewone’ procedure in cassatie. De feitenrechter

29 HR 5 maart 2004, *BNB* 2004/269. Het ging in dit arrest om een fout in de software van een aangifteprogramma van een van de belastingalmanakken.

kan reeds op grond van het antwoord op de gestelde vraag de zaak beslissen. Een tweede voordeel dat de commissie noemt is dat de onzekerheid over het antwoord op een belangrijke rechtsvraag door een prejudiciële vraag tijdig kan worden opgelost. Bovendien raakt de Hoge Raad nauwer betrokken bij en wordt hij relevanter voor de feitenrechters door een belangrijke positie in te nemen bij de terecht verlangde harmonisatie en rechtseenheid.³⁰

Al deze voordelen zijn ook belangrijk voor de fiscale rechtspraak. Hierbij komt nog dat niet alleen het belastingrecht vaak zeer gecompliceerde vragen oproept, maar dat bovendien ook het aspect van de massaliteit een zeer grote rol speelt. Het is bijvoorbeeld niet voor niets dat het belastingrecht een regeling kent van collectieve uitspraak op massaal ingediende bezwaarschriften.³¹ Deze beide factoren van massaliteit en complexiteit onderstrepen nog eens het belang van een Hoge Raad die sneller dan tot nu toe in staat is antwoord op rechtsvragen te verschaffen.³²

Daarbij komt nog het grote belang van de fiscale rechtspraak. In een complexe financiële wereld is het niet bieden van rechtszekerheid door de rechter op een termijn dat zijn uitspraak er nog toe doet, vaak een absolute belemmering om bepaalde transacties en dergelijke te verrichten. Het brengt bovendien de Hoge Raad in de situatie dat hij onvoldoende de rechtseenheid en rechtsontwikkeling in het belastingrecht kan behartigen. Het betekent ook dat hij vanuit de optiek van de verdeling van machten in de rechtsstaat onvoldoende tegenwicht kan bieden aan de andere machten, in het bijzonder de uitvoerende macht. Prejudiciële vragen zijn een noodzakelijke stap in de richting van een beter evenwicht. Het moment waarop de rechter zijn uitspraak doet, bepaalt mede het gewicht ervan.

Maar net zomin als sprongcassatie kunnen ook prejudiciële vragen afdoend voorzien in het rechtstekort van een rechter die niet of te laat beslist. Daarvoor is een nog fundamentele stap nodig. De Hoge Raad dient er te zijn op de momenten dat rechtszekerheid noodzakelijk is. Alleen als hij daartoe in staat is, kan hij ook de rechtseenheid en rechtsontwikkeling voldoende inhoud geven.

7 Een fundamentele stap: een voor cassatie vatbare beschikking

Rechtspreken op het moment dat het ertoe doet. In de fiscale sfeer volstrekt zich al enige decennia lang een proces van voortschrijdende horizontalisering van de verhouding tussen overheid en burger. Fiscale compromissen, rulings en handhavingsconvenanten zijn hiervan de meest opvallende verschijningsvormen. Wil de Hoge Raad zijn normstellende rol adequaat kunnen blijven vervullen dan zal hij zich rekenschap moeten geven van deze veranderde en nog steeds veranderende verhouding tussen de uitvoerende macht en de belastingplichtigen. De sleutel

30 Rapport-Hammerstein, p. 51.

31 Zie art. 25a AWR. Zie over deze regeling R.H. Happé, P.M.F. van Loon, J.P.F. Slijpen, en M.R.T. Pauwels 2010, par. 8.6 en R.H. Happé, 'Afwikkeling van massaschade in het belastingrecht: de collectieve uitspraak op massaal bezwaar', in: Geschrift nr. 14, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, *Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade*, p. 37 e.v. Overigens wordt in de praktijk van deze regeling weinig of geen gebruikgemaakt.

32 Zie ook J.A.R. van Eijdsden en M.J. Hamer, 'De Hoge Raad: tussen rechtsvorming en rechtsbescherming (deel 2)', *TFB* 2009/4, p. 9.

daartoe ligt in de voor cassatie vatbare beschikking. In het vervolg worden enige contouren van deze beschikking geschetst.

7.1 Een beschikking op aanvraag of ambtshalve

Thans kunnen belastingplichtigen rechtsvragen voorleggen aan de inspecteur. Een direct rechtsmiddel tegen het antwoord van de inspecteur ontbreekt echter. Wat nodig is, is dat belastingplichtigen een beschikking kunnen aanvragen waarin de Belastingdienst zijn antwoord op een concrete rechtsvraag neerlegt. Een belastingplichtige moet zulk een aanvraag kunnen doen zowel in de situatie van vooroverleg, als in de situatie waarin naar aanleiding van de aangifte het antwoord op een rechtsvraag de inspecteur en de belastingplichtige verdeeld houdt.³³ In dit verband moet ook gedacht worden aan rechtsvragen over verenigbaarheid van de nationale wetgeving met in verdragen neerlegde rechtsregels en rechtsbeginselen, zoals het EG-Verdrag, het EVRM en IVBPR.

Anderzijds moet ook de Belastingdienst naar aanleiding van een concrete rechtsvraag van een belastingplichtige een beschikking kunnen nemen. Hierbij kan het gaan om een rechtsvraag naar aanleiding van een voor de Belastingdienst belangrijke aangelegenheid. Daarbij valt te denken aan een in de praktijk gesignaleerde ontwikkelingsconstructie. Ook rechtsvragen die zich aandienen in de sfeer van een open norm als het goed koopmansgebruik zouden voorwerp kunnen zijn van zulk een beschikking.³⁴ Bij zulke ambtshalve beschikkingen kan de fiscus ook de belangen van massaliteit en mogelijke budgettaire gevolgen in zijn besluitvorming verdisconteren.

Hetgeen hier wordt voorgesteld is in zeker opzicht vergelijkbaar met de regeling van de richtige heffing in art. 31 tot en met 36 AWR.³⁵ Ook daar heeft binnen het kader van de vraag of het middel van richtige heffing van toepassing is, de belastingplichtige de mogelijkheid om vooraf een 'beraamde rechtshandeling' aan het oordeel van de inspecteur te onderwerpen. De inspecteur neemt zijn beslissing bij een voor bezwaar vatbare beschikking. Ook de inspecteur zelf kan bij de aanslagregeling het initiatief daartoe nemen.

Het ligt voor de hand om indien een voor cassatie beschikbare beschikking wettelijk mogelijk wordt, vanwege het belang van de eenheid van beleid van de Belastingdienst de staatssecretaris van Financiën een centrale rol toe te kennen. Ook bij de regeling van de richtige heffing is er om deze reden in voorzien dat alvorens de

33 Dit voorstel houdt tevens een doorbreking van het gesloten stelsel van art. 26 AWR in.

34 Daarbij zullen partijen wel de bereidheid moeten hebben om tot een eenduidige vaststelling van de feiten te komen.

35 Het rechtsmiddel van richtige heffing wordt op grond van beleid van de Staatssecretaris niet meer toegepast door de Belastingdienst. Deze 'bevrozing' houdt verband met de eveneens bestaande mogelijkheid om in vergelijkbare gevallen het middel van *fraus legis* te gebruiken. Zie Persbericht van Financiën van 29 juli 1987, nr. 87/222, *V-N* 1987/1768.2, alsmede in antwoord op Kamervragen *V-N* 1988/12. 4. Overigens verhindert niets een belastingplichtige een dergelijke aanvraag om een richtigeheffingbeschikking aan te vragen.

inspecteur de beschikking neemt, de staatssecretaris hem daarvoor toestemming moet geven.³⁶

7.2 Voor cassatie vatbaar

Tegen een dergelijke beschikking zou de belastingplichtige direct in cassatie moeten kunnen komen. De voordelen zijn evident. In geval van een verzoek om een standpuntbepaling voorafgaande aan de aanslagregeling hoeft niet eerst nog eens aangifte gedaan te worden, de aanslag afgewacht te worden en de bezwaarprocedure doorlopen te worden. Ook de twee feitelijke rechterlijke instanties, rechtbank en hof, kunnen worden overgeslagen. De beschikking kan meteen getoetst worden door de Hoge Raad zelf.

Voor de uitvoerende macht, de Belastingdienst, en de belastingplichtigen betekent een dergelijke rechtsgang dat snel duidelijkheid wordt verkregen over het antwoord op een rechtsvraag en dat de periode van rechtsonzekerheid zo kort mogelijk is. Ook voor de wetgevende macht heeft een op korte termijn beschikbare uitspraak van de Hoge Raad belangrijke voordelen. Zo nodig kan wetgeving in aansluiting op de uitspraak van de rechter snel worden aangepast, hetgeen ook de rechtszekerheid ten goede komt alsmede de eventuele budgettaire gevolgen van de rechterlijke uitspraak beperkt. Een zeer aansprekend voorbeeld van de noodzaak van duidelijkheid op zo kort mogelijke termijn zijn de arresten van 19 juni 2009 inzake de exitheffingen over pensioen- en lijfrenteaanspraken ter gelegenheid van de emigratie van de gerechtigden tot die aanspraken.³⁷ Een van de arresten betrof een geschil over het belastingjaar 2001. De Hoge Raad besliste in die arresten dat de Nederlandse belastingwetgeving terzake in strijd kwam met de goede trouw die tussen verdragspartners behoorde te bestaan. Het recht om te heffen over de waarde van de pensioenafpraak was namelijk in de desbetreffende belastingverdragen toegewezen aan de nieuwe woonstaat. De wetgever reageerde onmiddellijk. Op 29 juni 2009, tien dagen na het wijzen van het arrest, werd een spoedwetsvoorstel ingediend, dat nog geen negen dagen later op 7 juli werd aangenomen. De wet kreeg terugwerkende kracht tot de datum van indiening. Hiermee werd de ergste budgettaire derving voor de toekomst voorkomen.³⁸ Ook in deze procedures ging het van het begin af aan om de beantwoording van een zuivere rechtsvraag.³⁹

7.3 Een alternatieve route

Ook is denkbaar om een onafhankelijke Raad in te voeren die belast wordt met de taak bindende antwoorden op gestelde rechtsvragen te geven. In Zweden fun-

36 Ook is denkbaar dat wettelijk bepaald wordt dat niet de inspecteur maar de staatssecretaris degene is die deze beschikking afgeeft.

37 Zie m.n. HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/263 en 264.

38 Zie over deze arresten de annotatie van I.J.J. Burgers onder HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/165 en Peter Essers en Richard Happé, 'Kroniek van het belastingrecht 2009', *NJB* 2009/34, p. 2219.

39 Ook het eerder in par. 3 genoemde Bosal-arrest is een voorbeeld. Het geschil betrof het jaar 1993, terwijl het arrest in 2003 werd gewezen. Binnen een maand na het arrest werden bij nota van wijziging op de lopende behandeling van het Belastingplan 2004 reparatievoorstellen ingediend. Zie *Kamerstukken II* 2003-2004, 19 210, nr. 8.

geert een dergelijke raad al sinds 1951.⁴⁰ Het gaat om de Skatterättsnämnden, de commissie voor fiscale vraagstukken. Deze commissie bestaat uit 24 leden, die uit verschillende sectoren, zoals de belastingadviespraktijk, de belastingdienst, de rechterlijke macht en de wetenschap, afkomstig zijn. Zij beslist in kleinere samenstelling. Afgezien van vier permanente leden worden de leden benoemd voor een periode van vier jaar. Per jaar doet de commissie uitspraak in ongeveer tweehonderd zaken. Gemiddeld doet de commissie binnen zes maanden uitspraak.

Van de uitspraken van deze commissie kan direct in cassatie worden gegaan bij de Regeringsrätten, de hoogste Zweedse bestuursrechter. Naar verluidt wijst de Regeringsrätten op zijn beurt binnen gemiddeld zes tot twaalf maanden arrest. Een voordeel van het Zweedse model is de onafhankelijkheid van de Skatterättsnämnden ten opzichte van de belastingdienst. Daar staat tegenover dat in geval van een door de inspecteur genomen beschikking beter kan worden aangesloten bij de al bestaande praktijk van standpuntbepalingen door de inspecteur. Een voordeel van deze praktijk is in elk geval dat een definitief standpunt van de inspecteur sneller beschikbaar kan zijn. Indien de belastingplichtige met dat standpunt niet kan instemmen, kan hij altijd nog om een voor cassatie vatbare beschikking verzoeken.

7.4 Verplichting uitspraak binnen een bepaalde termijn

Voortvarendheid bij het nemen van een voor cassatie vatbare beschikking alsmede de daarop volgende cassatieprocedure is van het grootste belang. Alleen dan is gewaarborgd dat de Hoge Raad zijn normstellende taak bevredigend kan vervullen. Voor bestuursorganen bevat met name de Algemene wet bestuursrecht dwingende termijnen waarbinnen besluitvorming moet plaatsvinden. De termijn om een voor cassatie vatbare beschikking te nemen zou moeten worden vastgesteld op maximaal de termijn van acht weken van art. 4:13 Awb. Ook voor de behandeling van het beroep in cassatie dient in de wet een duidelijke termijn van bijvoorbeeld zes maanden te worden opgenomen waarbinnen de Hoge Raad uitspraak doet. Een zelfde termijn geldt volgens art. 1.6 en 1.9a van de Crisis- en herstelwet voor de Raad van State. Op grond van deze bepalingen is daarbij is ook de versnelde behandeling van artikel 8:52 Awb van toepassing. Ook hier maken de grote financiële en economische belangen dat voortvarendheid geboden is.

In dat verband ligt het ook voor de hand dat de advocaat-generaal een conclusie neemt. Juist in zaken waarin het om een principiële rechtsvragen gaat, kan de voorlichting door een A-G niet gemist worden.⁴¹ Om dezelfde reden zullen burgers en met name fiscalisten uit de praktijk en de wetenschap de gelegenheid moeten krijgen om hun mening, met name in reactie op de conclusie van de A-G, naar

40 Zie Duncan Bentley, 'Advance Rulings: Lessons from the Swedish Model', *Bulletin IBFD*, May 1997, p. 210. Voor zover in deze bijdrage van dit artikel wordt afgeweken, is dit gebaseerd op een gesprek met een van de leden van de Skatterättsnämnden in 2010.

41 Een en ander sluit ook aan bij het initiatief van de procureur-generaal om naar aanleiding van het rapport-Hammerstein een nadere commissie in te stellen met als taak een ruimere toepassing van het rechtsmiddel cassatie in het belang der wet te bevorderen. Bij deze commissie kunnen uitspraken onder de aandacht gebracht worden die zich voor toepassing van dit rechtsmiddel lenen. Zie <www.rechtspraak.nl/Gerechten/HogeRaad/Over+de+Hoge+Raad/Bijzondere+taken+HR+en+PG/Cassatie+in+het+belang+der+wet.htm>.

voren te brengen. Het instituut van de ‘amicus curiae’ kan goede diensten bewijzen om een evenwichtig en genuanceerd beeld van de betekenis en de reikwijdte van de prejudiciële vraag te verkrijgen.⁴² Indien de A-G een conclusie neemt, kan de totale termijn waarbinnen uitspraak moet worden gedaan op acht maanden worden gesteld.

7.5 Ontvankelijkheid

Een dergelijke snelle procedure moet beperkt blijven tot rechtsvragen. Het moet daarbij gaan om rechtsvragen waarvan de beantwoording van belang is voor de rechtseenheid en rechtsontwikkeling en die ook de rechtszekerheid en rechtsbescherming ten goede komt. Rechtsvragen met het karakter van een ‘acte clair’ of ‘éclairé’ komen niet in aanmerking. Dit is ook het geval met kwesties waarin partijen over de feiten verschillen.

Onvermijdelijk hierbij is dat de Hoge Raad ruimte gelaten moet worden om normen te ontwikkelen ten aanzien van de ontvankelijkheid.⁴³ Een belangrijk punt is bijvoorbeeld dat een voor cassatie vatbare beschikking alleen betrekking mag hebben op een reële kwestie. Hypothetische kwesties komen niet voor een beschikking in aanmerking. Daarbij zou een reële kwestie betrekking kunnen hebben zowel op een aangelegenheid die zich al heeft voorgedaan, als op een toekomstige aangelegenheid. Aldus kunnen ook verzoeken om een standpuntbepaling vooraf onder een reële aangelegenheid vallen. Andere rechters hebben hier al ervaring mee. Een recent voorbeeld uit de rechtspraak van het EHRM is de zaak *Burden and Burden vs. The United Kingdom*.⁴⁴ In deze zaak ging het om twee hoogbejaarde zusters die reeds 31 jaar in een huis woonden dat hun gezamenlijke eigendom was. De zusters voorzagen dat als één van hen kwam te overlijden, de ander gedwongen zou zijn het huis te verkopen vanwege het verschuldigde successierecht.

Ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn vergelijkbare voorbeelden te vinden. Zo ging het in de zaak X en Y om twee aandeelhouders die hun gezamenlijke 50%-pakket aandelen onder de marktwaarde wensten over te dragen aan een door hun beheerste andere vennootschap. De vraag die daarbij rees was of Zweden een ongeoorloofd onderscheid maakte tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen.⁴⁵

42 Zie over de wenselijkheid om deskundigen als amici curiae de gelegenheid te geven de Hoge Raad voor te lichten Jan Vranken, ‘Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand’, *NJB* 2009/17, p. 1089 en B.C. Bavinck, Moet de Hoge Raad externe deskundigen en amici curiae inschakelen?, *WFR* 2009/6794, p. 5.

43 De Hoge Raad zou hierbij ook zijn tweejaarlijkse verslag kunnen gebruiken om inzicht te geven in de normen die hij daarbij ontwikkelt en hanteert. Zie ook Maurice Adams, ‘Toekomstmuziek bij de Hoge Raad: waarom geen jaarverslagen à la française?’, *NJB* 2009/23, p. 1441 e.v.

44 EHRM 12 december 2006 en 29 april 2008, no. 13378/05. Overigens ging het in deze zaak om de vraag of de zusters *victim* waren in de zin van het EVRM.

45 HvJ EG 21 november 2002, nr. C-436/00, zaak X en Y, *BNB* 2003/221. Zie voor een ander voorbeeld HvJ EG 18 november 1999, nr. C-200/98, zaak X en Y AB, *V-N* 1999/58.4. In beide zaken hadden de belastingplichtigen naar aanleiding van de uitspraak van de Skatterättsnämnden rechtstreeks cassatie ingesteld bij de Regeringsrätten. Deze had op zijn beurt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld.

Wel zal het nodig zijn een nadere afbakening te maken. Hiervoor zou in de eerste plaats kunnen worden aangesloten bij het door de staatssecretaris gevoerde beleid dat grensverkenning niet in aanmerking komt voor een standpuntbepaling vooraf. Daarbij gaat het om de situatie dat een belastingplichtige een onaanvaardbaar bevonden constructie telkens door kleine aanpassingen als net aanvaardbaar probeert voor te stellen.⁴⁶ De voorgenomen handelingen krijgen dan een hypothetisch karakter. Dit laat onverlet dat de in eerste instantie onaanvaardbaar bevonden constructie op grond van de afwijzende beschikking wel voor cassatie vatbaar zou kunnen zijn.

Een vergelijkbare afgrenzing kan worden gevonden in de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie ten aanzien van de vraag of een prejudiciële vraag een al dan niet hypothetisch karakter heeft. Aan het Foglia-arrest valt te ontleen dat het EG-verdrag niet aan het Hof 'opdraagt rechtsgeleerde adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken te formuleren, maar bij te dragen aan een goede rechtsbedeling in de lid-staten. Het zou dus niet bevoegd zijn om te antwoorden op uitleggingsvragen die hem zouden worden gesteld in het kader van procedurele constructies, door partijen opgezet om een uitspraak van het Hof uit te lokken over bepaalde problemen van gemeenschapsrecht, zonder dat daaraan werkelijk behoefte bestaat met het oog op de beslechting van een geschil.' Het Hof geeft daarbij nog aan dat daarmee wordt voorkomen dat de procedure voor andere dan de daarmee eigenlijk beoogde doeleinden te vermijden.⁴⁷

Samengevat zou de grens tussen reëel en hypothetisch gelegd kunnen worden bij toekomstige aangelegenheden die een zekere noodzakelijkheid of onvermijdelijkheid in zich hebben en aangelegenheden waarbij daarvan niet of onvoldoende sprake is.

Met deze contourenschets is een richting aangegeven waarin het denken over een moderne Hoge Raad zich verder zou moeten bewegen. Deze richting lijkt onontkoombaar. De fiscale rechtspraak vraagt erom en voor zover zij er niet om vraagt, is dat omdat zij andere wegen heeft gevonden om zich rechtszekerheid te verschaffen. Die ontwikkeling plaatst echter de Hoge Raad steeds meer buitenspel.

8 Samenvatting en een tweetal conclusies

Aanleiding tot deze bijdrage is de verwondering over het voorstel van de commissie-Hammerstein om alleen voor de civiele sfeer prejudiciële vragen mogelijk te maken. Volgens de commissie zijn de knelpunten van de belastingsector van de Hoge Raad niet zodanig dat zulk een mogelijkheid nodig is. In deze bijdrage is het standpunt ingenomen dat dit een misvatting is. Dit blijkt overtuigend als de normstellende positie van de belastingkamer van de Hoge Raad in een breder perspectief wordt geplaatst en ook de belastingpraktijk met haar behoefte aan rechts-eenheid en rechtsontwikkeling, alsmede rechtszekerheid in de beschouwingen wordt betrokken.

46 Besluit van 25 februari 2004, nr. DGB2003/6662M, *Stcrt.* nr. 50, *BNB* 2004/194.

47 HvJ EG 16 december 1981, no. 244/80, Foglia-arrest.

Hier toe is eerst een schets van de situatie in het belastingrecht gegeven. Met betrekking tot een aantal typen rechtsnormen is zichtbaar gemaakt dat de Hoge Raad op belangrijke gebieden van het belastingrecht niet of niet tijdig zijn normstellende taak kan vervullen. Vervolgens is vastgesteld dat de belastingpraktijk andere wegen heeft gevonden om op korte termijn rechtszekerheid te verkrijgen. Rulings, vaststellingsovereenkomsten en de laatste jaren handavingsconvenanten zijn daartoe de geëigende middelen gebleken. Betekenisvol bleek in dit verband dat de Hoge Raad juist op dit terrein langs de weg van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de Belastingdienst gebonden acht aan zijn standpuntbepalingen, zelfs als deze niet geheel in overeenstemming met de wet zijn. Paradoxaal genoeg markeert juist dit leerstuk van de beginselen tot op zekere hoogte dat de Hoge Raad op het terrein van het materiële belastingrecht niet of niet tijdig genoeg bereikbaar is.

Tegelijkertijd manifesteert zich daarmee een rechtstekort. Tegen een afwijzend of afwijkend standpunt van een inspecteur staat pas toegang tot de rechter open nadat de inspecteur een aanslag heeft opgelegd en het bezwaarschrift heeft afgewezen. Dit is een gevolg van het gesloten stelsel van rechtsbescherming. Ook een beroep op de burgerlijke rechter als restrechter om tijdige rechtszekerheid af te dwingen blijkt doorgaans kansloos te zijn.

Ook de wetgever heeft zich gerealiseerd dat de weg naar de Hoge Raad langer dan wenselijk kan zijn. Het belangrijkste wettelijke middel om een versnelling aan te brengen is sprongcassatie: als partijen het erover eens zijn, kan het hoger beroep worden overgeslagen. Echter hiermee staat nog niet aan de feitenrechter zelf een middel ter beschikking om rechtseenheid en rechtsontwikkeling door de Hoge Raad te bespoedigen.

Een eerste conclusie is daarmee duidelijk: prejudiciële vragen in het belastingrecht zijn een 'must'. Alle argumenten om deze mogelijkheid in het civiele recht in te voeren gaan ook op voor het belastingrecht. Bovendien heeft het niet of niet tijdig beslissen door de hoogste rechter in het belastingrecht een structureel karakter gekregen. De praktijk van alternatieve geschiloplossing compenseert niet alleen voor een deel het tekort aan temporele rechtszekerheid, het maakt dit tekort bij nader inzien ook juist duidelijker zichtbaar.

Deze constatering maakt duidelijk dat een ingrijpender maatregel nodig is. Daarom is het voorstel gedaan om een voor cassatie vatbare beschikking in te voeren. Van zulk een beschikking zijn de contouren geschetst. Rechtsvragen die tussen inspecteur en belastingplichtige rijzen en waarbij de feitenvaststelling niet in discussie is, dienen rechtstreeks aan de Hoge Raad te kunnen worden voorgelegd. Zulk een beschikking moet de inspecteur ambtshalve kunnen nemen dan wel op verzoek van de belastingplichtige. Ook is denkbaar dat een naar Zweeds voorbeeld onafhankelijke Raad voor fiscale vraagstukken wordt ingesteld, samengesteld uit leden afkomstig uit rechterlijke macht, Belastingdienst, belastingadvieswereld en de wetenschap.

Essentieel is verder dat de inspecteur of eventueel een in te stellen raad binnen een korte termijn zijn beslissing neemt. Een termijn van acht weken overeenkomstig de termijn van de Awb voor het nemen van beschikkingen op aanvraag lijkt geboden. Ook voor de cassatieprocedure moet een korte termijn worden gehanteerd.

Hier moet een termijn van acht maanden voldoende zijn. In deze termijn dient ook het parket een conclusie te nemen en moeten zowel belanghebbenden als amici curiae kunnen reageren op de conclusie.

Belangrijk is ten slotte welke vragen voor deze vorm van cassatie in aanmerking komen. Rechtsvragen met het karakter van ‘acte clair’ of ‘éclairé’ komen niet in aanmerking. Het moet verder om reële kwesties gaan, waarbij ook voorgenomen rechtshandelingen in aanmerking komen. Hypothetische kwesties zijn niet toegelaten. In dit verband kan het gaan om grensverkenning en, zoals het Hof van Justitie als criterium heeft ontwikkeld, procedurele constructies opgezet om een uitspraak van de rechter te ontlokken. Als onderscheidend criterium zou het moeten gaan om toekomstige aangelegenheden die een zekere noodzakelijkheid of onvermijdelijkheid in zich hebben. Tegen deze achtergrond heeft de hoogste rechter ook voldoende ruimte om een eigen beleid te ontwikkelen.

Tot slot, een tweetal conclusies. Ten eerste valt met betrekking tot het invoeren van prejudiciële vragen in het belastingrecht geen tijd te verliezen. Het is absoluut gewenst dat met het wetsvoorstel dat prejudiciële vragen in de civiele sfeer mogelijk maakt, dit ook voor het fiscale recht gebeurt. Een eenvoudige aanpassing van het wetsvoorstel zal vermoedelijk volstaan.

Ten tweede is van belang zich te realiseren dat met de mogelijkheid van prejudiciële vragen slechts een deel van het probleem van de rechter die niet of niet tijdig beslist wordt opgelost. Er is een verdergaande stap nodig: de voor cassatie vatbare beschikking. Nader onderzoek op dit punt is geboden. Daarbij zal ook een rechtsvergelijkend onderzoek zijn waarde kunnen bewijzen. Ook op dit punt valt evenmin veel tijd te verliezen. Uiteindelijk gaat het om een herstel van het evenwicht tussen de wetgevende, de uitvoerende en de rechtsprekende macht: de Hoge Raad moet in staat zijn vast te stellen hetgeen rechtens is op de momenten die ertoe doen. Immers, zoals eerder opgemerkt, het moment waarop de rechter zijn uitspraak doet, bepaalt mede het gewicht ervan.

De Nederlandse Belastingdienst heeft als credo ‘werken in de actualiteit’. De Britse belastingdienst hanteert de slogan: ‘The right tax at the right moment’. De opdracht voor de Hoge Raad is samen te vatten in het adagium ‘de richtinggevende uitspraak op het juiste moment’.

Een proactievere rol van de Hoge Raad in belastingzaken?

Reactie op: R.H. Happé: Rechtspraak op het moment dat ertoe doet

P.J. Wattel*

I Van *ex post facto* naar preventieve rechtsbescherming? Van rechtspraak naar beleidssturing?

Het voorstel van collega Happé tot een ‘voor cassatie vatbare beschikking’ stelt de plaats van de Hoge Raad in de *trias politica* aan de orde. Het gaat bij die beschikkingen vooral om ‘beraamde rechtshandelingen’, dus niet om reeds plaatsgehad hebbende feiten, en daarmee om een potentieel of hypothetisch geschil. De Hoge Raad heeft volgens Happé invloed verloren doordat zijn traditionele terrein (rechtspraak) versmald is als gevolg van vaststellingsovereenkomsten, *rulings*, handhavingsconvenanten en certificering van belastingadviseurs. Steeds meer (interpretatie)geschillen dringen niet meer tot de rechter door. Door de invoering van een voor cassatie vatbare beschikking kan de Hoge Raad het op het vlak van de rechtspraak verloren gegane terrein terugwinnen op het vlak van het uitvoerings- en controlebeleid van de fiscus en de productontwikkeling en -marketing van de belastingadviseurs. Door binnen zes tot acht maanden te beslissen op een cassatieberoep tegen een (weigeren van een) schriftelijke standpuntbepaling van de fiscus ter zake van vooralsnog slechts voorgenomen rechtshandelingen, en door interessanten als *amicus curiae* toe te laten, wordt de Hoge Raad vroegtijdig betrokken bij nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen, bij beleidsontwikkelingen bij de fiscus en bij fiscaaldienstenontwikkelingen bij de advieskantoren: nog vóór er bij de eerstelijnsrechter over geprocedeerd wordt, wellicht zelfs nog voordat de ontwikkeling *überhaupt* ingezet wordt (omdat het wachten juist is op door de Hoge Raad te verstrekken rechtszekerheid). Hij kan aldus allerlei beleidsontwikkelingen aan beide zijden (fiscus en belastingplichtigen/adviseurs) afremmen, of juist

* Peter Wattel is hoogleraar Europees belastingrecht aan de UvA en advocaat-generaal bij de Hoge Raad.

stimuleren, of althans sturen, in plaats van dat die ontwikkelingen ofwel doodlopen in te langdurige rechtsonzekerheid ofwel juist een hoge vlucht nemen om na vijf jaar procederen roemloos neergeschoten te worden.

Daarmee zou de Hoge Raad een enigszins ander terrein betreden dan dat van de traditionele rechtspraak (geschilbeslechting achteraf); hij wordt mede proactief juridisch adviseur van 'het veld' (en zal later – in traditionele geschilprocedures – geconfronteerd worden met zijn eigen eerder geuite opvattingen). Wilt u de meest gezaghebbende opinie van het land? Vraag respectievelijk neem een voor cassatie vatbare beschikking!

Het voorstel voor een voor cassatie vatbare beschikking houdt in wezen twee dingen in:

1. algemene invoering van momenteel slechts lapidair voorziene *preventieve rechtsbescherming* (de mogelijkheid van een bindende rechterlijke uitspraak over de rechtsgevolgen van vooralsnog slechts *voorgenomen* handelingen over de gevolgen waarvan men zich geen onzekerheid kan permitteren), en
2. aanzienlijke *versnelling* – ten opzichte van traditioneel procederen – van beantwoording van rechtsvragen in hoogste instantie die in de praktijk leven.

Daarnaast stelt Happé voor (ook) de fiscale feitenrechter de bevoegdheid te geven prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen (een wetsvoorstel daartoe is voor de civiele rechtspraak reeds voorgelegd aan de Raad van State). Dan gaat dus het om gevallen waarin al wél feiten voorhanden zijn en al wél een aanslag is opgelegd en bezwaar is afgewezen in een reëel en niet potentieel of hypothetisch geschil, dus om traditionele rechtspraak, zij het met een 'rechterlijke lus', enigszins vergelijkbaar met de bestuurlijke lus. Ik merk op dat de voor cassatie vatbare beschikking in wezen ook een prejudiciële procedure is, maar dan een pre-prejudiciële procedure of zelfs een pre-factuele procedure: vanuit de bezwaarfase in plaats van vanuit de beroepsfase, of zelfs rechtstreeks vanuit de aangiftefase of vanuit het niets (bij vooralsnog slechts *voorgenomen* rechtshandelingen).

Prejudiciële vragen passen nog min of meer in de klassieke rol van de hoogste (niet-constitutionele) rechter. De beantwoording van *prefactuele* vragen (preventieve rechtsbescherming: what if ...) brengen hem dichterbij het uitvoeringsbeleid en bij de wetgever en daarmee bij de politiek. Een oordeel over de wenselijkheid daarvan impliceert een voorafgaand oordeel over de gewenste rol van de (hoogste) rechter in het krachtenveld van de trias politica. Happé's voorstellen impliceren dat hij vindt dat de balans tussen de uitvoerende macht en de rechtsprekende macht verstoord is in het nadeel van de rechterlijke macht en dat de hoge Raad die balans moet herstellen door een interessanter product aan te bieden op de markt van vraag naar rechtsduidelijkheid en rechtszekerheid dan de uitvoerende macht momenteel aanbiedt met onder meer rulings, handavingsconvenanten en certificering van belastingadviseurs.

2 Preventieve rechtsbescherming wellicht verplicht op grond van internationaal recht¹

Op zichzelf juich ik een ontwikkeling naar meer preventieve rechtsbescherming en snellere beantwoording van rechtsvragen toe. Aan invoering van preventieve rechtsbescherming (opening van het gesloten systeem van rechtsmiddelen voor degenen die zich niet kunnen permitteren hun plannen uit te voeren zonder fiscale zekerheid vooraf) valt wellicht ook niet te ontkomen als gevolg van rechtspraak van het EHRM en het HvJ EU. Uit de zaak *Burden and Burden v UK* voor het EHRM² blijkt dat de *victim*-status (slachtoffer van een EVRM-schending) niet ontzegd kan worden aan belastingplichtigen die *directly affected* worden door een door hen discriminatoir of confiscatoir geacht *toekomstig* belastbaar feit omdat zij dat belastbare feit redelijkerwijs niet kunnen vermijden. Het HvJ EU op zijn beurt eist effectieve rechtsbescherming en toegang tot een rechter om de effectiviteit van het EU-recht te verzekeren. Een ondernemer die zijn onderneming naar een andere EU-lidstaat wil verplaatsen om zich met zijn vrouw in haar lidstaat van herkomst te vestigen, kan men niet aandoen dat hij geen zekerheid vooraf kan krijgen over de EU-rechtelijke toelaatbaarheid van een exitheffing te zijnen laste, waardoor hij slechts de keuze heeft tussen afzien van zijn voornemen of vijf tot tien jaar procederen met lopende rentemeter, tegen hoge kosten en met een onzekere, maar bij verlies ruineuze uitkomst. Dat is geen effectieve waarborging van de VwEU-vrijheden.

Zoals blijkt uit de civiele zaken *Van Oss/Staat*³ en *Abacus/Staat*,⁴ is de burgerlijke rechter niet genegen om het wettelijke gesloten stelsel van fiscale rechtsbescherming open te breken door de preventieve fiscale rechtsbescherming op zich te nemen, behalve als het standpunt van de fiscus onmiskenbaar onjuist of zonder grond is. Het is de vraag of de Hoge Raad daar in het licht van *Burden and Burden* en van de rechtspraak van het HvJ EU op moet terugkomen, c.q. of de wetgever de mogelijkheid tot preventieve rechtsbescherming moet bieden, bijvoorbeeld door een prefactuele procedure zoals door Happé voorgesteld.

In het Verenigd Koninkrijk bestaat een preventieve procedure waar mensenrechten in geding zijn: het verzoek om een *declaration of incompatibility*. Dat blijkt uit de zaak *Burden and Burden*. Maar het EHRM achtte dat onvoldoende (die procedure mocht dus ondanks de uitputtingsregel genegeerd worden door de gezusters *Burden*) omdat die procedure onvoldoende vrij stond van de invloed van regering. De door Happé genoemde procedure voor de Zweedse *Skatterättsnämnden*, gevolgd door cassatieberoep, zou ongetwijfeld wél voldoen aan de EHRM-eisen voor preventieve rechtsbescherming voor ‘*directly affected*’ belastingplichtigen. De Nederlandse belastingwetgeving kent wel enige specifieke preventieve procedures, zoals bijvoorbeeld de appellabele beschikking die een belanghebbende de fiscus kan vra-

1 Zie nader P.J. Wattel, ‘On being a victim’, *NJB* 2008, p. 2443.

2 EHRM 29 april 2008 (*Burden and Burden v UK*), *NJ* 2008, 306, met noot Alkema, *VN* 2007/54.5.

3 HR 27 oktober 2000, (*Van Oss c.s./Staat*), na conclusie Wattel, *NJ* 2001, 106, met noten J.W. Zwemmer en ARB.

4 HR 21 april 2006, (*Abacus/Staat*), na conclusie Wattel, *NJ* 2006, 271, *RvdW* 2006, 419, *LJN* AU4548.

gen over de vraag of een voorgenomen fusie of splitsing of inbreng in een bv in aanmerking komt voor fiscale facilitering (doorschuiving van boekwaarden zonder afrekening), maar een algemene regeling ontbreekt.

Duidelijk is wel dat Happés voorstellen verder gaan dan waartoe het internationale recht (wellicht) noopt. Een belastingplichtige zoals in de zaak *Abacus* maakt mijns inziens weinig kans bij het EHRM (toegegeven: het is ook de vraag of hij een voor cassatie vatbare beschikking zou moeten krijgen), nu de voor hem dreigende heffing uitsluitend een gevolg was van zijn eigen antifiscale plannen en dus verre van onvermijdelijk was, zodat hij niet *directly affected* werd door een redelijkerwijs niet te vermijden toekomstig belastbaar feit. Preventieve rechtsbescherming is mensenrechtelijk niet vereist voor personen die hun *cake* willen bewaren én opeten. Ook het HvJ EU zal denkkelijk voorzichtig zijn met het eisen van preventieve rechtsbescherming, want alles wat hij de lidstaten in dat opzicht oplegt, zal hij ook zichzelf en het Algemene Hof moeten opleggen in de gevallen waarin belanghebbenden bijvoorbeeld aan de Commissie een standpuntbepaling vóóraf vragen ter zake van een listige opzet waarop de Commissie niet wil ingaan of afwijzend reageert, terwijl het EU-stelsel van rechtsmiddelen daartegen geen rechtstreeks beroep open stelt. Dat het HvJ EU zichzelf (en vooral het Algemene Hof) in dat opzicht meer werk zou willen bezorgen, is niet waarschijnlijk, gezien zijn arrest in de zaak *Jégo-Quéré*.⁵ Hij eist van de lidstaten alleen nieuwe rechtsingangen als de EU-rechtzoekende feitelijk op geen enkel moment redelijkerwijs in staat was zijn EU-rechten te halen.

3 Vragenfilter onmisbaar

Het gaat Happé bij de voor cassatie vatbare beschikking echter niet in de eerste plaats om de individuele rechtsbescherming, dus ook niet om preventieve rechtsbescherming, maar om een grotere normstellende en (dus) proactievere rol van de Hoge Raad in de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en vooral de rechtszekerheid, gegeven de massaliteit van het belastingheffingsgebeuren en de voortdurend wijzigende belastingwetgeving; het gaat hem om het terugwinnen van verloren rechtspoliteik terrein. Vanuit dat oogpunt bezien, is het niet nodig om elke belanghebbende (en de fiscus) de mogelijkheid te geven via een voor cassatie vatbare beschikking rechtstreeks vragen aan de Hoge Raad voor te leggen. Het is zelfs ongewenst: de Hoge Raad zou (nog verder) verstoppen door grote hoeveelheden ongeschikte prefectuele cassatieberoepen. Bij voorbaat meen ik met stelligheid dat er een (streng) vragenfiltersysteem in de procedure ingebouwd moet worden. Om de onafhankelijkheid van de filtering en de inhoudelijke geschiktheid van de uitgefilterde (hypothetische) vragen te verzekeren, alsmede om de instroom te beheersen, zal er een Nederlandse variant op de Zweedse *Skatterättsnämnden* tussengeschied moeten worden: er moet een effectief filter zitten tussen enerzijds de Hoge Raad en anderzijds de individuele justitiabele met plannetjes, de oprecht verontwaardigde burger, het productontwikkende belastingadvieskantoor, de individuele inspecteur met wetenschappelijke belangstelling of beleidsneigingen,

5 HvJ EU 1 april 2004, zaak C-263/02 (*Commissie v Jégo-Quéré et Cie SA*), AB 2004/210, met noot RW.

de kennisgroep, of de staatssecretaris met budgettaire-politieke problemen. Ik merk op dat een enigszins vergelijkbaar filter al is ingesteld door de procureur-generaal bij de Hoge Raad in de vorm van een externe commissie voor de beoordeling van verzoeken om cassatie in het belang der wet.

4 Wat was voor deze oplossing het probleem?

Happé signaleert dat de Hoge Raad (ik neem aan: de gehele derde staatsmacht) buiten spel dreigt te geraken door ontwikkelingen zoals mediation, vaststellings-overeenkomsten, *rulings*, handhavingsconvenanten en certificering van belastingadviseurs. Hij wil daarom maatregelen om de Hoge Raad (de rechterlijke macht) terug in scoringspositie te brengen. Maar de prealabele vraag is of de genoemde verschijnselen erg zijn. Als de polder er zelf uitkomt, is dat misschien te prefereren boven (proactieve) rechtspraak. Als wij ervan uitgaan dat de (tegengestelde belangen van de) verschillende polderpartijen elkaar in evenwicht houden (en dat op de achtergrond altijd de rechter klaar staat voor een procedure als één van de betrokken polderpartijen zich onredelijk of buitenwettelijk opstelt bij ruingverzoeken of conventantonderhandelingen of -uitvoering), is er geen aanleiding om te vrezen dat de wet of het ongeschreven recht geweld aangedaan wordt. Als de vaststellingsovereenkomsten, *rulings*, handhavingsconvenanten en certificeringsvoorwaarden bovendien – geanonimiseerd – gepubliceerd worden, is er evenmin aanleiding ernstig te vrezen voor de rechtsgelijkheid en de rechtseenheid. Anders gezegd: waar hoort de zorg voor de rechtseenheid en de rechtszekerheid eigenlijk in de eerste plaats thuis? Ik zou menen: in de eerste plaats bij de wetgever; in de tweede plaats bij de wetsuitvoerder; en pas in de derde plaats bij de rechter. Volgens sommigen⁶ hoort rechtsvorming *überhaupt* niet in de handen van de rechterlijke macht. Happé gaat er stilzwijgend vanuit dat de rechtseenheid, de rechtsgelijkheid en de rechtsontwikkeling bij de Hoge Raad in de beste handen zijn. Dat is ook zo, bezien vanuit het oogpunt van onpartijdigheid, onafhankelijkheid, zorgvuldigheid en *juridische* expertise. Maar misschien is praktische uitvoerbaarheid, contact met de dagelijkse praktijk, snelheid, flexibiliteit en afruilbaarheid van standpunten ('interne compensatie') belangrijker. De beslissing van de Hoge Raad in 2003 dat kabelnetwerken onroerend zijn, was bepaald een rechtsontwikkeling en bracht onmiskenbaar rechtseenheid, maar leverde enorme rechtsonzekerheid en praktische problemen op voor de praktijk, zowel voor het verleden (vele overdrachten bleken alsnog ongeldig te zijn geschied bij gebrek aan notariële akten omdat iedereen ervan uit was gegaan dat netwerken roerend waren) als voor de toekomst (niemand had enig idee hoe je een netwerk met 1,2 miljoen aansluitingen kadastraal moest registreren of notarieel moest overdragen). De wetgever moest ingrijpen. Iets vergelijkbaars deed zich voor bij de zogenoemde kasgeldjurisprudentie: de Hoge Raad werkte zichzelf als wetgever-plaatsvervanger steeds verder in de nesten en kon alleen nog maar gered worden door de wetgever, die het regime voor inkomsten uit vermogen en aanmerkelijk belang radicaal herzag.

⁶ Zie het interview met C.A.J.M. Kortmann in C.Lindo, 'Een korte Grondwet graag!', *NJB* 2009, p. 2868-2875.

De voorbeelden die Happé aanvoert, overtuigen (mij) ook niet onmiddellijk. Dat de inhoud van het wettelijke begrip 'goed koopmansgebruik' over de rug van de belastingplichtigen is uitgevochten, is geheel de verklaarde bedoeling van de wetgever. Men kan trouwens ook zeggen dat de belastingplichtige daar juist profijt van gehad heeft, met name van de resulterende flexibiliteit, de aansluiting bij de bedrijfseconomie en vooral van de asymmetrie van het voorzichtigheidsbeginsel tegenover het realiteitsbeginsel. Prejudiciële vragen of prefactuele vragen zouden de opzettelijke vaagheid van het wettelijke begrip niet hebben kunnen wegnemen en niet hebben kunnen voorkomen dat de inhoud ervan slechts geleidelijk werd ontwikkeld. De wetgever koos nu eenmaal voor een vage norm. De prefactuele of prejudiciële vraag 'wat betekent goed koopmansgebruik precies voor alle gevallen?' is uiteraard onbeantwoordbaar. Het begrip is slechts van geval tot geval concretiseerbaar.

Ook de *Bosal*-zaak lijkt geen goed voorbeeld van een kwestie waarin een prefactuele vraag heil zou hebben gebracht. De zaak moest gewoon naar Luxemburg en daarna moest er gewacht worden op het prejudiciële antwoord van het HvJ EU. Toen dat er was, reageerde de wetgever nog voordat welke rechter dan ook iets kon zeggen: de door het HvJ EU gewraakte wetgeving werd onmiddellijk vervangen door een kennelijk reeds klaar liggende onderkapitalisatieregeling met holdingverliezenopsluiting, zodat de procedure verder alleen nog over oud-vaderlands recht ging waarvan de ongeldigheid binnen de EU al duidelijk was door het antwoord uit Luxemburg. Er was geen reden meer om haast te maken. Zo lang als Happé suggereert dat de Hoge Raad over de einduitspraak in de *Bosal*-zaak deed na het antwoord van het HvJ EU, deed hij er niet over: niet na twee jaar, maar na één jaar (22 oktober 2004) deed hij einduitspraak en bevestigde hij (uiteraard) dat de deelnemingskostenafrekbepijking in strijd was met de EU-vestigingsvrijheid. Dat de zaak teruggewezen moest worden naar de feitenrechter en daar ingetrokken werd, doet niets af aan de reeds ingetreden rechtszekerheid (die er trouwens ook al was met het arrest van het HvJ EU). Dat de zaak weer een jaar later nóg een keer tot een arrest leidde, hield uitsluitend verband met de voor niemand behalve *Bosal* interessante kostenveroordeling, waarin een voor cassatie vatbare beschikking uiteraard geen enkele zinnige rol zou hebben kunnen spelen.

Dat het aantal interessanten in de vakantiebonnenaffaire groot was (1,2 miljoen), moge zo zijn, maar het ging per individu om een bedrag van niks, en de hele affaire was een gevolg van een door een belastingadvieskantoor aangeblazen *hype* en een provocerende reactie van de staatssecretaris; de procedure ging bovendien als een nachtkaaars uit. Van een significant tekort aan rechtszekerheid, rechtssnelheid of rechtsontwikkeling was geen sprake; het was meer een soort alternatieve en gratis staatsloterij: iedereen waagde een gokje om niet achteraf een sukkel van eigen portemonnee gevonden te worden. Opvallend is trouwens dat de na deze massahysterie ingevoerde wettelijke regeling voor massaal bezwaar (art. 25a AWR) bij mijn weten nog nooit gebruikt is hoeven worden. Kennelijk was de vakantiebonnenaffaire een eenmalige *hype* en heeft zowel de burger als het *hypende* advieskantoor ervan geleerd.

Ook opvallend is dat de bestaande bij de wet voorziene proefprocedure waarop Happé zich mede geïnspireerd heeft (de richtige-heffingsprocedure ex art. 31 e.v.

AWR) al decennia geleden een stille beleidsmatige dood is gestorven die door niemand betreurd wordt: die proefprocedure werd als omslachtig en ineffectief ervaren.

Dat het ook in het huidige stelsel snel kan als het nodig is, illustreert Happé zelf met het arrest HR 5 maart 2004, BNB 2004/269, dat de Hoge Raad wees binnen twee jaar nadat de belastingplichtige aangifte deed. Het Zweedse systeem is volgens Happé niet sneller: de *Skatterättsnämnden* doet *gemiddeld* zes maanden over de selectie, waarna de zaak naar de *Regeringsrätten* gaat, die er *gemiddeld* zes tot twaalf maanden over doet. Als wij de termijn tussen de aangifte en het inzenden van de zaak bij de *Skatterättsnämnden* daarbij optellen, zijn de Zweden nauwelijks sneller, met name niet gegeven het feit dat het in de Nederlandse procedure om een echt geschil ging met echte feiten waarover tussendoor een echte feitenrechter oordeelde in een volledige procedure, en in de Zweedse procedure om een soort pre-prejudiciële vraag zonder tussenliggende feitenrechter.

Ik merk bovendien op dat de inspecteur eerst een standpunt zal moeten innemen en opschrijven op basis van een hypothetische feitenconstellatie voordat er iets aan enig selectieorgaan voorgelegd kan worden. Ik hoor wel eens klachten van belastingadviseurs dat inspecteurs zelfstandig nauwelijks rechtskundige standpunten innemen, omdat alles wat op beleid of rechtsvraag lijkt, aan de zogenoemde kennisgroep moet worden voorgelegd. Anders gezegd: voordat een (hypothetische) zaak netjes bij de (Nederlandse variant op de) *Skatterättsnämnden* neergelegd kan worden, zal het misschien ook nog wel even aanlopen.

Hoewel ik dus denk dat de mate van heilzaamheid van de invoering van een pre-factuele procedure met filtercommissie wellicht nogal zal tegenvallen, denk ik dat zo'n procedure, gezien de kennelijk per saldo gunstige ervaringen in Zweden, ook in Nederland een nuttige functie kan vervullen, afhankelijk van de uitvoeringsmodaliteiten (zie par. 6 hieronder).

5 Prejudiciële vragen

Ik neig ertoe Happé gelijk te geven dat ook in belastingzaken (en strafzaken) de mogelijkheid van prejudiciële vragen, met name door de rechtbanken, snellere rechtszekerheid en rechtseenheid zou kunnen bieden. Ook heeft hij gelijk dat dit middel niet kan werken (hetzelfde geldt voor de vordering tot cassatie in het belang der wet) als de vraag niet bij de rechtbank komt omdat de belanghebbenden zich als gevolg van de te grote fiscale risico's niet kunnen permitteren zonder zekerheid vooraf (een *ruling* of de door Happé voorgestelde pre-factuele procedure) hun voornemens uit te voeren.

Het thans bij de Raad van State voor advies liggende wetsvoorstel voorziet alleen in prejudiciële vragen in civiele zaken, maar de oorspronkelijke beperking daarbinnen tot massaschadezaken (Dexia-achtige zaken) is vervallen. Ik neem aan dat indien het voorstel tot wet wordt verheven en de civiele ervaringen gunstig zijn, deze mogelijkheid ook geopend zal worden in belastingzaken en strafzaken. Ik merk op dat het daardoor mogelijk wordt dat prejudiciële vragen gestapeld worden: de Hoge Raad zou tot de conclusie kunnen komen dat de hem prejudicieel voorgelegde vraag niet beantwoord kan worden zonder prejudiciële vragen aan het

HvJ EU. Ook mogelijk is dat de rechtbank of het hof prejudiciële vragen in twee richtingen afvuurt: één vraag over nationaal recht aan de Hoge Raad en één over EU-recht aan het HvJ EU (en wellicht nog een derde prejudiciële vraag aan het Benelux Gerechtshof over één van de Eenvormige Beneluxwetten).

Dat in het belastingrecht prejudiciële vraagstelling aan de Hoge Raad even dringend zou zijn als in het civiele recht, onderschrijf ik echter niet. In de civiele massaschadezaken deed zich het probleem voor dat de aangesproken bedrijven op geen enkele manier mee wilden werken aan een algemene regeling of massa-afdoening, elke aanvrager noopten tot individueel procederen en in die (daardoor vele) procedures niet meewerkten aan voortgang van de procedures richting de Hoge Raad (dus ook geen toestemming gaven tot sprongcassatie), terwijl de feitenrechters ook geen mogelijkheden hadden om tempo in die richting te maken, en een geschikte zaak voor een vordering tot cassatie in het belang der wet moeilijk te vinden was omdat de gewone rechtsmiddelen juist wél (traag) gebruikt werden en niet elke zaak alle relevante rechtsvragen omspande.

In het belastingrecht doet zich een dergelijke versnipperde, stroeve en trage procesvoortgang niet licht voor: het Ministerie van Financiën werkt juist altijd mee aan sprongcassatie, ziet alle zaken en stelt zelf (sprong)cassatie in in zaken die van belang zijn voor de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. De grote belastingadvieskantoren hebben hun eigen procesafdelingen en laten naar mijn indruk ook weinig vliegers en ballonnen onopgelaten. Maar ik moet toegeven dat ik geen zicht heb op welke vragen er *niet* bij de Hoge Raad komen maar daar wellicht wel terecht zouden moeten komen. Om met Donald Rumsfeld te spreken: ‘(...) there are also unknown unknowns; there are things we do not know we don’t know.’

Als prejudiciële vragen ook in belastingzaken mogelijk worden, verdient het aanbeveling dat de feitenrechter, alvorens te verwijzen, zoveel mogelijk relevante feiten vaststelt, alsook de exacte omvang en inhoud van het geschil, om te voorkomen dat de Hoge Raad de zaak moet weigeren of hem te veel in het luchtledige beslist, met alle nare gevolgen van dien als de zaak vervolgens opnieuw bij hem komt na gewoon hoger beroep en/of cassatieberoep tegen de einduitspraak van de verwijzende feitenrechter.

Als een bepaalde vraag nodig beantwoording behoeft en niet langs de gewone weg bij de Hoge Raad komt, is er nog het middel van de vordering tot cassatie in het belang der wet. De geschiedenis wijst uit dat daar in het belastingrecht kennelijk zeer weinig emplooi voor bestaat: zo’n vordering is bij mijn weten in belastingzaken slechts vier keer ingesteld.

6 Enige uitvoeringsoverwegingen en -vragen

De Hoge Raad zal heel voorzichtig zijn met gevallen waarin wezenlijk geen feiten voorhanden zijn omdat het slechts om voornemens van de belastingplichtige gaat. De werkelijkheid van uitvoering van voornemens blijkt immers niet zelden (heel) anders uit te pakken dan de voornemens voorspiegelden. Zowel bij prefactuele als bij prejudiciële vragen kan de Hoge Raad ná zijn gegeven antwoord nogmaals met dezelfde vraag in dezelfde zaak geconfronteerd worden, ofwel – bij prefactuele zaken – doordat er na uitvoering van het voornemen toch nog een gewone

procedure voor de feitenrechter volgt, ofwel – bij prejudiciële zaken – doordat rechtsmiddelen ingesteld worden tegen de eindbeslissing van de verwijzende feitenrechter. In prefactuele zaken kan dezelfde vraag in dezelfde zaak zelfs drie keer bij de Hoge Raad terecht komen: één keer prefactueel, één keer prejudicieel en één keer traditioneel. Elke keer wordt de Hoge Raad geconfronteerd met zijn eigen eerder gegeven antwoorden, die hij misschien niet zo gegeven zou hebben als hij de later volgende werkelijke feiten gekend zou hebben. Zowel bij *prejudiciële* als bij *prefactuele* vragen moet de Hoge Raad dus zelf kunnen beslissen (maar dan wel snel) of hij de vraag in behandeling neemt. Hij moet de mogelijkheid hebben niet-uitgekristalliseerde kwesties nog enige tijd te laten sudderen in het veld en bij de feitenrechters om te voorkomen dat hij ze verkeerd beslist en daarmee wenselijke ontwikkelingen juist frustrateert. Het aanhangige voorstel voor prejudiciële vragen in de civiele sector houdt ook in dat de Hoge Raad zelf beslist of hij een prejudiciële vraag in behandeling neemt.

Happé stelt voor dat de Hoge Raad beslist binnen acht maanden na inzending van het rechtstreekse cassatieberoep tegen de beschikking. Die termijn omvat mede de conclusie en de interventies van de *amici curiae*. Dat is kort. Dat betekent onder meer dat deze zaken voorrang krijgen op alle andere zaken, inclusief die waarin een boete begrepen is. Het valt niet te verwachten dat de toevoeging van prefactuele vragen en prejudiciële vragen tot minder werk voor de Hoge Raad leidt: die nieuwe mogelijkheden brengen de desbetreffende rechtsvraag immers alleen *eerder* bij de Hoge Raad, en de ervaring leert dat ieder aanbod zijn eigen vraag schept. Dat betekent – voorzichtig gezegd – geen werklastverlichting. De gewone werkvoorraad stijgt doordat er in 2009 en 2010 tegen de verwachtingen en prognoses (750 zaken per jaar) in toch weer meer dan 1.000 zaken per jaar binnen blijken te komen. Wellicht zou de *eerste* prioriteit moeten zijn het terugdringen van de doorlooptijd van *alle* belastingzaken bij de Hoge Raad. Het andere bij de Raad van State liggende wetsvoorstel (invoering van art. 80a RO: mogelijkheid zaken waar echt niets in zit niet in behandeling te nemen) kan wellicht een kleine verlichting brengen, maar de belastingkamer doet al veel zaken efficiënt met art. 81 RO af en de verwachting is niet dat art. 80a voor de belastingsector veel zal uitmaken; de winst van art. 80a zit vooral bij de civiele kamer en de strafkamer.

Het ligt mijns inziens niet voor de hand dat bij de door Happé voorgestelde prefactuele procedure verplichte procesvertegenwoordiging wordt voorgeschreven, nu die in geen enkel stadium van de belastingprocedure – behalve bij pleidooi voor de Hoge Raad – is voorgeschreven. Het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging is echter wel reden te meer om een goed werkend filter aan te brengen (zie par. 3 hierboven).

Happé stelt voor dat interessanten zich als *amicus curiae* bij de Hoge Raad kunnen melden in de prefactuele procedures die door de Nederlandse versie van de *Skatterättsnämnden* worden aangebracht. Verschillende vragen rijzen. Hoe moet het veld weten dat de zaak op de rol staat? Kondigt de *Skatterättsnämnden* zijn doorzendingen aan? Roept de Hoge Raad interessanten op op zijn website? Mag iedereen, rijp en groen, zich melden met opmerkingen? De bagger zal wellicht niet te overzien zijn, met mogelijke verdrinkingsgevolgen voor de wél zinnige interventies. Of moet ook hier een filter worden aangebracht? Zo ja, hoe dan, want het vooraf

beperken van de groep die mag interveniëren moet niet méér werk opleveren dan achteraf de ongefilterde inzendingen doornemen. En daarmee samenhangend: moet de Hoge Raad ook een zitting houden (met toegang voor iedereen die maar wil? Poolse landdag?)? In de huidige interne procedure voor cassatie in het belang der wet is reeds voorzien in de mogelijkheid van publicatie van een conceptvordering tot cassatie in het belang der wet op de website met oproep tot reacties van interessanten, waarna een definitieve vordering volgt die rekening houdt met die reacties. Deze mogelijkheid van een openbare conceptconclusie waarop gereageerd kan worden door in beginsel iedereen vóórdat de definitieve vordering aan de raadkamer wordt voorgelegd, is echter vooral bedoeld voor zaken waarin het niet slechts om één of enkele duidelijke rechtsvragen gaat, maar om moeilijk overzienbare massazaken zoals de Dexia-zaak, waarin de cassatierechter niet goed kan overzien wat hij doet zonder uitgebreide voorlichting uit het veld.

7 Uitsmijter

Straks hebben we naast of achter elkaar:

1. art. 80a RO (niet in behandeling nemen);
2. art. 81 RO (ongemotiveerd verwerpen);
3. sprongcassatie;
4. prejudiciële vragen van de feitenrechter;
5. prefactuele vragen van de fiscus of de belanghebbende via het filter van de *Skatterättsnämnden*; en
6. cassatie in het belang der wet.

Bovendien zijn er twee commissies: de commissie die de procureur-generaal adviseert ter zake van verzochte of spontane vorderingen tot cassatie in het belang der wet, en de Nederlandse variant van de Zweedse *Skatterättsnämnden* die de geschikte prefactuele vragen uitfiltert.

Allemaal nuttig en baat het niet, dan schaadt het denkelijk evenmin, maar de vraag rijst of het niet simpeler en overzichtelijker kan. Bijvoorbeeld een verlofstelsel, aangevuld met een uitbreiding van de cassatie in het belang der wet, zodanig dat de derde kamer van de Hoge Raad ook fiscale vaststellingsovereenkomsten, *rulings* en convenanten kan vernietigen in het belang der wet (dus zonder daarmee af te doen aan de rechten van de partijen).

Een hiaat in het zaakaanbod: geld zetten op cassatie in het belang der wet in civiele zaken?

T. Hartlief*

I Inleiding

De operatie ‘Versterking van de cassatierechtspraak’ heeft als achtergrond dat de Hoge Raad zich met uiteenlopende problemen geconfronteerd ziet die zich bovendien ook niet steeds in elke sector voordoen. In deze bijdrage staat het instituut van de cassatie in het belang der wet (hierna gemakshalve ook: CBW) centraal, omdat het zou kunnen bijdragen aan de oplossing van een probleem dat zich specifiek bij de civiele sector voordoet. Aan dat front is aan de ene kant sprake van een overschot aan zaken, doch tegelijkertijd, aan de andere kant, ook van een tekort, een hiaat in het zaakaanbod. Bepaalde zaken die een antwoord van de Hoge Raad verdienen, in het bekende ‘Hammerstein’-jargon: ‘zaken die ertoe doen’, bereiken hem niet, althans niet tijdig. Op voorzet van de commissie-Hammerstein, wier voorstellen op dit punt geheel lijken te zijn ‘omhelsd’, wordt er in dit verband nu in ieder geval op twee paarden gewed: naast de tamelijk spectaculair te noemen invoering van de mogelijkheid voor lagere rechters om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad,¹ wordt er geld gezet op intensivering van de mogelijkheid om CBW in te stellen. Onder de kanttekening dat verwacht mag worden dat de betekenis van CBW mede afhankelijk zal zijn van de vraag of het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad een hoge vlucht zal gaan nemen,² concentreert deze bijdrage zich op

* Ton Hartlief is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht. Deze bijdrage vormt de uitwerking van een ‘handout’ die centraal stond tijdens een workshop gewijd aan het thema ‘Cassatie in het belang der wet in civiele zaken’ op het op 4 juni 2010 in Utrecht gehouden congres *De Hoge Raad in 2025*. Ik heb inspiratie geput uit de discussies die daarbij ontstonden. Dank daarom aan referent B.T.M. van der Wiel en aan de deelnemers aan de workshop.

1 Zie in dit verband onder meer N. Frenk & A.M. Wolfram-van Doorn, ‘Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad’, *RM Themis* 2009, p. 154 e.v. en R.P.J.L. Tjittes & R. Meijer, ‘Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad’, *RM Themis* 2009, p. 164 e.v., alsmede de bijdragen van Frenk en Giesen aan deze bundel.

2 Een voor de hand liggend punt dat ook door B.T.M. van der Wiel, ‘Cassatie in het belang der wet. Vluchtstrook van de rechtsontwikkeling’, elders in deze bundel wordt gemaakt.

het instituut der CBW; de mogelijkheid voor de feitenrechter een prejudiciële vraag voor te leggen aan de Hoge Raad komt hooguit zijdelings ter sprake.

Het al lang bestaande fenomeen der CBW wordt nieuw leven ingeblazen en wordt daartoe ook ‘opgepoetst en aangekleed’, aantrekkelijker gemaakt en aangepast aan de moderne tijd. Zo is er inmiddels een Commissie Cassatie in het belang der wet ingesteld die de P-G bij de Hoge Raad zal adviseren en zo is het de bedoeling een voornemen om een vordering tot CBW in te dienen op de website van de Hoge Raad te plaatsen om derden in de gelegenheid te stellen inbreng te hebben. Het is duidelijk een tijd van experimenteren. Niet voor niets spreekt president van de Hoge Raad Corstens in een *NJB*-interview met Caroline Lindo van ‘in het diepe springen’.³ Tegelijkertijd voelt een ieder op zijn klompen aan dat de werkelijk spannende punten in het kader van de ‘Versterking van de cassatierechtspraak’ in de sfeer van de selectie en de prejudiciële vragen moeten worden gezocht. Intensivering en modernisering van CBW is hooguit een ondersteunende maatregel, niet de hoofdzaak. Niet zonder reden spreekt Van der Wiel in zijn bijdrage aan deze bundel van ‘de vluchtstrook van de rechtsontwikkeling’.

In deze bijdrage wordt, noodzakelijkerwijs kort, ingegaan op de achtergrond van deze nieuwe belangstelling voor CBW, op de voorstellen die in dit verband zijn geformuleerd en wordt een poging gedaan te voorspellen wat de effecten ervan zullen zijn. Dat alles uiteraard tegen de achtergrond van het thema van deze bundel: Cassatierechtspraak *anno* 2025. Zal CBW dan een hoge vlucht hebben genomen? En is het probleem van het hiaat in het zaakaanbod dan opgelost?

2 Huidige situatie als vertrekpunt

Laten we met de bestaande situatie beginnen. Hoe is CBW op dit moment gepositioneerd? Een kijkje op de site van de Hoge Raad levert de volgende introductie op:⁴

‘Het belang van de cassatierechtspraak is niet alleen te vinden in de controle op de juiste toepassing van het recht in de gegeven zaak, maar ook in de vorming van nieuw recht. Wordt in een bepaalde zaak geen cassatieberoep ingesteld dan kan de Hoge Raad niet zelf oordelen over in die zaak door een lagere rechter beoordeelde rechtsvragen. Wanneer in zo’n geval het algemeen belang beantwoording van een rechtsvraag door de Hoge Raad wenselijk maakt, biedt de wet aan de procureur-generaal de mogelijkheid bij de Hoge Raad een cassatieberoep in het belang der wet in te stellen (art. 78 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie).’

De laatste jaren ontvangt de P-G enige tientallen verzoeken om dit buitengewoon rechtsmiddel, dat, zoals bekend is, in geval van succes geen verandering brengt in de positie van partijen, in te stellen. Verzoeken zijn afkomstig van onder meer het openbaar ministerie, andere gerechten, (semi-)overheidsinstellingen, bedrijven, burgers en advocaten. Op genoemde site wordt het belang van CBW eerder gerelativeerd dan benadrukt:

3 C. Lindo, ‘Tussen ideaal en nuchterheid’ (interview met G.J.M. Corstens), *NJB* 2009, p. 1078.

4 Zie <www.rechtspraak.nl/gerechten/hogeraad>.

‘In het algemeen zal de procureur-generaal het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet slechts overwegen indien een voorgelegde kwestie een duidelijke, overzichtelijke rechtsvraag betreft waarover zich uiteenlopende rechtspraak ontwikkelt. Jaarlijks ziet de procureur-generaal slechts in een enkel geval aanleiding een vordering tot cassatie in het belang der wet bij de Hoge Raad in te dienen.’

Kijken we vervolgens naar het jaarverslag 2007-2008, dat eveneens via de site te raadplegen is, dan blijkt dat er wel sprake is van een trend in de richting van een iets intensiever gebruik van CBW.⁵ Weliswaar ligt het aantal verzoeken al jaren tussen de twintig en zeg maar veertig, doch het aantal daadwerkelijke vorderingen is gestegen van drie naar twaalf. Daarbij dient dan te worden bedacht dat deze cijfers, zowel waar het de verzoeken als de vorderingen betreft, niet alleen betrekking hebben op de civiele sector, maar ook op de strafsector en de fiscale zaken. De afgelopen jaren wordt dus meer gebruikgemaakt van CBW. Uit het jaarverslag valt echter niet direct af te leiden wat hiervan de oorzaak is; daar wordt in ieder geval niet vermeld dat de P-G een royaler beleid is gaan voeren en dat terwijl het nogal voor de hand ligt daarin de oorzaak te zoeken. Een tamelijk gangbaar inzicht is dat de persoon van de P-G een cruciale factor is:⁶ wie de P-G is, bepaalt in belangrijke mate de vraag of er CBW wordt overwogen en uiteindelijk ook daadwerkelijk wordt ingesteld. Hij voert zijn eigen beleid en wordt daarop ook niet gecontroleerd, laat staan gecorrigeerd. Wat hij wel doet, is verslag doen van zijn werkzaamheden. In het jaarverslag 2007-2008 wordt aangegeven dat een vordering tot CBW niet wordt ingesteld wanneer:⁷

- de kwestie feitelijk van aard is;
- de kwestie (al) de aandacht van de wetgever heeft;
- nieuwe wetgeving op stapel staat;
- het een kwestie betreft die een afweging van politieke standpunten zou vergen.

Uiteindelijk gaat het hier om *negatieve* indicaties, redenen om CBW *niet* te vorderen. Het ontbreken van negatieve indicaties vormt echter geen garantie dat wél een vordering tot CBW zal worden ingesteld. Belangrijker, maar tegelijkertijd een stuk lastiger te beantwoorden, is dan ook de vraag wanneer CBW wél wordt overwogen en ook daadwerkelijk wordt ingesteld. Uit het laatste citaat blijkt dat de P-G CBW in het algemeen pas dan zal overwegen wanneer het ‘een duidelijke, overzichtelijke rechtsvraag betreft waarover zich uiteenlopende rechtspraak ontwikkelt’. Kans op succes is er dus in uitgangspunt wanneer sprake is van (1) een duidelijke, overzichtelijke rechtsvraag, die (2) in de rechtspraak uiteenlopend wordt beantwoord. Dat laatste element brengt het algemeen belang weliswaar in beeld, maar kan moeilijk beslissend zijn: niet elke kwestie waarover zich uiteenlopende lagere rechtspraak ontwikkelt, is zo belangrijk dat de Hoge Raad er in het kader van CBW over zou moeten oordelen; anders gezegd: is zo belangrijk dat niet de gelegenheid

5 W.A.M. van Schendel & E. Hartoghs (red.), *Een vorm van selectie versterkt het gezag van de Hoge Raad en bevordert de kwaliteit van de rechtspraak*, Jaarverslag 2007/2008, Den Haag, p. 131 en 134.

6 Zie nog de bijdrage van B.T.M. van der Wiel met verdere verwijzingen.

7 W.A.M. van Schendel & E. Hartoghs 2007/2008, p. 131 e.v.

van een gewoon partijberoep kan worden afgewacht. De hamvraag blijft dan dus: welke zaken zijn dat wel? Dat is een vraag die aan belang heeft gewonnen nu de commissie-Hammerstein meent geld te moeten zetten op CBW.

3 Een hiaat in het zaakaanbod

Het instituut der CBW wordt door haar naar voren geschoven, omdat het een oplossing zou zijn voor een tekort: sommige zaken bereiken die Hoge Raad niet terwijl deze vanuit een oogpunt van algemeen belang wel zijn aandacht verdienen. De commissie-Hammerstein zegt het zo:⁸

‘De instroom van zaken in de civiele sector van de Hoge Raad is afhankelijk van het initiatief van partijen. Procederen in civiele zaken is kostbaar, tijdrovend en vraagt ook in andere opzichten van partijen offers. In veel gevallen kunnen partijen niet wachten op een uitspraak van de cassatierechter of hebben zij niet de middelen om in cassatie te gaan. Daardoor blijven bepaalde onderwerpen buiten bereik van de cassatierechter. Vooral rechtsvragen uit het ‘middensegment’ van de feitenrecht-spraak bereiken de Hoge Raad soms niet, evenmin als onderwerpen die, vooral door ondernemers, alleen aan arbiters worden voorgelegd.’

Haar waardering wordt meteen duidelijk:

‘Kortom, de civiele cassatierechter is voor sommigen slecht bereikbaar en kan daar-door zijn taak niet optimaal vervullen.’

De vinger is op de zere plek gelegd: vanuit een oogpunt van rechtsontwikkeling is de Hoge Raad natuurlijk gehandicapt. Hij bepaalt niet zijn eigen agenda; het zijn partijen die bepalen welke vragen op welk moment aan de Hoge Raad worden voor-gelegd. Uiteindelijk zijn zij het die de rechtsontwikkeling in eerste instantie sturen en daarvoor overigens ook de rekening gepresenteerd krijgen: rechtsontwikkeling geschiedt op kosten van partijen.⁹

Hoe de situatie nu te verbeteren; hoe nu te realiseren dat de Hoge Raad wel tijdig toekomt aan een oordeel in relevante zaken? Een eerste oordeel van de commissie-Hammerstein over CBW lijkt niet zo positief:

‘Cassatie in het belang der wet biedt slechts een beperkte oplossing, omdat slechts weinig zaken zich daarvoor lenen, onder meer door de magere feitelijke grondslag en het ontbreken van tegenspraak waardoor de essentialia van het probleem verborgen kunnen blijven.’

8 *Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, februari 2008, raadpleegbaar op <www.rechtspraak.nl>, onder Hoge Raad, Over de Hoge Raad, publicaties (hierna: Hammerstein 2008), p. 10-13.

9 Uiteraard verdient dit beeld relativering indien en voor zover sprake is van publiek gefinancierde rechtsbijstand.

En toch wenst de commissie wel degelijk CBW in te zetten om het gesignaleerde probleem aan het front van het zaakaanbod op te lossen althans te doen verminderen. Het probleem van de beperkte feitelijke grondslag en het ontbreken van het partijdebat zou kunnen worden opgevangen door derden de gelegenheid te geven om inbreng te hebben. Wat de commissie betreft, is in het algemeen het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet aangewezen tegen een rechterlijke beslissing omtrent een omstreden rechtsvraag die, naar verwacht mag worden, de Hoge Raad niet binnen redelijke tijd zal bereiken langs de weg van een door partijen ingesteld cassatieberoep, of die de Hoge Raad niet kan bereiken omdat voor partijen cassatieberoep niet is opengesteld. Wat opvalt, is dat de commissie dezelfde beperkingen ziet als de P-G in zijn jaarverslag 2007-2008:¹⁰ niet iedere omstreden rechtsvraag leent zich voor CBW. In dit verband wordt duidelijk een afgrenzing van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad ten opzichte van de taak van de wetgever beoogd. Zo wordt ook daar aangegeven dat een omstreden rechtsvraag die een afweging van politieke standpunten vergt door de wetgever zou moeten worden opgelost. Evenmin lenen zich voor cassatie in het belang der wet rechtsvragen met betrekking tot een wettelijke regeling die de wetgever van plan is te wijzigen. Rechtskwesties met betrekking tot recente wetgeving zijn over het algemeen, aldus nog steeds de commissie-Hammerstein, minder geschikt voor CBW. En ook wat haar betreft is CBW niet bedoeld om rechtsontwikkelingen in de lagere rechtspraak en doctrine af te kappen of vóór te zijn, tenzij de Hoge Raad reeds dadelijk een duidelijk antwoord kan geven.

De commissie neemt het huidige door de P-G gevoerde 'beleid' dus min of meer over, sterker nog: de tekst van het rapport en dat van het jaarverslag 2007-2008 vertonen duidelijke overeenkomsten. Tegelijkertijd moet worden bedacht dat het hier vooral om de al aangeduide negatieve indicaties gaat; ten aanzien van de groep gevallen die, bij gebreke van dergelijke indicaties, overblijft, zal toch iets moeten veranderen. Uiteindelijk wordt immers een wijziging van de feitelijk ontstane situatie beoogd: omdat er op dit moment, ondanks dat er reeds nu de mogelijkheid van CBW bestaat, zaken ten onrechte de Hoge Raad niet bereiken, dient in het belang van de rechtsontwikkeling méér gebruik te worden gemaakt van CBW dan tot op heden is gebeurd.

4 Een beperkt ambitieniveau

Een wat scherpere blik op de argumentatie van de commissie-Hammerstein leert dat zij niet echt doorpakt, wat haar gegeven haar opdracht misschien niet euvel valt te duiden, maar toch wel opvalt. In wezen signaleert zij op het punt van het hiaat in het zaakaanbod een tweetal problemen: in de eerste plaats het wegblijven van zaken uit het 'middensegment' en in de tweede plaats zaken die niet aan civiele rechters, maar aan arbiters worden voorgelegd. Dit laatste probleem dat met de bezwaren van ondernemers tegen civiele procedures én met de voordelen die zij in dit opzicht aan arbitrage verbonden zien, te maken heeft, wordt door

¹⁰ Hammerstein 2008, p. 48.

CBW niet geraakt en dus ook niet opgelost.¹¹ Ik laat deze categorie verder buiten beschouwing, maar constateer dit wel. De Commissie ontfermt zich eigenlijk alleen over het eerste probleem dat in belangrijke mate een financieel probleem is althans een probleem van financiering van de rechtshulp:¹²

‘Globaal lijken zaken van meestal financieel zwakke partijen (Bopz, insolventierecht) en meestal sterke partijen (overheid, ondernemingen, repeatplayers) vaker aan bod te komen dan die van de gemiddelde burger voor wie de cassatieprocedure erg kostbaar is.’

Het is niet voor niets dat in de reacties op rapport en voorstellen van de commissie Hammerstein op dit punt op meer fundamentele oplossingen wordt aangedrongen. Zo wijst Groen er in de eerste plaats op dat dit financiële probleem zich niet beperkt tot de middensector, maar zeker ook een rol speelt bij de behandeling van zaken op basis van een toevoeging. Hij verwacht weinig heil van CBW:¹³

‘In het voeren van procedures in cassatie gespecialiseerde advocaten behoren, zowel in het belang van de rechtzoekenden, als in het belang van de Hoge Raad, bereikbaar en dus betaalbaar te blijven voor mensen met een smalle en zelfs voor mensen met een iets ruimere beurs. Als dat niet (meer) het geval is of dreigt te zijn, lijkt mij de cassatie in het belang der wet niet het aangewezen alternatief.’

Groen zoekt de oplossing elders:

‘Waarom niet gezocht naar betere honorering van de in cassatie gespecialiseerde advocatuur in zaken die behandeling door de Hoge Raad verdienen? Ik kan mij voorstellen dat de grenzen voor toevoeging en de met toevoeging gemoeide vergoedingen in cassatie zouden worden verruimd. Ik kan mij ook voorstellen dat de Hoge Raad de bevoegdheid krijgt in voorkomende gevallen een kostendekkende kostenveroordeling ten laste van de Staat uit te spreken. Dat zou neerkomen op een subsidieverlening en dat kan uiteraard ook in een andere vorm gebeuren, bijvoorbeeld uit een daartoe in te stellen fonds. Laten we het vooral niet ingewikkelder maken dan nodig is, maar wat is er vreemd aan het verlenen van subsidie voor het verhelpen van wat als een tekort in een wezenlijke taak van de Hoge Raad wordt gezien? Misschien helpt het als men rechtsvinding of -vorming toch als een vorm van kunst beschouwt?’

Het is een interessant punt dat aansluit bij het al aangestipte probleem dat de rechtsontwikkeling uiteindelijk op kosten van partijen geschiedt. Zolang de rechtsontwikkeling ‘bijproduct’ is, dat was de klassieke visie op de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, is daar ook niet zoveel op tegen, maar wanneer de rechtsvorming en rechtsontwikkeling ‘post-Hammerstein’ eerder hoofdzaak wordt, begint dat meer en meer te wringen. Dat komt nadrukkelijk in beeld bij de prejudiciële

11 Zie ook H.A. Groen, ‘Selectie aan de poort’, *Trema* 2008, p. 346.

12 Hammerstein 2008, p. 24, in voetnoot 35.

13 Zie ook H.A. Groen, ‘Selectie aan de poort’, *Trema* 2008, p. 346.

vragen waar bijvoorbeeld de vraag rijst of de financiële lasten maar ook de vertraging die van stellen en beantwoorden van dergelijke vragen het gevolg is, voor rekening van partijen moeten komen.¹⁴

Hoewel te begrijpen valt dat de commissie, nogmaals: gegeven ook haar taakopdracht, niet alles overhoop heeft willen halen en zoveel mogelijk binnen bestaande althans min of meer bekende kaders heeft willen oplossen, blijft toch wel staan dat zij hier een beperkt ambitieniveau heeft. Het financiële probleem wordt niet fundamenteel aangepakt, eigenlijk ook niet geadresseerd (zelfs een aanbeveling voor nader onderzoek in dit verband ontbreekt); de commissie beperkt zich tot een poging om de nadelige effecten die dat probleem kan hebben voor de rechtsontwikkeling door de Hoge Raad weg te nemen. Dat partijen wellicht zelf niet aan hun (rechtsbeschermings)trekken komen, blijft op de achtergrond.

5 De Hoge Raad links laten liggen: hoe erg is dat eigenlijk?

Laten we echter, gegeven de focus op het belang van de rechtsvorming en rechtsontwikkeling door de Hoge Raad en gegeven de keus voor CBW in dit verband, beter bekijken waarom bepaalde zaken de Hoge Raad niet (tijdig) bereiken en daarbij ook de vraag stellen in hoeverre dat nu problematisch is. Het lijkt daarbij niet juist het probleem enkel vanuit een financieel perspectief, hoe belangrijk dat ook is, te benaderen. Dat partijen niet doorgaan tot de Hoge Raad kan immers ook andere dan financiële redenen hebben. Daar komt bij dat het feit dat de Hoge Raad niet bij de zaak betrokken wordt vanuit het perspectief van zijn taakvervulling (en daarmee vanuit het algemeen belang) niet steeds een probleem is.

Waarom halen partijen de Hoge Raad niet? Het komt natuurlijk voor dat partijen met de uitkomst kunnen leven. Soms zullen zij van verder procederen geen heil verwachten. Vaak zal het zijn dat één der partijen het hoofd in de schoot legt en ervoor kiest om niet door te gaan, vanwege de belasting van verder procederen in termen van geld of anderszins (daaronder ook te rekenen eventuele (verdere) negatieve publiciteit). Hoe vervelend het wellicht voor (één der) partijen moge zijn dat zij niet doorgaan 'tot aan het gaatje' (de Hoge Raad) wordt pas problematisch vanuit 'Hammerstein'-perspectief wanneer partijbelangen en partijmotieven een algemeen belang in de weg zitten. Dat is het geval wanneer de Hoge Raad niet de gelegenheid krijgt te oordelen in gevallen waarin er een (dringende) 'maatschappelijke behoefte bestaat aan een richtinggevende uitspraak'.¹⁵

Dit laatste is makkelijker opgeschreven dan inhoud gegeven. Het is natuurlijk geen toeval dat in dit verband veelal de aandelenleasezaken als voorbeeld worden genoemd.¹⁶ Bij deze zaken springt in het oog dat het om zeer veel tegelijkertijd lopende zaken met een behoorlijk belang gaat waarin (vrijwel) steeds dezelfde cruciale vragen spelen en waarin dan ook het gevaar bestaat dat deze vragen door de diverse ingeschakelde rechters op uiteenlopende wijze worden beantwoord.

¹⁴ Zie daaromtrent ook de bijdrage van Giesen aan deze bundel.

¹⁵ Hammerstein 2008, p. 3.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld (overigens in het kader van de prejudiciële vragen) ook G.J.M. Corstens, 'Versterking van de cassatierechtspraak', in G.J.M. Corsten (e.a.), *De positie van de Hoge Raad*, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag 2009, p. 20-21.

Andere voorbeelden zouden echter zinvol zijn, maar zijn in het rapport-Hammerstein niet te vinden. Wanneer is er nu, afgezien van de aandelenleasezaken, een '(dringende) maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak'?

6 Over welke zaken gaat het nu?

Op dit punt speelt volgens mij een tweetal problemen. Niet alleen is niet voor iedereen zonder meer duidelijk wanneer sprake is van een '(dringende) maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak' (aan welk *type* zaken moeten we nu denken?), daar komt bij dat evenmin duidelijk is welke kennelijk nogal relevante zaken de Hoge Raad op dit moment ten onrechte niet bereiken (wetende aan welk *type* zaken we moeten denken, is dus de feitelijke vraag welke zaken die aan dat *profiel* voldoen op dit moment de Hoge Raad niet halen).

Kennelijk is het ook voor de commissie-Hammerstein niet evident om welke zaken het gaat. Zij heeft zich gerealiseerd dat meer gebruikmaken van CBW niet vanzelf zal gaan: dit vereist een verbetering van de instrumenten die de P-G in staat stellen kennis te nemen van rechterlijke uitspraken die zich lenen voor een cassatie in het belang der wet.¹⁷ De bestaande instrumenten, waarbij verzoeken van derden en eigen initiatief naar aanleiding van discussies in de vakliteratuur uitdrukkelijk worden genoemd, zouden wellicht kunnen worden verbeterd, maar veel soelaas verwacht de commissie daar niet van. Zij zet daarom in op het ontwikkelen van nieuwe instrumenten waarbij zij in het bijzonder denkt aan het in het leven roepen van een commissie die de P-G adviseert omtrent uitspraken die zich lenen voor CBW. Verder noemt zij nog de mogelijkheid om dit onderwerp tot een vast punt te maken op de agenda van het overleg met lagere rechters en het wijzen van specialistenverenigingen van advocaten op de mogelijkheid de P-G te attenderen op kwesties die zich naar hun inzicht lenen voor een vordering tot CBW.

De adviescommissie (de commissie Cassatie in het belang der wet) is inmiddels aangetreden. Zij is in het kader van een proefproject ingesteld door P-G Fokkens en bestaat uit cassatieadvocaat Duk, vice-president van het Hof Arnhem Olthof, en de Tilburgse hoogleraar Vranken. De commissie heeft tot taak te bezien op welke wijze een ruimere toepassing van het rechtsmiddel CBW kan worden bevorderd. Uiteindelijk lijkt sprake van een tweeledige taak: in de eerste plaats dient zij de P-G te adviseren over de mogelijkheden tot intensivering en in de tweede plaats geeft zij hem inhoudelijke adviezen over concrete verzoeken tot het instellen van CBW.¹⁸ Om bekend te worden met uitspraken die zich eventueel zouden lenen voor een vordering tot CBW heeft de commissie CBW een ieder, zowel op de site van de Hoge Raad als onder meer in het *NJB*,¹⁹ uitgenodigd uitspraken onder de aandacht van de commissie te brengen die zich zouden lenen voor cassatie in het belang der wet, gelet op het belang van de rechtseenheid en/of de rechtsontwikkeling. Mijn indruk is dat de commissie CBW met dezelfde eerder genoemde vragen worstelt,

17 Hammerstein 2008, p. 49.

18 Ten tijde van het afronden van deze bijdrage (eind juli 2010) was de verwachting dat de commissie CBW eind augustus/begin september met een rapport zou komen. Mij ontbreekt ieder zicht op de inhoud van dit rapport.

19 'Commissie cassatie in het belang der wet doet oproep', *NJB* 2009, p. 1314-1315.

aan de ene kant dus geen scherp beeld heeft van het *type* gevallen waar het om gaat en aan de andere kant ook geen zicht heeft op wat er *feitelijk* blijft ‘hangen’ en dus ook behoefte heeft aan informatie op dit punt, zicht wil krijgen op het aanbod. De gekozen werkwijze, oproepen aan een ieder om zaken in te sturen, suggereert dat de commissie in ieder geval mede vanuit dat aanbod de primaire meer abstracte vraag, welk type zaken is nu zo belangrijk dat de Hoge Raad daar in het kader van CBW over moet oordelen?, wil trachten te beantwoorden.

7 Over inzenders en inzendingen: wie doet er mee en waarom?

In dit verband is lastig dat in ieder geval op dit moment zicht op de inzendingen ontbreekt. Onduidelijk is aan wat voor aantallen inzendingen moet worden gedacht, onduidelijk is ook wie naar aanleiding van de oproep in beweging is gekomen. Hier spelen onder meer het beroepsperspectief (is men wetenschapper of rechter bijvoorbeeld?) en de vraag of men al dan niet voor zichzelf optreedt (gaat het om eigen belang of staat men als organisatie of instelling voor andermans of zelfs een algemeen belang?). Diverse prikkels en drijfveren om wel in te sturen komen in beeld: ijdelheid, bezorgdheid over of belangstelling voor rechtsontwikkeling, onvrede met de uitkomst van een concrete procedure, rancune. En aan de andere kant kunnen er ook drempels of belemmeringen zijn. Zo zullen partijen misschien veelal juist niet insturen omdat zij immers niets aan CBW hebben. Rechters zullen in de regel moeite hebben met het insturen van een zaak waar zij zelf bij betrokken zijn geweest, maar ook het insturen van een zaak van een collega zal moeite kosten. Maatschappelijke instellingen, althans wanneer het gaat om zaken waar zij hun voordeel mee kunnen doen, en de wetenschap zullen wellicht nog de meeste inzendingen verzorgen. Ik schat in dat vooral wetenschappers in dit stadium een bijdrage zullen willen leveren aan het experiment, misschien zichzelf ook nog wel in de kijker willen spelen en in ieder geval deze kans op een mogelijk antwoord op een interessante nog niet door de Hoge Raad beantwoorde vraag niet onbenut willen laten. Vervolgens staat de commissie CBW en uiteindelijk natuurlijk de P-G voor de vraag welke ‘interessante’ vragen voldoen aan het CBW-profiel: is er in het specifieke geval een ‘(dringende) maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak?’ Op dat altaar zullen, maar opnieuw ben ik aan het speculeren, vele academisch interessante vragen worden geofferd.

8 Zicht krijgen op het aanbod

Over één categorie zaken is iedereen het eens: de aandelenleasezaken voldoen aan het profiel. Ik herhaal nog maar wat de ‘bijzondere kenmerken’ van deze categorie zijn:

- het gaat om zeer veel tegelijkertijd lopende zaken met een behoorlijk belang;
- waarin (vrijwel) steeds dezelfde cruciale vragen spelen; en
- waarin dan ook het gevaar bestaat dat deze vragen door de diverse ingeschaalde rechters op uiteenlopende wijze worden beantwoord.

Aangenomen mag echter worden dat de operatie ‘intensivering CBW’ niet voor deze, uiteindelijk toch tamelijk uitzonderlijke, categorie gevallen gereserveerd is. Bovendien lijkt ook niet elk aangewezen kenmerk onmisbaar te zijn. Zo kan men zich voorstellen dat een uitspraak in een relatief weinig voorkomend geval toch veel maatschappelijke onrust kan veroorzaken.

In de ‘werkwinkel’ gewijd aan het thema ‘CBW in civiele zaken’ die tijdens het congres *De Hoge Raad in 2025* op 4 juni 2010 in Utrecht werd gehouden, werden onder meer de volgende voorbeelden van zaken of thema’s genoemd van gevallen waarin een ‘maatschappelijke behoefte’ zou bestaan ‘aan een richtinggevende uitspraak’:

- het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid;²⁰
- (de consequenties van) de beschikkingen van de Hoge Raad over de patiëntenkaart;²¹
- het beslag op kredietruimte;
- de vraag of de rechter meteen een executoriale titel voor nakosten kan geven.

Deze gevallen hebben gemeen dat het hier gaat om kwesties die in betrekkelijk veel gevallen (dossiers) spelen en die, zolang er rechtsonzekerheid heerst, de uitvoeringspraktijk (denk aan de afwikkeling van letselschadezaken respectievelijk aan de bancaire sector en de wereld van het insolventierecht) behoorlijk belasten. Ik schat in dat het niet noodzakelijk is dat sprake is van een reeds sterk uiteenlopende feitenrechtspraak. Soms blijft die rechtspraak uit, juist vanwege de onzekerheid. Via de doctrine kan de P-G eventueel wel op het spoor van dit probleem, een verlammeende rechtsonzekerheid, komen.

Van een andere orde is een categorie gevallen die ook op 4 juni 2010 naar voren werd geschoven: zeer veel voorkomende geschillen (bulkzaken) met een beperkt financieel belang in de sfeer van het consumentenrecht. Hier doen zich bij tijd en wijle relevante rechtsvragen voor die gelet op het beperkte financiële belang door de direct belanghebbenden niet direct in rechte aan de orde worden gesteld, laat staan in een procedure tot aan de Hoge Raad.

Tegelijkertijd maakte de discussie op genoemde datum meer dan duidelijk dat het erg moeilijk is om aan te geven welke zaken in aanmerking komen voor CBW én vervolgens om te zeggen of in die zaken ook daadwerkelijk CBW zou (moeten) worden ingesteld.

9 Proef op de som

Dat kan worden geïllustreerd door, zoals op 4 juni 2010 in de ‘werkwinkel’ ook is gebeurd, een enkele zaak, die op zijn minst ‘academisch’ interessant te noemen is, eens wat beter te bekijken. Ik stel een drietal uitspraken centraal die door een wetenschapper ingestuurd zouden kunnen worden en waarvan een enkele naar ik weet ook daadwerkelijk door een wetenschapper onder de aandacht van de commissie CBW is gebracht. Aldus wordt ook wat concreter:

- wat er zoal ingezonden kan worden;

20 Denk maar aan betekenis en reikwijdte van HR 31 maart 2006, (*Nefalit/Karamus RvdW* 2006, 328).

21 HR 22 februari 2008, *RvdW* 2008, 256 en 261.

- wat voor afwegingen er vervolgens moeten worden gemaakt;
- dat niet alle mooie rechtsvragen het werkelijk verdienen in CBW-kader te worden aangebracht;
- wat voor informatie er ingeval van een eventuele vordering tot CBW nodig zal zijn; en
- eventueel ook welke belasting CBW voor direct betrokkenen kan inhouden.

g.1 De hangmatcasus

De eerste zaak is een spraakmakende zaak die op dit moment bij de Hoge Raad aanhangig is, omdat partijen sprongcassatie hebben ingesteld, maar die zeer wel in feitelijke instantie had kunnen blijven ‘hangen’ omdat de concrete partijen er geen behoefte aan zouden hebben om door te gaan. Het gaat om een ongeval dat een jonge vrouw in haar eigen tuin overkomt. Zij ligt op dat moment in een hangmat die aan één kant vastgemaakt is aan een gemetselde pilaar die een aanslagfunctie vervult voor een houten poort. Op zeker moment breekt de pilaar af en valt over haar heen. Zij loopt hierbij een hoge complete dwarslaesie op. De Bossche rechtbank ziet zich geconfronteerd met deze casus en dat in een opmerkelijke setting.²² Op advies van haar belangenbehartiger heeft de vrouw in kwestie haar pijlen gericht op haar echtgenoot in diens hoedanigheid van medebezitter van de gebrekkige opstal (art. 6:174 BW), waarbij de omstandigheid dat hij tegen aansprakelijkheid verzekerd is ongetwijfeld een cruciale rol heeft gespeeld. Het zal duidelijk zijn dat de inzet hoog is. In de eerste plaats natuurlijk in de concrete procedure maar voor aansprakelijkheidsverzekeraars is bovendien nog een meer algemene vraag in het geding: blijken door hen afgegeven aansprakelijkheidsverzekeringen méér dekking te bieden dan zij zelf dachten? Kunnen medebezitters van een gebrekkige opstal *elkaar* aanspreken en is daarvoor dekking verleend op de aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren? De rechtbank neemt uiteindelijk aansprakelijkheid ex art. 6:174 BW aan en dat in een casus waarin dat vanuit juridisch-systematisch perspectief niet zonder meer voor de hand ligt: eiseres en gedaagde hebben immers dezelfde hoedanigheid en het ‘verwijt’ dat zij hem maakt (‘uw opstal biedt niet de veiligheid die ik mocht verwachten’), treft haar net zo goed zelf. Het is een zaak die de gewone media heeft gehaald en die in de doctrine de nodige aandacht heeft gekregen, al was het maar omdat zij een uitstraling heeft naar andere kwalitatieve aansprakelijkheden zoals art. 6:179 BW.²³ Nu is in casu sprongcassatie ingesteld, maar dat had ook heel goed anders kunnen zijn: de gelaedeerde had er op zich geen belang bij verder te gaan en de aansprakelijkheidsverzekeraar had om tactische redenen dit incidentele verlies kunnen nemen en de zaak niet kunnen doorzetten om daarmee te voorkomen dat hij van de Hoge Raad een antwoord zou krijgen dat hem ook in andere gevallen parten zou spelen. Stel nu dat partijen inderdaad niet verder zouden zijn gegaan: zou deze zaak zich dan lenen voor CBW?

²² Rb. Den Bosch 21 januari 2009, *NJF* 2009, 105.

²³ Zie onder meer de uitgebreide analyse van F. Leopold, ‘Aansprakelijkheid bij medebezit: een “relatief” complex vraagstuk’, *TVP* 2009, p. 49 e.v.

Het betreft hier een mooie, overzichtelijke rechtsvraag (wat is het beschermingsbereik van de kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken?) met een behoorlijke maatschappelijke 'impact' (mocht blijken dat echtgenoten, medebezitters van de zaak in kwestie, elkaar in gevallen als deze kunnen aanspreken, dan zijn er veel meer gevallen die in beeld komen (denk aan toepassing van art. 6:179 BW tussen echtgenoten terzake van letsel veroorzaakt door een huisdier), verzekeraars zullen vervolgens hun positie gaan heroverwegen). Het antwoord op deze rechtsvraag is onduidelijk, zoals ook blijkt uit de standpunten in de doctrine. Het is in ieder geval een zaak waarvan het niet hoeft te verbazen dat deze zou worden ingestuurd. Behalve aan wetenschappers zou hier nadrukkelijk ook aan de verzekeringsbranche kunnen worden gedacht, neem een andere verzekeraar dan de direct bij de zaak betrokken verzekeraar of zelfs het Verbond van Verzekeraars.

Of de P-G daadwerkelijk het voornemen tot CBW zou formuleren, weet ik natuurlijk niet. Tijdens de meer genoemde 'werkwinkel' werden hieromtrent sterk uiteenlopende standpunten ingenomen. Voor de tegenstanders was vooral de vraag of dit wel een voldoende prangende kwestie is die niet kan wachten op een gewoon cassatieberoep. Ook de vraag of de zaak wel voldoende uitgekristalliseerd was (is het niet te vroeg voor een CBW?), werd als contra-indicatie genoemd.

Mocht het tot een vordering tot CBW komen, dan is in een zaak als deze input van derden zeer welkom. Zo zal er in de procedure behoefte zijn aan zicht op het aantal gevallen waarin deze problematiek speelt, is relevant om te weten wat de huidige positie van verzekeraars is (geven zij nu eventueel wel of niet dekking?), maar ook wat de mogelijke consequenties van de beslissing van de Hoge Raad zijn (denk maar aan de reactie van verzekeraars: premieverhoging, uitsluiting van dekking).²⁴

9.2 De gebeten vrijwilligster

Het tweede voorbeeld betreft de reikwijdte van art. 7:658 BW (werkgeversaansprakelijkheid voor een onveilige werkomgeving). In 1999 is aan deze bepaling een vierde lid toegevoegd dat inhoudt dat op degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door iemand met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft wel degelijk werkgeversaansprakelijkheid rust. De reikwijdte van dit vierde lid bleek zowel in doctrine als in lagere rechtspraak een lastig punt. De beslissing van het Arnhemse Hof dat een door de Dierenbescherming bij de opvang van dieren ingeschakelde vrijwilligster die tijdens haar werk in een dierenasiel door een hond wordt gebeten aanspraak kan maken op de bescherming van art. 7:658 lid 4 BW, heeft de nodige aandacht getrokken.²⁵ Uiteindelijk heeft deze beslissing zelfs tot Kamervragen geleid. De politiek maakte zich zorgen omdat in het maatschappelijk leven nog steeds op grote schaal gebruik wordt gemaakt van vrijwilligers en vreesde dat in verband met aansprakelijkheidsrisico's of verzekeringsproblemen bepaalde evenementen zouden moeten worden afgelast. Cassatie is in casu niet ingesteld, maar gelet op de onduidelijkheid, de commotie en het

24 Zie over de behoefte van informatie na 'Hammerstein' J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms ver-gaand', *NJB* 2009, p. 1087 e.v.

25 Hof Arnhem 11 januari 2005, *JAR* 2005, 47.

aantal gevallen waarin deze vraag – kan een vrijwilliger aanspraak maken op de bescherming van art. 7:658 BW? – relevant is, zou men zich kunnen voorstellen dat CBW overweging verdient. Het gaat bovendien om een duidelijke en overzichtelijke rechtsvraag. Als mogelijke inzenders kan worden gedacht aan organisaties die met vrijwilligers werken, aan verzekeraars die dergelijke organisaties verzekeren, aan vakbonden wellicht en uiteraard ook weer aan wetenschappers. Een daadwerkelijk voornemen van de P-G tot het instellen van CBW is goed voorstelbaar. Wat inbreng betreft komen de diverse belanghebbenden bij deze vraag in beeld: organisaties die met vrijwilligers werken, verzekeraars en opnieuw vakbonden. Een relevante vraag is uiteraard wat de consequenties bijvoorbeeld op het vlak van verzekering van het ene of het andere standpunt zijn.

9.3 Een ongewenste sterilisatie

In de derde zaak, ten slotte, gaat het om een mislukte bevalling waarbij de baarmoeder van de vrouw is gescheurd en het kindje in haar buikholte terecht is gekomen. Bij een spoedkeizersnede is het kindje geboren, zij het twee dagen later alsnog overleden. Na de geboorte heeft de gynaecoloog de gescheurde baarmoeder hersteld en de vrouw, die op dat moment onder narcose was, tevens gesteriliseerd. Tegen de man zei de gynaecoloog dat de vrouw nooit meer zwanger mocht worden, hetgeen de man haar later op de uitslaapkamer heeft verteld. De sterilisatie was medisch gezien echter niet nodig en was voor de man en vrouw dan ook ongewenst. De sterilisatie bleek niet reversibel en een drietal IVF-behandelingen mocht niet baten; zij hebben niet in de gewenste zwangerschap geresulteerd. Zowel vrouw als man hebben het ziekenhuis ex art. 7:462 BW (centrale aansprakelijkheid) aangesproken tot onder meer vergoeding van immateriële schade. Het Hof Den Haag heeft de vordering van de vrouw toegewezen, maar die van de man afgewezen, zij het enkel en alleen omdat hij zijn vordering tegen het ziekenhuis uitsluitend op art. 7:462 BW heeft gegrond:²⁶

‘8. ... Vast staat dat [geïntimeerden] in deze procedure de aansprakelijkheid van het ziekenhuis jegens hen beiden uitsluitend hebben gebaseerd op artikel 7:462 BW. Met het ziekenhuis is het hof van oordeel dat deze contractueel geformuleerde wetsbepaling als zodanig niet meebrengt dat het ziekenhuis – naast de betrokken vrij gevestigde gynaecoloog – mede aansprakelijk zou zijn voor een door de gynaecoloog begane onrechtmatige daad jegens een derde (niet de contractspartij en niet de patiënt). Het hof verwijst in dit verband tevens naar de parlementaire geschiedenis van dit wetsartikel (MvT, Kamerstukken II 21 561, nr. 3, p. 43 en Nadere MvA, Kamerstukken II 21 561, nr. 11, p. 48).’

Waarom partijen geen cassatie hebben ingesteld weet ik niet, goed voorstelbaar is dat de man in kwestie het moede hoofd in de schoot heeft gelegd en geen trek meer had in verder procederen. Dat neemt niet weg dat een interessante rechtsvraag in het geding is: wat is de reikwijdte van de centrale aansprakelijkheid van het

26 Hof Den Haag 29 september 2009, *NJF* 2009, 498.

ziekenhuis? Deze overzichtelijke en duidelijke rechtsvraag is in veel meer gevallen aan de orde en duidelijkheid op dit punt is welkom. Ik meen te weten dat deze zaak door een wetenschapper onder de aandacht van de commissie CBW is gebracht. Ook anderen hadden dat kunnen doen, denk aan ziekenhuizen en aansprakelijkheidsverzekeraars. Of de P-G daadwerkelijk een voornemen tot CBW zou formuleren, weet ik niet. Ik kan mij aarzeling voorstellen op het punt van de vraag of dit wel een voldoende prangende kwestie is die niet kan wachten op een gewoon casatieberoep. Wat ik mij echter ook goed kan voorstellen is dat de P-G in een zaak als deze afziet van CBW vanwege de belasting die dat zou kunnen inhouden voor de direct betrokken man en vrouw.

Deze voorbeelden die, het zij toegegeven, alle drie liggen op het vlak van pijn en smart, maken nog eens duidelijk dat partijen soms goede redenen hebben om niet verder te gaan, maar geven ook zicht op argumenten voor de P-G om al dan niet CBW in te stellen. Lastig is en blijft dat geen sprake is van duidelijke contouren van een groep gevallen die zich bij uitstek lenen voor CBW. Eens temeer wordt daarmee duidelijk hoe bepalend de P-G zelf is. Wat is zijn positie eigenlijk?

10 De positie van de P-G

Het beleid van de P-G dat na advisering door de commissie CBW tot stand komt, vormt de cruciale schakel. Mijn inschatting is dat het ook voor hen, P-G én commissie, moeilijk zal zijn bij voorbaat aan te geven welke zaken, die na het filteren op de al eerder genoemde negatieve indicaties overblijven, daadwerkelijk een vordering tot CBW verdienen.

Een aantal 'randvoorwaarden' valt nog aan te wijzen: zo ligt het voor de hand dat er gegeven de capaciteit bij parket en Hoge Raad en gegeven het feit dat CBW een wat gemankeerde figuur is (immers niet het normale ook door de Hoge Raad geprefereerde partijdebat kent) niet opeens tientallen zaken per jaar aan de Hoge Raad worden voorgelegd. Aan de andere kant is het wel de bedoeling dat het er meer zijn dan tot op heden het geval is. Daar komt bij dat, en hetzelfde geldt overigens voor de prejudiciële vragen, een zeker enthousiasme, een zekere royale houding, aan het begin nodig is om te voorkomen dat de andere spelers in het proces er al meteen de brui aan geven. Zo mag worden verwacht, al is het maar vanuit 'psychologisch' of tactisch oogpunt, dat de P-G meer met verzoeken om CBW gaat doen dan voorheen. Anders droogt de stroom verzoeken/meldingen al snel op. Reserve bij P-G en Hoge Raad kan fataal zijn. Dat geldt overigens ook voor de 'communicatie' over beslissingen op verzoeken met bijzondere aandacht voor de motivering ervan. Ik denk daarbij aan een tweetal zaken: anders dan de commissie-Hammerstein lijkt te suggereren,²⁷ lijkt het mij van belang dat de P-G zijn beslissing om een verzoek tot instellen van CBW af te wijzen, althans zijn beleid in deze, goed toelicht. Op een vergelijkbare manier zou de Hoge Raad ook moeten reageren op vorderingen van de P-G: wellicht komt een bepaalde vordering tot CBW de Hoge Raad niet goed uit, bijvoorbeeld omdat het debat voor beantwoording van de relevante vraag nog

²⁷ Hammerstein 2008, p. 49.

onvoldoende is uitgekristalliseerd. Ook hier verdienen toelichting en motivering de voorkeur boven een nietszeggend of zelfs bot ‘njet’.²⁸

De verhouding tussen de P-G en de Hoge Raad komt wellicht ook in een iets ander licht te staan. Zo is al betoogd dat de P-G eigenlijk ook een soort verlofinstantie wordt²⁹ en in ieder geval ligt er meer nadruk op zijn verantwoordelijkheid voor de rechtsvorming dan voorheen. Op het gevaar af van overdrijving te worden beschuldigd, zou ik kunnen stellen dat de agenda van de rechtsontwikkeling die tot nu toe vooral door partijen werd bepaald straks mede de handtekening van de P-G draagt, al weet een ieder dat de P-G uiteraard ook weer door anderen wordt geïnspireerd. Dit raakt ook zijn verhouding tot de Hoge Raad. Ik kom daar zo op terug.

Hoewel de P-G uiteraard altijd al een taak op het vlak van de rechtsontwikkeling had, lijkt hij nu nadrukkelijker een verantwoordelijkheid te krijgen. Méér dan voorheen wordt van hem gevraagd ervoor te zorgen dat belangrijke kwesties (tijdig) op het bord van de Hoge Raad terechtkomen. Consequentie van deze verantwoordelijkheid lijkt dat de P-G niet langer een passieve houding kan aannemen en verzoeken en meldingen kan afwachten, maar dat hij structureel in de gaten houdt of, en zo ja, welke relevante zaken de Hoge Raad niet bereiken. In dit verband ligt het voor de hand bijvoorbeeld rechtspraak.nl, andere bronnen van rechtspraak en literatuur op gezette tijden te (doen) ‘screenen’, maar ook andere meer structurele vormen van inbreng kunnen worden overwogen: overleg met belangenorganisaties, rechterlijke macht en advocatuur, die bijvoorbeeld ook kunnen worden uitgenodigd een vaste rubriek in jaarverslagen en dergelijke op te nemen waarin melding wordt gemaakt van zaken die zich wellicht lenen voor CBW.

Opmerkelijk is natuurlijk dat deze verantwoordelijkheid bij de P-G ligt, terwijl het om een probleem van de Hoge Raad gaat. Niet uitgesloten is dat Hoge Raad zelf invloed zou willen uitoefenen op de agenda of het beleid van de P-G. Niet ondenkbaar is dat de P-G zaken aanbrengt die de Hoge Raad (nog) niet aangebracht zou willen zien of dat de P-G nalaat relevante zaken aan te brengen. Het eerste is eenvoudiger duidelijk te maken, namelijk in de wijze van behandeling van de aangebrachte zaken. Het tweede ligt moeilijker, maar zou in informele contacten of eventueel zelfs in het jaarverslag van de Hoge Raad meer en minder subtiel kunnen worden aangekaart.

II Cassatie in het belang der wet anno 2025

CBW in civiele zaken. Ook al wordt het instituut op dit moment ‘opgepoetst en aangekleed’, het zal anno 2025 nog immer één van de stoffige zolderkamers van de cassatierechtspraak blijken. Wellicht komt er in het begin heel even een ople-

28 Iets vergelijkbaars geldt voor de beantwoording van prejudiciële vragen. Zie N. Frenk & A.M. Wolffram-van Doorn, ‘Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad’, *RM Themis* 2009, p. 159: ‘Dat laat onverlet dat de Hoge Raad meer gemotiveerd kan motiveren waarom van beantwoording wordt afgezien. De Hoge Raad kan op die wijze in zijn uitspraken meer concrete afwijzingsgronden ontwikkelen, waardoor voor feitelijke rechters ook duidelijkheid wordt geschapen over de vraag of het zinvol is om een prejudiciële vraag te stellen.’

29 B.F. Keulen, ‘Cassatie op een breekpunt’, *RM Themis* 2009, p. 211: ‘Partijen kunnen geen cassatie in het belang der wet instellen, zij moeten de procureur-generaal ervan overtuigen dat een belang der wet op het spel staat.’

ving: in hun aanvankelijk enthousiasme zenden bijvoorbeeld wetenschappers de nodige zaken in en de P-G reageert daar misschien eerst ook nog enigszins welwillend op, maar dan zal al snel een normalisering van de situatie aan de orde zijn. Het probleem van het hiaat in het zaakaanbod wordt met CBW niet fundamenteel aangepakt, aan het onderliggende probleem van de financiering van de rechtshulp wordt immers niets gedaan. Daar komt natuurlijk bij dat er op twee paarden wordt gewed, niet alleen op CBW maar ook op de mogelijkheid een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad. Men hoeft geen groot ziener te zijn om te voorspellen dat die laatste optie wind uit de zeilen van CBW zal nemen. Weliswaar zitten er (vooralsnog) haken en ogen aan de prejudiciële vragenprocedure (rechtsontwikkeling op kosten van concrete partij; vertraging van de procedure; psychologische drempel bij rechters ('nu het leuk wordt, mag ik het niet meer zelf doen')), maar misschien moet daar dan ook nog eens naar gekeken worden. In dat verband is het financieringsvraagstuk serieus te nemen: ligt een beroep op de algemene middelen (al eerder is er meer en minder serieus gesproken van een *Cassatie*- of zelfs een *Rechtsvormingsfonds*), juist wanneer het belang van de rechtsvorming zozeer op de voorgrond treedt, niet voor de hand?

Het lastige is intussen wel dat de ingeslagen weg die óók intensivering van CBW inhoudt, wel degelijk consequenties heeft. P-G en de door hem ingestelde commissie CBW zullen hun verantwoordelijkheid serieus moeten gaan nemen, zelfs al zal het uiteindelijke daadwerkelijk ingestelde aantal zaken beperkt blijven. Het is geen vrijblijvende exercitie. Eén van de lastige zaken daarbij, dat is in het voorgaande toch wel in beeld gebracht, is en blijft dat het bijzonder lastig is om aan te geven om welke zaken het nu werkelijk draait. Dat maakt het voor de P-G ook weer moeilijk om beleid te maken en voor anderen om zich vervolgens daarnaar te richten.

Uiteindelijk wordt daarmee toch wel veel geld gezet op een gebrekkig instrument dat slechts in een beperkt aantal zaken dienst zal doen. Vanuit dit perspectief vraag ik mij af of het niet zinvoller was geweest na te denken over een werkelijk nieuw rechtsvormingsinstituut. Ik kan mij namelijk best voorstellen dat er meer ruimte wordt geboden voor het stellen en beantwoorden van abstracte rechtsvragen maar dan, zou ik zeggen, buiten de (kaders van een procedure bij de) Hoge Raad om. CBW houdt uiteindelijk toch nog steeds de koppeling aan een concrete zaak in, waarvan de beslissing ook nog geschikt moet zijn voor CBW, terwijl de abstracte vraag ook los van die zaak of uitspraak van maatschappelijk belang kan zijn en een antwoord verdient. Waarom niet hardop nagedacht over invoering van een figuur geschoeid op de leest van de Engelse Law Commission? Dat klinkt voor Nederland wellicht ver weg,³⁰ als 'science fiction' zelfs, maar dat gevoel roept het jaar 2025 toch in eerste instantie al op. Uiteindelijk blijkt het dichterbij dan mij lief is.

30 Zie in dit verband I. Giesen en H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi 2008, p.147 e.v. wier voorstellen in deze richting niet op onverdeeld enthousiasme stuiten. Vgl. ook M. Barendrecht, 'Wat als de civiele kamer er niet meer zou zijn?', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen 2008, p. 50-51.

Cassatie in het belang der wet

Vluchtstrook van de rechtsontwikkeling

B.T.M. van der Wiel*

‘De statistisch bewezen zekerheid dat over tal van controversiële rechtsvragen een beslissing van de cassatierechter moet ontbreken, is aan ieder praktiserend jurist uit ervaring bekend.’¹

I Rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming

Procederen voor de overheidsrechter dient (onder meer²) rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming. Voor partijen staat de rechtsbeschermingsfunctie doorgaans voorop en vormen rechtseenheid en rechtsontwikkeling bijproducten. De maatschappelijke betekenis van deze bijproducten is groot. In de behoefte eraan wordt niet steeds voorzien, doordat partijen in voorkomende gevallen geen (verder) beroep doen op rechtsbescherming.³ Het buitengewone rechtsmiddel ‘cassatie in het belang der wet’ kan helpen een hierdoor voortbestaande leemte in rechtsontwikkeling of een ontstaan gebrek aan rechtseenheid te redresseren.

Art. 78 lid 1 RO voegt aan de taak van de Hoge Raad om kennis te nemen van door partijen ingestelde cassatieberoepen de taak toe om kennis te nemen van cassatieberoepen ingesteld ‘in het belang der wet’ door de procureur-generaal bij de Hoge Raad. Deze nevenschikking maakt duidelijk dat er tussen cassatieberoep door partijen zelf (hierna ook kortweg ‘partijberoep’) en cassatieberoep in het belang der wet door de procureur-generaal een belangrijke overeenkomst bestaat: het zijn beide cassatieberoepen, zodat de behandeling ervan onderhevig is aan de

* Mr. drs. B.T.M. (Bart) van der Wiel is advocaat bij Houthoff Buruma te Den Haag. Met dank aan Ton Hartlief voor zijn commentaar op een eerdere versie.

1 D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971, nr. 182. Zie in vergelijkbare zin G.J. Wiarda, ‘Dient de regeling van cassatie in burgerlijke zaken te worden gewijzigd en, zo ja, in hoeverre en op welke wijze?’ (preadvies NJV), in: *Handelingen 1978 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1, tweede stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 86-87.

2 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 9-14.

3 Vgl. reeds de noot sub 1 van D.J. Veegens onder HR 16 november 1956, NJ 1957, 619 (Schilte/Van Rosendaal c.s.).

bijzonderheden en beperkingen die de cassatieprocedure eigen zijn. Art. 78 lid 6 RO maakt echter duidelijk dat het cassatieberoep in het belang der wet principieel ondergeschikt is aan het partijberoep. Cassatie in het belang der wet kan niet worden ingesteld indien voor partijen een gewoon rechtsmiddel openstaat. Het cassatieberoep in het belang der wet staat derhalve slechts open tegen een in (al dan niet hoogste⁴) feitelijke⁵ instantie gedane uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan. Deze subsidiariteit van het cassatieberoep in het belang der wet – Fokkens spreekt van een ‘aanvullend karakter’⁶ – laat zich verklaren uit de functie van dit buitengewone rechtsmiddel: bevordering van de rechtsontwikkeling en rechts-eenheid.⁷ Deze functies kunnen ook worden gediend door een partijberoep, dat cassatieberoep in het belang der wet aldus in zoverre overbodig maakt. Jessurun d’Oliveira noemt cassatie in het belang der wet hierom ‘(...) het noodrantsoen van het algemene belang, dat pas aangesproken kan worden als partijen onvoldoende voor ravitaillering zorgen.’⁸ Hierbij past wel de kanttekening dat cassatieberoep in het belang der wet wel een primaire functie heeft bij het bewaken van rechts-eenheid en rechtsontwikkeling voor niet onbelangrijke groepen gevallen waarin partijberoep niet openstaat.

Het cassatieberoep in het belang der wet mist de rechtsbeschermingsfunctie van het partijberoep. In overeenstemming met het feit dat cassatieberoep in het belang der wet alleen kan worden ingesteld tegen uitspraken die in kracht van gewijsde zijn gegaan, bepaalt art. 78 lid 6 RO dat de uitspraak van de Hoge Raad op een vordering tot cassatie in het belang der wet geen rechtsgevolgen voor de betrokken partijen heeft.⁹ Voor zover partijen tegen de door de procureur-generaal bestreden uitspraak zelf een rechtsmiddel hadden kunnen instellen, is de grondslag voor het onthouden van rechtsgevolg aan de uitspraak van de Hoge Raad de partijautonomie: de rechtsverhouding tussen partijen zoals die door de bestreden uitspraak is bepaald, dient niet buiten hun wil om te kunnen worden veranderd. In gevallen waarin voor partijen zelf geen rechtsmiddel openstond, is deze grondslag minder overtuigend. De verklaring voor het onthouden van rechtsgevolg aan de uitspraak van de Hoge Raad moet voor die gevallen eerder worden gezocht in (de specifieke uitwerking van) het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, waarmee de wetgever

4 Vroeger was cassatie in het belang der wet beperkt tot in hoogste ressort gewezen uitspraken. Zie H.U. Jessurun d’Oliveira, ‘Kassatie in het belang van het recht’, in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer* (Langemeijer-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 226-227. Vgl. Jacques Boré & Louis Boré, *La cassation en matière civile*, Paris: Dalloz 2008, nr. 141.41-43.

5 Jessurun d’Oliveira 1973, p. 228 wijdt enige bespiegelingen aan de (on)mogelijkheid van cassatie in het belang der wet van uitspraken van de Hoge Raad.

6 J.W. Fokkens, ‘Over cassatie in het belang der wet, in het bijzonder in strafzaken’, in: P.T.T. Bovend’Eert e.a. (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003, p. 193.

7 Zie bijv. J. Rimmelink, ‘Cassatie in het belang der wet’, in: G.A.M. Strijards e.a., *De derde rechts-ingang nader bekeken* (Bronkhorst-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 253.

8 Jessurun d’Oliveira 1973, p. 226.

9 Een succesvol cassatieberoep in het belang der wet staat dus niet in de weg aan executie van de in cassatie bestreden uitspraak. Zie Jessurun d’Oliveira 1973, p. 235-236. Vgl. Boré & Boré 2008, nr. 141.154. Rimmelink 1989, p. 261 meent dat in strafzaken niet geëxecuteerd kan worden.

de rechtsbescherming heeft willen begrenzen. Toekenning van rechtsgevolg aan cassatieberoepen in het belang der wet zou deze voor ieder gelijke begrenzing op betrekkelijk willekeurige wijze doorbreken.

De betekenis van cassatieberoep in het belang der wet voor de rechtseenheid komt op bijzondere wijze tot uitdrukking in de – spaarzame – gevallen waarin bijzondere wetten cassatieberoep in het belang der wet openstellen naast de in art. 78 RO bedoelde gevallen. Een recente loot aan deze stam is art. 7.1 van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc), dat cassatieberoep in het belang der wet openstelt tegen uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) met betrekking tot art. 8.8 Whc. Deze bepaling verwijst naar afdeling 6.3.3A Burgerlijk Wetboek. Het op dit punt openstellen van cassatie in het belang der wet moet voorkomen dat de uitleg die het CBB aan art. 6:193a e.v. BW geeft uit de pas loopt met de jurisprudentie van de burgerlijke rechter.

Partijberoepen worden veelal – maar niet steeds: ook partijen kunnen in voorkomende gevallen vooral behoefte hebben aan duidelijkheid – ingesteld met het oog op rechtsbescherming. Dit doet er niet aan af dat uitspraken op partijberoepen onverkort bijdragen aan rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Voor zover vragen die in het belang van rechtseenheid en rechtsontwikkeling beantwoording behoeven door partijberoepen aan de orde worden gesteld, bestaat aan cassatie in het belang der wet geen behoefte. Zeker in civiele zaken verdient het partijberoep ook de voorkeur vanwege het voordeel dat de argumenten voor de verschillende mogelijke oplossingen door partijen in al hun scherpte naar voren kunnen worden gebracht.¹⁰ Boré en Boré noemen het ontbreken van partijdebat bij cassatieberoep in het belang der wet onomwonden een ‘facteur d’inferiorité’,¹¹ terwijl Asser spreekt van ‘droogzwemmen’.¹²

Jessurun d’Oliveira en G.J. Scholten menen dat het ontbreken van partijdebat afbreuk doet aan het gezag van een uitspraak op een cassatieberoep in het belang der wet.¹³ Fokkens denkt hier geheel anders over: hij meent dat aan een beslissing op een cassatieberoep in het belang der wet juist een sterkere precedentwerking toekomt dan aan het gemiddelde gewone arrest.¹⁴ Naar mijn opvatting zijn dergelijke algemene uitspraken over de waarde van uitspraken op cassatieberoepen in het belang der wet weinig zinvol. Iedere uitspraak zal op zijn eigen merites moeten worden beoordeeld.¹⁵ In ieder geval lijkt het mij niet voor redelijke betwisting vatbaar dat in de praktijk groot gezag kan toekomen aan uitspraken op een cassatieberoep in het belang der wet. Een sprekend voorbeeld is het arrest Gaflic/Saskia Mulder¹⁶ over de reflexwerking van de wegenverkeerswetbepaling over aansprakelijkheid van de automobilist jegens de niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemer

10 In het strafrecht is het onderscheid tussen een ‘gewoon’ cassatieberoep en een cassatieberoep in het belang der wet op dit punt minder scherp wegens de mogelijkheid van ambtshalve cassatie. Zie Fokkens 2003, p. 197.

11 Boré & Boré 2008, nr. 141.101.

12 W.D.H. Asser, *Salomo’s wijsheid* (oratie Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 19.

13 Jessurun d’Oliveira 1973, p. 237; G.J. Scholten, noot sub 1A onder HR 21 december 1973, NJ 1974, 142; Fokkens 2003, p. 204.

14 Fokkens 2003, p. 202.

15 Vgl. Asser 1992, p. 19 en de aldaar aangehaalde bronnen.

16 HR 6 februari 1987, NJ 1988, 57 m.nt. C.J.H. Brunner.

op de spiegelbeeldige situatie van aansprakelijkheid van de niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemer jegens de automobilist.

2 Selecteren van zaken

Eerst indien een uitspraak van een feitelijke instantie met het oog op rechtseenheid en rechtsontwikkeling van belang is en partijberoep ontbreekt, rijst de vraag of cassatieberoep in het belang der wet aangewezen is. Deze vraag wordt – volgens het systeem van de wet – bij uitsluiting beantwoord door de procureur-generaal, die ook als enige bevoegd is cassatieberoep in het belang der wet in te stellen.¹⁷ De minister van Justitie is niet bevoegd de procureur-generaal opdracht te geven tot het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet.¹⁸ Weliswaar geeft art. 127 Wet RO de minister een aanwijzingsbevoegdheid ten opzichte van het openbaar ministerie, maar de procureur-generaal bij de Hoge Raad valt hier buiten, zoals reeds blijkt uit de afzonderlijke regeling van zijn positie in art. 111-123 Wet RO. Het ontbreken van deze instructiebevoegdheid voorkomt dat het oplossen van een impasse in de wetgeving op een bepaald punt via een ministeriële instructie aan de procureur-generaal tot het instellen van cassatie in het belang der wet aan de Hoge Raad kan worden geëndosseerd.¹⁹ Enerzijds biedt deze positie het comfort van de keuzevrijheid, te meer nu de procureur-generaal zich niet over zijn beleid op dit punt hoeft te verantwoorden en zijn keuzes over het al dan niet instellen van beroep niet hoeft te motiveren. Anderzijds levert de discretionaire bevoegdheid van de procureur-generaal op dit punt het ongemakkelijke gevoel op dat bevordering van rechtsontwikkeling en rechtseenheid door cassatieberoepen in het belang der wet aldus toch al te zeer afhankelijk is van de (beleids)voorkeuren van de procureur-generaal en zijn parket.²⁰ Dit laat zich reeds illustreren door de aanzienlijke kwantitatieve verschillen die er op dit punt in de loop der jaren zijn geweest.²¹ In de eerste jaren na 2000 was het gemiddelde aantal cassatieberoepen in het belang der wet gedaald tot onder de twee per jaar,²² terwijl in 1973, het jaar waarin procureur-generaal Langemeijer, bekend liefhebber van het instituut,²³ afscheid nam, twintig civiele- en strafarresten op een cassatieberoep in het belang der wet zijn geweest.²⁴

17 Vgl. Boré & Boré 2008, nr. 141.11.

18 Vz. ARRvS 12 december 1978, NJ 1980, 269 m.nt. Th.W. van Veen; ARRvS 12 april 1979, AB 1979, 369 m.nt. J.R. Stellinga.

19 Instemmend over het ontbreken van instructiebevoegdheid bijv. R Emmelink 1989, p. 255.

20 Zie bijv. over P-G Langemeijer Jessurun d'Oliveira 1973, p. 241; G.J.W. van Oven, 'Cassatie in het belang der wet', NJB 1999, p. 1974-1975; D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, vierde druk bewerkt door E. Korthals Altes & H.A. Groen, Deventer: Kluwer 2005, nr. 47.

21 Zie bijv. Jessurun d'Oliveira 1973, p. 238; Wiarda 1978, p. 99; J.B.M. Vranken, 'Bloembergen en de cassatie in het belang der wet van 1639w BW-beschikkingen', NJB 1984, p. 1363-1364; Emmelink 1988, p. 205, noot 6; W.H.B. den Hartog Jager, *Cassatie in het belang der wet* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 127 en 200; Van Oven 1999, p. 1974-1975; Fokkens 2003, p. 193.

22 Blijkens het verslag 2007-2008 van de Hoge Raad, p. 134. Dit verslag is te vinden op <www.rechtspraak.nl>.

23 Zie bijv. Jessurun d'Oliveira 1973, p. 241.

24 Den Hartog Jager 1994, p. 127.

De betekenis van het eigen initiatief van de procureur-generaal moet wel in zoverre worden gerelativeerd dat de beslissing om al dan niet cassatieberoep in het belang der wet in te stellen, in veel gevallen wordt genomen naar aanleiding van een verzoek van buiten.²⁵ In de afgelopen jaren heeft de procureur-generaal blijkens de jaarverslagen van de Hoge Raad enkele tientallen verzoeken per jaar ontvangen. Het openbaar ministerie bij de rechtbanken en hoven heeft hierbij een wettelijke taak. Art. 22 en 23 Besluit orde van dienst gerechten²⁶ bepalen dat de parketambtenaren van het openbaar ministerie bij die gerechten een afschrift van een in kracht van gewijsde gegane uitspraak in een civiele, straf- of belastingzaak aan de procureur-generaal bij de Hoge Raad zenden, indien deze uitspraak naar hun mening in aanmerking komt voor cassatie in het belang der wet. De parketambtenaren worden geacht hun voorzet met redenen te omkleden. Het lijkt bij art. 22 en 23 Besluit orde van dienst gerechten om een vrijwel dode letter te gaan. De verzoeken tot het instellen van cassatieberoep in het belang der wet zijn voornamelijk afkomstig van burgers, advocaten en wetenschappers.

Suggesties van buiten leiden lang niet altijd tot het daadwerkelijk instellen van beroep. Niet alleen omdat – naar het oordeel van de procureur-generaal – er vanuit het oogpunt van rechtseenheid en rechtsontwikkeling onvoldoende belang bestaat bij cassatie in het belang der wet, maar ook omdat met terughoudendheid met dit buitengewone rechtsmiddel pleegt te worden omgegaan. Zo zal beroep achterwege blijven indien de procureur-generaal van oordeel is dat het gaat om een kwestie waarmee in de praktijk nog ervaring moet worden opgedaan om tot een verantwoord oordeel te komen.²⁷ Ook zal beroep achterwege blijven indien de procureur-generaal verwacht dat de betreffende rechtsvraag binnen afzienbare termijn door middel van een partijberoep aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd. Het partijberoep heeft immers met name in civiele zaken het al gememoreerde voordeel dat de argumenten voor de verschillende mogelijke oplossingen door partijen in al hun scherpte naar voren kunnen worden gebracht.²⁸ Voorts zal een beroep in beginsel achterwege blijven indien niet voor misverstand vatbaar is dat de te bestrijden uitspraak onjuist is, bijvoorbeeld wegens strijd met vaste rechtspraak van de Hoge Raad. In dat geval immers zal er doorgaans geen behoefte zijn aan de door een cassatieberoep in het belang der wet te scheppen verduidelijking in het belang van rechtseenheid of rechtsontwikkeling.²⁹ Ten slotte kan een voornemen van de wetgever om de betreffende kwestie ter hand te nemen aanleiding zijn om een cassatieberoep in het belang der wet achterwege te laten.³⁰

25 Den Hartog Jager 1994, p. 113-118 geeft een historisch overzicht van dit verschijnsel. Zie ook het interview met toenmalig procureur-generaal W.J.M. Berger, AA 1986, p. 430.

26 Besluit van 10 december 2001, *Stb.* 2001, 619. Deze bepalingen zijn de opvolgers van art. 82 en 83 Reglement I (Besluit van 14 september 1838, *Stb.* 1838, 36).

27 Fokkens 2003, p. 194 en 203. Vgl. J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid. Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000, p. 4.

28 J. Remmelink, 'De procureur-generaal', in: J. van Soest e.a. (red.), *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988. Een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 204; Fokkens 2003, p. 194.

29 Wiarda 1978, p. 100; Remmelink 1988, p. 204; Fokkens 2003, p. 194.

30 Remmelink 1988, p. 204; Fokkens 2003, p. 194 en 201-202.

De hiervoor genoemde redenen om geen cassatieberoep in het belang der wet in te stellen,³¹ kunnen op zichzelf veelal overtuigen. Toch blijft het beroepenbeleid een zweem van toevalligheid aankleven – alleen al vanwege de kwantitatieve verschillen die in de loop der jaren zichtbaar zijn geworden – en leeft de gedachte dat het instituut een grotere bijdrage aan de rechtsontwikkeling zou kunnen leveren.³²

Hierop heeft de commissie normstellende rol Hoge Raad (naar haar voorzitter de ‘commissie-Hammerstein’ genoemd) in haar rapport *Versterking van de cassatierechtspraak*³³ ingespeeld door – in aansluiting op eerdere ideeën hierover³⁴ – in overweging te geven een commissie in het leven te roepen die de procureur-generaal adviseert omtrent uitspraken die in aanmerking komen voor cassatieberoep in het belang der wet. Voorts heeft de commissie-Hammerstein gesuggereerd actiever zaken te ‘werven’ om de kans te verkleinen dat in aanmerking komende uitspraken over het hoofd worden gezien. Ten slotte heeft de commissie-Hammerstein het probleem van het gebrek aan partijdebat onder ogen gezien. Dit gebrek zou kunnen worden gecompenseerd door het betrekken van ‘het veld’ bij cassatieberoepen in het belang der wet. Hiervoor heeft de Hoge Raad processueel de weg al geëffend, door in een geval van enkele jaren geleden reacties van cassatieadvocaten op een vordering tot cassatie in het belang der wet in aanmerking te nemen.³⁵ Eerder suggereerde Wiarda in dit verband om bij cassatieberoep in het belang der wet de mogelijkheid te openen dat op staatskosten cassatieadvocaten worden ingeschakeld.³⁶ Boré en Boré hebben voor het Franse *pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi* de – naar hun zeggen aan de praktijk bij het Bundesgerichtshof ontleende – suggestie gedaan binnen het parket twee onafhankelijk opererende rapporteurs in te schakelen.³⁷

De suggesties van de commissie-Hammerstein hebben de procureur-generaal ertoe geleid een commissie Cassatie in het belang der wet in te stellen. Deze commissie heeft tot taak te onderzoeken op welke wijze een ruimere toepassing van het rechtsmiddel cassatie in het belang der wet kan worden bevorderd. Ten behoeve van dit onderzoek heeft de commissie verzocht uitspraken onder haar aandacht te brengen die zich zouden kunnen lenen voor cassatieberoep in het belang der wet. Het rapport van de commissie en haar adviezen over de onder haar aandacht gebrachte zaken worden op het moment dat deze bijdrage ter perse gaat nog afge wacht.

31 Zie hierover ook het interview met toenmalig procureur-generaal W.J.M. Berger, AA 1986, p. 429-430.

32 Zie bijv. Van Oven 1999, p. 1974; Vranken 2000, p. 4; W.E. Haak, ‘Rechtsvorming door de hoogste rechter, toeval of beleid?’, *NJB* 2000, p. 713-714; J. de Hullu, ‘Meer rechtsvorming in het strafrecht?’, *NJB* 2000, p. 717-718; Fokkens 2003, p. 194.

33 Bij brief van 27 maart 2008 (*Kamerstukken II* 2007/08, 29 279, nr. 69) door de minister van Justitie aan de Tweede Kamer aangeboden.

34 Zie bijv. Wiarda 1978, p. 103-104.

35 HR 14 december 2007, *LJN* BB3523, *NJ* 2008, 105 m.nt. J.M.M. Maeijer. Zie hierover I. Giesen, ‘Onderzoekende arbiters wraken? Meer helderheid dankzij het instrument van de cassatie in het belang der wet’, *WPNR* 6722 (2007), p. 737-738, sub 5.1.

36 Wiarda 1978, p. 102-103, ondersteund door bijv. Vranken 2000, p. 4 en Haak 2000, p. 714.

37 Boré & Boré 2008, nr. 141.101.

3 Vitalisering en marginalisering

Met het instellen van de commissie Cassatie in het belang der wet en het accepteren door de Hoge Raad van reacties van derden lijkt een vitalisering van het cassatieberoep in het belang der wet te zijn ingezet. Zou dit buitengewone rechtsmiddel zich dan toch aan zijn 'artificiële',³⁸ 'steriele'³⁹ of zelfs 'platonische'⁴⁰ karakter ontworstelen?

Dit toekomstbeeld komt bepaald in een ander daglicht te staan wanneer een andere ontwikkeling waartoe het rapport van de commissie-Hammerstein heeft geleid, in aanmerking wordt genomen: de verwachte⁴¹ invoering van de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Een soortgelijke mogelijkheid bestaat al geruime tijd bij het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Franse Cour de cassation.⁴² Invoering van deze mogelijkheid in Nederland is eerder bepleit, laatstelijk door de commissie Fundamentele herbezinning.⁴³ Met een prejudiciële vraag kan een lagere rechter een in een lopende procedure opgekomen rechtsvraag ter beantwoording voorleggen aan de Hoge Raad. Volgens de tekst van het wetsvoorstel zoals dat ter consultatie is geopenbaard, is de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen beperkt tot burgerlijke zaken waarin beantwoording nodig is om de betreffende zaak te beslissen en tevens rechtstreeks van belang is voor een veelheid aan soortgelijke gevallen.

De Hoge Raad zal kunnen afzien van beantwoording van een prejudiciële vraag indien hij dit niet geraden acht in verband met het karakter of het belang van de vraag. Van belang is dat het wetsvoorstel erin voorziet dat de Hoge Raad kan bepalen dat ook anderen dan partijen in de gelegenheid worden gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken naar aanleiding van een prejudiciële vraag. Aldus kunnen de bij belanghebbenden en geïnteresseerden levende opvattingen bij het debat over de vraag worden betrokken, op soortgelijke wijze als de Hoge Raad dat inmiddels heeft toegestaan bij cassatieberoep in het belang der wet.

Voor de hand ligt dat het in het leven roepen van dit instrument de relevantie van cassatie in het belang der wet in burgerlijke zaken zal doen afnemen, zeker gelet op het feit dat een prejudiciële vraag, evenals cassatieberoep in het belang der wet, (dikwijls⁴⁴) ook mogelijk zal zijn wanneer partijberoep is uitgesloten. Juist in de gevallen waarin cassatie in het belang der wet aangewezen zou kunnen zijn, kan een prejudiciële vraag ook baat brengen, waarbij bovendien het voordeel is dat alsdan wel sprake kan en zal zijn van partijdebat. Een uitspraak op een prejudiciële

38 Wiarda 1978, p. 102.

39 Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 47.

40 Boré & Boré 2008, nr. 141.141.

41 Blijkens een persbericht van 1 april 2010 heeft de ministerraad ermee ingestemd het wetsvoorstel voor advies aan de Raad van State te sturen.

42 Hierover R.P.J.L. Tjittes & R. Meijer, 'Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *RMThemis* 2009, p. 164-175. Over de Franse procedure uitgebreid Boré & Boré 2008, nr. 24.11 e.v. Het idee van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad is niet nieuw; zie bijv. Rammelink 1989, p. 263.

43 W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2006, p. 167-168 en 170.

44 Volgens het ontwerpartikel 392 van het voorontwerp Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad komt de bevoegdheid prejudiciële vragen te stellen niet toe aan een enkelvoudige kamer.

vraag zal de rechten van partijen namelijk wel degelijk kunnen beïnvloeden. Het wetsontwerp voorziet er immers in dat de rechter die de vraag heeft gesteld, de zaak vervolgens beslist met inachtneming van het antwoord van de Hoge Raad. Ongetwijfeld zullen er ook *in civilibus* rechtsvragen blijven die noch via gewone cassatieberoepen, noch via prejudiciële vragen aan de Hoge Raad worden voorgelegd, bijvoorbeeld in zaken waarin cassatieberoep niet openstaat en het van een prejudiciële vraag om wat voor reden dan ook niet komt. Na invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen valt echter niet te verwachten dat het toch al geringe aantal cassatieberoepen in het belang der wet in relevante mate zal stijgen. Ondanks de door de commissie-Hammerstein uitgelokte vitaliseringsinitiatieven zal cassatieberoep in het belang der wet – eventueel na een korte opleving – de vluchtstrook van de rechtsontwikkeling blijven: gewaardeerd, maar doorgaans op goede gronden onbenut.

Cassatie in het belang der wet in strafzaken

F.W. Bleichrodt*

I Inleiding

Cassatie in het belang der wet fungeert in ons stelsel van rechtsmiddelen als sluitpost. Het buitengewone rechtsmiddel heeft een aanvullend karakter ten opzichte van het gewone rechtsmiddel van beroep in cassatie. Anders dan de herziening in strafzaken, het andere buitengewone rechtsmiddel in strafzaken, is het rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet geen voorwerp van maatschappelijk debat, laat staan van maatschappelijke ophef. Het uit het Franse recht stammende rechtsmiddel vormt al sinds de negentiende eeuw een rustig bezit. Zelfs de uit cassatieoogpunt achterhaalde term 'in het belang der wet' bleef, zij het tussen haken, in artikel 78 van de Wet op de rechterlijke organisatie behouden. De voor de hand liggende aanpassing van de benaming van het rechtsmiddel aan de cassatiegrond 'schending van het recht' bleef achterwege, omdat de term 'cassatie in het belang der wet' zou zijn ingeburgerd.¹

Ook het aantal zaken waarin de Hoge Raad arrest wijst na een voordracht tot cassatie in het belang der wet is zeer bescheiden in verhouding tot het aantal door hem behandelde gewone cassatieberoepen. De tweejaarlijkse verslagen van de Hoge Raad bieden inzicht in het aantal verzoeken aan de procureur-generaal tot het doen van een voordracht tot cassatie in het belang der wet en in het aantal vorderingen dat daadwerkelijk wordt gedaan. In de jaren 2001/2002 diende de procureur-generaal bij de Hoge Raad in totaal vier voordrachten tot cassatie in het belang der wet in, in 2003/2004 drie, in 2005/2006 zeven en in 2007/2008 twaalf.² Bij de interpretatie van deze cijfers past, zeker gelet op de geringe aantallen, terughoudendheid. Niettemin valt op dat in de jaren 2007 en 2008 relatief

* Prof. mr. F.W. Bleichrodt is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 *Kamerstukken II* 1962/63, 2079, nr. 5, p. 10. Zie verder over de geschiedenis van het rechtsmiddel: W.H.B. den Hartog Jager, *Cassatie in het belang der wet*, Arnhem: Gouda Quint 1994, hoofdstukken 2 en 3. Zie ook de bijdrage van Borgers in deze bundel.

2 De tweejaarlijkse verslagen van de Hoge Raad zijn te raadplegen via <www.rechtspraak.nl>. In de verslagjaren waren respectievelijk 53, 58, 71 en 50 verzoeken gedaan om een voordracht tot cassatie in het belang der wet in te stellen.

veel voordrachten zijn gedaan. Ook het aandeel van strafzaken lijkt, in vergelijking tot voorafgaande jaren, relatief groot. Of dat te maken heeft met een ruimhartiger toepassing of met de toevallige omstandigheid dat er in die jaren meer verzoeken werden gedaan in zaken waarin werkelijk belangrijke rechtsvragen aan de orde waren, is onduidelijk. In elk geval kan niet meer worden gezegd dat het rechtsmiddel 'een armetierig bestaan'³ leidt.

Het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet ontleent zijn waarde aan de mogelijkheid belangrijke rechtsvragen aan de Hoge Raad voor te leggen die hem naar verwachting niet op korte termijn via het gewone rechtsmiddel van cassatie bereiken. Die situatie kan zich in de eerste plaats voordoen in gevallen waarin beroep in cassatie niet openstaat. Te denken valt aan zaken op grond van de Wet Administratieve Handhaving Verkeersvoorschriften (WAHV). In de tweede plaats kan een voordracht worden gedaan in gevallen waarin cassatieberoep wel heeft opengestaan, maar partijen van het instellen daarvan hebben afgezien. Via deze weg is een aantal belangrijke arresten uit het ijzeren repertoire tot ons gekomen, zoals het arrest 'Bloedproef II' en het arrest over de Zeeuwse motorrijder.⁴ Cassatie in het belang der wet kan in voorkomende gevallen de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling bevorderen, bijvoorbeeld in zaken waarin hoven verschillend over een rechtsvraag oordelen. Het is daarmee ons meest toekomstgerichte rechtsmiddel: de Hoge Raad biedt de feitenrechter met zijn arrest houvast bij de beoordeling van toekomstige zaken, zonder dat de uitkomst nadeel toebrengt aan rechten die partijen uit de – onjuist gebleken – beslissing hebben verkregen.

2 Voorstellen tot wijziging

De commissie Normstellende rol van de Hoge Raad (hierna, naar haar voorzitter, de commissie-Hammerstein genoemd) heeft in haar rapport ook aandacht besteed aan het rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet.⁵ Zij stelt een ruimere toepassing van dit rechtsmiddel voor. Daardoor zou de kwaliteit van de rechtspleging kunnen worden bewaakt en zou de rechtspraktijk meer houvast kunnen worden geboden. De commissie doet een aantal voorstellen om de werking van dit rechtsmiddel te verbeteren.

Zij stelt voor een adviescommissie in het leven te roepen die de procureur-generaal bij de Hoge Raad adviseert over uitspraken die zich mogelijk lenen voor een voordracht tot cassatie in het belang der wet. De leden van de commissie zouden door de procureur-generaal moeten worden benoemd en bij voorkeur afkomstig moeten zijn uit de rechterlijke macht en de wetenschap. De functie van de commissie zou aanvullend moeten zijn. Teneinde het exclusieve karakter van de bevoegdheid van de procureur-generaal te onderstrepen, zouden de adviezen van de adviescommissie volgens de commissie-Hammerstein niet bindend en niet openbaar moeten

3 Term ontleend aan G.J. van Oven, 'Cassatie in het belang der wet', *NJB* 1999, p. 1974-1975, m.n. p. 1974, die de term toepasselijk achtte op de toenmalige praktijk.

4 HR 26 juni 1962, *NJ* 1962, 470 en HR 25 juni 1996, *NJ* 1996, 714.

5 *Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag 2008, m.n. p. 48-50 en p. 57.

zijn. In aansluiting op deze voorstellen, waarvan de invoering strikt genomen geen wettelijke grondslag behoeft, heeft de procureur-generaal een adviescommissie ingesteld die hem in civiele zaken van advies dient. De adviescommissie bestaat uit een hoogleraar, een advocaat en een vice-president van een hof.⁶

De commissie constateert voorts dat – met name in de civiele sector – de soms niet voldoende feitelijke grondslag en het gebrek aan mogelijkheden om nadere informatie in te winnen in de praktijk als beperkingen worden ervaren. De commissie-Hammerstein stelt voor belanghebbenden in de gelegenheid te stellen hun visie te geven op een (voorgenomen) voordracht tot cassatie in het belang der wet. Daardoor zou de Hoge Raad zich beter een oordeel kunnen vormen over de juridische en maatschappelijke implicaties van de door hem te nemen beslissing. Ook naar huidig recht verzet de wet zich overigens niet tegen het inwinnen van inlichtingen in het kader van de procedure tot cassatie in het belang der wet. De Hoge Raad is daartoe in een civiele zaak een keer overgegaan.⁷

3 Ook in strafzaken?

Het rapport van de commissie-Hammerstein bevat een waardevolle aanzet tot nadere gedachtevorming over het rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet. Het onderstreept het belang van een voorziening om buiten het geschil tussen partijen een rechtsvraag aan de Hoge Raad voor te kunnen leggen. Niettemin is het de vraag welke betekenis de voorstellen toekomt voor het rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet in strafzaken.

De voorstellen van de commissie lijken met name toegesneden op de civiele kamer van de Hoge Raad.⁸ De vraag naar de relevantie van de voorstellen voor de strafkamer kan slechts worden beantwoord door de betekenis van cassatie in het belang der wet *in civilibus* af te zetten tegen die in strafzaken. Die betekenis verschilt in diverse opzichten.⁹

In de eerste plaats is in strafzaken altijd het openbaar ministerie als hoeder van het algemeen belang betrokken. Anders dan de meeste civiele partijen, heeft het openbaar ministerie bij zijn processuele opstelling in het algemeen ook oog voor toekomstige zaken, omdat het in die toekomstige zaken ook partij zal zijn. Het openbaar ministerie zal in zaken waarin belangrijke rechtsvragen aan de orde zijn gewoon cassatieberoep kunnen instellen. In civiele zaken heeft de samenstelling van de partijen een meer *ad hoc*-karakter. In civiele zaken behartigen partijen in de regel alleen hun eigen belangen en speelt de beslechting van toekomstige geschillen in hun processuele opstelling een veel kleinere rol.

In de tweede plaats zijn de verschillen tussen het gewone rechtsmiddel van cassatie en het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in strafzaken kleiner dan in

6 Aldus de president van de Hoge Raad in diens toespraak 'Een blik op de toekomst' op 3 juni 2009, te raadplegen op <www.rechtspraak.nl>.

7 HR 14 december 2007, NJ 2008, 105.

8 In het onderstaande blijft de belastingsector van de Hoge Raad buiten beschouwing.

9 Zie ook J.W. Fokkens, 'Over cassatie in het belang der wet, in het bijzonder in strafzaken', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen en Th.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003, p. 193-205, m.n. p. 195-198.

civiele zaken. In de grote meerderheid van de strafzaken die de Hoge Raad bereiken, heeft de verdachte het cassatieberoep ingesteld. In die gevallen is in de cassatieprocedure voor het openbaar ministerie geen rol weggelegd. Van een procedure op tegenspraak is dan geen sprake. In civiele cassatieprocedures zijn beide partijen in de gelegenheid op elkaars stellingen te reageren. Ook is de strafkamer, anders dan de civiele kamer, bevoegd ambtshalve te casseren.¹⁰ De Hoge Raad heeft daarmee in strafzaken de mogelijkheid rechtsvragen ook buiten de cassatiemiddelen om te beantwoorden.

In de derde plaats is het aantal zaken dat de strafkamer afdoet vele malen hoger dan het aantal zaken dat leidt tot een arrest van de civiele kamer. In 2009 deed de Hoge Raad 3464 strafzaken en 527 civiele zaken af.¹¹ Ook vanwege het zaakaanbod heeft de Hoge Raad in strafzaken meer gelegenheid rechtsvragen te beantwoorden dan in civiele zaken.

Door de positie van het openbaar ministerie als constante factor in het strafproces en door de juridische en feitelijke mogelijkheden van de Hoge Raad om in de cassatieprocedure rechtsvragen te beantwoorden, heeft cassatie in het belang der wet in civiele zaken meer toegevoegde waarde dan in strafzaken. Daarbij komt dat de procedurele verschillen tussen de gewone cassatieprocedure en cassatie in het belang der wet in strafzaken kleiner zijn dan in civiele zaken. Deze constatering is van invloed op de waardering van de voorstellen van de commissie-Hammerstein voor het rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet in strafzaken. Die voorstellen worden in het onderstaande nader belicht.

4 Adviescommissie?

De commissie-Hammerstein benadrukt terecht het belang dat de procureur-generaal bij de Hoge Raad in staat wordt gesteld kennis te nemen van rechterlijke uitspraken die zich lenen voor een voordracht tot cassatie in het belang der wet. De procureur-generaal kan zijn exclusief aan hem toevertrouwde bevoegdheid slechts uitoefenen als hij kennis draagt van uitspraken die zich lenen voor een voordracht. Daarbij is hij goeddeels afhankelijk van de bereidheid van anderen, zoals de hoven en advocaten van de procespartijen, deze zaken aan te leveren. Een adviescommissie zou dan ook in civiele zaken kunnen bijdragen aan het bevorderen van de informatiepositie van de procureur-generaal.

Het is echter de vraag of een adviescommissie in het kader van cassatie in het belang der wet, zoals door de commissie-Hammerstein voorgesteld, in strafzaken een vergelijkbare toegevoegde waarde zal hebben. Te wijzen valt op de hiervoor aangegeven verschillen tussen de betekenis van cassatie in het belang der wet in strafzaken in vergelijking tot die in civiele zaken. In het bijzonder springt de rol van het openbaar ministerie in het oog. De 'cassatiedesk' van het openbaar ministerie rekent het tot zijn taak de procureur-generaal te voeden met arresten die zich mogelijk lenen voor een voordracht tot cassatie in het belang der wet.¹² In gevallen

10 Vgl. art. 440 lid 1 Sv ('hetzij op de aangevoerde, hetzij op andere gronden').

11 Cijfers afkomstig van <www.rechtspraak.nl>.

12 Zie Ressortsparket Den Haag Openbaar Ministerie, *Cassatiedesk Jaarverslag 04.2006 – 04.2007*, Den Haag 2007, p. 13 (beschikbaar op <www.om.nl>).

waarin het openbaar ministerie de instelling van een gewoon cassatieberoep niet opportuun acht, kan het openbaar ministerie door toezending van het arrest aan de procureur-generaal trachten een rechtsvraag via de 'achterdeur' van cassatie in het belang der wet aan de Hoge Raad voor te leggen. Een adviescommissie lijkt dan ook in strafzaken minder toegevoegde waarde te hebben dan in civiele zaken. In geval ook in strafzaken een adviescommissie zou worden ingesteld, ben ik van mening dat de adviezen van de adviescommissie in elk geval op enigerlei wijze openbaar zouden moeten zijn. De commissie-Hammerstein motiveert haar voorstel de adviezen buiten de openbaarheid te houden summier met een verwijzing naar de exclusiviteit en onafhankelijkheid van de uitoefening van de bevoegdheid door de procureur-generaal. Deze argumenten zijn overtuigend ter onderbouwing van het voorstel het advies van de adviescommissie geen bindend karakter toe te kennen, maar leiden niet tot de gevolgtrekking dat de adviezen geheim zouden moeten zijn. Het feit dat de bevoegdheid van de procureur-generaal exclusief is, vormt daarentegen juist een argument voor het nastreven van transparantie ten aanzien van de wijze waarop de bevoegdheid wordt toegepast. De exclusieve toekenning van de bevoegdheid tot het doen van een voordracht aan de procureur-generaal is als zodanig niet problematisch, maar vraagt wel om openheid over de criteria die worden gehanteerd voor het doen van een voordracht en over de gevallen waarin wordt afgeweken van een advies van de speciaal daartoe in het leven geroepen adviescommissie. Over de criteria die worden gehanteerd voor het al dan niet doen van een voordracht lijkt geen misverstand te bestaan, terwijl de concrete toepassing niet uitsluitend afhangt van de persoonlijke belangstelling van de procureur-generaal, maar onderdeel vormt van het beleid van het parketbestuur.¹³ Het geheim houden van adviezen van de adviescommissie draagt niet bij aan de transparantie die in dit verband mag worden verwacht. Ook in het wetsvoorstel over de herziening ten voordele is voorzien in de mogelijkheid dat de procureur-generaal over de wenselijkheid van nader onderzoek advies inwint bij een adviescommissie. De adviezen van deze adviescommissie zijn openbaar.¹⁴ Niet valt in te zien waarom dat voor adviezen van een adviescommissie in het kader van cassatie in het belang der wet anders zou moeten zijn.

5 Overige voorstellen

Ook de voorstellen tot het bevorderen van tegenspraak in het kader van de procedure tot cassatie in het belang der wet vallen beter te plaatsen in de context van de civiele procedure dan in die van de strafrechtelijke procedure. Zoals aangegeven, is

13 Zie Fokkens 2003, p. 204-205. Fokkens gaat ook in op de toepassingscriteria (p. 194-195). Zie ook J. Rummelink, 'Cassatie in het belang der wet', in: G.A.M. Strijards e.a. (red.), *De derde rechtsingang nader bekeken* (Bronkhorst-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 253-264.

14 Zie art. 462 lid 3 Sv van wetsvoorstel 'Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met een hervorming van de regeling betreffende herziening ten voordele van de gewezen verdachte' (Wet hervorming herziening ten voordele), *Kamerstukken II 2008/09*, 32 045, nr. 2, p. 3.

in de gewone strafrechtelijke cassatieprocedure van een procedure op tegenspraak in het gros van de zaken geen sprake.¹⁵

Dat laat onverlet dat het nuttig kan zijn dat de procureur-generaal in voorkomende gevallen ook in strafzaken belanghebbenden, zoals het openbaar ministerie en de betrokken advocaat dan wel de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten, in de gelegenheid stelt hun zienswijze te geven op een concept voor een voordracht tot cassatie in het belang der wet.

In het licht van het bevorderen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling lijkt de behoefte aan verruiming van de toepassing van cassatie in het belang der wet in civiele zaken evidentier dan in strafzaken. Die gedachte wordt nog versterkt door de constatering in het rapport van de commissie-Hammerstein dat geen belangrijke rechtsvragen buiten het bereik van de strafkamer lijken te blijven.¹⁶ De aanvullende rol van cassatie in het belang der wet is dan ook in strafzaken meer bescheiden dan in civilibus, hoewel die constatering een ruimhartig gebruik van het rechtsmiddel niet hoeft uit te sluiten. In tijden waarin de werkbelasting van de strafkamer van de Hoge Raad een punt van zorg is, is verruiming van het aantal voordrachten echter niet vanzelfsprekend en geen doel op zich.

Een uitbreiding van het aantal voordrachten zou wel overwogen kunnen worden in die gevallen waarin zaken structureel aan het zicht van de strafkamer van de Hoge Raad zijn onttrokken doordat het gewone rechtsmiddel van beroep in cassatie niet openstaat. Dat geldt bijvoorbeeld in zaken op grond van de WAHV en in overleveringszaken. Juist in deze categorieën zaken kan cassatie in het belang der wet toegevoegde waarde hebben voor het bewaken van de kwaliteit van de rechtspleging. Dat is ook van belang om de rechtseenheid te bewaken in geval rechtsvragen aan de orde zijn die verwant zijn aan rechtsvragen in procedures waarin wel beroep in cassatie openstaat.

Het belang van de rechtseenheid is ook, of misschien zelfs juist, aan de orde in geval twee verschillende hoogste rechters zich over een rechtsvraag uitlaten. Het is uit een oogpunt van rechtseenheid onbevredigend als twee hoogste rechters in ons land een rechtsvraag op verschillende wijze beantwoorden. Dat komt het gezag van de rechtspraak niet ten goede. Een voorbeeld van afwijkende oordelen van hoogste rechters vormen de uitspraken van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake de positie van vrouwen binnen de SGP.¹⁷ Onder meer ten aanzien van de invulling van het passieve kiesrecht oordeelde de Hoge Raad anders dan de Afdeling in haar uitspraak van 5 december 2007. Dit soort afstemmingsproblemen vloeit voort uit de wijze waarop de rechtspraak is georganiseerd; cassatie in het belang der wet biedt daarvoor bij de huidige stand van zaken geen soelaas.

Dat zou ten aanzien van strafrechtelijke vraagstukken slechts anders zijn als de mogelijkheid tot cassatie in het belang der wet zou worden opengesteld na uitspra-

15 Wel kan een zogenoemde 'Borgersbrief' worden geschreven in reactie op de conclusie van de advocaat-generaal, maar dat is niet een vorm van tegenspraak zoals in de civiele procedure, waar partijen zich over en weer kunnen uitlaten.

16 Zie Hammerstein 2008, p. 30.

17 HR 9 april 2010, NJ 2010, 388 (m.nt. Alkema) resp. ABRvS 5 december 2007, AB 2008, 35.

ken van bestuursrechters waarin vragen van in wezen strafrechtelijke aard aan de orde zijn gekomen. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn in bestuurlijke boetetracten. Een dergelijke variant van cassatie in het belang der wet, hoe nuttig ook, zou echter een systeembreuk betekenen in de verhouding tussen de verschillende hoogste rechters.

6 Vergezichten

De gedachtewisseling over mogelijke wijzigingen in de regeling of toepassing van cassatie in het belang der wet zou naar mijn mening moeten worden voorafgegaan door een meer fundamentele discussie over de verhouding tussen cassatie in het belang der wet en de gewone cassatieprocedure. Beide rechtsmiddelen dienen in onderling verband te worden gezien. Het feit dat cassatie in het belang der wet is bedoeld als aanvulling op het gewone rechtsmiddel van cassatie betekent dat wijzigingen in de cassatieprocedure in de regel van betekenis zullen zijn voor de invulling van het buitengewone rechtsmiddel. In theorie zijn twee tegengestelde richtingen denkbaar.

In de eerste plaats zou sprake kunnen zijn van convergentie, die inhoudt dat de verschillen tussen cassatie en cassatie in het belang der wet kleiner worden. Dat zou bijvoorbeeld als volgt kunnen worden gerealiseerd. Een kenmerk van cassatie in het belang der wet is dat de rechtsgevolgen van de vernietigde uitspraak in stand worden gelaten en dat geen nadeel wordt toegebracht aan de rechten door partijen verkregen (art. 78 lid 5 Wet RO). Die regel is voor civiele zaken begrijpelijk. Het is echter de vraag of die conclusie ook voor strafzaken geldt. De huidige praktijk in gevallen waarin de Hoge Raad in het belang der wet een veroordelend arrest casseert is dat een gratieverzoek wordt ingediend of dat het openbaar ministerie de opgelegde straf of maatregel niet (verder) ten uitvoer legt. Het gaat hierbij om nodeloze omwegen, waarvan de laatstgenoemde in het licht van artikel 553 Sv zelfs in beginsel *contra legem* is.

In het belang van een behoorlijke rechtsbedeling is er veel voor te zeggen als de wetgever de Hoge Raad de mogelijkheid biedt gevolgen van het vernietigde arrest die voor de veroordeelde ongunstig zijn ongedaan te maken. Ook Keulen pleit ervoor bij wet te bepalen dat voor de veroordeelde ongunstige beslissingen onbeperkt aantastbaar zijn.¹⁸ Hij stelt in dit verband dat het voor het gezag van de Hoge Raad niet zonder risico is uitsluitend uitspraken te kunnen wijzen die in de desbetreffende zaak geen effect sorteren. Dat geldt wellicht in nog sterkere mate voor de genoemde categorieën zaken waarin geen gewoon cassatieberoep openstaat, zoals in overleveringszaken.¹⁹ De Hoge Raad kan geen directe rechtsgevolgen in het leven roepen en is afhankelijk van de medewerking van – in dit voorbeeld – de Rechtbank Amsterdam om de lijn in haar rechtspraak aan te passen. Het zou de kracht van het rechtsmiddel vergroten als de Hoge Raad na cassatie in het belang

18 B.F. Keulen, 'Cassatie op een breekpunt?', *RM Themis* 2009, p. 201-213, m.n. p. 211-212.

19 Zie in dit verband de noot van Klip onder HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 487, 488 en 489.

der wet de voor de veroordeelde ongunstige gevolgen van de vernietigde beslissing ongedaan zou kunnen maken.

Een tegengestelde, divergerende ontwikkeling is echter ook denkbaar. Naar huidig recht is cassatie in het belang der wet gebonden aan een vonnis of arrest in een concrete zaak. De procureur-generaal dient in zijn voordracht één of meer cassatiemiddelen tegen het bestreden vonnis of arrest te formuleren, ook al is hij het met de uitkomst van het geschil eens. De Hoge Raad kan, evenals in de gewone cassatieprocedure, slechts casseren op grond van verzuim van vormen dan wel schending van het recht in de zin van artikel 79 lid 1 RO. Om een rechtsvraag aan de Hoge Raad voor te leggen zal de procureur-generaal dan ook de cassatietechnische voetangels en klemmen moeten omzeilen. Soms lijkt de concrete zaak dan wel het daarin gewezen arrest of vonnis in de weg te zitten bij het ontlokken van een principiële uitspraak van de Hoge Raad over een rechtsvraag.

Om die reden valt te overwegen om de mogelijkheid tot het doen van een voordracht meer te abstraheren van de concrete zaak. De procureur-generaal zou in die variant een rechtsvraag aan de Hoge Raad kunnen voorleggen die opkomt naar aanleiding van een onherroepelijk geworden uitspraak, zonder dat hij gebonden is aan de beperkingen die de concrete zaak, het daarin gewezen vonnis of arrest en de rechtsgang in cassatie nu eenmaal meebrengen. Dan zouden de procureur-generaal en de Hoge Raad, in de woorden van Remmelink, niet langer getrouwd zijn met een vonnis of arrest.²⁰

In deze variant verandert het rechtsmiddel wel van karakter. Het gaat in deze variant meer om het stellen van 'postjudiciële' vragen dan om een variant van het beroep in cassatie. Deze variant zou nader kunnen worden belicht in het kader van de discussie over het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. De commissie-Hammerstein kwam tot de conclusie dat aan de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen door de feitenrechter aan de Hoge Raad bij het huidige functioneren van het cassatieberoep in strafzaken geen behoefte bestaat.²¹ Omvorming van cassatie in het belang der wet in de hier bedoelde zin zou daarvoor een alternatief kunnen zijn.

7 Resumé

Cassatie in het belang der wet vormt een nuttige aanvulling op het gewone rechtsmiddel van beroep in cassatie en staat in het teken van het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. De vraag naar de wenselijkheid van verruiming van het rechtsmiddel is afhankelijk van de praktijk van het gewone beroep in cassatie. Die praktijk verschilt in civiele zaken en in strafzaken.

De commissie-Hammerstein heeft waardevolle beschouwingen gewijd aan de toekomst van het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet. Wel lijken de voorstellen van de commissie in het bijzonder toegesneden op de praktijk van de civiele kamer. Het was wenselijk geweest als de commissie in haar bespie-

20 Remmelink 1989, p. 263-264. Remmelink verwijst in dit verband ook naar het Duitse rechtssysteem.

21 Zie Hammerstein 2008, p. 30. Zie ook de bijdragen van Kristen en Röttgering in deze bundel.

gelingen over cassatie in het belang der wet scherper onderscheid had gemaakt tussen de verschillende kamers van de Hoge Raad.

De aanzet tot discussie over cassatie in het belang der wet die de commissie-Hammerstein heeft gegeven verdient een vervolg. Daarbij is het wenselijk de voorstellen die zien op cassatie in het belang der wet in een breder perspectief te plaatsen. Het verdient aanbeveling dat een fundamentele discussie over de verhouding tussen het gewone rechtsmiddel van beroep in cassatie tot het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet plaatsvindt. In dit kader heb ik twee tegengestelde denkrichtingen besproken. In beide denkrichtingen blijft het rechtsmiddel in het teken staan van de belangen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling. In de eerste denkrichting zouden beide rechtsmiddelen meer naar elkaar kunnen toegroeien door te bepalen dat de Hoge Raad voor de veroordeelde ongunstige gevolgen van het vernietigde arrest ongedaan kan maken. Ook denkbaar is dat cassatie in het belang der wet scherper wordt afgebakend van de gewone cassatieprocedure. In die denkrichting zou de procureur-generaal meer ruimte kunnen worden geboden antwoorden van de Hoge Raad te verkrijgen op rechtsvragen, los van de beperkingen van de concrete zaak.

Cassatie in het belang der wet in strafzaken

Reactie naar aanleiding van de inleiding van prof. mr. F.W. Bleichrodt

M.J. Borgers*

I Vooraf

Hetgeen in deze bijdrage aan de orde komt, betreft de neerslag van de belangrijkste opmerkingen die ik tijdens het symposium als referent heb geplaatst bij de inleiding van collega Bleichrodt over cassatie in het belang der wet in strafzaken. Deze bijdrage vormt geen zelfstandige uiteenzetting over cassatie in het belang der wet in strafzaken, maar moet in samenhang met de inleiding van Bleichrodt worden gezien.

2 De verhouding tussen het gewone rechtsmiddel cassatie en het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet

Bleichrodt brengt terecht naar voren dat het nauwelijks zinvol is om te discussiëren over de positie en de functie van cassatie in het belang der wet, indien het gewone rechtsmiddel cassatie en het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet niet in onderling verband worden beschouwd. Een kernvraag is dan ook welke betekenis de voorgenomen wijzigingen in het ‘gewone’ cassatiesysteem hebben voor cassatie in het belang der wet. De belangrijkste constatering die in dit verband kan worden gedaan, is dat in de thans bestaande plannen – dat wil zeggen: het rapport van de commissie-Hammerstein¹ alsmede het in juni 2010 verschenen conceptwetsvoorstel van de minister – de functies van het gewone cassatieberoep niet wezenlijk veranderen. Centraal blijft staan dat met de beoordeling van cassatieberoepen wordt beoogd bij te dragen aan rechtsbescherming, rechtseenheid en rechtsvorming. Het gaat vooral om een stroomlijning van de

* M.J. Borgers is hoogleraar straf(proces)recht aan de VU Amsterdam.

1 *Versterking van de cassatierechtspraak*. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag 2008 (hierna: Hammerstein 2008).

procedure, waardoor cassatieberoepen waarin kansloze klachten of klachten van een te gering belang naar voren worden gebracht, zo snel mogelijk uit het systeem kunnen worden gefilterd. Hoewel betoogd zou kunnen worden dat met de snelle schifting die door de ontvankelijkheidsbeoordeling mogelijk wordt gemaakt, tot op zekere hoogte afbreuk wordt gedaan aan de rechtsbescherming van de betrokkenen in de cassatieprocedure,² moet dit zeker niet worden overdreven. De zaken die straks stranden in een niet-ontvankelijkverklaring, leveren in het huidige systeem geen winst – anders dan tijdswinst – op voor degene die het cassatieberoep instelt. Voor zover dat beroep niet reeds wordt afgedaan met toepassing van art. 81 Wet RO, gaat het om zaken waarin gegrondbevinding van de klacht niet tot een wezenlijk andere uitkomst van de zaak kan leiden. Wat het nieuwe systeem vooral moet opleveren, is dat de Hoge Raad in de toekomst meer tijd kan besteden aan de zaken die er werkelijk toe doen. Zodoende wordt gegarandeerd dat de Hoge Raad een substantiële bijdrage kan blijven leveren aan niet alleen rechtseenheid en rechtsvorming, maar juist ook aan rechtsbescherming.³

Van een wezenlijk andere invulling van de functie van het gewone cassatieberoep is in de nabije toekomst derhalve geen sprake. Daarin lijkt dus op zichzelf geen aanleiding te kunnen worden gevonden voor een herbezinning van de positie en de functie van het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet. Maar die conclusie zou al te kort door de bocht zijn. Het signaal dat de Hoge Raad – en dan in het bijzonder de strafkamer – niet ten onder moet gaan aan de grote hoeveelheid cassatieberoepen, moet naar mijn mening zeer serieus worden genomen. Dat roept de vraag op of cassatie in het belang der wet op dit punt van betekenis kan zijn. Het antwoord op deze vraag lijkt mij bevestigend te kunnen zijn. Cassatie in het belang der wet zou kunnen worden ingezet om de Hoge Raad in de gelegenheid te stellen snel rechtsvragen te beantwoorden die in een veelheid van gevallen aan de orde (kunnen) zijn.⁴ Dat biedt voordelen bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van cassatieberoepen.⁵ Indien uit een goed gemotiveerde uitspraak blijkt waarom klachten van een bepaalde strekking geen kans van slagen hebben, kunnen in nadien aangebrachte zaken middelen die dergelijke klachten bevatten, eenvoudig niet-ontvankelijk worden verklaard. Dit betekent dat de beoogde nieuwe werkwijze is gebaat bij een actief en vooral ook proactief gebruik van cassatie in het belang der wet. Hierbij moet vooral worden gedacht aan situaties waarin nieuwe wetgeving vragen oproept die de rechtspraktijk voor belangrijke keuzes stelt. Cassatie in het belang der wet kan dan bewerkstelligen dat de Hoge Raad

2 Zie bijvoorbeeld de bijdrage van Franken in deze bundel.

3 Zie onder meer Hammerstein 2008, p. 11-13.

4 Daarmee is uiteraard niet gezegd dat cassatie in het belang der wet uitsluitend voor dit doel zou moeten worden ingezet. Het betreft 'slechts' een mogelijke toepassingsvorm van cassatie in het belang der wet.

5 Die voordelen zouden overigens ook kunnen worden behaald met het stellen van prejudiciële vragen in strafzaken. Zie daarover de bijdragen van Kristen en Röttgering in deze bundel.

zich spoedig uitspreekt over de aan de orde zijnde rechtsvragen.⁶ Een bijkomend voordeel kan zijn dat de procureur-generaal in één keer meerdere zaken waarin de desbetreffende rechtsvraag speelt, aan de Hoge Raad kan voorleggen, zodat de Hoge Raad ook het benodigde zicht krijgt op de casuïstiek die relevant is voor de beantwoording van de rechtsvraag. Te denken valt in dit verband aan de diverse in de rechtspraak gerezen vragen omtrent het al dan niet opgeven van bezwaren tegen de uitspraak in eerste aanleg en het al dan niet (tijdig) indienen van een appelschriftuur na de inwerkingtreding van de Wet stroomlijnen hoger beroep. Het is mijn inschatting dat deze vragen, die thans stap voor stap worden beantwoord in zaken die langs de route van het gewone cassatieberoep binnenkomen, zich grotendeels goed en snel zouden hebben laten beantwoorden door middel van cassatie in het belang der wet.

3 Meer gebruikmaken van cassatie in het belang der wet?

Bleichrodt stelt de vraag aan de orde of een ruimhartiger toepassing van cassatie in het belang der wet gewenst is, in het bijzonder in procedures waarin geen gewoon cassatieberoep openstaat. Deze vraag wordt door Bleichrodt terecht positief beantwoord. Cassatie in het belang der wet speelt ook thans een niet onbelangrijke rol met betrekking tot procedures waarin geen gewoon cassatieberoep openstaat. Dat zijn – in strafvorderlijke context – nogal wat procedures. Bekende voorbeelden zijn natuurlijk de WAHV (de wet-Mulder) en de Overleveringswet. Maar ook in relatie tot diverse beschikkingen die in strafvorderlijke procedures kunnen worden gegeven, geldt dat gewoon cassatieberoep in de regel niet openstaat voor de verdachte (vgl. art. 445 Sv). Mocht nu de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling in het geding zijn, dan kan de Hoge Raad – indien de procureur-generaal een voordracht tot cassatie in het belang der wet doet – zich toch over een zaak uitspreken. Geconstateerd kan worden dat in de huidige praktijk weliswaar steeds vaker, maar – zoals uit de door Bleichrodt genoemde cijfers blijkt – toch nog steeds behoorlijk spaarzaam voordrachten tot cassatie in het belang der wet worden gedaan.⁷ Het is de vraag of dat zo vanzelfsprekend is. Er kunnen verschillende redenen worden genoemd die aanleiding geven tot terughoudendheid bij het voordragen van zaken voor cassatie in het belang der wet. Zo wijst de huidige procureur-generaal erop dat de rechtsontwikkeling in de lagere rechtspraak niet moet worden doorkruist, dat niet alle rechtsvragen zich lenen voor cassatie in het belang der wet (vooral wanneer het gaat om vragen waarbij de beantwoording sterk wordt bepaald door

6 Een dergelijk gebruik van cassatie in het belang der wet sluit overigens reeds goed aan op de bestaande praktijk. Zie bijvoorbeeld HR 13 juni 2006, NJ 2006, 52 (m.nt. P.A.M. Mevis) over het overgangsrecht met betrekking tot het gewijzigde art. 14a Sr. Er kan op worden gewezen dat het belang van cassatie in het belang der wet in dit verband reeds is onderschreven in verband met het wegvalen van de mogelijkheid van ambtshalve cassatie in zaken waarin geen middelen worden ingediend (sinds 1 oktober 2000). Daardoor zijn de mogelijkheden van de Hoge Raad verminderd om snel uitleg te geven aan nieuwe wettelijke voorschriften. Zie J.W. Fokkens, 'Over cassatie in het belang der wet, in het bijzonder in strafzaken', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen en Th.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003, p. 198-199.

7 Zie voor cijfers: Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag 2007 en 2008*, Den Haag: z.j., p. 134.

de casuïstiek, en het daardoor niet goed mogelijk is om tot een antwoord met een min of meer algemene strekking te komen), en ook dat de beantwoording van rechtsvragen die nopen tot een min of meer politieke afweging, beter aan de wetgever kunnen worden overgelaten.⁸ Dat zijn op zichzelf plausibele redenen voor terughoudendheid, maar er zijn situaties aanwijsbaar waarin een grotere rol voor cassatie in het belang der wet heel welkom zou zijn. Ter toelichting volsta ik met twee voorbeelden.

Ten eerste, er woedt al jaren een debat over de betekenis van art. 5 EVRM en de daarop betrekking hebbende rechtspraak van het EHRM voor de toepassing van de Nederlandse regeling van de voorlopige hechtenis. Zo is meermalen betoogd dat de uitleg van het begrip 'geschokte rechtsorde' niet in overeenstemming zou zijn met de Straatsburgse invulling van 'public disorder'.⁹ Ook zou in Nederland onvoldoende acht worden geslagen op alternatieven voor voorlopige hechtenis.¹⁰ Vanwege het feit dat de verdachte met betrekking tot beslissingen omtrent de voorlopige hechtenis geen cassatieberoep kan instellen, terwijl van de zijde van het openbaar ministerie nauwelijks cassatieberoepen worden ingesteld, heeft de Hoge Raad zich tot op heden nauwelijks kunnen uitspreken over de hier bedoelde kwesties.¹¹ Hoewel het selecteren van zaken die geschikt zijn voor cassatie in het belang der wet op dit terrein geen sinecure is (de beslissingen zijn nogal casuïstisch van aard, de motivering door de feitenrechter is vaak minimaal en de beslissingen omtrent de voorlopige hechtenis wordt genomen op een moment dat de strafzaak doorgaans nog lang niet ten einde is), zou hier een meer leidende rol van de Hoge Raad in mijn ogen wel wenselijk zijn vanwege genoemde mensenrechtelijke perspectieven. Een daarop toegesneden voordrachtbeleid van de procureur-generaal zou de Hoge Raad in staat stellen – al was het maar door middel van het formuleren van enkele vuistregels of gezichtspunten – meer sturing te geven op een terrein waarop complexe juridische vragen leven (hetgeen bijdraagt aan de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling en de rechtsbescherming). Dat is te meer gepast nu hier fundamentele vrijheidsrechten in het geding zijn.

Het tweede voorbeeld betreft de Overleveringswet. Alle overleveringszaken worden in één instantie behandeld door de Rechtbank Amsterdam. Het feit dat er slechts één bevoegde rechtbank is, kan worden opgevat als garantie voor rechtseenheid.¹² Volgens de wetgever is vanuit dat oogpunt cassatie in het belang der

8 Fokkens 2003, p. 202-203 en Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag 2007 en 2008*, Den Haag: z.j., p. 130-133.

9 Zie voor een overzicht van die discussie onder andere L. Stevens, 'De praktijk van de Nederlandse voorlopige hechtenis vanuit Straatsburgs perspectief: "klaag niet te snel"', *DD* 2008, p. 499-514. Het debat is verstomd na de uitspraken van het EHRM in de zaken-Kanzi en Hendriks. Zie EHRM 5 juli 2007, *NJ* 2007, 632 en 633 (m.nt. T.M. Schalken).

10 P.H.P.H.M.C. van Kempen & F.G.H. Kristen, 'Alternatieven voor voorarrest vanuit Europees perspectief', in: A.H.E.C. Jordaans e.a. (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: WLP 2005, p. 301-327.

11 Zie voor de uitzondering op de regel HR 21 maart 2006, *LJN* AU8131, *NJ* 2006, 246 (m.nt. T.M. Schalken). De Hoge Raad heeft zich in deze uitspraak nogal op de vlakke gehouden over de wijze waarop de regeling van de voorlopige hechtenis dient te worden toegepast. Zie nader M.J. Borgers, 'Een niet zo schokkende uitspraak over de ernstig geschokte rechtsorde', *Ars Aequi* 2007, p. 245-252.

12 *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 8 (MvT).

wet in overleveringszaken niet van groot belang. Wel zou de rechtseenheid op een andere wijze in het geding kunnen komen, namelijk indien de rechtspraak in overleveringszaken divergeert van rechtspraak op andere terreinen. De wetgever dacht hierbij vooral aan de rechtspraak met betrekking tot uitlevering.¹³ Achteraf bezien is deze suggestie wellicht minder gelukkig te noemen, juist omdat het inzicht is gegroeid dat – vanwege het binnen de Europese Unie prominent vooropgesteld principe van wederzijdse erkenning in strafzaken – overlevering en uitlevering niet zonder meer op één lijn kunnen worden gesteld.¹⁴ Naar mijn mening zou men beter kunnen stellen dat cassatie in het belang der wet op dit terrein veeleer een geschikt middel is om de rechtspraak van de Rechtbank Amsterdam bij te sturen indien daar vanuit het gezichtspunt van het Europese recht en de Europese samenwerking in strafzaken aanleiding toe bestaat. Ook dit illustreer ik met voorbeelden.

Tot op heden is tweemaal van cassatie in het belang der wet gebruikgemaakt om een oordeel van de Hoge Raad te verkrijgen over de rechtspraak op het terrein van overlevering. De eerste maal betrof het de toepassing van art. 13 OLW, dat – kort gezegd – een weigeringsgrond bevat voor de situatie dat de feiten ten aanzien waarvan overlevering wordt gevraagd, op Nederlands grondgebied zijn begaan. De lijn van de uitspraken die de Hoge Raad daarover heeft gedaan, luidt dat bij de afweging of van deze weigeringsgrond gebruik wordt gemaakt, een beperkt toetsingskader moet worden gehanteerd. Zo mogen redenen van humanitaire aard geen aanleiding geven tot weigering.¹⁵ De tweede cassatie in het belang der wet heeft betrekking op de Amsterdamse rechtspraak waarin het vereiste werd gesteld dat een Europees arrestatiebevel de tekst van de toepasselijke wettelijke bepalingen moet bevatten dan wel dat een afschrift daarvan door de uitvaardigende autoriteit moet worden overgelegd. De Hoge Raad heeft daar een streep doorheen gehaald.¹⁶ In al deze zaken zijn punten aan de orde die op de keper beschouwd verband houden met complexe vragen naar de aard en de strekking van het Europese recht ter zake van overlevering en de verhouding daarvan tot het Nederlandse recht. Het is overigens opmerkelijk dat de Hoge Raad in zijn uitspraken tamelijk veel gewicht toekent aan de (Nederlandse) wetsgeschiedenis, terwijl een sterkere oriëntatie op Europeesrechtelijke uitgangspunten – zoals een uniforme en autonome uitleg van voorschriften uit kaderbesluiten – meer voor de hand had gelegen.¹⁷ Juist waar het gaat om het waarborgen van rechtseenheid – één van de functies van het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet –, is het zaak ook de verenigbaarheid van het Nederlandse recht met Europese regelgeving, waaronder ook kaderbesluiten, in ogenschouw te nemen.

Op het terrein van overlevering zou het intensiever gebruikmaken van cassatie in het belang der wet goed te verdedigen zijn. De Rechtbank Amsterdam wordt

13 Vgl. *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 8, 25 (MvT).

14 Zie de noot van A.H. Klip onder HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 489.

15 HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 487, 488 en 489 (m.nt. A.H. Klip). Zie ook K. Rozemond, 'Bevat het overleveringsrecht een humanitaire weigeringsgrond? De eerste cassaties in het belang der wet in overleveringszaken', *NJB* 2007, p. 490-497.

16 HR 8 juli 2008, *NJ* 2008, 594 (m.nt. M.J. Borgers).

17 Vgl. onderdeel 5 van de noot onder HR 8 juli 2008, *NJ* 2008, 594.

geconfronteerd met allerhande complexe rechtsvragen. Die complexiteit komt voort uit het feit dat de toepassing van het Nederlandse overleveringsrecht mede wordt beheerst door het Europese recht. Weliswaar heeft de Rechtbank Amsterdam de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen – een mogelijkheid waar tot op heden overigens zeer terughoudend gebruik van is gemaakt –, dat doet er niet aan af dat het zinvol is ook de Hoge Raad zich te laten uitspreken over de belangrijkste discussiepunten. Het is immers nadrukkelijk de taak van de nationale autoriteiten om erop toe te zien dat het Europese recht wordt nageleefd. De rol die het Hof van Justitie van de Europese Unie hier kan spelen, is – alleen al vanwege capaciteitsbeperkingen – betrekkelijk gering. Tegen deze achtergrond valt er veel voor te zeggen de Hoge Raad te betrekken bij de beantwoording van complexe rechtsvragen op het terrein van de overlevering, bijvoorbeeld waar het gaat om de betekenis van schending van mensenrechten als grond voor weigering van overlevering, of ter zake van de rol van het proportionaliteitsbeginsel bij overlevering voor ‘flutdelicten’.

Vanzelfsprekend veronderstelt een intensievere inzet van het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet dat de Hoge Raad ook voldoende tijd en gelegenheid heeft om aan deze zaken de aandacht te besteden die daarvoor benodigd is. Het beoogde selectiesysteem is in dit verband dan ook alleszins wenselijk om ervoor te zorgen dat de Hoge Raad kan bijdragen aan de rechtsontwikkeling op terreinen waarin geen gewoon cassatieberoep openstaat. Tegelijkertijd strekt het vorenstaande pleidooi om intensiever gebruik te maken van cassatie in het belang der wet er ook weer niet toe dat het aantal voordrachten per jaar explosief zou moeten toenemen. Een toename met bijvoorbeeld vijf tot tien voordrachten per jaar kan al een wereld van verschil maken.

4 Adviescommissie

Bleichrodt vraagt zich af of voor cassatie in het belang der wet in strafzaken een adviescommissie gewenst is, zoals die thans in het leven is geroepen voor cassatie in het belang der wet in civiele zaken. Ik ben het met Bleichrodt eens dat de noodzaak voor een dergelijke adviescommissie minder groot is in strafzaken dan in civiele zaken. Niettemin zou ik de wenselijkheid van een adviescommissie krachtig willen onderstrepen. Naar mijn mening kan een dergelijke commissie in drieërlei opzicht een nuttige functie vervullen.

Allereerst kan een adviescommissie behulpzaam zijn bij het maken van de afweziging of verzoeken tot het doen van een voordracht tot cassatie in het belang der wet die bij de procureur-generaal binnenkomen, moeten worden gehonoreerd. Afgezien van de evident kansloze verzoeken (die ook niet zouden hoeven te worden voorgelegd aan de adviescommissie), zouden de leden van de adviescommissie ieder vanuit hun eigen achtergrond gezichtspunten naar voren kunnen brengen omtrent de wenselijkheid van het doen van een voordracht, waarbij de commissie er uiteraard wel naar zou moeten streven om – na discussie en belangenafweging – met een unaniem advies te komen. In dit verband is een evenwichtige samenstelling van de adviescommissie van belang. Zo zouden de leden naar mijn mening afkomstig moeten zijn uit openbaar ministerie, advocatuur, feitenrecht-

spraak en wetenschap. Ik merk nog op dat de adviescommissie hier niet het werk van de procureur-generaal overneemt. Het is en blijft de procureur-generaal die de uiteindelijke beslissing neemt.¹⁸

Ten tweede kan een adviescommissie ook zelf – met ondersteuning van het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad – op zoek gaan naar zaken waarin een voordracht tot cassatie in het belang der wet in overweging zou moeten worden genomen.¹⁹ Binnen de commissie zouden bijvoorbeeld rechtsvragen die op een gegeven moment om de één of andere reden de aandacht trekken, kunnen worden besproken, vanuit het gezichtspunt of cassatie in het belang der wet toegevoegde waarde zou kunnen hebben. Ik denk in dit verband dan vooral – maar niet alleen²⁰ – aan strafrechtelijke procedures waarin niet of slechts beperkt gewoon cassatieberoep openstaat. Zoals hiervoor is geconstateerd, ligt juist met betrekking tot dergelijke procedures een intensievere inzet van het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet in de rede. De adviescommissie kan de procureur-generaal behulpzaam zijn bij de selectie van geschikte zaken.

Ten derde zou het bestaan van een adviescommissie mogelijk kunnen bijdragen aan het probleem dat wel is gesignaleerd met betrekking tot de aanvoer van zaken. Zo noteerde Fokkens in 2003 dat ‘van de verplichting van het Openbaar Ministerie om strafvonnissen in te zenden wanneer de uitspraak hetzij om haar algemeen belang hetzij om haar bedenkelijkheid ter kennis van de procureur-generaal gebracht zouden moeten worden, weinig terecht is gekomen.’²¹ Doordat de belangrijkste beroepsgroepen in de commissie zijn vertegenwoordigd, ontstaat er als het ware een aanspreekpunt voor deze beroepsgroepen. Daarvan kan een aanzuigende werking uitgaan.

18 Zie daarover ook de bijdrage van Van der Wiel aan deze bundel.

19 In het rapport-Hammerstein wordt gesteld dat geen sprake is van een hiaat in het zaaksaanbod in cassatie in strafzaken (Hammerstein 2008, p. 29). Deze observatie beperkt zich tot reguliere strafzaken. Daarnaast zijn er verschillende strafrechtelijke procedures waarin geen gewoon cassatieberoep openstaat. De rechtsvragen die zich in dat verband voordoen, kunnen alleen door middel van een voordracht tot cassatie in het belang der wet de Hoge Raad bereiken (vgl. ook hetzelfde rapport, p. 30).

20 Ook in ‘gewone’ strafzaken kunnen bepaalde kwesties naar voren komen die – bijvoorbeeld vanwege de frequentie waarmee die zich voordoen of gelet op gewichtige belangen die op het spel staan – het wenselijk maken dat de Hoge Raad zich buiten de reguliere route om uitspreekt. Ter illustratie wijs ik op de recente problematiek ter zake van het niet, niet tijdig of op onjuiste wijze vernietigen van afgeluisterde geheimhoudersgesprekken. In dat kader doen zich verschillende rechtsvragen voor die in de feitenrechtspraak uiteenlopend worden beantwoord. Vgl. onderdeel 9 van de noot onder HR 16 juni 2009, NJ 2009, 603.

21 Fokkens 2003, p. 193 (zie ook p. 194 en 201). Het aantal verzoeken dat bij de procureur-generaal binnenkomt, houdt niet over (bijvoorbeeld in 2008 twintig verzoeken). Zie voor cijfers: Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag 2007 en 2008*, Den Haag: z.j., p. 131. Ook in het rapport-Hammerstein komt naar voren dat het wenselijk is dat instanties als specialistenverenigingen en de cassatiedesk van het openbaar ministerie, de procureur-generaal attenderen op zaken die in aanmerking zouden kunnen of moeten komen voor cassatie in belang der wet. Zie Hammerstein 2008, p. 49.

5 Tegenspraak

Bleichrodt brengt bijna terloops naar voren dat, evenals in het civiele zaken, de mogelijkheid van tegenspraak in de cassatieprocedure in het belang der wet in strafzaken een nuttige rol kan spelen. Het betreft een belangrijk punt dat naar mijn mening meer aandacht verdient. De gewone cassatieprocedure wordt er sinds jaar en dag door gekenmerkt dat van daadwerkelijke tegenspraak veelal geen sprake is.²² Maar het feit dat het ontbreken van tegenspraak in zekere zin een traditie is (geworden), wil nog niet zeggen dat die traditie zonder meer moet worden gehandhaafd. Zeker in het kader van cassatie in het belang der wet zou kunnen worden overwogen tegenspraak te organiseren. Uiteindelijk gaat het bij cassatie in het belang der wet om – vanuit het gezichtspunt van rechtseenheid en/of rechtsontwikkeling bezien – fundamentele kwesties, ten aanzien waarvan het interessant is om – naast (de toelichting op) de voordracht van de procureur-generaal – ook de zienswijze van openbaar ministerie en advocatuur te vernemen. Dat kan ook zicht bieden op de praktische consequenties die mogelijk aan een bepaalde beslissing zijn verbonden.

Het organiseren van tegenspraak kan op verschillende wijze plaatsvinden. Een eenvoudige mogelijkheid zou zijn om (sommige) voordrachten tot cassatie in het belang der wet te publiceren en daarbij bepaalde instanties – ik denk met name aan het Wetenschappelijk Bureau van het openbaar ministerie alsmede de Nederlandse Vereniging voor Strafrechtsadvocaten – nadrukkelijk uit te nodigen om hun zienswijze op die voordrachten kenbaar te maken. Dergelijke gedachten leven reeds met betrekking tot cassatie in het belang der wet in civiele zaken en met betrekking tot het stellen van prejudiciële vragen door de civiele feitenrechter (vgl. art. 393 lid 2 (Ontwerp) Rv).²³ Het zou een kleine stap zijn hieraan cassatie in het belang der wet in strafzaken toe te voegen.

22 Zie nader Fokkens 2003, p. 197; A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2009, p. 28-29.

23 Hammerstein 2008, p. 50. Zie ook Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag 2007 en 2008*, Den Haag: z.j., p. 134.

Ter versterking van de cassatierechtspraak in belastingzaken

Meer cassatie in het belang der wet?

R.E.C.M. Niessen*

I Inleiding

In deze (workshop)bijdrage zal ik ingaan op het voorstel van de commissie-Hammerstein om meer gebruik te maken van het rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet. Ik zal daarbij het vizier richten op de rechtspraak in belastingzaken.

Eerst zal ik regeling en praktijk van cassatie in het belang der wet kort toelichten. Daarna zal ik ingaan op de vraag of meer gebruik van die regeling een hulpmiddel kan vormen bij de gewenste ‘versterking van de cassatierechtspraak’. Vervolgens stel ik aan de orde de vraag of in de praktijk van de fiscale rechtstoepassing behoefte bestaat aan het voorleggen van rechtsvragen aan de Hoge Raad door de procureur-generaal, en in het verlengde daarvan of in het eventuele verlangen naar meer en snellere rechtsuitlegging door de Hoge Raad op andere wijze kan worden voorzien.

Mijn bijdrage is opiniërend van karakter en heeft tot doel de discussie over de onderhavige problematiek te bevorderen.¹

2 De wettelijke regeling²

Art. 78 Wet op de rechterlijke organisatie verleent aan de procureur-generaal bij de Hoge Raad de bevoegdheid cassatie in het belang der wet in te stellen tegen beslissingen van ‘lagere’ rechters. Hij is daartoe slechts bevoegd in gevallen waarin geen

* Prof. dr. mr. R.E.C.M. Niessen is advocaat-generaal bij de Hoge Raad en bijzonder hoogleraar Formeel belastingrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 Mij was aanvankelijk verzocht een inleiding te verzorgen ten behoeve van een workshop tijdens het congres over de Hoge Raad in 2025. Als gevolg van verscheidene omstandigheden op de congresdag kon deze echter geen doorgang vinden.

2 Zie W.H.B. den Hartog Jager, *Cassatie in het belang der wet: een buitengewoon rechtsmiddel* (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.

der partijen beroep in cassatie heeft ingesteld. De regeling brengt met zich dat die bevoegdheid alleen kan worden aangewend naar aanleiding van een vonnis van een rechterlijk college.

Mocht de Hoge Raad naar aanleiding van het beroep in cassatie in het belang der wet de aangevallen beslissing casseren, dan brengt zulks, zoals de wet het uitdrukt, 'geen nadeel toe aan de rechten door partijen verkregen'. In belastingzaken betekent dat kort gezegd dat de Hoge Raad de aanslag niet verhoogt of verlaagt in vergelijking met het bedrag waarop deze door het hof of de rechtbank was vastgesteld.

Het onderhavige bijzondere rechtsmiddel dient dus niet het belang van partijen maar het 'belang der wet', laten we zeggen: het algemeen belang. De strekking van de regeling is een beslissing van de Hoge Raad uit te lokken opdat elke belanghebbende, in beginsel de gehele samenleving, kennis kan nemen van diens visie omtrent de aangesneden rechtsvraag.

Nu partijen bij de procedure geen belang hebben en in eerdere fase hebben besloten het vonnis van hof of rechtbank niet te willen aanvechten, staan zij in de rechtszaak bij de Hoge Raad dan ook langs de kant. Zij participeren onrechtstreeks doordat de feitenrechter op basis van hun inbreng de feiten in de zaak heeft vastgesteld. Bovendien hebben zij naar mag worden aangenomen ook gedebatteerd over de relevante rechtsvragen. Maar in cassatie dienen zij geen schrifturen in en houden zij geen pleidooien, ook niet naar aanleiding van de door de procureur-generaal ingestelde vordering.

De procedure naar aanleiding van een vordering tot cassatie in het belang der wet kan wegens het ontbreken van een strijd tussen partijen als een buitenbeentje worden gekenschetst; misschien kan strikt genomen niet eens van een rechtszaak worden gesproken nu zij de rechtsverhouding tussen partijen ongemoeid laat. Belangrijker voor deze verhandeling is echter dat de procureur-generaal en de Hoge Raad verstoken blijven van het debat tussen partijen in cassatie. Natuurlijk was er zoals gezegd wel een debat in één of twee feitelijke instanties, maar in veel gevallen geeft de procedure in cassatie partijen aanleiding tot een verdere verdieping, mede als gevolg van de rechtsgeleerde uiteenzettingen en oordelen in het bestreden vonnis. De wettelijke beperking van de rechtsmacht van de Hoge Raad tot rechtsvragen dwingt partijen ook zich juist daarvan in het bijzonder reenschap te geven.

Het ontbreken van die inbreng wanneer een vordering tot cassatie in het belang der wet wordt ingesteld, is een gemis voor de procureur-generaal en de raadsheren bij het zoeken naar de juiste beslissing. De betekenis daarvan mag niet worden onderschat. De Hoge Raad moet om een goede keuze te kunnen maken uit de voorhanden oplossingsrichtingen in een voorgelegde casus goed op de hoogte zijn van het feitelijke kader waarbinnen de kwestie speelt en van de gevolgen die aan een bepaalde wetsuitlegging verbonden kunnen zijn. Ter illustratie wijs ik erop dat de Hoge Raad ook na op 'gewone' wijze tot stand gekomen arresten waarin partijen wél volledig in het debat hebben geparticipeerd, zijn jurisprudentie af en toe moet bijstellen naar aanleiding van nieuwe zaken waarin eerder niet onderkende feitenconstellaties aan hem worden voorgelegd.

3 Gevallen waarin cassatie in het belang der wet diensten kan bewijzen

De cassatie in het belang der wet is als gevolg van de wijze waarop deze is ingericht, naar mijn mening een minder nuttig instrument wanneer het gaat om rechtsvragen waarover nog nauwelijks is gedebatteerd in de literatuur en waarover nog weinig of geen beslissingen van andere rechters zijn genomen. Daarbij moet worden bedacht dat de Hoge Raad oordelen geeft over de betekenis van de wet in het licht van een bepaald 'Tatbestand'. Hij is niet een constitutioneel hof dat de wet in abstracto toetst aan normen die zijn neergelegd in de Grondwet.

De Hoge Raad moet als hoogste rechter knopen doorhakken over rechtsvragen, vooral die welke maatschappelijk van meer dan incidenteel belang zijn. Voor een goede beslissing is een uitgebreide voorlichting omtrent in de samenleving bestaande opvattingen nodig en omtrent de consequenties die aan de uiteenlopende oplossingsrichtingen zijn verbonden. Het staat buiten kijf dat het onwenselijk is dat de Hoge Raad spoedig op een eerdere beslissing moet terugkomen omdat deze bij nader inzien onvoldoende was doordacht. Uit een en ander volgt dat cassatie in het belang der wet het meest vruchtbaar is in gevallen waarin over een bepaalde rechtsvraag reeds in de rechtsgeleerde literatuur is gedebatteerd en wellicht ook al beslissingen van andere rechters zijn genomen.

De situatie waarin het rechtsmiddel bij uitstek dienstig is, is dan ook deze waarin rechtseenheid moet worden gebracht in kwesties waarover 'lagere' rechters onderling verschillende uitspraken hebben gedaan.

Maar er zijn ook andere gevallen. De mogelijkheid bestaat bijvoorbeeld dat rechtbanken en hoven beslissingen nemen op basis van oudere vaste jurisprudentie van de Hoge Raad en dat partijen ervan uitgaan dat het instellen van beroep in cassatie geen zin heeft. Dan kan de procureur-generaal een vordering instellen met het doel de Hoge Raad zich te laten uitspreken over de vraag of die jurisprudentie nog wordt gehandhaafd dan wel dat modernisering wenselijk is.

4 Belang van cassatie in het belang der wet in belastingzaken³

Kan het bijzondere rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet een bijdrage leveren aan de versterking van de cassatierechtspraak?

Voor zover met die 'versterking' wordt bedoeld op een bespoediging van de doorloop van zaken, moet het antwoord eenvoudig ontkennend luiden. Wanneer de procureur-generaal meer zaken aanbrengt bij de Hoge Raad, leidt zulks tot vergroting van de werkbelasting van het parket en de raad en dreigt (verdere) achterstand in de afdoening van de voorliggende zaken.

De onderhavige aanbeveling van de commissie-Hammerstein is echter gedaan met in het bijzonder het oog op diverse civielrechtelijke probleemgebieden waarin de Hoge Raad door het ontbreken van cassatieberoepen (of zelfs de wettelijke onmogelijkheid om beroep in cassatie in te stellen) later dan wenselijk wordt geacht, in

3 Zie D. de Baan, 'Cassatie "in het belang der wet" in belastingzaken', *WFR* 1958/4423, en mijn bijdrage 'Cassatie in het belang der wet: betekenis voor de belastingadviseur', in: L.J.A. Pieterse e.a. (red.), *Velerlei gestalten (Linnewielbundel)*, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële uitgevers 2007.

de gelegenheid is om door middel van enkele richtingwijzende arresten orde te scheppen.

In deze bijdrage spits ik de gedane aanbeveling echter toe op het fiscale recht. De vraag is dus of een vergroting van het aantal 'vorderingen' een bijdrage kan leveren aan adequate en spoedige rechtsvorming in belastingzaken.

Bij het zoeken naar een antwoord op die vraag valt allereerst op dat het aantal 'vorderingen' in fiscale zaken vanaf 1957 tot 2010 beperkt is tot een viertal. Dat duidt er niet op dat in het belastingrecht een grote behoefte aan dit instituut bestaat. Maar met deze eenvoudige constatering kan niet worden volstaan; de schijn kan immers bedriegen. Misschien zijn er wel bijzondere redenen waarom dat aantal zo laag is.

Van belang zou kunnen zijn dat een regeling als die van art. 78 Wet RO buiten het gezichtsveld van het gros van de fiscalisten valt; fiscalisten zijn veel minder dan advocaten procesrechtelijk georiënteerd, en vooral in het verleden in de gevallen waarin zij dat wel waren, dan toch vooral gericht op de eigen regels van de (voorheen geldende) Wet administratieve rechtspraak in belastingzaken en de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Het tweede aspect dat misschien een rol speelt, is dat in het verleden (vóór 1974) geen fiscalisten deel uitmaakten van het parket bij de Hoge Raad. Het derde aspect is dat zaken tot 2005 door het ontbreken van een tweede feitelijke instantie de Belastingkamer van de Hoge Raad verhoudingsgewijs snel bereikten.

Ik vermoed dat de genoemde omstandigheden eraan bijdragen dat aan de procureur-generaal weinig voorstellen voor cassatie in het belang der wet in belastingzaken werden en worden voorgelegd. Het gewicht van die omstandigheden is moeilijk objectief vast te stellen, onder meer omdat geen empirische gegevens beschikbaar zijn over het aantal aan de procureur-generaal voorgelegde belastingzaken. Vrij zeker lijkt in elk geval dat in de tijd waarin fiscalisten in het parket ontbraken, uit de kring van de advocaten-generaal zelden of nooit voorstellen zullen zijn gedaan om vorderingen in fiscale zaken in te stellen.

Niettegenstaande de mogelijke invloed van de zojuist besproken omstandigheden acht ik meer dan aannemelijk dat de voornaamste oorzaak voor het nagenoeg ontbreken van dergelijke vorderingen wel moet zijn dat daaraan in belastingzaken weinig of geen behoefte bestaat. Voorstellen tot het instellen van dergelijke vorderingen kunnen door iedereen aan de procureur-generaal worden gedaan. In belastingzaken bestaat anders dan in strafzaken niet een parket bij hof en rechtbank, maar relevante problemen kunnen ook worden gesignaleerd door wetenschappers, (organisaties van) belastingadviseurs, belanghebbenden en inspecteurs. Ook een berustende procespartij zou een voorstel tot het instellen van een vordering aan de procureur-generaal kunnen doen. Wanneer de genoemde behoefte wel zou bestaan, zou de weg naar art. 78 Wet RO vermoedelijk wel zijn gevonden, en in gevallen van voldoende belang zou de procureur-generaal daar heus wel adequaat op hebben gereageerd.

De probleemstelling spitst zich dus verder toe op de vraag waarom die behoefte niet werd (en wordt) gevoeld. Voor een deel kan de verklaring hierin zijn gelegen dat de fiscale rechtsgang 'laagdrempelig' is: geen verplichte procesvertegenwoordiging, geen zware eisen aan het formuleren van klachten en middelen, niet al te

hoge proceskosten. De meeste rechtsvragen van enige importantie worden daarom spoedig aan de rechter voorgelegd en uitgeprocedeerd tot de Hoge Raad. Het grote goed van die lichte eisen komt daarmee trouwens ook scherp in beeld.

Maar daarmee is nog geen compleet beeld geschetst. Bekend is dat op sommige fiscale terreinen, vooral dat van de vennootschapsbelasting, weinig wordt geprocedeerd en dat daar tal van rechtsvragen vaak lange tijd onopgehelderd blijven. De achtergrond hiervan is dat het grote(re) bedrijfsleven bij voorkeur problemen met de fiscus anders oplost. Procederen kost veel tijd, het is altijd onzeker of de rechter voldoende zicht zal hebben op de achterliggende technische en bedrijfseconomisch/financiële problematiek, en het is bezwaarlijk om de desbetreffende risico's in de te publiceren jaarstukken te vermelden. Veel problemen, bijvoorbeeld op het terrein van de internationale verrekenprijzen, bereiken de rechter niet maar worden opgelost in overleg met de inspecteur of – liever nog – aan het Korte Voorhout. Daarbij speelt onder meer een rol dat grote(re) bedrijven zich niet kunnen permitteren dat zij lange tijd in onzekerheid verkeren over bepaalde kwesties. Dat maakt op de beurs geen goede indruk, en ook voor de bedrijfsvoering is het onwenselijk om jarenlang in onzekerheid te verkeren omtrent de gevolgen van bepaalde handelingen.

Een indicatie over de termijnen waarom het hier gaat, kan worden gevonden in recente rechtspraak die betrekking heeft op kleinere (familie)bedrijven. Met ingang van 2001 kent de inkomstenbelastingwetgeving in Nederland een regeling inzake zogenoemde terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen aan het 'eigen' bedrijf van de belastingplichtige. Deze regeling is met tamelijk veel onzekerheden omgeven; bovendien is het al dan niet van toepassing zijn van deze regeling van verhoudingsgewijs groot financieel belang voor de betrokken belastingplichtigen. Heel spoedig na haar totstandkoming werden diverse vragen hieromtrent aan de rechter voorgelegd, maar pas in 2009 kwam een reeks arresten van de Hoge Raad tot stand waarin diverse problemen werden opgelost.

Het behoeft nauwelijks betoog dat een bedrijf zich een dergelijke wachttijd, bijvoorbeeld ten aanzien van de gevolgen van bepaalde investeringsbeslissingen, moeilijk kan permitteren. Met het oog hierop wordt ervoor gekozen een oplossing te vinden in rechtstreekse onderhandeling met de fiscus. Daarbij neemt het bedrijf het risico dat een voor hem minder gunstig eindresultaat wordt bereikt dan wanneer het de zaak zou hebben voorgelegd aan de onafhankelijke rechter.

De mogelijkheid bestaat dat in de toekomst een groter aantal fiscale rechtsvragen niet meer aan de rechter wordt voorgelegd. Dit gevolg zou namelijk kunnen zijn verbonden aan de steeds verdere verspreiding van de zogenoemde handhavingsconvenanten. Dit zijn, kort gezegd, afspraken tussen bedrijven en fiscus aangaande de inrichting van de administratie van het bedrijf en intensieve informatie door het bedrijf aan de fiscus waartegenover de fiscus minder intensief controle zal uitvoeren ('horizontaal toezicht') en waarbij het streven erop is gericht om conflictpunten op voorhand uit de weg te ruimen. De verwachting bestaat dat binnen het raam van dergelijke convenanten steeds meer vragen compromissoir zullen worden opgelost zodat de rechter daar niet meer bij wordt betrokken.

Aangezien geen beroep wordt ingesteld, komen geen uitspraken van rechters tot stand en lenen de desbetreffende vraagstukken zich niet voor cassatie in het belang der wet.

5 Kan de Belastingkamer van de Hoge Raad haar taak adequaat vervullen?

De problematiek van de versterking van de cassatierechtspraak veronderstelt dat de Hoge Raad niet voldoende in de gelegenheid is om de aan hem opgedragen taak te vervullen. De vraag is nu of deze premisse eveneens geldt voor de Belastingkamer. Uit de bespreking tot dusver blijkt dat (ten minste) twee problemen aandacht vergen.

In het vorige onderdeel is naar voren gekomen dat sommige rechtsvragen de Hoge Raad niet bereiken. Bovendien is de tijd die is gemoeid met het verkrijgen van een arrest van de Hoge Raad, vaak (te) lang. Alhoewel deze door middel van sprongcasatie kan worden bekort en dit in de praktijk ook met enige regelmaat voorkomt, meen ik dat het tijdsaspect bij het verkrijgen van rechtsbescherming in belastingzaken een serieus probleem vormt.

De hier genoemde omstandigheden bewerkstelligen dat de Hoge Raad vaak verhoudingsgewijs pas (te) laat een oordeel kan geven over rechtsvragen, en in sommige gevallen helemaal niet. Het lijkt mij duidelijk dat in zoverre de functie van de cassatierechter niet of niet goed uit de verf komt.

Voor de problemen van dit type biedt een intensiever gebruik van het rechtsmiddel cassatie in het belang der wet geen uitkomst. Dit leidt immers enerzijds niet tot versnelling van de rechtsgang, en kan anderzijds nu juist niet worden ingezet in gevallen waarin juridische problemen niet aan de rechter worden voorgelegd. Voor beide problemen zal dus, wil men ze oplossen, naar andere middelen moeten worden uitgezien.

Het vraagstuk van de lange procesduur is niet typisch Nederlands en ook niet beperkt tot het fiscale recht. In tal van andere landen wordt met dit probleem eveneens geworsteld; soms is het nog erger ermee gesteld dan bij ons, soms juist minder. Een goede behandeling van dit vraagstuk vergt dus een uitgebreide studie naar alles wat op dit terrein ten onzent en elders reeds is ondernomen en geschreven in wetenschappelijke literatuur en in beleidsrapporten. Een dergelijke studie kan ik nu niet ondernemen. Ik beperk mij tot enkele opmerkingen. Afgaande op de wettelijke termijnen die gelden voor de indiening van diverse geschriften en voor het doen van uitspraak, zou in theorie per instantie een termijn van ongeveer een jaar moeten kunnen volstaan. Van oudsher bestaat binnen de rechterlijke macht echter een sfeer waarin aan individuele rechters veel vrijheid wordt gelaten ten aanzien van de wijze waarop zij hun werk verrichten en in welk tempo. Sedert de instelling van de Raad voor de rechtspraak heeft langzamerhand een meer zakelijke en productiegerichte benadering ingang gevonden. Dat neemt niet weg dat op dit terrein nog veel kan worden gewonnen. In tal van gevallen bijvoorbeeld wordt aan partijen langdurig uitstel verleend voor het indienen van geschriften. Mijns inziens zouden de gerechten en hun griffies tot en met de Hoge Raad zich, bijzondere gevallen daargelaten, op het standpunt moeten stellen dat partijen in de fase voorafgaande aan het instellen van het beroep al voldoende gelegenheid hebben gehad hun feitelijke en juridische standpunten te vormen, en dat partijen die in rechte niet behoorlijk presteren, daarvan dan maar de gevolgen moeten dragen. Ook laat na de zitting de uitspraak van de rechter meer dan eens lang op zich wacht-

ten. Bij de Belastingkamer van de Hoge Raad zelf is de laatste jaren een door gedurende enkele jaren te grote instroom opgelopen achterstand van een jaarproductie nagenoeg ingelopen en wordt hard gewerkt aan verdere stroomlijning en versneling van de interne procedures. Ook de advocaten-generaal worden aangesproken op de tijd die zij nemen voor de behandeling van hun zaken.

Het spreekt vanzelf dat de regering voldoende middelen ter beschikking dient te stellen voor een kwalitatief voldoende behandeling van de aan de rechter voorgelegde zaken. In het belastingrecht is verder in het bijzonder van belang dat de wetgever nog steeds onvoldoende inziet dat de haast mateloze complexiteit van de wetgeving tot grote uitvoeringsproblemen leidt die mede gevolgen hebben voor het aantal rechtszaken en de moeilijkheidsgraad daarvan.

6 Naar een nieuw instrument?

Wanneer men er werkelijk in zou slagen de procesduur substantieel te verkorten, zouden de door mij hierboven aangesneden problemen sterk verminderen. Wel zouden dan nog wensen over blijven met betrekking tot vragen betreffende nieuwe wetgeving. In het geldende procesrecht kan alleen een beslissing van een rechter worden gevraagd – toegespitst op belastingzaken – naar aanleiding van een opgelegde aanslag of een (andere) door een belastingambtenaar genomen voor bezwaar en beroep vatbare beschikking. In de regel worden de fiscale gevolgen van een door een belanghebbende ondernomen actie achteraf door de inspecteur beoordeeld en vervolgens eventueel door de rechter. In sommige gevallen kan reeds beoordeling plaatsvinden van een door de belastingplichtige beraamde actie. Zo kan worden getoetst of een ontworpen pensioenregeling voldoet aan de daarvoor in de loonbelasting geldende eisen voordat die regeling voor werkgever en werknemer in werking treedt. Hetzelfde geldt mutatis mutandis onder meer bij een voorgenomen fusie. Dergelijke bepalingen komen allengs meer voor in de belastingwetgeving, maar zijn toch nog steeds vrij schaars.

Er bestaat echter niet de mogelijkheid om een geheel fictieve casus aan inspecteur en rechter voor te leggen. Ervan uitgaande dat rechtspraak ertoe dient om tussen partijen gerezen geschillen te beslechten, is dat begrijpelijk, want in dergelijke gevallen bestaat er nog niet een rechtsverhouding die tot een geschil heeft geleid. Maar misschien zou een rechtsingang op dit punt wel in een behoefte voorzien. Zou het niet van maatschappelijk belang zijn geweest wanneer diverse problemen aangaande de bovengenoemde terbeschikkingstellingsregeling in 2002 aan de Hoge Raad waren voorgelegd met een jaar of twee daarna een of meer arresten? Het is uitdagend om over een dergelijke mogelijkheid na te denken, maar het is evenzeer duidelijk dat ik hiermee – welbewust – de bestaande en beproefde paden verlaat.

Het is duidelijk dat niet willekeurig casus aan de Hoge Raad zouden moeten worden voorgelegd. Toestemming daarvoor zou kunnen worden verleend door de procureur-generaal bij de Hoge Raad maar wat mij betreft liever bijvoorbeeld door een commissie van deskundigen uit wetenschap en praktijk. De indiener zou voor een behoorlijke feitelijke inkleding van de rechtsvraag moeten zorgen. De vraag zou kunnen worden gepubliceerd in de vakliteratuur waarna diverse auteurs (wetenschappers, belastingadviseurs, inspecteurs en ook rechters) daarover gedurende

bijvoorbeeld vier maanden hun licht zouden kunnen doen schijnen. Daarna zou indiening bij de Hoge Raad kunnen volgen. Uiteraard zou in dergelijke gevallen conclusie worden genomen. De A-G zou een hoorzitting kunnen organiseren waarbij diverse 'partijen' hun visie op de kwestie zouden kunnen geven. Wellicht zou op de daarna volgende conclusie in een soort 'Borgersbrief', net als in gewone zaken, kunnen worden gereageerd door degenen die zich als 'partij' hadden gesteld. En ten slotte volgt het arrest. Wellicht zouden dergelijke arresten minder zijn toegepast op de door de indiener bedachte feiten dan arresten in gewone zaken. Op deze manier zou het belang van de Hoge Raad sterk toenemen. Hij zou meer dan nu het geval is, leidend kunnen zijn in de uitlegging van in het bijzonder nieuwe wetgeving.

Zaken die nu de Hoge Raad niet bereiken, zouden kunnen worden aangekaart. Problemen van multinationals en andere grote bedrijven zouden anoniem kunnen worden behandeld. Belastingplichtigen zouden minder vaak dan nu het geval is, fiscale risico's moeten nemen bij het aangaan van bepaalde rechtshandelingen. Ook de belastingheffende overheid zou vragen aan de toetsingscommissie kunnen voorleggen. Anderzijds zouden belastingplichtigen dat kunnen met vragen over door de fiscus in besluiten ingenomen standpunten. Wel zou gezien de beperkte capaciteit van de Hoge Raad het aantal van langs deze weg te toetsen vraagstukken moeten worden gelimiteerd.

Ik ontveins mij niet dat aan een dergelijke totaal nieuwe rechtsgang tal van haken en ogen kunnen kleven, maar in een zich snel ontwikkelende samenleving kan het nodig zijn om de rechtspraak van nieuwe instrumenten te voorzien om adequate antwoorden op haar vragen te kunnen blijven geven.

7 Slotsom

Ook in belastingzaken kan het zinvol zijn om alerter te zijn op de mogelijkheid het bijzondere rechtsmiddel van de cassatie in het belang der wet in te zetten in gevallen waarin 'lagere' rechters onderling verschillende oordelen geven dan wel waarin andere rechtsvragen niet in cassatie worden voorgedragen, bijvoorbeeld met betrekking tot al langer bestaande vaste jurisprudentie. Het is echter aanmerkelijk dat het hierbij in belastingzaken om een verhoudingsgewijs beperkt aantal gevallen gaat.

Voor de fiscale rechtspraak vormt de lange tijd die ermee gemoeid is een arrest van de Hoge Raad uit te lokken, een groter probleem. Het is wenselijk dat met kracht naar een aanzienlijke bekorting van die termijn wordt gestreefd.

De betekenis van de cassatierechtspraak in belastingzaken zou – in het belang van de rechtspraak – kunnen worden versterkt door de Hoge Raad in de gelegenheid te stellen rechtsoordelen te geven aangaande maatschappelijk relevante fiscaal-juridische vragen op basis van aan hem door middel van een bijzondere rechtsgang voor te leggen fictieve casus.

Omstreden rechtsvragen in het belastingrecht

Nieuwe kansen voor cassatie in het belang der wet?

J.L.M. Gribnau*

Every now and then there was a good case that would come along and add a jolt to the day.¹

I Inleiding

In het belastingrecht was cassatie in het belang der wet tot voor kort een zo goed als onbekend fenomeen. Onbekend maakt onbemind en het is niet zeker of de geruchtmakende in 2007 ingestelde vordering tot cassatie in het belang der wet een nieuwe liefde heeft doen ontvlammen. Zeker is wel dat deze vordering en het daarop volgende arrest van de Hoge Raad² binnen en buiten de fiscaliteit tot de nodige reuring heeft geleid. De reactie van de wetgever op dat arrest laat goed zien hoe precair de rechterlijke rechtsontwikkeling in fiscalibus is.

De structuur van deze bijdrage is als volgt. Ik onderzoek eerst of het tot nu toe zeer geringe aantal vorderingen tot cassatie in het belang der wet betekent dat dit bijzondere rechtsmiddel weinig toegevoegde waarde heeft in het belastingrecht (par. 2). Aansluitend zal ik de rol analyseren van de belastingwetgever en de Belastingdienst (par. 3). Beide zijn directe partners van de rechter in de rechtsontwikkeling en hebben als zodanig grote invloed op het ontstaan en beantwoorden van rechtsvragen. Daarmee bepalen zij ook in belangrijke mate of omstreden rechtsvragen aan de rechter worden voorgelegd – een noodzakelijke voorwaarde voor een vordering tot cassatie in het belang der wet. Vervolgens bespreek ik een aantal elementen van het voorstel tot intensivering van het gebruik van dit bijzondere rechtsmiddel zoals gedaan in het rapport van de commissie-Hammerstein (par. 4).³

* Prof. mr. dr. J.L.M. Gribnau is hoogleraar Kwaliteit van fiscale regelgeving aan de Universiteit Leiden en hoofddocent Methodologie van het belastingrecht aan het Fiscaal Instituut Tilburg/Center for Company Law, Universiteit van Tilburg; J.L.M.Gribnau@uvt.nl.

1 C. McCann, *Let the Great World Spin*, New York: Random House 2009.

2 HR 7 december 2007, *BNB* 2008/178.

3 *Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag 2008. Verder Hammerstein 2008 genoemd.

Ik plaats daar enige kanttekeningen bij. Tot slot wijd ik enige overwegingen aan een voorstel voor een alternatieve rechtsgang om al spoedig na invoering van nieuwe wetgeving een antwoord op omstreden rechtsvragen te verkrijgen (par. 5). Daarna rond ik deze bijdrage af.

De onderzoeksmethode bepaalt mede de overtuigingskracht van een wetenschappelijk betoog. Ik licht de hier gehanteerde methode daarom kort toe. Ik probeer eerst als het ware indirect bewijs te geven voor de behoefte aan een intensiever gebruik van het bijzondere rechtsmiddel – ondanks een gering zaaksaanbod (par. 2). Daarna hanteer ik een meer institutioneel perspectief waarbij ik met name twee actoren – wetgever en Belastingdienst – en hun interactie centraal stel. De gevolgen daarvan voor de rechter worden daarbij ook besproken (par. 3). Zonder inzicht in deze institutionele interactie is geen echt begrip mogelijk van (cassatie)rechtspraak. Vervolgens kies ik een meer rechtstheoretische invalshoek voor de behandeling van een drietal discussiepunten in relatie tot – een intensiever gebruik van – de vordering tot cassatie in het belang der wet (par. 4). Daarna schakel ik door naar een wat meer dogmatisch getinte beschouwing over een alternatieve rechtsgang (par. 5). Het gehanteerde methodenpluralisme volgt aldus de aard van het onderwerp en het hier gekozen perspectief daarop. De dwingende hand van de auteur moet daarbij zorgen voor voldoende eenheid. Pluralisme ten behoeve van eclecticisme in de goede zin dus. Het uiteindelijke oordeel is uiteraard aan de lezer.

2 Gering zaaksaanbod

2.1 Zelden gebruikt en verrassende gevolgen

Art. 78 Wet RO kent aan de procureur-generaal bij de Hoge Raad de bevoegdheid toe om cassatie in het belang der wet in te stellen tegen beslissingen van lagere rechters. De commissie-Hammerstein bepleit een intensiever gebruik van dit bijzondere rechtsmiddel. Zij meent dat een vordering tot cassatie in het belang der wet met name is aangewezen tegen een rechterlijke beslissing omtrent een omstreden rechtsvraag die, naar verwacht mag worden, de Hoge Raad niet binnen redelijke tijd zal bereiken langs de weg van een door partijen ingesteld cassatieberoep, of die de Hoge Raad niet kán bereiken omdat voor partijen cassatieberoep niet is opengesteld. Dit bijzondere rechtsmiddel zou volgens de commissie-Hammerstein ook in het belastingrecht kunnen worden gebruikt om bepaalde rechtsvragen aan de Hoge Raad voor te leggen. Het moet dan gaan om omstreden rechtsvragen waarvan aannemelijk is dat er maatschappelijke behoefte bestaat aan een richtinggevende uitspraak. Dergelijke prangende rechtsvragen die niet of te laat de Hoge Raad (dreigen te) bereiken zouden dan door toedoen van de procureur-generaal alsnog tijdig bij de Hoge Raad belanden.

Dit bijzondere rechtsmiddel is tot nu toe in fiscalibus zelden gebruikt.⁴ De laatste keer was dit het geval in 2007 waarbij advocaat-generaal Niessen de Hoge Raad

4 W.H.B. den Hartog Jager, *Cassatie in het belang der wet* (diss. VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 78 noemt drie toepassingen onder de vigeur van de Wet Administratieve Rechtspraak Belastingzaken. Toen op 1 september 1999 hoofdstuk 8 van de Awb voor het belastingrecht is gaan gelden, is deze Wet Arb ingetrokken.

trachtte te verleiden zijn vaste jurisprudentie inzake het zogenoemde nieuwe feit bij navordering (art. 16 Algemene wet inzake rijksbelastingen) te herzien.⁵ Het ging om een aanslag op basis van een aangifte die volledig door het geautomatiseerde systeem was afgehandeld waarbij een direct zichtbare enorme fout niet was gecorrigeerd. Volgens vaste jurisprudentie kon de inspecteur deze aanslag niet later corrigeren met een navorderingaanslag – een redelijk zorgvuldig handelende inspecteur had deze fout direct moeten opmerken en corrigeren. Niessen bepleitte een uitzondering te maken voor een geval als het onderhavige. De Hoge Raad bezweek overigens niet voor deze verleiding.⁶ Zijn oordeel was dat het hier een rechtspolitieke kwestie betrof die – indien gewenst – door de wetgever moest worden beslist. De wetgever heeft vervolgens per 1 januari 2010 de wet veranderd. Naar mijn mening is dit mede onder invloed van de publiciteit rondom deze zaak in de landelijke media gebeurd. Deze berichtgeving naar aanleiding van het gebruik van dit bijzondere rechtsmiddel leidde er in dit geval toe dat de wetgever in een lopend dossier extra tempo ging maken. De als een *quick win* gepresenteerde wetswijziging is echter zeker geen toonbeeld van zorgvuldige wetgeving.⁷ Ongeveerd heeft dit bijzondere rechtsmiddel in dit geval als katalysator gefungeerd voor nieuwe rechtsvragen en derhalve rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid voor belastingplichtigen opgeleverd. Een door de procureur-generaal voorgestelde verbetering op het punt van de rechtvaardigheid (gelijkheid) resulteerde in nieuwe rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid.⁸ Het is dus aardig voor de rechter als er zich een mooie zaak voordoet die de dagelijkse routine even doorbreekt (de ‘jolt’ in het citaat van McCann), maar de gevolgen van het rechterlijk antwoord op de rechtsvraag en een eventuele reactie van de wetgever kunnen tot onverwachte gevolgen leiden.⁹

5 Vordering tot cassatie in het belang der wet van 14 juni 2007, nr. CW 2510, *NTFR* 2007/1294, V-N 2007/37.8. Interessant is overigens dat in de literatuur sprake was van ‘tegenspraak’; zie G.J.M.E. de Bont, ‘Verweerschrift in het belang der wet’, *WFR* 2007/6730.

6 HR 7 december 2007, nr. 44.096, *BNB* 2008/178. Het jaarverslag van de Hoge Raad bevat overigens een onjuiste weergave van Niessens standpunt (waarbij dan elke evidente fout tot navordering zou moeten kunnen leiden); zie Hoge Raad der Nederlanden. *Verslag 2007 en 2008*, Den Haag [z.j.], p. 109. De weergave op p. 137 is wel juist.

7 Vgl. R.E.C.M. Niessen, ‘Navordering zonder nieuw feit bij kenbare fout’, *NTFR* 2010/21, p. 16-20; E. Poelmann, ‘Navorderen op grond van het kenbaarheidsvereiste’, *FED* 2010/82, p. 3-7; J.L.M. Gribnau, ‘Kenbare fouten en navordering. Grondslagen in het licht van automatisering en mensenwerk’, *WFR* 2010/6847, p. 214-228.

8 Vgl. Den Hartog Jager 1994, p. 121. De procureur-generaal moet zich er rekenschap van geven dat een beslissing anders kan uitvallen dan de verzoeker of hijzelf voor wenselijk houden; ‘een arrest van de Hoge Raad (verwerpend of vernietigend) kan meer schade toebrengen dan goede doen, zowel algemeen-juridisch als voor de betrokkenen’.

9 Vgl. Den Hartog Jager 1994, p. 122, die betoogt dat het te ontlokken arrest een verstarrend effect kan hebben, maar ook een nieuwe dynamiek kan introduceren ‘doordat het een juridisch terrein ontsluit’. Hij merkt overigens op dat de procureur-generaal niet de belangen van de wetgever dient.

2.2 Meer gebruik noodzakelijk

Het rapport van de commissie-Hammerstein stelt dat er in de belastingsector van de Hoge Raad geen hiaten in het zaakaanbod zijn.¹⁰ Het is niet duidelijk waarop deze constatering is gebaseerd.¹¹ Is dat het enkele gebrek aan vorderingen? Niessen meent dat 'de voornaamste oorzaak voor het nagenoeg ontbreken van dergelijke vorderingen wel moet zijn dat daaraan in belastingzaken weinig of geen behoefte bestaat'.¹² Sommige rechtsvragen bereiken de Hoge Raad wel, zo signaleert Niessen daarnaast, maar doen dat wel nogal laat.

Heeft de praktijk last van het ontbreken of vertraagd ter beschikking komen van een gezaghebbend antwoord op dergelijke rechtsvragen? De praktijk vindt vaak haar informele, consensuele weg op zoek naar rechtszekerheid door het gebruik van figuren als rulings, vaststellingsovereenkomsten en handhavingsconvenanten, maar dat betekent wel dat de Hoge Raad buitenspel staat. Zijn beantwoording van de relevante rechtsvragen wordt niet gevraagd en doet er dus niet toe.

Happé lijkt nog wat steller dan Niessen. Hij voert daartoe een aantal voorbeelden aan waarin het antwoord op een rechtsvraag lang heeft geduurd, respectievelijk waarbij zeer veel belastingplichtigen waren betrokken. Hij betoogt in deze bundel met klem dat er ook in het belastingrecht grote behoefte is aan een Hoge Raad die daadwerkelijk staat voor rechtseenheid en rechtsontwikkeling en tevens rechtszekerheid biedt. Ook in fiscalibus geldt zijns inziens dat de Hoge Raad nu te vaak niet of niet tijdig van zich laat horen in zaken waarin dat wel geboden is. Hij wijst in dit verband op twee kenmerken van het belastingrecht. Enerzijds is dat het zeer dynamische karakter van het belastingrecht dat deels de voortdurend veranderende economische en maatschappelijke werkelijkheid weerspiegelt. Daarnaast is er de massaliteit van de belastingheffing.¹³ Hierdoor wachten niet zelden 'honderden, duizenden of zelfs tienduizenden belastingplichtigen jarenlang' op een antwoord van de Hoge Raad op een rechtsvraag. Hoewel bij gebrek aan 'hard' wetenschappelijk empirisch onderzoek een bewijs van een grote behoefte aan richtinggevende uitspraken van de Hoge Raad ontbreekt, maken de empirische gegevens zoals aangedragen door Happé deze zeker aannemelijk.

Mijns inziens is een tijdige beantwoording van omstreden rechtsvragen in het belastingrecht bovendien extra van belang vanwege de juridische asymmetrie

10 Zie Hammerstein 2008, p. 34. J.A.R. van Eijdsen en M.J. Hamer, 'De Hoge Raad tussen rechtsvorming en rechtsbescherming (deel 2)', *TFB* 2009/4, p. 5-12 sluiten zich bij het rapport aan.

11 R.H. Happé, 'Rechtspraak op het moment dat het ertoe doet' (elders in deze bundel) betoogt dat er sprake is van een inschattingsfout, mogelijk door vertekend (intern) perspectief: in vergelijking met de civiele en de strafkamer staat de belastingkamer er minder ernstig voor.

12 R.E.C.M. Niessen, 'Ter versterking van de cassatierechtspraak in belastingzaken meer cassatie in het belang der wet?', elders in deze bundel, par. 4 (verdere citaten verwijzen steeds naar deze bijdrage). Vgl. R.E.C.M. Niessen, 'Cassatie in het belang der wet: betekenis voor de belastingadviseur', in *Velerlei gestalten* (Linnewiel-bundel), Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2007, p. 125 waar hij in theorie de mogelijkheid ziet dat in de toekomst meer rechtsvragen 'van belang' de Hoge Raad niet bereiken.

13 In 2009 bedroeg bijvoorbeeld het aantal behandelde aangiften 54,7 miljoen, werden er 13,2 miljoen voorlopige aanslagen opgelegd en ruim 7,5 miljoen aanvragen toeslagen behandeld. Bron: Beheersverslag 2009 van de Belastingdienst, <www.belastingdienst.nl/download/2546.html>.

van de fiscale rechtsbetrekking. De inspecteur stelt met een belastingaanslag (of andere fiscale beschikking) eenzijdig de rechtspositie van de belastingplichtige vast en beschikt daarbij over zeer ruime wettelijke bevoegdheden. Deze eenzijdige ingreep in de (bestedings)vrijheid met vaak een forse financiële impact heeft de burger maar te dulden. Dit maakt het belang van rechtszekerheid extra groot, zeker bij omstreden rechtsvragen. Maar ook de rechtsgelijkheid speelt hier een rol, zoals dadelijk zal blijken.

Dat rechtsvragen de Hoge Raad niet bereiken, kan als gezegd deels worden verklaard doordat partijen zich vaak rechtszekerheid verschaffen via bijvoorbeeld een ruling, fiscale vaststellingsovereenkomst (fiscaal compromis) of een handhavingsconvenant.

Niessen wijst er terecht op dat een belastingplichtige zo het risico loopt dat een voor hem minder gunstig eindresultaat wordt bereikt dan wanneer hij 'de zaak zou hebben voorgelegd aan de onafhankelijke rechter'. Men kan dit zien als een fraai voorbeeld van zelfredzaamheid of horizontale rechtstoepassing: partijen lossen zelf hun problemen wel op. Daar is zeker wat voor te zeggen mede omdat partijen hun oplossing dan helemaal kunnen afstemmen op de relevante feiten van de onderhavige belastingplichtige. Maar bij belangrijke rechtsvragen zijn er gegeven de massaliteit al gauw belastingplichtigen die in een vergelijkbare situatie verkeren. Dan bestaat het gevaar dat andere belastingplichtigen geen weet hebben van de rechtstoepassing bij een andere, vergelijkbare belastingplichtige.¹⁴ Dus ook als dit risico van een te hoge belastingaanslag zich niet realiseert voor de individuele belastingplichtige, werkt deze zelfredzaamheid mogelijk negatief door naar andere belastingplichtigen die met dezelfde rechtsvraag worstelen. Bij ontstentenis van een voor ieder toegankelijk antwoord van de hoogste rechter op deze rechtsvraag, kan de rechtsgelijkheid in gevaar komen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als een collega-inspecteur bij een belastingplichtige elders voor een andere oplossing kiest voor dezelfde rechtsvraag, bijvoorbeeld omdat de Belastingdienst de in een individueel geval gekozen oplossing ten onrechte niet als (intern) beleid heeft geformuleerd (zie hierna mijn opmerkingen over kennisgroepen).

Er lijkt een factor in het belastingrecht aanwezig te zijn waardoor (omstreden) rechtsvragen de Hoge Raad vrij gemakkelijk zouden moeten kunnen bereiken. Dit is het laagdrempelige karakter van de fiscale rechtsgang waar Niessen op wijst: 'geen verplichte procesvertegenwoordiging, geen zware eisen aan het formuleren van klachten en middelen, niet al te hoge proceskosten'. Dat is op zich juist, maar er kunnen mijns inziens tal van legitieme redenen zijn dat een belastingplichtige ervoor kiest om niet door te procederen, zoals gebrek aan deskundigheid, de forse kosten van professionele bijstand, de emotionele belasting van een (langdurig) conflict met de fiscus en de lange duur van de procedure waarbij een beslissing

¹⁴ De grote belastingadvieskantoren hebben overigens hun eigen fiscaal-technische bureau waar informatie wordt verzameld, vervolgens verspreid over de verschillende vestigingen en het (processuele) fiscaal-technische handelen wordt gecoördineerd.

als mosterd na de maaltijd komt.¹⁵ Bovendien is de Belastingdienst bij uitstek een complexe bureaucratische organisatie, een repeat player met veel deskundigheid en grotere financiële, technische en administratieve middelen dan de gemiddelde belastingplichtige (feitelijke asymmetrie). Belastingplichtigen voelen zich daarnaast – vanwege de juridische asymmetrie – vaak afhankelijk van de Belastingdienst of inspecteur, met wie zij ook nog eens jaar in jaar uit te maken hebben.¹⁶ De feitelijke asymmetrie zal overigens waarschijnlijk minder spelen bij vermogende particulieren en (middel)grote bedrijven, maar de transactiekosten en het tijdsaspect, en soms het belang van een goede duurrelatie, zullen ook voor hen niet te verwaarlozen overwegingen zijn.¹⁷ Bovendien is het voor met name deze groep belastingplichtigen soms mogelijk meerdere fiscale wegen te bewandelen bij een bepaalde transactie. Zeer deskundige belastingadviseurs kunnen transacties vaak op verschillende manieren fiscaal ‘structureren’. Zo kunnen zij een openstaande rechtsvraag – dus rechtsonzekerheid en een mogelijk ongunstig antwoord – omzeilen door met een (ander) samenstel van handelingen materieel hetzelfde resultaat te behalen als met de handelingen waarvan de rechtsgevolgen onzeker – of ongewenst – zijn. Om verschillende redenen kan het dus zijn dat rechtsvragen niet aan de rechter worden voorgelegd, a fortiori niet bij de Hoge Raad belanden. In welke mate dit fenomeen zich voordoet, is niet precies te zeggen. Zeker is echter dat sommige rechtsvragen ‘die ertoe doen’ niet of te laat de Hoge Raad bereiken.

3 Wetgever en Belastingdienst

Uit het voorgaande blijkt dat het zich voordoen van prangende nieuwe rechtsvragen en het (snel) voorleggen daarvan aan de rechter afhankelijk zijn van de interactie van drie actoren: de wetgever, Belastingdienst (inspecteur) en de belastingplichtige.¹⁸ Hoe ontstaan dan nieuwe rechtsvragen en wie geven daar een (gezaghebbend) antwoord op? Om daar een beter inzicht in te krijgen zal ik hier met name de rol van de wetgever en het bestuur (uitvoerende macht), dus de Belastingdienst, voor het voetlicht brengen. Mijns inziens zijn het handelen en het samenspel van wetgever en de Belastingdienst niet alleen in belangrijke mate bepalend voor het

15 Ook de mogelijkheid van interne compensatie kan verhinderen (door) te procederen. De belastingplichtige heeft dan geen winst bij het winnen van de procedure omdat de inspecteur de daaruit voortvloeiende belastingverlaging kan compenseren met een andere alsnog ontdekte onjuistheid in de aangifte. Hij mag elementen van de aanslag wijzigen, mits na verrekening het nettobedrag aan verschuldigde belasting niet hoger is dan volgens de oorspronkelijke aanslag. Zeker bij de huidige globale aanslagregeling is deze situatie niet denkbeeldig.

16 Daarover J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht. Rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst*, Deventer: Gouda Quint 1998. Ook de strafrechtelijke rechtsbetrekking wordt gekenmerkt door deze asymmetrie, zie J.H. Crijs, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

17 Behalve de duur van de procedure moet daarbij ook de duur van de aanslagregeling (maximaal drie jaar plus de duur van eventueel verleend uitstel) en het afdoen van het bezwaarschrift worden ingecalculleerd.

18 Ik zie hier grotendeels af van allerlei andere actoren, zoals belastingadviseurs, belangengroepen en vertegenwoordigende organisaties van werkgevers en werknemers, banken, verzekerings- en pensioenmaatschappijen e.d., de media en (fiscale) wetenschappers.

antwoord op de vraag of er nieuwe maatschappelijk omstreden fiscale rechtsvragen zijn, maar ook of deze vragen de Hoge Raad bereiken.

3.1 Wetgever

De fiscale wetgever lijdt aan ADHD; hij stuurt de ene vloedgolf van wetgeving na de andere de samenleving in. Die belastingwetgeving laat daardoor onvermijdelijk vele rechtsvragen open. De wetgever reageert op allerlei maatschappelijke, economische en technische ontwikkelingen en op wensen uit de samenleving. Zo blijft de belastingwet bij de tijd. Maar de vraag is of de wetgever niet wat selectiever zou moeten reageren en wat meer autonoom – op basis van zelfgekozen doelen – zijn koers zou moeten bepalen. Regelmatig reageert de wetgever ook op belastingplichtigen die de belastingwet op een niet beoogde manier gebruiken, of op misbruik en fraude. Hier kunnen ook enkel budgettaire redenen een rol spelen: denk aan het gebruik van een fiscale regeling die de schatkist gewoonweg te veel geld kost.¹⁹ Maar daarnaast gelooft de belastingwetgever nog volop in de maakbare samenleving. De fiscaliteit wordt gezien als een integraal onderdeel van het regeringsbeleid – o.a. ten behoeve van de internationale concurrentiepositie, werkgelegenheid en het milieu (fiscaal instrumentalisme). Hieruit blijkt al dat het wetgevende zwaartepunt bij de regering ligt. Binnen de regering heeft de taatssecretaris van Financiën fiscale wetgeving in zijn portefeuille; in het belastingrecht fungeert hij dus als medewetgever.²⁰ Deze beleidsinstrumentele wetgeving eist slagvaardig en snel reageren. Maar het fiscaal (subsidie)beleid verandert ook met de regelmaat van de klok. Zo wordt het wetgevingsproces een racebaan met haast onvermijdelijke ongelukken.²¹ De behandelingsduur van wetsvoorstellen van de ministerraad tot publicatie is de laatste jaren dan ook aanzienlijk afgenomen. De in het algemeen waardevolle adviezen van de Raad van State worden bovendien vaak onvoldoende ter harte genomen.²² De daardoor ontstane fouten in de wetgeving kunnen de wetgever dan langdurig achtervolgen. Laat ingediende en onvoldoende diepgaand behandelde amendementen zijn nogal eens een additionele oorzaak van onevenwichtigheden en inconsistenties. De keerzijde van deze snelheid is lacuneuze en beperkt houdbare belastingwetgeving. Snelheid leidt tot slechte wetten, met lacunes, slordigheden, vage formuleringen en inconsistenties waardoor de rechtspraktijk wordt geconfronteerd met rechtsvragen die bij een meer gedegen wetgevend proces hadden kunnen worden vermeden of beantwoord.²³ Een deel van deze rechtsvragen wordt wel weer beantwoord doordat de wetgever zelf met nieuwe (herstel)wetgeving komt – met name als de onduidelijkheid in het nadeel

19 Een voorbeeld van een aantal jaren geleden is het onverwachte enorme succes van de spaarloon- en premiespaarregeling voor werknemers. Een aantal jaren geleden werd om budgettaire redenen de pc-privéregeling ineens afgeschaft (2004).

20 Gribnau 1998, par. 8.3 en 9.4. Zie R.H. Happé, 'Van trias politica naar duas politica. Een verkenning van een nieuw evenwicht', in *Belastingrechtspraak in een veranderende wereld*, Den Haag: Sdu 2001, p. 17.

21 Het ontbreekt zo de wetenschap vaak aan tijd om door een gedegen studie van de wetsvoorstellen mogelijke door de wetgever nog te beantwoorden rechtsvragen op te sporen.

22 Zie T. Hoekstra. 'De rol van de Raad van State bij fiscale wetgeving', *WFR* 2006/6668, p. 474.

23 J.L.M. Gribnau, 'Integriteit van het fiscale wetgevingsproces', *NTFR* 2010/643, p. 1-6.

van de fiscus uit blijkt te pakken of als belangengroepen voldoende druk uitoefenen. Maar ook hier is snelheid vaak troef; de haastige spoed blijkt dan weer nieuwe rechtsvragen op te leveren. Natuurlijk doen zich ook regelmatig rechtsvragen voor die door de wetgever redelijkerwijs niet konden worden voorzien, maar het gebrek aan houdbaarheid en duurzaamheid van belastingwetgeving is een evidente bron van rechtsonzekerheid.

Kort en goed, de enorme omvang van de jaarlijkse hoeveelheid belastingwetgeving – honderden pagina's – en de hoge snelheid van het wetgevend proces leiden steeds weer tot nieuwe onbeantwoorde rechtsvragen.

Rechtsontwikkeling is het resultaat van interactie tussen diverse actoren. Er is daarom niet een exclusief loket voor de beantwoording van omstreden rechtsvragen. De belastingwetgever, en met name de staatssecretaris van Financiën, daartegen wekt soms de indruk de rechter als een lastpost te beschouwen die zich met zaken bemoeit die hem niet aangaan. Alsof we niet van Montesquieu hebben geleerd dat de drie machten van de trias politica juist met elkaar moet samenwerken waarbij een gezonde concurrentie past – een concentratie van macht gaat immers ten koste van de vrijheid van burgers. Het gaat dan om gezamenlijke rechtsontwikkeling waarbij rechtsvragen door verschillende machten kunnen worden beantwoord. De wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende machten spelen hierbij ieder hun eigen specifieke rol.²⁴ Dat neemt natuurlijk niet weg dat het primaat ligt bij de democratisch gelegitimeerde wetgever, de belastingwetgever, maar deze is niet de enig verantwoordelijke voor de rechtsontwikkeling. Het primaat van de wetgever en van de politiek betekent geen monopolie inzake rechtsvorming en rechtsontwikkeling.²⁵ Maar de belastingwetgever lijkt zich monopolist te wanen.²⁶ Een voorbeeld zijn de lange tenen van de wetgever bij de toetsing van belastingwetgeving.²⁷ Bekend is de dreigende uitspraak dat de 'mate waarin de rechter in plaats van de wetgever grenzen zou stellen aan het gebruik van het belastingrecht als beleidsinstrument voor het regeringsbeleid [...] raakt aan de inrichting van het staatsbestel zelf'.²⁸ Dat leidt tot zeer behoedzaam en (te) terughoudend

24 De term uitvoerende macht suggereert een passiviteit ten opzichte van de wet die niet meer van deze tijd is. Beneden zal blijken dat de Belastingdienst enerzijds grote invloed heeft op de belastingwetgeving en anderzijds met zijn beleid in vergaande mate bepaalt hoe de wet moet worden uitgelegd en waar daar – bijvoorbeeld ten behoeve van de doelmatigheid – van wordt afgeweken, uiteraard binnen de grenzen van de wet.

25 Het begrip 'rechtsvorming' in dit verband lijkt wat besmet te zijn. C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat*, Deventer: Kluwer 2009, p. 11-12 gispt de Hoge Raad, die zich zijn inziens een rechtsvormende taak heeft toegeëigend. Indien echter 'rechtsvorming' wordt vervangen door 'rechtsontwikkeling' dan is zijn bezwaar niet meer zo groot; zie C. Lindo, 'Tussen ideaal en nuchterheid. Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens', *NJB* 2009/17, p. 1079.

26 Zie J.L.M. Gribnau, 'Trias politica in fiscalibus: Een kwestie van geven en nemen', in J.L.M. Gribnau, *Bijdragen aan een rechtvaardige belastingheffing*, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2007.

27 Zie R.H. Happé, *Schuivende machten. Over trias politica en gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht*, Deventer 1999.

28 Zie Belastingen in de 21e eeuw; een verkenning, *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 810, nr. 2, p. 35. Vgl. HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310 met noot Happé. Vgl. ook diens 'Over trias politica en rechtsbescherming in het belastingrecht', in R. Janse e.a. (red.) *Rechtsfilosofische annotaties*, Nijmegen: Ars Aequi 2007.

manoeuvreren van de rechter. En wat te denken van pogingen van de wetgever om de schatkist onwelgevallige jurisprudentie op het gebied van bijvoorbeeld goed koopmansgebruik ongedaan te maken?²⁹ De belastingwetgever schrikt er dan soms niet voor terug om met terugwerkende kracht een arrest te 'repareren'.³⁰ Ter illustratie, recentelijk werden de ongewenste gevolgen van een drietal arresten van 19 juni 2009 met een snelle gang door de Tweede en Eerste Kamer van acht dagen met terugwerkende kracht tot 29 juni gerepareerd.³¹ Is dit nog een strijd tussen partners, de wetgever als senior partner en de rechter als junior partner, in de rechtsvorming?³² Of gaat het hier om een wetgever die naar believen kan reageren op het handelen van een ondergeschikte? Hierbij moet worden bedacht dat de belastingwetgever, die het persoonlijk leven van burgers vergaand fiscaliseert – dus juridiseert –, en de machtige Belastingdienst innig samenwerken. De Hoge Raad moet in belastingzaken daarom juist tegenwicht bieden tegen deze machtige duas politica, waarbij rechtsbescherming zijn primaire taak is.³³ Gevaar is hier enerzijds dat de rechter zijn taken te terughoudend gaat opvatten, ook met betrekking tot omstreden rechtsvragen, omdat de wetgever hem steeds dreigt terug te fluiten (echt voorspelbaar is dat overigens vaak niet). Daarnaast worden zo rechtsvragen wel heel snel in het politieke domein getrokken waarbij de rechter het 'echte' werk maar aan de wetgever moet overlaten. De wetgever bepaalt dan dominant wat nu eigenlijke rechtspolitieke vragen zijn; waarbij er überhaupt geen rol voor de rechter is behalve het eventueel signaleren en doorsturen.

3.2 Belastingdienst

De Belastingdienst drukt zijn stempel op de rechtsvorming als het gaat om de rijksbelastingen. Daarbij gaat het zowel om de uitvoering als de totstandkoming van de belastingwetten. De Belastingdienst heeft namelijk veel invloed op de totstandkoming van wetgeving. De staatssecretaris van Financiën speelt ook hier de eerste viool. Hij is niet alleen medewetgever, zoals we zojuist zagen, maar ook politiek verantwoordelijke voor de Belastingdienst – dus voor diens uitvoering en toepassing van de belastingwet. De Belastingdienst kan derhalve op twee manieren het probleem van (omstreden) rechtsvragen oplossen.

29 Vgl. J.C.K.W. Bartel, 'Reparatie van arresten', in R. Pieterse (red.), *Draaicirkels van formeel belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2009, en J.E.A.M. van Dijck, 'Reparatie van arresten', in H.P.A.M. van Arendonk, J.J.M. Jansen en L.A. de Blicke (red.), *Wetgevingskunsten. Vriendenbundel Jan Kees Bartel*, Amersfoort, Sdu Uitgevers 2010.

30 Vgl. M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2009 en M. Schuver-Bravenboer, *Fiscaal Overgangsbeleid*, Deventer: Kluwer 2009.

31 De regering legde zowel de kritische opmerkingen van de Raad van State als van de leden van het parlement – vanwege de vermeende strijd met het internationale recht – zonder veel woorden naast zich neer. Zie F.P.G. Pötgens en H.M. Kappelle, 'Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!', *WFR* 2010/6843, p. 74 e.v.

32 Vgl. A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton: Princeton University Press 2006, p. 16 e.v.

33 Gribnau 1998 en J.W. Zwemmer, 'De taak van de Hoge Raad in belastingzaken', *WFR* 2002/6468, p. 211-216. Vgl. J.A.R. van Eijnsden en M.J. Hamer, 'De Hoge Raad tussen rechtsvorming en rechtsbescherming (deel 1)', *TFB* 2009/3, p. 5-10.

Eenzijds kan Belastingdienst 'lastige' rechtsvragen elimineren door een wetswijziging te bewerkstelligen. De uitvoerende macht binnen het ministerie van Financiën dringt dan bij de wetgevende macht binnen datzelfde ministerie aan op verandering; dat is een vrij effectief mechanisme want de lijnen tussen Belastingdienst en de afdeling wetgeving zijn kort. De twee petten en het grote gewicht van de staatssecretaris in het wetgevingsproces zorgen dan dat het belang van de Belastingdienst goed wordt gediend.³⁴ Op deze wijze worden rechtsvragen geëlimineerd die de Belastingdienst bij de uitvoering en toepassing van de belastingwet tot last zijn. Dit kunnen vaak ook rechtsvragen zijn waar de belastingplichtigen last van hebben, maar dat is zeker niet per definitie het geval. Het uitblijven van een rechterlijk antwoord op bepaalde rechtsvragen – bijvoorbeeld in verband met belastingbesparende constructies – kan in het voordeel van de Belastingdienst zijn. Belastingplichtigen verkeren dan in onzekerheid. Zij weten niet wat rechtens is en zullen dus mogelijk meer belasting betalen dan eigenlijk nodig is.

De Belastingdienst heeft dus op zich belang bij duidelijkheid en zo weinig mogelijk onbeantwoorde rechtsvragen. Dat zou immers leiden tot tal van procedures en dat staat haaks op een doelmatige uitvoering van de belastingwet door de Belastingdienst. Aan de andere kant heeft de Belastingdienst (fiscus) zoals gezegd soms wel degelijk belang bij onduidelijkheid om belastingplichtigen als het ware af te schrikken.³⁵

De eerste weg om rechtsvragen op te lossen loopt voor de Belastingdienst dus via het wetgevingsproces. Maar anderzijds is er ook de weg van het uitvoeringsbeleid. In de uitvoeringspraktijk formuleert de Belastingdienst namelijk zeer frequent antwoorden op rechtsvragen ten behoeve van 'eenheid van beleid en uitvoering'. Dit is een groot goed gegeven het massale karakter van de aanslagregeling. Dat gebeurt via beleidsregels, die worden gebruikt bij de aanslagregeling van de individuele belastingplichtigen. Een inspecteur kan bij de uitvoering van de belastingwetgeving een rechtsvraag tegenkomen.³⁶ Maar het kan ook zijn dat belastingplichtigen rechtsvragen aan een inspecteur of Belastingdienst voorleggen. Antwoorden in de vorm van beleidsregels worden geformuleerd via zogenoemde kennisgroepen: groepen van gespecialiseerde inspecteurs. Dat gebeurt vaak in de vorm van vraag- en antwoordbesluiten.³⁷ Er zijn twee soorten beleidsregels in fiscalibus te onderscheiden. Deze algemene standpuntbepalingen van de staatssecretaris van Financiën, vastgelegd in tot de inspecteurs gerichte instructies, kunnen worden onderscheiden in wetsinterpreterende en goedkeurende beleidsbesluiten (vroeger

34 De wetgever is maar al te vaak partijdig: wetten worden al te zeer afgestemd op de behoeften van de fiscus; zie in algemene zin al M. Scheltema, *De partijdige wetgever*, Deventer: Kluwer 1984.

35 De wetgever die zijn budgettaire belang zwaar laat wegen is dan al gauw geneigd zeer ruim geformuleerde bepalingen op te nemen, denk aan de zogenaamde anti-misbruikbepalingen – een specifiek soort van open normen.

36 Als een inspecteur bij de uitvoering van de belastingwetgeving een rechtsvraag onderkent, waarop in wet, jurisprudentie of eerder beleid geen duidelijk en eenduidig antwoord is te vinden, en het antwoord op de rechtsvraag precedentwerking kan hebben, moet hij de rechtsvraag voorleggen aan een zogenaamde kennisgroep.

37 Ook wel een verzamelbeleidsbesluit genoemd. Hierin wordt een aantal vragen die door belastingplichtigen met betrekking tot een bepaald fiscaal onderwerp aan de Belastingdienst zijn gesteld met de daarbij door (namens) de staatssecretaris gegeven antwoorden verzameld.

was de term 'resolutie' in zwing). De staatssecretaris schrijft de inspecteurs in wetsinterpreterende beleidsbesluiten voor welke betekenis naar zijn mening aan een wettelijke bepaling moet worden toegekend. Met name in het geval dat de wetgever gebruik heeft gemaakt van onduidelijke bewoordingen die voor meerdere uitleg vatbaar zijn en de (hoogste) rechter ter zake nog geen uitspraak heeft gedaan, zijn deze wetsinterpreterende besluiten van groot belang voor de eenheid in de uitvoering door de inspecteurs en de rechtszekerheid. Daarbij komt nog het belang van de gelijke behandeling van de belastingplichtigen.³⁸ Goedkeurende beleidsbesluiten bevatten een algemene standpuntbepaling van de staatssecretaris waarin hij naar zijn mening ten gunste van de belastingplichtigen afwijkt van de wettelijke regel. De betekenis die hier aan de wettelijke regel wordt gegeven, kan niet met de gangbare interpretatiemethoden daaraan worden toegekend. Aan de wettelijke bepaling worden – in combinatie met de daaronder geschaarde feiten – rechtsgevolgen verbonden die er eigenlijk niet onder vallen. De staatssecretaris keurt goed – dat wil zeggen: schrijft voor – dat de inspecteurs bij de uitvoering van de wet deze afwijkende betekenis gebruiken. Anders dan bij interpretatieve besluiten wordt hier het buitenwettelijk gebied (*intra ius*) betreden; vaak ten behoeve van een doelmatige uitvoering van de belastingwet. Een goedkeurend besluit kan ook dienen om de uitvoeringslasten van de belastingwetgeving voor de burger niet onevenredig groot te laten zijn of om een efficiënte en snelle vaststelling van de belastingsschuld te faciliteren.³⁹ Dit is reeds lang een algemeen aanvaarde praktijk. Deze afwijkingen kunnen tegemoetkomen aan de behoefte en belangen van een groep belastingplichtigen.⁴⁰ Potentiële geschillen tussen inspecteur en belastingplichtigen kunnen zo worden voorkomen; bijvoorbeeld in geval van uiteenlopende jurisprudentie van de verschillende lagere rechters. Soms wordt er ook een besluit genomen anticiperend op wetgeving; dit besluit geldt dan tot het moment dat een overeenkomstig wetsvoorstel tot wet wordt verheven en zorgt daarmee voor alvast duidelijkheid in de uitvoeringssfeer.⁴¹ Niet alle beleidsbesluiten geven een antwoord van de Belastingdienst op rechtsvragen, maar een flink aantal doet dat wel.

Net als bij wetgeving geldt dat het antwoord op deze rechtsvragen vaak wordt gegeven vanuit het perspectief en het belang van de Belastingdienst.⁴² Belastingplich-

38 R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming. Over de weging van legaliteitsbeginsel, gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel in het belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 27.

39 J.C.K.W. Bartel, 'Beleidsregels', *NtFR* 2002/809, p. 2.

40 Vgl. al de 'aanschrijving' van 25 november 1974, nr. B 74/25 440, *V-N* 1974, pt. 32, p. 1070 waarin de staatssecretaris bepaalt dat op verzoek van landbouwers zo snel mogelijk een vermindering wordt verleend op de voorlopige aanslagen IB en eventueel uitstel van betaling. De tegemoetkoming zit dus met name in de snelle behandeling (eerder geschatte inkomens bleken wegens oogstverliezen door abnormale weersomstandigheden veel te hoog te zijn).

41 Vgl. Besluit van 9 juli 2010, nr. DGB2010/1322M, *Staatscourant* 2010, 11047 dat een goedkeuring bevat voor het onbelast beschikken over spaarloon over de jaren 2006 tot en met 2009 (deblokken spaarloon).

42 Bij het opstellen van beleidsregels worden veelvuldig vertegenwoordigende organisaties van belastingplichtigen e.d. geconsulteerd. Dat kan leiden tot een meer objectief antwoord op rechtsvragen; vgl. H. Gribnau, 'Burgerparticipatie in bestuurlijke rechtsvorming: Maatschappelijk recht en fiscale beleidsregelgeving in theorie en praktijk', in J.L.M. Gribnau (red.), *Maatschappelijke rechtsvorming: Vijf Tilburgse essays*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2005.

tige en belastingrechter kunnen heel wel rechtsvragen anders beantwoorden.⁴³ Uiteraard bieden beleidsbesluiten in beginsel voorlopige antwoorden omdat een belastingplichtige die dat antwoord niet overtuigend vindt, de rechtsvraag aan de rechter kan voorleggen. Maar in praktijk zal het toch vaak een definitief antwoord zijn. Zoals boven bleek zullen belastingplichtigen regelmatig redenen hebben om rechtsvragen niet aan de rechter voor te leggen of door te procederen (zie par. 2.2). Dit gegeven zou de Belastingdienst moeten nopen tot zorgvuldigheid, zelfdiscipline en objectiviteit bij het beantwoorden van rechtsvragen.

Wat betreft de rechtsvragen die belastingplichtigen aan de rechter voorleggen, is het nog van belang op te merken dat ook hier de staatssecretaris van Financiën een cruciale rol bij de selectie speelt. In Rijksbelastingzaken is hij immers degene die al dan niet cassatie zal instellen in gevallen waar de inspecteur door de lagere rechter in het ongelijk is gesteld. Omdat de staatssecretaris zo vele malen per jaar partij is in cassatiezaken is zijn cassatiebeleid bij uitstek van belang voor de vraag of zaken die er echt toe doen bij de Hoge Raad komen.⁴⁴ Diverse factoren bepalen of er überhaupt – voor een lagere rechter – wordt geprocedeerd: doelmatige uitvoering en beschikbare capaciteit (tijdrovende procedures leggen een groot beslag op mankracht). Over echte rechtsvragen wordt zonodig overleg gevoerd met de afdeling Cassatie van het ministerie van Financiën. Het cassatiebeleid is mede afhankelijk van deze voorselectie. Maar bijvoorbeeld de bestrijding van fiscale constructies is ook een belangrijke factor, ook bij de beslissing om in cassatie te gaan, zelfs als de winstkansen niet zo groot worden geacht.⁴⁵

De Belastingdienst draagt dus op twee manieren – invloed op wetgevingsproces en beleidsregels voor de uitvoeringspraktijk – bij aan het elimineren en beantwoorden van rechtsvragen. Punt van zorg daarbij is dat het perspectief en het belang van de Belastingdienst – waaronder een doelmatige uitvoering – kunnen overheersen. Dit gaat ten koste van de objectiviteit. Daarnaast kan de Belastingdienst uiteraard ook procederen indien een belastingplichtige zijn antwoorden op een rechtsvraag betwist. Dan kan een rechtsvraag de Hoge Raad bereiken, maar dat kan nogal wat tijd kosten.

43 De Belastingdienst negeert soms de jurisprudentie van de Hoge Raad; de staatssecretaris van Financiën draagt soms als hoofd van de Belastingdienst de inspecteurs op een standpunt in te nemen dat er in feite op neerkomt dat zij een arrest van de Hoge Raad negeren. Bijv. Besluit 11 augustus 2003, nr. CPP2003/1951M, V-N 2003/39.20 n.a.v. HR 14 maart 2003, nr. 38 253, *BNB* 2003/197; alsnog herzien bij Besluit 3 augustus 2004, nr. CPP2004/1709M, V-N 2004/47.13 n.a.v. HR 9 juli 2004, nr. 38 026, *BNB* 2004/363.

44 A.O. Lubbers, *Belastingarresten lezen en analyseren*, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2007, p. 18 e.v. Vergelijk het strafrecht waar het openbaar ministerie (via zijn cassatiedesk) oog heeft voor toekomstige vergelijkbare zaken. Hier zit een verschil met cassatie in civiele zaken die in dit opzicht door de meer ad hoc samenstelling van partijen de beslechting van toekomstige geschillen speelt in hun processuele opstelling een veel kleinere rol; vgl. F.W. Bleichrodt, 'Cassatie in het belang der wet in strafzaken' en T. Hartlief, 'Een hiaat in het zaak-aanbod: geld zetten op cassatie in het belang der wet in civiele zaken?', beiden in deze bundel.

45 T.A. Gladpootjes, 'Bestaat er nog een autonoom cassatiebeleid?', *WFR* 1999/6360, p. 1408 e.v.

3.3 Conclusie

De belastingwetgever is hyperactief. De enorme hoeveelheid belastingwetgeving en de hoge snelheid van het wetgevende proces leiden steeds weer tot nieuwe onbeantwoorde rechtsvragen. De wetgever vertoont daarbij soms monopolistische neigingen waarbij hij onwelgevallige rechtsontwikkeling door de rechter ‘repareert’. De Belastingdienst heeft veel invloed op de wetgever. Zo laat hij via het wetgevingsproces rechtsvragen elimineren. Anderzijds beantwoordt hij (zelf) rechtsvragen via het uitvoeringsbeleid in de vorm van beleidsbesluiten die beleidsregels bevatten. Zo vangt hij een deel van de (omstreden) rechtsvragen ‘weg’ voor de belastingrechter. Doordat ze buiten het zicht van de rechter blijven, kan er ook geen vordering tot cassatie in het belang der wet worden ingesteld waar dat bij omstreden rechtsvragen wel nodig kan zijn. Soms heeft de Belastingdienst belang bij onbeantwoorde rechtsvragen, dus bij onduidelijkheid, bijvoorbeeld daar waar hij belastingbesparende constructies van belastingplichtigen vreest.

4 Een bijzonder rechtsmiddel opgewaardeerd?

4.1 Asymmetrische doorwerking

De procureur-generaal kan de vordering slechts instellen in gevallen waarin geen van de partijen beroep in cassatie heeft ingesteld tegen een uitspraak van een lager rechterlijk college. Indien de Hoge Raad vervolgens de aangevallen uitspraak casseert, heeft dat geen nadelige gevolgen voor partijen in die zin dat de aanslag (of andere beschikking) niet wordt verhoogd of verlaagd in vergelijking met het bedrag waarop deze eerder door de desbetreffende lagere rechterlijke instantie is vastgesteld.

Dit bijzondere rechtsmiddel dient dus niet het belang van partijen, maar het ‘belang der wet’, of misschien juister nog het belang van het recht.⁴⁶ De rechtsgevolgen van de vernietigde uitspraak worden in stand gelaten en geen nadeel wordt toegebracht aan de rechten door partijen verkregen (art. 78, lid 5 Wet RO). Voor de afdeling Cassatie van het ministerie van Financiën valt dit te billijken – zij hebben immers hun werk niet goed (genoeg) gedaan. Maar de gemiddelde belastingplichtige zal toch raar staan te kijken als hij niet in cassatie is gegaan en achteraf blijkt dat als hij dat wel had gedaan hij het recht, in dit geval de Hoge Raad, aan zijn zijde zou hebben gevonden. Als gezegd kunnen er tal van redenen zijn dat een belastingplichtige ervoor ‘kiest’ om niet (door) te procederen, zoals de forse kosten van professionele bijstand, de emotionele belasting en de lange duur van de procedure. Als dan achteraf blijkt dat men wat betreft de uitkomst ten onrechte niet heeft doorgeprocedeerd, zal dat al gauw tot frustratie leiden.⁴⁷ Bedenk daarbij dat de des-

46 Den Hartog Jager 1994, p. 122 spreekt van het abstracte belang van een goede rechtsbedeling. ‘Het gaat de procureur-generaal niet om het krijgen van een bepaalde uitspraak maar om *een* uitspraak.’

47 Het is niet ondenkbaar dat een belastingplichtige – gegeven de vaak grote financiële belangen die bij belastingaanslagen spelen – zijn belastingadviseur aansprakelijk stelt, als blijkt dat deze ten onrechte heeft geadviseerd niet door te procederen.

betreffende belastingplichtige zich toch al in een asymmetrische positie bevindt ten opzichte van de Belastingdienst. Voor het strafrecht is de aanbeveling gedaan dat de Hoge Raad na cassatie in het belang der wet de voor de verdachte ongunstige gevolgen van de vernietigde beslissing ongedaan zou kunnen maken.⁴⁸ Deze aanbeveling zou analoog voor het belastingrecht voor een niet doorprocederende belastingplichtige (belanghebbende) kunnen worden overgenomen. Een gunstige uitspraak werkt dan door in diens voordeel. Dit draagt bij aan de legitimiteit van de rechtspraak. Gevaar is wellicht dat belastingplichtigen opportunistisch gokken op een 'gratis arrest'. Zij zullen dan niet doorprocederen in de stellige verwachting dat de procureur-generaal wel een vordering zal instellen. Van een gunstig arrest profiteren zij dan via doorwerking zonder zelf de kosten van de procedure te hoeven dragen. Maar de procureur-generaal kan hierop toetsen: hij stelt een vordering tot cassatie in het belang der wet in principe niet in als het gaat om een niet doorprocederende onderneming of een enigszins vermogende particulier.⁴⁹

4.2 Omstreden rechtsvraag

De commissie-Hammerstein bepleit als gezegd een intensiever gebruik van het bijzondere rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet bij omstreden rechtsvragen.⁵⁰ Het gaat dus niet zomaar om een rechtsvraag die de Hoge Raad (naar verwachting) niet bereikt maar om een omstreden rechtsvraag. De vraag is over welke rechtsvragen zodanig wordt gestreden dat men ze als omstreden kan kwalificeren.⁵¹ De vraag is ook wie ze dan wel als omstreden betitelt. Er zijn nogal wat kandidaten in het belastingrecht, zoals de publieke opinie, het juridisch forum, de belastingwetenschap, de belastingwetgever, de Belastingdienst, de individuele belastingplichtige en de belastingrechter. Zij zullen niet vanzelfsprekend bij het hier spelende 'belang der wet' dezelfde keuze maken.⁵² Hoe moet dan de procureur-generaal bepalen wat een omstreden rechtsvraag is? Beschikt de procureur-generaal over genoeg expertise en gevoel voor wat maatschappelijk omstreden is? Het rapport van de commissie-Hammerstein stelt voor een commissie in het leven te roepen die de procureur-generaal bij de Hoge Raad adviseert over uitspraken die zich mogelijk lenen voor een voordracht tot cassatie in het belang der wet. De procureur-generaal zou de leden van de adviescommissie moeten benoemen; zij zouden bij voorkeur afkomstig moeten zijn uit de rechterlijke macht en de wetenschap.

48 Vgl. voor het strafrecht B.F. Keulen, 'Cassatie op een breekpunt?', *RM Themis* 2009/5, p. 211-212 (o.v.n. Den Hartog Jager 1994 m.b.t. het Franse en Belgische recht) en Bleichrodt in deze bundel.

49 Vgl. Den Hartog Jager 1994, p. 122; hij wijst erop dat de procureur-generaal zich terughoudend opstelt in geval van verzoeken van 'financieel draagkrachtige instellingen'.

50 Hammerstein 2008, p. 48.

51 De vraag is of de commissie-Hammerstein een scherp beeld heeft van het type omstreden fiscale rechtsvragen dat zich in de toekomst leent voor cassatie in het belang der wet nu er geen hiaat in het zaaksaanbod wordt geconstateerd. Vgl. Hartlief in deze bundel, par. 6.

52 Keulen benadrukt dat het 'belang der wet' niet samenvalt met enkel het belang van rechtseenheid en rechtsontwikkeling. 'Een belang der wet is ook, dat lagere rechters zich houden aan de door de Hoge Raad gegeven uitleg van die wet, en dat de toepassing van die wet als rechtvaardig wordt beleefd'; Keulen 2009, p. 211.

Een wetenschapper heeft allicht zijn of haar favoriete onopgeloste vragen, problemen, foute of onduidelijke lagere uitspraken waarover nog niet in cassatie is beslist, maar zijn het daarmee omstreden rechtsvragen die de eigen subjectieve voorkeur overstijgen? Bekend is de uitspraak dat als men een probleem aan twee hoogleraren belastingrecht voorlegt, men er drie oplossingen (die elk weer hun eigen problemen met zich brengen) voor terugkrijgt. Daarbij speelt ook dat de nog steeds toenemende specialisatie in het belastingrecht het soms lastig maakt te beoordelen hoe prangend een rechtsvraag uit een fiscaal deelgebied is dat men zelf niet dagelijks beoefent. Ook een procureur-generaal zal onvermijdelijk zijn subjectieve voorkeuren hebben.⁵³ Wezenlijk is hier dat hij kan terugvallen op de expertise van de advocaten-generaal – en het wetenschappelijk bureau. Dat biedt hem toch een voldoende basis voor een verantwoorde keuze. De diverse subjectieve voorkeuren bediscussiërend kan er dan wel een intersubjectieve selectie tot stand komen, lijkt mij. Openbaarheid van de gehanteerde selectiecriteria (helaas, niet door de commissie-Hammerstein bepleit) bevordert daarbij de transparantie. ‘Stakeholders’, zoals belastingwetenschappers, kunnen dan bovendien hun visie geven op de criteria, hetgeen een leereffect voor de procureur-generaal kan hebben.

4.3 Rechtspolitiek en plannen van de wetgever

Volgens het rapport van de commissie-Hammerstein lenen bepaalde omstreden rechtsvragen zich niet voor het instellen van cassatie in het belang der wet.⁵⁴ Ik citeer gemakshalve:

- ‘Een omstreden rechtsvraag die een afweging van politieke standpunten vergt, behoort door de wetgever te worden opgelost.
- Rechtsvragen met betrekking tot een wettelijke regeling die de wetgever van plan is te wijzigen.
- Rechtskwesties met betrekking tot recente wetgeving zijn over het algemeen minder geschikt voor een cassatie in het belang der wet, maar daarop kunnen belangrijke uitzonderingen bestaan.’

Ik beperk mij hier tot een enkele opmerking bij met name de eerste twee criteria. De vraag is hoe duidelijk deze criteria zijn. Nu zal vaak wel duidelijk zijn of er sprake is van een rechtspolitieke kwestie. Maar het is toch ook een wat vaag criterium. Het bovengenoemde arrest van 7 december 2007 leidde tot aanzienlijke publiciteit.⁵⁵ Publiciteit betekent in het belastingrecht al gauw dat de medewetgever daadkracht wil tonen, al dan niet na Kamervragen. Ook een door insiders ingeseind Kamerlid kan Kamervragen stellen over een ‘onbekende’ zaak die op het eerste gezicht wei-

53 Den Hartog Jager 1994, p. 119 spreekt over ‘de persoonlijke geaardheid van het hoofd van het parket’.

54 Hammerstein 2008, p. 48.

55 Daarbij werd ten onrechte gesuggereerd dat de aanslag van betreffende belastingplichtige die abusievelijk een aftrek voor hypotheekrente ad € 3,4 miljoen genoot, een schade voor de schatkist ter grootte van dat bedrag betekende. Er was ‘slechts’ sprake van een negatief inkomen dat in de toekomst verrekend kon worden; door de hoge leeftijd en het relatief lage inkomen en tarief van de belastingplichtige viel diens werkelijke voordeel dus veel lager uit.

nig politiek lijkt, een ogenschijnlijk louter fiscaaltechnische rechtsvraag, maar dat mede door de publiciteit in de media wel kan worden. Daarmee wordt het onderwerp de politiek ingetrokken.⁵⁶ Dat kan ook naar aanleiding van een uitspraak van een lagere rechter gebeuren; is het daarmee een 'politek' besmette (omstreden) rechtsvraag geworden? Ook reageert de medewetgever soms op arresten van de Hoge Raad om budgettaire redenen. Daar zal dan in het parlement over beslist moeten worden. Is hier sprake van een rechtspoliteke kwestie? Moet de procureur-generaal derhalve de mogelijkheid inschatten dat ogenschijnlijk vrij technische kwesties de politiek worden ingetrokken en daarom terughoudend zijn? Dat maakt zijn werk er niet gemakkelijker op. Of een rechtsvraag een afweging van politieke standpunten vergt, is niet steeds duidelijk en soms maar tot op beperkte hoogte te voorzien.

Wie bepaalt bovendien dat er sprake is van 'een omstreden rechtsvraag die een afweging van politieke standpunten vergt'? De Hoge Raad ziet het oplossen van een schending van het gelijkheidsbeginsel van art. 14 EVRM en 26 IVBRP soms als een rechtspoliteke kwestie en laat de keuze daaromtrent als gezegd aan de democratische gelegitimeerde wetgever; reparatie valt niet onder de rechtsvormende taak van de rechter (zie boven par. 3.1).⁵⁷ Dat lijkt misschien nog te rechtvaardigen bij problemen die de Hoge Raad niet en de wetgever wel kan overzien en waar een keuze moet worden gemaakt uit meerdere mogelijke oplossingen.⁵⁸ Maar als het nu gaat om een evidente schending van het gelijkheidsbeginsel die heel eenvoudig opgelost kan worden en de wetgever altijd alsnog de oplossing van de Hoge Raad zou kunnen 'repareren'? Als de Hoge Raad dan pas op de plaats maakt, is het dan niet vooral zo dat hij een reactie van de wetgever vreest? Een (politeke) reactie die net zo goed helemaal niet zou kunnen komen? 'Een mens lijdt dikwijls het meest door het lijden dat hij vreest.' Geldt dit ook voor de Hoge Raad? Hij bepaalt deels zelf of er sprake is van een rechtspoliteke kwestie – waarbij koudwatervrees een rol kan spelen.⁵⁹ Bovendien pleit het gegeven dat een kwestie politiek is, nog niet direct voor een absolute onthouding. Het gaat immers ook om recht, denk aan strijd met grondrechten zoals het gelijkheidsbeginsel, waarvan we in de fiscaliteit een aantal spraakmakende gevallen hebben gezien. Is het dan ook niet van belang

56 Den Hartog Jager 1994, p. 121 citeert procureur-generaal Berger die stelt dat de 'Hoge Raad er niet voor is om hete hangijzers uit het Binnenhof weg te halen'. Het begrip 'politek gevoelige standpunten' omvat tegenwoordig echter veel meer kwesties dan deze hete hangijzers; het gaat niet meer enkel om problemen die de politiek bij gebrek aan consensus bewust aan de rechter overlaat.

57 A.O. Lubbers, 'Rechtsvinding bij kwalitatief ondermaatse wetgeving', *TFB* 2010/1 analyseert in meer algemene zin de verschillende acties die de rechter kan ondernemen ten aanzien van de door hem geconstateerde 'onvolkomenheden' in belastingwetgeving: repareren, confronteren, alarmeren of rapporteren.

58 Zij het dat een arrest van de Hoge Raad juist een prikkel tot eindelijk handelen voor de wetgever kan vormen bij al langer bekende rechtsvragen die de staatssecretaris al lang had kunnen verduidelijken, beantwoorden of elimineren.

59 Dat geldt ook als er sprake is van een klein financieel belang omdat anders die vraag 'boven de markt' blijft hangen. Belastingplichtigen hebben er recht op te weten wanneer de wetgever het gelijkheidsbeginsel schendt en wanneer de wetgever aan zet is. Zij kunnen dan zelf beoordelen hoe slagvaardig de belastingwetgever is op dit punt. Vgl. Den Hartog Jager 1994, p. 121: 'Juist bij kleine financiële belangen kan cassatie in het belang der wet uitkomst bieden.'

dat de Hoge Raad zo snel mogelijk vaststelt *dat* er sprake is van een rechtstekort? De legitimiteit van de belastingwetgeving is hier in het geding, het gaat om strijd met recht of niet. Daar komt bij de rechtszekerheid, die juist bij eenzijdige ingreep in de bestedingsvrijheid van de burger van groot belang is. Die eist dan dat een eventuele schending van het gelijkheidsbeginsel zo snel mogelijk duidelijk is.⁶⁰ Ook de lagere rechters zullen moeten weten hoe de Hoge Raad hierover oordeelt. Mochten moedeloze burgers dus niet doorprocederen, dan dient de procureur-generaal het stokje over te nemen. In het bovengenoemde arrest van 7 december 2007 ging het om een in de vordering voorgestelde inperking van de rechtsbescherming van de belastingplichtige, in de zin van de rechtszekerheid die deze aan het aanslagbiljet mag ontleen. Ook dit kan men als een rechtspolitieke kwestie zien: rechtsbescherming tegenover rechtshandhaving (ten behoeve van de rechtsgelijkheid van belastingplichtigen). Het is aan de wetgever om deze afweging ten principale te maken; en de rechter werkt in het spoor van die afweging verder. Maar de reden dat de Hoge Raad de procureur-generaal niet volgde, lag hier toch wat anders. De Hoge Raad stelde vast dat de medewetgever – de staatssecretaris van Financiën – in het verleden al vaker pogingen had gedaan om de voor de fiscus nadelige gevolgen van de veranderde – geautomatiseerde – werkwijze niet voor rekening van de staat te laten komen. Daarnaast lag er ten tijde van het wijzen van het arrest in december 2007 een conceptwetsvoorstel van een zelfde strekking op tafel, zo constateerde de Hoge Raad.⁶¹ Hij vond het daarom niet op zijn weg liggen om nu zijn uitleg van het desbetreffende art. 16 AWR te herzien. Wanneer kunnen we nu zeggen dat ‘de wetgever van plan is te wijzigen’. Hoe concreet moeten die plannen zijn? En met hoeveel voortvarendheid moet de wetgever te werk gaan? Hoe lang mag men de kip laten broeden? In het geval van navordering had de medewetgever al jaren zijn zinnen gezet op een verandering van de wettelijke regeling. Maar niet alle plannen hebben evenveel prioriteit en zij kunnen niet alle tegelijkertijd worden verwezenlijkt. Vaak zegt de staatssecretaris van Financiën dat hij een probleem ter hand zal nemen, maar even zo goed wordt er dan soms heel lang niets meer van vernomen.⁶² Bovendien is van een ADHD-wetgever niet altijd te zeggen waar hij precies mee bezig is.⁶³ Kan de (mede)wetgever dan als het

60 Vgl. Den Hartog Jager 1994, p. 122: een vroeg arrest kan ‘soms geïndiceerd zijn als er misverstanden dreigen of als er grote onrust in het rechtsleven bestaat’. Vgl. het rapport-Hammerstein, p. 48: ‘Cassatie in het belang der wet is niet bedoeld om rechtsontwikkelingen in de lagere rechtspraak en doctrine af te kappen of vóór te zijn, tenzij de Hoge Raad reeds dadelijk een duidelijk antwoord kan geven.’

61 De Raad voor de Rechtspraak had op 16 mei 2007 een advies uitgebracht over deze eventuele verruiming van de bevoegdheid tot navordering waardoor de plannen van het ministerie indirect openbaar werden; <www.rechtspraak.nl/Gerechten/RvdR:2007/14>.

62 In een brief van 15 april 1997 heeft de staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer aangekondigd een rechtsgang te openen ter zake van besluiten betreffende toepassing van de bepalingen inzake de plicht tot informatieverstrekking en daartoe met wetsvoorstellen te komen, *Kamerstukken II* 1996-1997, nr. 25 000/IX B, nr. 24; zie ook nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 175, nr. 5, p. 4. Daarna volgde een lange, oorverdovende stilte. Pas het initiatiefwetsvoorstel Rechtsbescherming bij controlebeschikkingen, *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 645 van de leden van de Tweede Kamer Crone en Dezentjé-Hamming zorgde voor beweging aan dit front.

63 Dat maakt de toepassing van het criterium ‘rechtswesties met betrekking tot recente wetgeving’ er overigens niet eenvoudiger op.

ware een rechtsvraag claimen, zodat die daarmee besmet is verklaard voor een vordering tot cassatie in het belang der wet? De publiciteit rondom het arrest van 7 december 2007 draagt bij aan een gevoel van urgentie bij de medewetgever, maar voor hetzelfde geld was het dossier nog een tijdje in de kast gebleven.

4.4 Conclusie

Ik heb een aantal aspecten verbonden aan de vordering tot cassatie in het belang der wet besproken. Het verdient aanbeveling de voor de niet doorprocederende belastingplichtige ongunstige gevolgen van een aldus vernietigde beslissing ongedaan te maken. Een gunstige uitspraak zou dan doorwerken in diens voordeel. Vervolgens heb ik gewezen op enige problemen rondom het criterium van 'omstreden rechtsvraag'. Ook de door de commissie-Hammerstein uitgezonderde soort vragen zijn nog onvoldoende duidelijk omschreven. Hierbij speelt een rol dat de belastingwetgever regelmatig van een op zich fiscaal-technische kwestie een politieke kwestie maakt. Het recht zal bovendien soms politieke standpunten ter zijde moeten stellen. Daarnaast is het soms van belang dat de Hoge Raad duidelijk vaststelt dat de wetgever een omstreden rechtsvraag behoort op te lossen. Tot slot is het bij een hyperactieve wetgever niet steeds duidelijk wanneer hij van plan is een regeling te wijzigen. Hoe lang mag hij daarbij überhaupt blijven broeden? Is zitten op een ei altijd broeden?.

5 Alternatieve rechtsgang

De commissie-Hammerstein ziet cassatie in het belang der wet niet als een geschikt instrument voor omstreden rechtsvragen die door recente wetgeving worden opgeroepen. Niessen sluit zich daarbij aan. Zijns inziens zijn geheel nieuwe wegen nodig om echt sneller dan nu een antwoord krijgen van de Hoge Raad ten aanzien van prangende problemen in nieuwe wetgeving. Hij geeft het voorbeeld van een commissie van deskundigen die een rechtsvraag aan de orde stelt waarover vervolgens een debat in de literatuur plaatsvindt met daarna een zitting waarbij advocaten of andere deskundigen standpunten bepleiten. Vervolgens komt er de conclusie van de procureur-generaal met reacties van 'partijen' en ten slotte een oordeel van de Hoge Raad dat dan tamelijk algemeen is en niet scherp op feiten toegespitst.⁶⁴ Zoals hijzelf toegeeft zitten aan dit voorstel allerlei haken en ogen, maar het is een voorbeeld van *out of the box*-denken. Het is de vraag of een dergelijk debat in de literatuur zo gemakkelijk is te organiseren. In ieder geval moet de rechtsvraag dan zo goed mogelijk worden uiteengehaald in subvragen die elk een aspect van het probleem voor het voetlicht brengen.

Niessen doet nog een suggestie voor een andere oplossing. In de rest van deze paragraaf volg ik dit spoor en denk daarop door. Hij laat aan de hand van een voorbeeld (de terbeschikkingstellingsregeling) het maatschappelijke belang zien van

64 Zie voor een eerder pleidooi voor hoorzittingen: S.C.W. Douma, 'Rechterlijke rechtsvorming moet! Maar hoe?', *NTFR* 2007/42, p. 1-3. Vgl. C.B. Bavinck, 'Moet de Hoge Raad externe deskundigen en amici curiae inschakelen?', *WFR* 2009/6794, p. 4 e.v. en Happé in deze bundel, par. 7 en slot.

de mogelijkheid om een geheel fictieve casus aan inspecteur en rechter voor te leggen. Een rechtsingang zou zijns inziens op dit punt in een behoefte kunnen voorzien. Anders dan bij een vordering tot cassatie in het belang der wet, hoeft dan niet gewacht te worden tot blijkt dat partijen niet doorprocederen, en kan zelfs zonder dat er zelfs maar een aanslag bij een belastingplichtige is vastgesteld, gestart worden met het werken aan het antwoord op deze omstreden rechtsvraag. We betreden daarmee het terrein van de prejudiciële vragen (zie Happé in deze bundel⁶⁵). Maar het gevaar is dat een dergelijke rechtsvraag verpakt in een fictieve casus de Hoge Raad nog te weinig houvast biedt om een brede oplossing te bieden voor een reeks van gevallen. Gegeven de massaliteit die het belastingrecht kenmerkt, doet een prangende rechtsvraag zich zelden bij slechts één belastingplichtige voor. Het kan dan goed zijn dat de omstandigheden van het geval waarin die rechtsvraag speelt, bij de verschillende belastingplichtigen uiteenlopen. Het gevaar is dan dat een rechterlijk antwoord op de rechtsvraag aan de hand van een enkel geval te beperkt is om ook de andere belastingplichtigen uitsluitel te geven. Het antwoord op de rechtsvraag moet dus voldoende breed zijn. Er is met andere woorden in dit soort zaken behoefte aan een totaaloplossing, zoals eerder door Lubbers bepleit. Ik ga eerst op deze suggestie voor totaaloplossingen in om vervolgens deze toe te passen op de fictieve casus.

Lubbers constateert allereerst dat de Hoge Raad bij het vervullen van zijn rechtsvormende taak doorgaans de ‘van-zaak-tot-zaakbenadering’ hanteert. Deze benadering houdt in dat een nieuw uitgangspunt wordt neergelegd in een basisarrest en vervolgens aan de hand van nieuwe gevallen wordt bijgesteld en uitgewerkt. Aldus geeft hij meestal slechts een oplossing voor het te berechten geval – en daarmee vergelijkbare gevallen – en komt hij in het basisarrest niet meteen met een gedetailleerde totaaloplossing.⁶⁶ Als het gaat om een ingewikkelde problematiek en het onzeker is welke deelproblemen zich in toekomstige zaken aandienen, is dit de meest voor de hand liggende aanpak. Als nadeel van deze werkwijze geldt echter dat een relatief onuitgewerkt basisarrest tot rechtsonzekerheid kan leiden en onmiddellijk nieuwe zaken uitlokt. Lubbers meent dat de Hoge Raad niet alleen een oordeel zou moeten geven over het hem voorgelegde geschilpunt, maar in meer gevallen tevens met dit geschilpunt onlosmakelijk verbonden vervolgvragen zou moeten beantwoorden.

Van den Berge wijst er in zijn reactie op het pleidooi van Lubbers op dat de Hoge Raad de doelstelling van de bevordering van de rechtsontwikkeling door rechtsvorming moet realiseren aan de hand van voorgelegde gevallen.⁶⁷ De opstelling van partijen is maatgevend: de Hoge Raad is immers gebonden aan de middelen of klachten die worden gericht tegen de uitspraak van de lagere rechter. Daarmee is een spanningsveld inherent aan doelstelling en het middel – de methode – om

65 Hij maakt daarbij nog een onderscheid tussen reële en hypothetische gevallen.

66 A.O. Lubbers, ‘Meer totaaloplossingen in belastingarresten wenselijk’, *NtFR* 2002/494, p. 1-4. Hij wijst in dit verband op de beperkte taakopvatting bij rechtsvorming: bij het vervullen van zijn rechtsvormende taak heeft de Hoge Raad bovendien de gewoonte zelden in te gaan op kwesties die niet uitdrukkelijk in de middelen of klachten aan de orde zijn gesteld en wordt het debat met de advocaat-generaal doorgaans zorgvuldig uit de weg gegaan.

67 J.W. van den Berge, ‘Wilt u een totaaloplossing?’, *NtFR* 2002/722, p. 1-3.

die doelstelling te realiseren. Er bestaat spanning tussen de na te streven bevordering van de rechtsontwikkeling en het beslissen in voorgelegde gevallen aan de hand van middelen of klachten (de methode), omdat het formuleren van een algemene regel nu eenmaal moeilijk te realiseren is aan de hand van één bepaald geval. Bovendien fungeert het kader van het te berechten geval als een keurslijf als het aankomt op de uitwerking van de regel in andere denkbare gevallen; dit zijn de 'vervolgvragen'.

De Hoge Raad kan echter wel 'het zicht op problemen vergroten' door zaken te clusteren waarin hetzelfde probleem speelt of vergelijkbare kwesties aan de orde zijn. Die methode geeft het gewenste, genuanceerde zicht op de praktijk, zo betoogt Van den Berge. Bovendien heeft die methode het voordeel dat de in de uitspraken van de lagere rechter gevolgde redeneermethoden kunnen worden vergeleken, hetgeen van grote waarde kan zijn voor de oordeelsvorming door de Hoge Raad. Die clustervorming is echter alleen mogelijk als aan de Raad – min of meer gelijktijdig – een aantal vergelijkbare zaken wordt voorgelegd.

Juist een rechtsontwikkeling via een dergelijke clustermethode die direct meerdere deelvragen beantwoordt, kan mijns inziens in het belastingrecht zeer gewenst zijn. Een dergelijke 'totaaloplossing' voor een prangende rechtsvraag zou kunnen worden bereikt door op basis van de rechtsvraag vroegtijdig meerdere fictieve casus te formuleren en aan de rechter voor te leggen. Dan kan het totale spectrum van (deel)vragen die de kwestie worden bestreken en wordt de Hoge Raad zo ook in den brede voorgelicht over de relevante aspecten van de rechtsvraag.

Een dergelijke clustering van casus die aspecten van een prangende rechtsvraag etaleren, zou kunnen worden gegoten in een set van beschikkingen die voor cassatie vatbaar zijn. Deze suggestie sluit aan bij de door Happé (in deze bundel) voorgestelde voor cassatie vatbare beschikking. Zijns inziens is het nodig dat belastingplichtigen een beschikking kunnen aanvragen waarin de Belastingdienst (de inspecteur) zijn antwoord op een concrete rechtsvraag neerlegt.⁶⁸ De belastingplichtige zou direct in cassatie moeten kunnen komen tegen een dergelijke beschikking. Ook de Belastingdienst zou naar aanleiding van een concrete rechtsvraag met betrekking tot een belastingplichtige een beschikking moeten kunnen nemen. Het kan dan volgens Happé gaan om een rechtsvraag naar aanleiding van een voor de Belastingdienst belangrijke aangelegenheid. Daarbij valt te denken aan een in de praktijk gesignaleerde ontwijkingsconstructie. Happé stelt terecht voor dat zowel een belastingplichtige als de Belastingdienst hier het initiatief moeten kunnen nemen. Aldus wordt voorkomen dat het alleen om voor de Belastingdienst belangrijke rechtsvragen zou kunnen gaan. Of een rechtsvraag 'omstreden' is, is immers niet enkel een zaak van de Belastingdienst maar ook van de belastingplichtige. Anderzijds zou hier toch de grote ongelijkheid in rechtsbevoegdheid, de

68 Intern is binnen de Belastingdienst voorgeschreven dat nieuwe rechtsvragen door de inspecteur die ermee wordt geconfronteerd, voorgelegd worden aan een zogenaamde kennisgroep van inspecteurs die over bijzonder expertise op het terrein van de rechtsvraag beschikken. Deze kennisgroep formuleert dan een standpunt dat, vaak in een beleidsbesluit in naam van de staatssecretaris van Financiën vastgelegd, ook door andere inspecteurs in vergelijkbare gevallen zal moeten worden gevolgd. Die zullen zich vanwege de massale aantallen belastingplichtigen en aanslagen al snel voordoen.

boven al genoemde juridische asymmetrie, nog kunnen doorwerken. Om hier een zekere mate van *equal bargaining power* te garanderen, voel ik er daarom meer voor de aan de Hoge Raad voor te leggen set (cluster) van casus door de rechter van eerste aanleg te laten formuleren. De rechtbank is immers bij uitstek gekwalificeerd om de relevante feiten te selecteren en kan tevens een objectieve formulering van de rechtsvraag waarborgen door daarbij het perspectief en het belang van de Belastingdienst én van de belastingplichtige te betrekken.

6 Afronding

Het rapport van de commissie-Hammerstein bepleit meer vorderingen tot cassatie in het belang der wet in het belastingrecht. In deze bijdrage heb ik een aantal aspecten van dit bijzondere rechtsmiddel besproken. Het is tot nu toe weinig populair maar kan in de toekomst zekere goede diensten verlenen. Het is aannemelijk immers dat er op dit moment omstreden rechtsvragen die ertoe doen, niet (tijdig) bij de Hoge Raad komen. Om de lezer enig gevoel voor de domeinspecificiteit van fiscale rechtsvorming en rechtsontwikkeling te geven, heb ik de rol van de belastingwetgever en de Belastingdienst bij het ontstaan en beantwoorden van rechtsvragen belicht. Hun handelen bepaalt in belangrijke mate het aantal en de soort rechtsvragen die aan de rechter worden voorgelegd, respectievelijk aan de Hoge Raad zouden moeten worden voorgedragen voor cassatie in het belang der wet. Daarna heb ik een asymmetrische doorwerking van een voor de belastingplichtige gunstige beslissing op een door de procureur-generaal ingestelde vordering bepleit.

Vervolgens heb ik gepleit voor de eventuele doorwerking ten faveure van een niet doorprocederende belastingplichtige en gewezen op enige problemen rondom het criterium van 'omstreden rechtsvraag' en de door de commissie-Hammerstein uitgezonderde soort vragen. Hierbij bleek door het eigenzinnige karakter van de (mede)wetgever het begrip (rechts)politiek in het belastingrecht vrij amorf te zijn geworden en dus geen scherpe norm te vormen. Om deze bijdrage niet in mineur te eindigen en de (niet fiscaal geschoolde) lezer enigszins te compenseren voor zijn inspanning, heb ik tot slot een voorstel voor een alternatieve rechtsgang geanalyseerd en wat meer in de verf gezet. Dit voorstel is een aanvulling op het voorstel om meer vorderingen tot cassatie in het belang der wet in te stellen. Het gaat daarbij met name om omstreden rechtsvragen waarbij de rechtspraktijk dringend behoefte heeft om al spoedig na de invoering van nieuwe wetgeving een antwoord te verkrijgen. Het bijzondere rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet is namelijk in dit soort gevallen toch wat te traag. Een totaaloplossing zou dan kunnen worden bereikt door een omstreden rechtsvraag uit te splitsen in een cluster van fictieve casus die elk een aspect van die rechtsvraag belichten.

De Hoge Raad in 2025: met of zonder cassatie in de bestuursrechtspraak?

B.J. van Etekoven*

1 Aanleiding

Toen het programma van het op 4 juni 2010 gehouden congres ‘De Hoge Raad in 2025: contouren van de toekomstige cassatierechtspraak’ bekend werd, viel op dat de algemene bestuursrechtspraak niet op de rol stond. Gesproken ging worden over cassatie in het burgerlijk recht, het strafrecht en het belastingrecht. Dat is te begrijpen omdat thans (2010) keuzen moeten worden gemaakt voor genoemde takken van rechtspraak, die het de Hoge Raad mogelijk maken optimaal bij te dragen aan rechtseenheid en rechtsontwikkeling, zonder de rechtsbescherming uit het oog te verliezen. De te maken keuzen hebben enige urgentie, omdat de Hoge Raad dreigt te ‘verzuipen’ in een te grote toestroom aan zaken.

Maar als wordt nagedacht over de positie van de Hoge Raad op de (midden) lange termijn, dan mag de bestuursrechtspraak niet uit het oog worden verloren. Immers, het gebouw van de (bestuurs)rechtspraak is nog niet afgerond en juist op dit moment wordt er ook gediscussieerd over de wijze waarop kan worden bijgedragen aan meer rechtseenheid in de bestuursrechtspraak. Reden voor ondergetekende om één en één bij elkaar op te tellen en de vraag voor te leggen of cassatie in de (algemene) bestuursrechtspraak wenselijk is en, zo ja, welke vorm daarbij passend zou zijn. Gelukkig bleek er gelegenheid die vraag aan het congres toe te voegen. Onderstaande tekst is een uitwerking van de door mij tijdens één van de workshops gehouden inleiding.

2 Cassatie, de politiek en andere factoren

De vraag of cassatie in de algemene bestuursrechtspraak er moet komen, is niet alleen een kwestie van recht en dienstbaarheid aan het recht en de rechtseenheid. We hebben te maken met een keur van andere relevante factoren. Een belangrijke factor is daarbij de positie van de Raad van State als hoog college van staat, met

* Prof. mr. B.J. van Etekoven is vice-president inhoudelijk adviseur van de rechtbank Utrecht en hoogleraar staats- en bestuursrecht (in het bijzonder bestuursprocesrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht) aan de Universiteit van Amsterdam.

een adviserende en een rechtsprekende taak. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is de hoogste algemene bestuursrechter en zal niet zonder slag of stoot accepteren dat van haar uitspraken cassatieberoep bij de Hoge Raad kan worden aangetekend, aangezien daarmee wordt erkend dat de Hoge Raad een hoger rechtscollege is dan de Afdeling bestuursrechtspraak. In dit verband is van belang dat de Wet op de Raad van State is gewijzigd, welke wijzigingen per 1 september 2010 zullen worden ingevoerd.¹ De wijzigingen bevatten (extra) waarborgen voor de onafhankelijkheid van de Afdeling bestuursrechtspraak. Toch lijkt de rechtsprekende taak van de Raad van State voorwerp van discussie te blijven, gelet op de moties die zijn aangenomen bij de behandeling van genoemde wetswijziging in de Eerste Kamer. Duthler c.s. hebben gewezen op de noodzaak van een verdere herziening van de rechterlijke organisatie in relatie tot een mogelijk samengaan van de Afdeling bestuursrechtspraak met de andere hoogste bestuursrechters.² In de motie Engels c.s. is naar voren gebracht, dat het streven naar rechtseenheid en eenheid van uniforme rechtspleging een verdere impuls behoeft en dat de wijziging van de Wet op de Raad van State niet het einde betekent van een verdere reorganisatie van de rechterlijke organisatie, in het bijzonder de inrichting van de bestuursrechtspraak. Om die reden hebben die leden de regering verzocht bij de verdere uitvoering van het door de minister geschetste perspectief op vergroting van eenheid in de bestuursrechtspraak nadrukkelijk ook institutionele aanpassingen te betrekken.³

In het verlengde hiervan kan de uitkomst van de in het voorjaar van 2010 gehouden verkiezingen een factor van belang zijn, samen met een wisseling van de wacht op de relevante ministersposten.

Van groter gewicht is mogelijk dat ons land kampt met een financiële crisis, die ingrijpende bezuinigingen over tal van jaren noodzakelijk maakt om de overheidsfinanciën op peil te brengen. Dit zal de animo om juist nu kostbare institutionele wijzigingen door te voeren in het gebouw van de rechtspraak temperen. Overigens zal invoering van de ambtelijk gesuggereerde substantiële verhoging van griffierechten voor de procedure bij de burgerlijke en de bestuursrechter kunnen leiden tot een substantiële beperking van de toegang tot de rechter. Als dat gebeurt komen de huidige problemen bij de taakuitoefening van de Hoge Raad in een ander daglicht te staan.

Verder is van belang dat de minister van Justitie in zijn brief van 21 januari 2010 heeft laten weten dat de invoering van twee feitelijke instanties in het bestuursrecht voor hem niet langer heilig is, vanwege de wens van rechtzoekenden om snel c.q. sneller definitief uitsluitel te krijgen in hun zaak. Als de waarde van de herkansing in hoger beroep niet langer opweegt tegen de extra doorlooptijd die daarmee gemoeid is, kan dit aanleiding zijn om voor bepaalde categorieën zaken het terugbrengen van twee instanties naar één te overwegen, dan wel het instellen van

1 Stb. 2010, 175, Wet van 22 april 2010 tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State.

2 *Kamerstukken I 2009-2010*, 30 585, J (gewijzigde motie van het lid Duthler c.s. van 20 april 2010).

3 *Kamerstukken I 2009-2010*, 30 585, I (motie van het lid Engels c.s. van 13 april 2010). De motie is ondertekend door leden van de VVD, CDA, PvdA, Groen Links, SP, D66 en de SGP.

hoger beroep aan een verlot te verbinden, aldus de minister.⁴ Als twee (feitelijke) instanties al te veel worden gevonden, zal de animo voor cassatieberoep als derde instantie niet groot zijn. Aan de andere kant, de (her)invoering van bestuursrechtspraak in eerste en enige aanleg maakt de behoefte aan rechtseenheid aan de top alleen maar groter. Immers, de mogelijkheid om in hoger beroep bij te dragen aan rechtseenheid en rechtsontwikkeling wordt dan (node) gemist.

Als factor van belang bij de beantwoording van de vraag of cassatie in de algemene bestuursrechtspraak wenselijk is, moet ook worden genoemd de toekomst van de constitutionele toetsing. Indien het voorstel Halsema⁵ kracht van wet krijgt, wordt actueel aan welke rechter(s) de constitutionele toetsing moet worden toevertrouwd. De Raad van State, welk college kennis en ervaring heeft met de toetsing van wetgeving vanwege zijn adviserende taak en die zich opwerpt als hoeder van de Grondwet⁶, de grondrechten en de constitutionele toetsing.⁷ Of de Hoge Raad. Uit oogpunt van rechtseenheid lijkt het niet verstandig te kiezen voor een stelsel met meerdere hoogste constitutionele rechters. Is denkbaar dat de constitutionele toetsing aan de Raad van State wordt toevertrouwd, terwijl de rechtsprekende taak van de Raad van State wordt overgeheveld naar de gewone rechterlijke macht?

3 Keuzen van de wetgever

Eerder heb ik de aandacht gevraagd voor het feit dat de wetgever bij de vraag aan welke rechter bepaalde materie wordt toevertrouwd niet steeds de klassieke indeling van de gerechten volgt. De rechtbanken kennen sectoren straf, bestuur en civiel (handel, kanton en familie). De gerechtshoven en de Hoge Raad kennen werkeenheden voor straf, civiele en belastingzaken. In de bestuursrechtspraak kennen we verschillende hoogste bestuursrechters, ieder met hun eigen materiedeskundigheid.

Steeds vaker kiest de wetgever voor afdoening van bepaalde zaken door een bepaalde rechter, maar niet noodzakelijkerwijs met het procesrecht dat die rechter gewoon is te hanteren.

Zo doet de kantonrechter verkeerszaken (WAHV) af met toepassing van bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Sommige rechtbanken kiezen voor afdoening van de Mulder-zaken door de eigen bestuursrechters, die dan als kantonrechter optreden. Het valt te voorspellen dat die interne overheveling van invloed zal zijn op de wijze waarop de 'nieuwe kantonrechters' omgaan met de Awb. Het Hof Leeuwarden zal daar als hoger beroepsrechter op moeten inspelen.

4 *Kamerstukken II 2009-2010*, 30 585, nr. 28 (brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer).

5 *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 334, Voorstel van wet van het lid Halsema tot verandering van de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter.

6 Zie het Jaarverslag 2009 van de Raad van State, pp. 51-78.

7 Zie het onderzoeksrapport van mr. dr. J.C.A. de Poorter en mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State', Den Haag: Raad van State 2010.

Gemist wordt een hoogste rechter die rechtseenheid kan bewerkstelligen bij de uitleg van de Awb in Mulder-zaken.

De beroepen tegen burgemeestersbesluiten op grond van de Wet tijdelijk huisverbod worden afgedaan door familierechters in eerste aanleg met toepassing van het procesrecht uit de Awb en met de Afdeling bestuursrechtspraak als hogerberoepsrechter. Beroepen tegen indicatiebesluiten worden door diezelfde familierechters afgedaan onder de Awb, maar met de Centrale Raad van Beroep als hogerberoepsrechter.⁸ De familierechters, gewend aan rechtsvordering als procesrecht en het gerechtshof als hogerberoepscollege, krijgen te maken met voor hen nieuw procesrecht (de Awb), dat volop in ontwikkeling is, en met maar liefst twee nieuwe hogerberoepsrechters. Gemist wordt een hoogste rechter die voor rechtseenheid kan zorgen in deze nieuwe loot aan de stam van de rechtspraak, het bestuursfamilierecht.

Bij de vierde tranche van de Awb zijn aan die wet belangrijke bepalingen toegevoegd, die raken aan de toepassing van het burgerlijk recht en het strafrecht. Titel 4.4 van de Awb over bestuursrechtelijke geldschulden verwijst op tal van plaatsen naar begrippen en artikelen uit het BW (zoals: verzuim, verjaring, verrekening, en stuiting), die uniform dienen te worden uitgelegd. Helaas is er voor dit deel van het bestuursprivaatrecht geen hoogste rechter die voor rechtseenheid kan zorgdragen. De behoefte daartoe wordt nog groter als Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten wordt ingevoerd en de CRvB als hoogste schadevergoedingrechter exclusief bevoegd wordt te oordelen over schadevergoeding in socialezekerheids- en ambtenarenzaken. Dat geldt evenzeer als wettelijke regelingen tot stand zijn gebracht voor compensatie bij overschrijding van de redelijke termijn.⁹ Welke rechter is verantwoordelijk voor de rechtseenheid in het overheidsaansprakelijkheidsrecht?

De voor de praktijk meest belangrijke ontwikkeling is de overheveling door de wetgever van grote delen van het strafrecht naar het bestuursrecht. De bestuurlijke boete is aan een grote opmars bezig en het valt nog te bezien of de OM-beschikking die opmars zal stuiten. Steeds meer wetten voorzien in de mogelijkheid of de verplichting voor een bestuursorgaan om een boete op te leggen, andere wetten kennen de keuzemogelijkheid tussen boeteoplegging of strafvervolgning. Bij het toetsen van boetebesluiten moeten bestuursrechters invulling geven aan het verdragsrecht en aan het materiële strafrecht. Daarbij dienen (ook) bestuursrechters uitleg te geven aan strafrechtelijke begrippen en leerstukken zoals rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden, una via, zwijgrecht en cautieplicht, (mede)pleger en het functioneel daderschap, de cautie, ne bis in idem, deelnemingsfiguren en de samenloopproblematiek. In hoofdstuk 5 (m.n. titel 5.4) van de Awb over

8 Zie Vz. ABRvS 26 juni 2009 (*LJN BJ1118*) als voorbeeld van toetsing van een burgemeestersbesluit genomen op grond van de Wet tijdelijk huisverbod. CRvB 29 april 2008 (*LJN BD1113*) is een voorbeeld van een uitspraak over een indicatiebesluit van het bureau voor jeugdzorg op grond van de Wet op de jeugdzorg.

9 De Wet schadevergoeding bij overschrijding redelijke termijn, die moet gaan gelden voor het bestuursrecht, is inmiddels in consultatie. Soortgelijke regelingen zullen volgen voor het burgerlijk recht en het strafrecht.

de bestuurlijke boete worden diezelfde begrippen gehanteerd en worden bepalingen uit de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering van overeenkomstige toepassing verklaard. Die bepalingen moeten op uniforme wijze worden uitgelegd. Zonder institutionele rechtseenheidsvoorziening is de kans op tegenstrijdige rechtspraak reëel.

Met dit korte, niet volledige overzicht heb ik willen laten zien dat de noodzaak tot meer rechtseenheid in de bestuursrechtspraak niet meer alleen ziet op de toepassing van de algemene leerstukken van het bestuursrecht en het bestuursprocesrecht tussen de hoogste bestuursrechters onderling en tussen de klassieke bestuursrechters (ABRvS, CRvB en CBb) enerzijds en de Hoge Raad als hoogste belastingrechter anderzijds, maar ook tussen de (hoogste) bestuursrechters enerzijds en de Hoge Raad als hoogste strafrechter en burgerlijke rechter anderzijds.

4 Uiteenlopende rechtspraak?

4.1 De bestuursrechters

Loopt de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters op relevante punten uiteen of weten die rechters door middel van overleg de rechtspraak op één lijn te houden? Tussen de CRvB aan de ene kant en de ABRvS aan de andere kant bestaan relevante verschillen. Dat is bij de tweede evaluatie van de Awb pregnant naar voren gekomen.¹⁰ Die verschillen komen bijvoorbeeld tot uitdrukking in de wijze waarop met artikel 8:69 Awb wordt omgegaan, de wijze waarop rechtsgronden worden aangevuld, bij het al dan niet toelaten van (nader) bewijs en (nadere) gronden in hoger beroep, en bij de toepassing van artikel 4:6 Awb.¹¹ De verschillen zijn doorgaans terug te voeren op verschillende visies over de taak van de bestuursrechter in het algemeen en die van de bestuursrechter in hoger beroep in het bijzonder en kunnen niet steeds worden verklaard door de aard van de te beoordelen rechtsbetrekking. Essentieel is of het college het hoger beroep ziet als herkansingsmogelijkheid voor partijen (CRvB) of dat in hoger beroep wordt getoetst of de rechtbank een juist oordeel heeft gegeven over het bestuursbesluit, het zogenoemde controlemodel (ABRvS). Bij de ABRvS hangt de keuze voor het controlemodel samen met het behandelen van meerpartijengeschillen. De ABRvS hanteert die insteek echter ook in (financiële) tweepartijengeschillen. Met name in dergelijke geschillen (o.a. huurtoeslag, subsidie) is het verschil met de andere hogerberoepsrechters groot. Maar ook tussen de ABRvS en de CRvB enerzijds en de gerechtshoven en de Hoge Raad in belastingzaken anderzijds bestaan aanzienlijke verschillen. We zien dat de belastingrechter alles op alles zet om aan de inhoud van de zaak toe te komen en zich niet te verliezen in (Awb-)formaliteiten. Dat is op zichzelf zeer toe te juichen. Maar aan de Awb wordt daarbij terloops wel een geheel eigen invulling gegeven. Een invulling die niet synchroon loopt met die van de andere hoogste bestuursrechters. Zo heeft de Hoge Raad recent de zogeheten 'Brummen'-lijn niet willen

10 R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

11 R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, A.G.A. Nijmeijer en L.J.M. Timmersmans, 'In Eenheid? Het vraagstuk van rechtseenheid in het bestuurs- en bestuursprocesrecht – een inleiding', in: *In eenheid*, Den Haag: Sdu 2007.

accepteren voor belastingzaken,¹² terwijl die lijn wel door CRvB en ABRvS wordt gehanteerd. Ook heeft de Hoge Raad, anders dan de overige bestuursrechters, de bewijslastverdeling bij een beweerdelijk tijdig ter post bezorgd beroepschrift tegen een boetebesluit zo gewijzigd, dat het nagenoeg onmogelijk is geworden voor de inspecteur om aan te tonen dat het beroepschrift niet tijdig ter post is bezorgd.¹³ De andere bestuursrechters volgen deze lijn niet. Bröring en Naves noemen de Hoge Raad op dit punt roomser dan de EVRM-paus.¹⁴

Vooral als het gaat om Awb-formaliteiten, zoals de ontvankelijkheid van het beroep, is dat lastig te verklaren. Het dwingt rechtbanken gelijke rechtsvragen ongelijk te beantwoorden naar gelang de betreffende hogerberoepsinstantie.¹⁵ Voor de interne en horizontale rechtseenheid is dat fnuikend.¹⁶ De hogerberoepsrechters, opererend binnen de eigen kolom, hebben daar geen boodschap aan. Zo komt het met grote regelmaat voor dat een rechtbank bij een gegronde motiveringsklacht tegen een overigens juist besluit het besluit vernietigt met instandlating van de rechtsgevolgen. Dergelijke uitspraken worden door de ABRvS en de CRvB in hoger beroep in stand gelaten, maar door de gerechtshoven in belastingzaken niet.¹⁷ Het wordt problematischer als de verschillen leiden tot ongelijke behandeling bij de toegang tot de rechter. Den Otter heeft uiteengezet dat de wijze waarop de CRvB omgaat met ontvankelijkheid, waarbij de ontvangst van het besluit onderdeel uitmaakt van de bekendmaking ervan,¹⁸ leidt tot ongelijke behandeling bij de mogelijkheid om (alsnog) beroep in te stellen. Bij de CRvB krijgt de burger alsnog zes weken de tijd, bij de andere bestuursrechters slechts twee weken. Dat is kwalijk en niet uit te leggen aan de rechtzoekenden.

De Algemene wet bestuursrecht is het gereedschap voor alle bestuursrechters.¹⁹ Maar diezelfde Awb wordt niet door alle bestuursrechters op dezelfde wijze toegepast en uitgelegd, zo blijkt uit bovenstaand overzicht. Er zijn talloze verschillen. Soms zijn die verschillen te verklaren en te billijken gelet op de onderliggende materie. Maar vaak ook niet. Het wordt pijnlijk als die verschillen leiden tot rechtsongelijkheid bij de toegang tot de rechter. Invoering van cassatie in de bestuursrechtspraak zal een bijdrage kunnen leveren aan meer rechtseenheid in het bestuursrecht.

12 HR 4 december 2009, LJN BG7213.

13 HR 10 april 2009, LJN BI0550.

14 Zie H.E. Bröring en H.K. Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

15 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 5 september 2000, LJN AA7311 en rechtbank Utrecht 13 januari 2009 LJN BG9870, welke uitspraken moeten worden gelezen als een roep om aandacht voor het gebrek aan rechtseenheid.

16 R.P. den Otter, 'Met een pokerface aan de roulettetafel. Verschillen in de beoordeling van de ontvankelijkheid door de hoogste bestuursrechters', *JBplus* 2008, p. 93-101.

17 Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 maart 2008, LJN BC7627 en Gerechtshof Amsterdam 19 november 2008, LJN BG5154.

18 Een voor mij niet te begrijpen lijn gelet op het bepaalde in art. 3:41, eerste lid, van de Awb.

19 Daaronder begrepen de in paragraaf 3 genoemde 'nieuwe' bestuursrechters.

4.2 Het bestuursstrafrecht, het bestuursprivaatrecht en de grondrechten

Genoemde relevante verschillen, waarvoor onvoldoende rechtvaardiging aanwezig is, zijn er niet alleen op het terrein van het algemene bestuursrecht en het bestuursprocesrecht, maar ook op het grensvlak van het bestuursrecht en het civiele recht en op het snijvlak van het bestuursrecht en het strafrecht.

Hiervoor kwam aan de orde dat met de invoering van titel 5.4 van de Awb over de bestuurlijke boete evident is geworden dat de bestuursrechter toepassing moet geven aan begrippen en bepalingen uit de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering. Die bepalingen moeten op uniforme wijze worden uitgelegd. Met verschillende hoogste boeterechters is de kans op uiteenlopende rechtspraak reëel. Zo verschilt de wijze waarop de bestuursrechter omgaat met het boetebeleid van bestuursorganen aanzienlijk van de wijze waarop de strafrechter omgaat met boeterichtlijnen van het OM, ook als het gaat om dezelfde delicten.²⁰ Ook indien betekenis zou moeten worden toegekend aan het feit dat de wetgever ervoor kiest vervolging steeds vaker te laten plaatsvinden in een bestuursrechtelijk kader, is dat geen argument om toe te staan dat de bestuursrechters bij de berechting van strafbare feiten een afwijkende koers varen ten opzichte van de strafrechters. Juist dan is aangewezen dat een hoogste rechter kan uitmaken welke gevolgen moeten worden verbonden aan die keuze van de wetgever.

Als tweede voorbeeld wil ik hier noemen de uiteenlopende rechtspraak van de bestuurs- en de strafrechter over de mogelijkheid gebruik te maken van onrechtmatig verkregen bewijs.²¹

Bij beroepen tegen boetebesluiten dienen dergelijke verschillen uit de weg te worden geruimd.

Wat betreft het bestuursprivaatrecht staan de verschillende hoogste bestuursrechters voor de taak de wetgeving over de bestuursrechtelijke geldschulden zo uit te leggen dat de eenheid met het burgerlijk recht blijft gewaarborgd. Dat geldt ook de bestuursovereenkomsten en de overheidsaansprakelijkheid. Voor het schadevergoedingsrecht geldt dat de bestuursrechter tracht zoveel mogelijk aan te sluiten bij het BW en de rechtspraak van de Hoge Raad over de onrechtmatige overheidsdaad. Maar dat lukt niet steeds even goed. Er is uiteenlopende rechtspraak over bijvoorbeeld de begrippen causaliteit, relativiteit, eigen schuld en verjaring. Bij de uiteenlopende rechtspraak tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter over de proceskosten in de bezwaarfase heeft de wetgever moeten ingrijpen om eenheid te realiseren.²² Ook waar door de hoogste rechter in socialezekerheidszaken en ambtenarenzaken aansluiting wordt gezocht bij bepalingen en begrippen uit het civiele arbeidsrecht is er behoefte aan een eenvormige uitleg. Cassatie kan ertoe bijdragen dat op deze grensgebieden onnodige verschillen worden voorkomen of geredresseerd.

20 Ik doel hier op boeteoplegging dan wel vervolging bij overtredingen van de Wet arbeid vreemdelingen en de Arbeidsomstandighedenwet.

21 Zie ABRvS 4 februari 2000, *LJN* AA4965, r.o. 2.5; ABRvS 18 februari 2003, *LJN* AF6640, r.o. 2.3.1 en CRvB 13 maart 2008, *LJN* BC7462, r.o. 4.2. Zie ook CRvB 11 april 2007, AB 2007, 149, en CRvB 20 oktober 2009, *LJN* BK1261.

22 Dit heeft geresulteerd in wijzigingen in art. 7:15 van de Awb en het Besluit proceskosten bestuursrecht.

Tot slot wil ik noemen de toepassing van de grondrechten neergelegd in het EVRM. Dat een eenduidige invulling van de klassieke grondrechten van groot belang is, is gebleken in de zaken over het 'vrouwenstandpunt' van de SGP. Verder kan worden gedacht aan de rechtspraak over compensatie bij schending van de redelijke termijn door de rechter, die nog volop in ontwikkeling is. De hoogste bestuursrechters trachten de gelederen gesloten te houden, maar dat is – helaas – op onderdelen niet gelukt.²³ Het gerechtshof in Den Haag volgt – min of meer – de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters en zet zich daarmee af tegen de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de onrechtmatige rechtspraak.²⁴ Coördinatie van rechtspraak op vrijwillige basis door overleg tussen de hoogste rechters biedt hier onvoldoende soelaas. Als het gaat om de uitleg van grondrechten dient één hoogste rechter de lijn te kunnen bepalen. Daarom is ook op dit vlak cassatie in de bestuursrechtspraak gewenst.

5 De argumenten tegen cassatie in de bestuursrechtspraak

Hiervoor heb ik getracht uiteen te zetten waarom cassatie in de bestuursrechtspraak uit oogpunt van rechtseenheid wenselijk en geboden is. Tegenstanders van cassatie in de bestuursrechtspraak wijzen op de eigen aard van (sommige delen van) het bestuursrecht; de verwevenheid van feiten en recht zou cassatie in de bestuursrechtspraak minder zinvol of zelfs onmogelijk maken. Verder wordt gewezen op het nadeel van de tijd gemoeid met nog een extra rechtsgang; dit zou leiden tot onaanvaardbare rechtsonzekerheid. Tot slot wordt als argument ingebracht dat cassatie vanwege de bestaande gespecialiseerde bestuursrechtspraak (te) weinig toegevoegde waarde zou hebben.

Dat de eigen aard van het bestuursrecht zich zou verzetten tegen cassatie kan ik niet volgen. Ook de andere rechtsgebieden, neem het strafrecht, kennen een verwevenheid van feiten en recht. Het feit dat de wetgever in de Awb begrippen uit het strafrecht en het burgerlijk recht van overeenkomstige toepassing verklaart, begrippen waarvan de uitleg is (of: was) voorbehouden aan de Hoge Raad als cassatierechter, maakt het betoog dat de aard van het bestuursrecht zich verzet tegen cassatie onhoudbaar. Ook doordat de wetgever ervoor kiest om eenzelfde delict de ene keer aan te pakken via het strafrecht en dan weer via de OM-beschikking of de bestuurlijke boete, valt niet vol te houden dat de verwevenheid van feiten en recht in de weg staat aan cassatie in de bestuursrechtspraak. Dat geldt evenzeer voor de overheidsaansprakelijkheid, waar de benadeelde voor het verkrijgen van schadevergoeding kan kiezen tussen de gang naar de burgerlijke rechter of de bestuursrechter. Overigens is het niet zo dat de bestuursrechter overheidshandelen steeds minder indringend toetst dan de burgerlijke rechter. Ook de burgerlijke rechter laat bij de toetsing van overheidshandelen zien te kunnen variëren in de indringendheid van de toetsing naar gelang de aard van de norm. Bijvoorbeeld bij aansprakelijkheid voor falend toezicht respecteert (ook) de burgerlijke rechter

23 De (maximale) lengte van de redelijke termijn in niet punitieve zaken bedraagt volgens de Afdeling bestuursrechtspraak vijf jaar, terwijl de andere colleges vier jaar als maximale standaardtermijn hanteren.

24 Gerechtshof Den Haag 24 februari 2009, LJN BH4212.

de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur om prioriteiten te stellen bij toezicht en handhaving. Mijn conclusie is dat de 'eigen aard' van het bestuursrecht zich niet tegen de invoering van cassatie in de bestuursrechtspraak verzet.

Wat betreft de lengte van de rechtsgang, daar hebben de tegenstanders van cassatie in de algemene bestuursrechtspraak een goed punt. Ook mij lijkt onwenselijk de situatie dat in *alle* bestuursrechtelijke zaken een derde instantie wordt toegevoegd. Daarbij is van belang dat in het bestuursrecht de rechtsbescherming door de rechter wordt voorafgegaan door een vorm van bestuurlijke heroverweging (zienswijzen of bezwaar). Verder is het algemeen belang gediend met rechtszekerheid binnen relatief korte tijd, reden waarom de wetgever de hoogste algemene bestuursrechter aan uitspraaktermijnen heeft gebonden.²⁵ Hoewel ook in de bestuursrechtspraak het uitgangspunt twee feitelijke rechterlijke instanties is, wordt algemeen aangenomen dat een tweede instantie voor de grote ruimtelijke besluiten (bestemmingsplannen, besluiten op grond van de Tracéwet en de Spoedwet wegverbreding, etc.) tot een onaanvaardbare verlenging van de procedure leidt. Als een tweede instantie al te veel is, dan is evident dat in dergelijke zaken geen behoefte bestaat aan een derde instantie. In de termen van minister van justitie Hirsch Ballin: de waarde van de herkansing in hoger beroep bij de beoordeling van de rechtmatigheid van op grond van de Wro of de Tracéwet genomen besluiten weegt niet op tegen de extra doorlooptijd die daarmee gemoeid is. Hieruit volgt dat zorgvuldig moet worden bezien in welke bestuursrechtelijke zaken het belang van cassatie zo zwaar weegt dat de daarmee gemoeide verlenging kan worden geaccepteerd.

De tegenstanders van cassatie kan ik ook volgen in hun betoog dat cassatie vanwege de bestaande gespecialiseerde bestuursrechtspraak (te) weinig toegevoegde waarde heeft, althans wat betreft de materiewetten.²⁶ De hoogste bestuursrechters zijn in staat gebleken afdoende rechtseenheid te scheppen binnen de eigen kolom, de verticale rechtseenheid. De hoogste bestuursrechters hebben aangetoond in zoverre hun eigen boontjes te kunnen doppen. Het heeft dan ook (te) weinig toegevoegde waarde om de Hoge Raad rechtsvragen te laten beantwoorden op het gebied van het socialezekerheidsrecht, ambtenarenrecht of omgevingsrecht. Cassatie in die deelgebieden zou bovendien alleen mogelijk zijn, maar dat is een praktisch argument, als de benodigde kennis vanuit de betreffende colleges ter beschikking komt van de Hoge Raad. Bij de toepassing van de materiewetten moeten de nadelen van cassatie, de tijdsduur en de geringe toegevoegde waarde, daarom mijns inziens zwaarder wegen.

Mijn tussenconclusie is dat de 'klassieke' bestuursrechtspraak geen behoefte heeft aan cassatie wat betreft de toepassing van de materiewetten. Wel is er behoefte aan cassatie op de grensgebieden (bestuur-straf, bestuur-civiel), op het gemeenschappelijk procesrecht (de Awb) en bij de uitleg van grondrechten.

25 In het omgevingsrecht geldt dat uitspraak moet worden gedaan binnen twaalf maanden na ontvangst van het beroepschrift. In beroepszaken onder het regime van de Crisis- en herstelwet wordt die termijn bekort tot zes maanden. Voor vreemdelingenzaken is de uitspraaktermijn 23 weken.

26 Met materiewetten bedoel ik de sectorale wetgeving, zoals bijvoorbeeld de WAO, WIA en de Ziektewet, de Wet milieubeheer en de Wro.

6 Alternatieven voor cassatie?

De betrokken ministers hebben aangegeven aan (meer) rechtseenheid te willen werken door het instellen van een rechtseenheidsvoorziening binnen de bestuursrechtspraak. Het gaat dan om een meervoudige kamer van de 'klassieke' hoogste bestuursrechtsheren. De gedachten wisselen tussen een rechtseenheidskamer waaraan prejudiciële vragen kunnen worden gesteld en/of een grote kamer van vijf rechtsheren. In de Wet aanpassing bestuursprocesrecht, die zomer 2010 bij de Tweede Kamer zal worden ingediend, is voorzien in een artikel 8:10a Awb, waarin de grote kamer is geregeld. In zijn brief van 21 januari 2010 geeft de minister van Justitie aan dat nader zal worden bezien of de Hoge Raad in enigerlei vorm kan worden betrokken bij een gemeenschappelijke rechtseenheidskamer van de ABRvS, de CRvB en het CBb. De voormalig voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak P. van Dijk heeft de hoop uitgesproken 'dat het extern voorzittersoverleg door de wetgever zal worden omgesmeed tot rechtseenheidskamer, zodat het proces van rechtseenheidsbevordering transparant wordt en de partijen in het onderliggende geschil ook hun standpunt voor een dergelijke kamer kunnen bepleiten.'²⁷ Misschien ben ik te somber gestemd, maar ik kan geen goede reden bedenken waarom de Hoge Raad thans wel deel zou willen uitmaken van een dergelijke rechtseenheidskamer, terwijl hij daaraan eerder niet heeft willen deelnemen. De Hoge Raad laat rechtseenheid in eigen huis zwaarder wegen dan de bijdrage aan rechtseenheid in het bestuurs(proces)recht. Zonder deelname van de Hoge Raad kan de benodigde rechtseenheid niet worden bewerkstelligd. Immers, dan wordt gemist de wisselwerking tussen het algemene bestuursrecht en het belastingrecht, en tussen het bestuursrecht enerzijds en het straf- en burgerlijk recht anderzijds. Elders heb ik uiteengezet waarom ik weinig heil verwacht van de voorgestelde grote kamer, die naar mijn oordeel niet kan worden aangemerkt als een serieus alternatief voor cassatie in de bestuursrechtspraak.²⁸

De introductie van een parketfunctie in de bestuursrechtspraak kan bijdragen aan meer rechtseenheid binnen het bestuursrecht en aan rechtsontwikkeling. De bijdrage zal het grootst zijn als de personen die conclusies nemen worden toegevoegd aan het parket bij de Hoge Raad.²⁹ Op zich een toe te juichen ontwikkeling. Maar het nemen van een conclusie in de procedure voor de feitenrechter, een nieuw fenomeen, heeft een andere betekenis dan een conclusie in de cassatieprocedure. En hoe goed die conclusies ook zullen zijn, zonder rechtseenheidsvoorziening is het geen oplossing voor het gesignaleerde rechtseenheidsprobleem tussen het algemene bestuursrecht en het belastingrecht, en tussen het bestuursrecht enerzijds en het straf- en burgerlijk recht anderzijds.

In zekere zin zijn zowel de voorgestelde grote kamer en de rechtseenheidskamer zonder deelname van de Hoge Raad, maar ook de voorgestelde parketfunctie 'lap'middelen bij gebreke aan een meer structurele oplossing van het rechts-

27 'Liever rechter dan manager', interview met mr. P. van Dijk door mr. A.W.M. Bijloos, *Trema* 2010, p. 184-188.

28 B.J. van Ettekoven, 'Rechtseenheid vanuit het perspectief van de rechtbanken', in *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

29 Zie hierover mijn 'Rechtseenheid en de advocaat-generaal in het bestuursrecht', *NJB* nr. 1, 4 januari 2008, p. 14-18.

eenheidsprobleem. De meest structurele oplossing is integratie van de hoogste bestuursrechters in het gebouw van de gewone rechtspraak. Omdat het alsnog uitvoeren van de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie niet kan rekenen op politiek draagvlak moet worden gekeken naar andere, minder ver strekkende institutionele aanpassingen. Een serieuze kanshebber is wat mij betreft de invoering van een beperkte vorm van cassatie in de bestuursrechtspraak, waarbij cassatieberoep kan worden ingesteld van sommige uitspraken van de hoogste bestuursrechters. Dit is niet nieuw. Nu al bestaat de mogelijkheid om van sommige uitspraken van de CRvB en het CBb cassatieberoep in te stellen bij de Hoge Raad, namelijk als het betreft de toepassing van elementen van socialezekerheids- of subsidieregelingen die verband houden met fiscale regels en begrippen.³⁰

7 Cassatie in de bestuursrechtspraak: welke vorm?

Kan cassatie in de bestuursrechtspraak zodanig worden vormgegeven dat vooruitgang wordt geboekt wat betreft rechtseenheid op genoemde grensgebieden, terwijl anderzijds de nadelen van de extra instantie zoveel mogelijk beperkt blijven? Ik wil een poging wagen en schetsmatig trachten de contouren van een dergelijk model neer te zetten.

Net als voor het strafrecht en – zij het in mindere mate – het burgerlijk recht geldt voor het bestuursrecht dat het wenselijk is een selectie aan de poort toe te passen. De eerste selectie vindt plaats doordat cassatieberoep op grond van de wet alleen mogelijk wordt voor zaken met een geschil over de uitleg van begrippen op de grensgebieden (bestuur-straf, bestuur-civiel), op het gemeenschappelijk procesrecht (de Awb) en bij de uitleg van grondrechten. De wettelijke eis dat alleen gekwalificeerde advocaten³¹ cassatieberoep kunnen instellen, zal ertoe bijdragen het aantal cassatieberoepen te beperken. De cassatieberoepen die niet voldoen aan het wettelijke toegangscriterium worden niet-ontvankelijk verklaard. Van de cassatieberoepen die wel aan het criterium voldoen, wordt vervolgens onderzocht of zij ertoe doen uit het oogpunt van rechtseenheid. Dat zou kunnen door ze te onderwerpen aan verlot, maar ook door de zeef van artikel 80a van de Wet op de rechterlijke organisatie toe te passen.³² Indien uit bestudering van het beroepschrift en het verweerschrift volgt dat de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat zij klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden of van te gering belang zijn, wordt het ingestelde cassatieberoep alsnog niet-ontvankelijk verklaard. Met een verlofstelsel of een strenge toepassing van artikel 80a Wet RO kan het aantal zaken waarin een inhoudelijk arrest moet volgen, worden beperkt tot maximaal veertig zaken per jaar. Daarnaast kunnen ook in de algemene bestuursrechtspraak zaken worden aangebracht via cassatie in het belang der wet. Bij een kritische selectie zal het aantal zaken zeer beperkt kunnen blijven; te denken valt aan (maximaal) tien zaken per jaar. Indien het aantal

30 Zie art. 78, lid 4, van de Wet op de rechterlijke organisatie en bijvoorbeeld art. 53 Algemene Ouderdomswet.

31 Met gekwalificeerd doel ik op de onvoorwaardelijk ingeschreven advocaat van wie uit de aantekening op het tableau blijkt dat hij de hoedanigheid heeft van advocaat bij de Hoge Raad (art. 9j Advocatenwet).

32 Gedoeld wordt op art. 80a van het voorontwerp van de Wet versterking cassatierechtspraak.

cassatieberoepen beperkt blijft tot ongeveer vijftig zaken per jaar, behoeft geen vierde kamer te worden geformeerd, maar kunnen deze zaken worden afgedaan door een combinatiekamer of rechtseenheidkamer. Deze kamer wordt bemand door de meest aangewezen raadsheren naar gelang de rechtsvraag. Uit alle drie de huidige kamers wordt een aantal raadsheren aangewezen die tevens inzetbaar zijn in de rechtseenheidkamer. Aan het werk van deze kamer wordt tevens deelgenomen door raadsheren in buitengewone dienst, te weten daartoe aangewezen leden van de hoogste ‘klassieke’ bestuursrechtelijke colleges, die de expertise inbrengen benodigd om de rechtsvraag gelet op de onderliggende materie adequaat en met gezag te kunnen beantwoorden. Deze raadsheren i.b.d. participeren ook in de beoordeling van verlofverzoeken, dan wel in de 80a-beoordeling; ook dat in het belang van de rechtseenheid.

Indien de mogelijkheid van cassatie wordt geopend in de bestuursrechtspraak zullen de advocaten-generaal van het parket bij de Hoge Raad ook kunnen concluderen in algemeen bestuursrechtelijke zaken. Het is wenselijk dat aan het parket enkele gezaghebbende algemeen bestuursrechtelijk georiënteerde juristen worden toegevoegd.

Omdat het aantal zaken dat voor inhoudelijke behandeling in aanmerking komt gering is, telt het argument van het tijdsverloop gemoeid met een derde instantie niet, althans veel minder zwaar. Maar voor de procespartijen in zaken waarin verlof is verleend of die de 80a-toets overleven, kan de duur van de cassatieprocedure wel belastend zijn, net als in andere cassatieprocedures. Gestreefd moeten daarom worden naar een arrest uiterlijk twaalf maanden na de dag waarop het cassatieberoep is ingesteld.

8 Tot slot

Hiervoor heb ik enkele hoofdlijnen geschetst van een mogelijke variant van cassatie in de bestuursrechtspraak. Op alle onderdelen is discussie mogelijk en wenselijk. Belangrijk is dat met deze variant in belangrijke mate wordt tegemoetgekomen aan een aantal bezwaren die in het verleden zijn geuit tegen cassatie in de bestuursrechtspraak. Deze vorm van cassatie kan worden ingevoerd ook als de hoogste bestuursrechters hun huidige plek in het rechtsbestel blijven innemen. Voorop staat echter dat de Hoge Raad nieuwe stijl, versterkt met gezaghebbende bestuursrechters (en het parket met even gezaghebbende bestuursrechtjuristen) met deze vorm van cassatie in de bestuursrechtspraak in staat wordt gesteld bij te dragen aan rechtseenheid in het bestuurs(proces)recht en op genoemde grensgebieden. Dat is geen luxe, maar noodzaak. Dit omdat is gebleken dat de hoogste bestuursrechters er met alle bestaande overleggen niet in slagen de benodigde rechtseenheid tot stand te brengen. Het probleem van overleg op vrijwillige basis is en blijft dat eenheid niet kan worden afgedwongen als de neuzen niet dezelfde kant op staan. Maar ook als het wel lukt, is daarmee niet een optimale situatie bereikt, omdat – zoals P. van Dijk terecht heeft aangegeven – de transparantie ontbreekt en de belanghebbende partijen niet aan het debat hebben kunnen deelnemen. De vraag in de titel van dit opstel wil ik daarom bevestigend beantwoorden. De Hoge Raad in 2025: met cassatie in de bestuursrechtspraak!

Cassatie in bestuursrechtspraak?

R.J.G.M. Widdershoven*

I Inleiding

Het model dat B.J. van Ettekovén schetst om in de bestuursrechtspraak een beperkte vorm van cassatie op de Hoge Raad open te stellen tegen de uitspraken van de hoogste bestuursrechters is afgewogen en op het eerste gezicht ook heel aantrekkelijk.¹ De cassatiemogelijkheid is beperkt omdat zij alleen betrekking heeft op de grensgebieden van bestuursrecht enerzijds en strafrecht en civiel recht anderzijds, op het gemeenschappelijk procesrecht van de Awb en op de uitleg van grondrechten. De uitleg van de materiewetten van de hoogste klassieke bestuursrechters wordt door Van Ettekovén uitdrukkelijk van cassatie uitgesloten.² De mogelijkheid van cassatie wordt verder, zo nodig, beperkt door de invoering van een ‘zeef’ – een verlostelsel, het nog in te voeren nieuwe art. 80a Wet RO en zelfs cassatie in belang der wet – zodat de Hoge Raad maar in maximaal vijftig zaken per jaar uitspraak zal hoeven te doen. Deze uitspraak zal worden gedaan door een combi- of rechtseenheidkamer van de Hoge Raad, waarin behalve raadsheren van de huidige drie kamers ook raadsheren in buitengewone dienst, aangewezen door de hoogste klassieke bestuursrechtelijke colleges, zitting kunnen hebben. De conclusies bij de zaken zullen worden geschreven door een parket, waaraan ook enkele gezaghebbende bestuursrechtjuristen zijn verbonden.

Dit alles klinkt zo mooi en doordacht dat het lastig is om het met Van Ettekovén oneens te zijn. Toch zal ik hierna enige kanttekeningen bij het voorstel plaatsen. Dat zal niet leiden tot volledige afwijzing van de gedane voorstellen, maar wel tot amendering. Bovendien zal een pleidooi worden gehouden om de rechtseenheid vooral ook te blijven stimuleren door middel van rechterlijk overleg. Dit middel is

* Rob Widdershoven is als hoogleraar Europees bestuursrecht verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht.

1 Zie voor het model de bijdrage van Van Ettekovén in deze bundel, alsmede B.J. van Ettekovén, ‘Rechtseenheid vanuit het perspectief van de rechtbank’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010, p. 281-299.

2 De klassieke hoogste bestuursrechters zijn de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Hierna zal ik evenals Van Ettekovén deze rechters gezamenlijk aanduiden als klassieke hoogste bestuursrechters.

de laatste jaren daartoe bijzonder succesvol gebleken, ook al valt er op het punt van transparantie nog winst te behalen.

2 Gebrek aan snelheid als groot probleem van de bestuursrechtspraak

Zoals Van Ettekovén terecht opmerkt, is de vraag of er cassatie in de bestuursrechtspraak moet komen 'niet alleen een kwestie van recht en dienstbaarheid aan het recht en de rechtseenheid', maar spelen ook andere factoren een rol. Eén van die factoren is volgens mij de snelheid van de bestuursrechtspraak of, meer precies, het gebrek daaraan. Het is goed dat de hoogste bestuursrechters sinds medio 2008 in zeer korte tijd – door rechterlijk overleg – een vrijwel volledig stelsel voor vergoeding van de schade als gevolg van rechterlijke overschrijdingen van de redelijke termijn hebben ontwikkeld.³ Beter is echter dat dergelijke overschrijdingen zoveel mogelijk worden voorkomen en nog beter dat de burger op nog kortere termijn dan de 'redelijke' termijn – één jaar lijkt mij als regel al behoorlijk lang – duidelijkheid krijgt over zijn rechtspositie.

Op het punt van snelheid scoort de bestuursrechtspraak nog steeds niet goed en slechter dan de civiele en strafrechtspraak. Voor de precieze cijfers wordt de lezer verwezen naar het Jaarverslag 2009 van de Rechtspraak. Voor de eerste aanleg wordt daarin vastgesteld dat de doorlooptijden van de bestuurssectoren van de rechtbanken over de hele linie – zowel in algemene bestuurszaken, vreemdelingenzaken als in belastingzaken – ver zijn verwijderd van de door de Rechtspraak gestelde doorloopnorm – één jaar of negen maanden – en dat er op dit punt vrijwel geen progressie is geboekt vergeleken met 2008.⁴ Daarmee valt de bestuurssector negatief uit de toon vergeleken met de kantonsectoren, de strafsectoren en de familiesectoren, die de doorloopnormen wel halen, en ook vergeleken met de handelssectoren van de rechtbanken die minder ver zijn verwijderd van hun norm. Voor het appel zijn de cijfers evenmin goed. De belastingkamers van de hoven doen deze zaken in 2009 maar in 30% van de zaken binnen één jaar af. Voor het CBb en de CRvB worden deze cijfers niet vermeld, maar de gemiddelde lengte van de procedures in weken is bij hen 80 (CBb) en 77 (CRvB).⁵ De enige appelrechter die de doorlooptijden onder controle heeft is de ABRvS, die 90% van zaken binnen 45 weken afdoet en een gemiddelde behandelingsduur van 31 weken heeft.⁶

Deze cijfers maken duidelijk dat bestuursrechtspraak nu al grote problemen heeft met de snelheid en dat de vooruitzichten op dit punt nauwelijks gunstig zijn. Voor

3 Zie onder meer A.M.L. Jansen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor overschrijdingen van de redelijke termijn', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2009, p. 60-68; J.C.A. de Poorter & A. Pahladisingh, 'Rechtsbescherming rond de redelijke termijn', *JBplus* 2010, p. 81-102.

4 De Rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak* 2009, Den Haag 2010, p. 16. De doorloopnorm voor de bestuursrechtelijke bodemzaken is één jaar (bestuur regulier, rijksbelastingen) of negen maanden (vreemdelingen, lokale belastingen), waarbij het bedoeling is dat in 2010 deze normen in 90% van de zaken worden gehaald. In 2009 komt de bestuurssector niet in de buurt van dit percentage.

5 De Rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak* 2009, Den Haag 2010, p. 64-65. Zie ook A.T. Marseille, 'Stormloop op het hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep', *NJB* 2009, p. 1716-1723.

6 A.T. Marseille, K.J. de Graaf & A.J.H. Smits, *Ruimte voor rechtsvorming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 156.

de gemiddelde burger en voor het bestuur lijkt mij dat een groter probleem dan dat van de rechtseenheid. In die zaken waarin, na invoering van de plannen van Van Ettekoven, daadwerkelijk cassatie zal worden ingesteld zullen de doorlooptijden in bestuursrechtelijke zaken verder toenemen. Dat is op zichzelf geen reden om zijn plannen af te wijzen. Wel moet deze dreigende verdere verlenging bij de beoordeling van de plannen worden meegenomen. Daarbij speelt in de eerste plaats de vraag of het aantal cassatiezaken werkelijk in de hand kan worden gehouden. Op dit punt wordt in paragraaf 3 ingegaan. In de tweede plaats is van belang hoe groot de problemen van rechtseenheid in het bestuursrecht eigenlijk zijn. Daarop wordt in paragraaf 4 ingegaan.

3 Beperking van cassatieberoepen volgens Van Ettekoven

In zijn bijdrage ziet Van Ettekoven het hier gesignaleerde probleem ook onder ogen en probeert hij de vrees voor een te grote instroom van zaken (en voor een verdere verlenging van de bestuursrechtelijke procedures) te ondervangen door een beperking van de kwesties waarop het cassatieberoep betrekking kan hebben, door de uitsluiting van het cassatieberoep met betrekking tot de materiewetgeving van de klassieke bestuursrechters en door de mogelijke introductie van diverse zeven. Deze beperkingen zouden ertoe moeten leiden dat de Hoge Raad in maximaal 50 zaken per jaar uitspraak in cassatie hoeft te doen. Ik betwijfel of dit cijfer realistisch is. Volgens mij zijn de categorieën zaken waarvoor hij het cassatieberoep wenselijk acht daartoe te onbepaald en op onderdelen 'oeverloos'. Hierna worden deze categorieën kort besproken.

3.1 Grensvlak van het bestuurs- en strafrecht

Op dit grensvlak is de onbepaaldheid geen groot probleem als het cassatieberoep alleen betrekking zou hebben op de uitleg van Awb-bepalingen waarin artikelen uit het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing zijn verklaard.⁷ Van Ettekoven gaat echter verder en acht cassatie ook nodig voor de uitleg van alle begrippen en leerstukken die de Awb ontleent aan het strafrecht, voor de toepassing van het EVRM in het bestuurssanctierecht, voor het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs, voor de omgang met beleidsregels, et cetera. Daarmee wordt deze categorie behoorlijk onbepaald en ruim. Bovendien worden dan onvermijdelijk ook de materiewetten van de hoogste bestuursrechters in de cassatiebeoordeling betrokken, bijvoorbeeld bij de toepassing van het *lex certa* beginsel.⁸

7 Voor titel 5.1 Awb (waarvoor Van Ettekoven cassatieberoep vooral wenselijk acht), betreft dat vooral art. 5:1 lid 3 Awb (overtreder) en art. 5:46 lid 4 Awb (*lex mitior*) waarin art. 51 leden 2 en 3 Sr (en overigens niet art. 51 lid 1 Sr), respectievelijk art. 1 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing worden verklaard.

8 Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 juni 2009, AB 2010, 181, en ABRvS 17 maart 2010, AB 2010, 182 (beide m.nt. Jansen).

3.2 Grensvlak van bestuurs- en civiel recht

Op dit grensvlak is de onbepaaldheid niet erg groot als het cassatieberoep alleen betrekking zou hebben op bepalingen van titel 4.4, betreffende de bestuursrechtelijke geldschulden, waarin wordt verwezen naar artikelen uit het Burgerlijk Wetboek of het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁹ Volgens Van Ettehoven moet de cassatiebevoegdheid echter verder gaan en zou zij ook betrekking moeten hebben op het overheidsaansprakelijkheidsrecht en op bestuursovereenkomsten. Daarmee valt bijna het gehele overheidsprivaatrecht onder het cassatieberoep en wordt ook deze categorie erg ruim.

3.3 Het gemeenschappelijke procesrecht van de Awb

Deze categorie is nauwelijks omljnd. Bezieet men de kwesties waarbij Van Ettehoven problemen van rechtseenheid ziet, dan moet het cassatieberoep in elk geval betrekking hebben op alle ontvankelijkheidsvragen, op art. 4:6 Awb, art. 8:69 Awb, op de Brummenproblematiek en op de omvang van het hoger beroep. Daarnaast ziet men echter ook verschillen tussen de hoogste bestuursrechters (inclusief de belastingkamer van de Hoge Raad) bij de toepassing van art. 8:58 Awb, de toepassing van art. 6:18 en 6:19 Awb, het bewijsrecht over het algemeen, et cetera. Daarmee is deze categorie 'oeverloos'. Bovendien kunnen vragen over de uitleg van het Awb-procesrecht opkomen in *alle* bestuursrechtelijke geschillen, ook in geschillen in het omgevingsrecht (inclusief de toepassing van de Crisis- en Herstelwet), waarbij de roep om snelheid juist zeer groot is.

3.4 Grondrechten

Voor deze categorie geldt hetzelfde als voor het Awb-procesrecht. Zij zou nog min of meer omljnd zijn als het cassatieberoep beperkt zou zijn tot de in het voorstel Halsema voorziene constitutionele toetsing.¹⁰ In zijn bijdrage breidt Van Ettehoven het cassatieberoep echter al uit naar de toepassing van het EVRM en andere internationale grondrechtenverdragen, zoals het VN-Vrouwenverdrag (SGP-zaak). Op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel moet dan ook de interpretatie van grondrechten in Unierechtelijke context onder het cassatieberoep vallen. Binnen de reikwijdte van het Unierecht vindt de (verdere) ontwikkeling van grondrechten, zoals die van het EVRM, immers primair plaats door het Hof van Justitie van

9 Het betreft art. 4:93 lid 3 Awb (verwijzing naar art. 6:129 BW); art. 4:98 Awb (verwijzing naar art. 6:119, 6:120 en 6:125 BW); art. 4:105 lid 1 Awb (verwijzing naar art. 3:316 leden 1 en 2 BW); art. 4:110 Awb (verwijzing naar art. 3:324 BW); art. 4:120 lid 2 Awb (verwijzing naar art. 434 Rv.); art. 4:123 lid 2 Awb (verwijzing naar art. 438 en 438a Rv).

10 Voorstel van wet van het lid Halsema tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 334, nr. 2.

de Europese Unie (HvJ EU).¹¹ Bovendien geeft dit hof een nadere invulling aan het – inmiddels ook voor de lidstaten bindende – Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie, waarin rondom thema's als gelijkheid, solidariteit en burgerschap allerlei grondrechten zijn opgenomen die het EVRM niet kent, onder meer een recht op 'behoorlijk bestuur' (art. 41). Bij deze 'oeverloze' categorie is verder van belang dat de grens tussen grondrechten en materiewetten diffuus is, in die zin dat mogelijke schendingen van materiewetten kunnen en zullen worden geformuleerd als schendingen van grondrechten (en vaak terecht). Binnen het EVRM bieden vooral art. 8 EVRM, dat in omgevingsrechtelijke geschillen kan worden ingeroepen, en art. 1 EP, dat in allerlei bestuursrechtelijke geschillen van belang kan zijn, daartoe goede mogelijkheden.¹² De extra grondrechten die door het Handvest worden erkend, bieden voor het 'framen' van een schending van de materiewetten als grondrechtenschending nog veel meer aanknopingspunten. Kortom, bij de categorie grondrechten kan de Hoge Raad vele cassatieberoepen verwachten, die vaak ook zullen raken aan de uitleg van materiewetten.

Mijn conclusie is dat de door Van Ettekoven onderscheiden categorieën het cassatieberoep op de Hoge Raad niet heel erg beperken. Een instroom van meer dan 1000 zaken lijkt mij niet denkbeeldig. De vraag is of de Hoge Raad daarop zit te wachten nu men juist allerlei maatregelen overweegt om de instroom aan zaken te beperken. Nu kan het aantal zaken door middel van de in paragraaf 1 genoemde zeven weer worden beperkt. Wil men uitkomen op het door Van Ettekoven beoogde aantal van vijftig cassatiezaken, dan zal die zeef wel heel drastisch moeten werken. Bovendien zal de toepassing ervan bij de voorziene aantallen toch nog de nodige tijd kosten.

4 Hoe groot zijn de problemen van rechtseenheid?

Dat bij alle door Van Ettekoven onderscheiden categorieën zich problemen van rechtseenheid kunnen voordoen, staat buiten kijf. Daarmee is nog niet gezegd dat dit probleem in de praktijk heel groot is en dat cassatie altijd de oplossing zal bieden. Hierna loop ik de categorieën van Van Ettekoven opnieuw langs, waarbij het procesrecht van de Awb apart wordt behandeld.

4.1 Het grenslak bestuurs- en strafrecht

Door de opmars van de bestraffende bestuurssancties (vooral de bestuurlijke boete) en doordat de wetgever bij de regeling hiervan in titel 5.1 en 5.4 Awb uit het strafrecht afkomstige begrippen hanteert of zelfs bepalingen uit het Wetboek

11 Op basis van EHRM 30 juni 2005, AB 2006, 273 (*Bosphorus/Ierland*; m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik). Naar ik vermoed – en gelet op de doorlooptijden bij het EHRM hoop – zal deze taakverdeling niet veranderen door de in art. 6 lid 2 VEU voorziene toetreding van de Unie tot het EVRM.

12 Zie T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', *VAR-reeks* 132, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 56-87, voor EHRM-rechtspraak waarin deze en andere EVRM-bepalingen worden toegepast op de materiewetgeving van de diverse bestuursrechters.

van Strafrecht van overeenkomstige toepassing heeft verklaard, is de kans op botsingen op dit grensvlak inderdaad aanwezig. Of de problemen van rechtseenheid op dit grensvlak bij de toepassing van het EVRM in algemene zin zo groot zijn, betwijfel ik echter. Daarbij is van belang dat het bestraffende bestuursrecht, of dat nu wordt toegepast door een klassieke bestuursrechter of de Hoge Raad, in hoge mate wordt bepaald door de rechtspraak van het EHRM. In feite is er op dit terrein al een hoogste rechter, zij het niet in Den Haag maar in Straatsburg. In de nabije toekomst zal bovendien het HvJ EU in Luxemburg steeds vaker over dit soort kwesties oordelen.¹³ Mede in dit licht is de toegevoegde waarde van een nationale cassatietussenstap beperkt.

4.2 Grensvlak van bestuurs- en civiel recht

Of bij de toepassing van titel 4.4 veel botsingen zullen optreden tussen de klassieke bestuursrechters en de Hoge Raad valt nog niet te zeggen. Dat neemt niet weg dat het onwenselijk zou zijn als de rechtspraak over bestuursrechtelijke en gewone geldschulden nodeloos uiteen zou gaan lopen. Bij de bestuursovereenkomsten zie ik geen grote problemen van rechtseenheid. Dat geldt ook voor de overheidsaansprakelijkheid na invoering van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Deze wet zal er juist voor zorgen dat de meer omvangrijke schadevergoedingszaken bij onrechtmatige besluiten (weer) tot het domein van de Hoge Raad gaan horen. Bij de schadevergoedingszaken in de sociale zekerheid – die tot het exclusieve terrein van de CRvB gaan behoren – doen zich op het punt van relativiteit en causaliteit niet of nauwelijks serieuze rechtseenheidproblemen voor.

4.3 Grondrechten

Dat zich bij de uitlegging van internationale en Europese grondrechten grote problemen van rechtseenheid voordoen, betwijfel ik.¹⁴ De SGP-zaak, hoe vervelend ook, is op dit punt de uitzondering die de regel bevestigt.¹⁵ Voor het overige lijken zich op dit punt weinig botsingen tussen de hoogste rechters voor te doen en trekken ze in elk geval weinig aandacht. Daarbij is waarschijnlijk van belang dat de rechterlijke beoordeling van de meeste grondrechtenschendingen plaatsvindt binnen het kader van het door de rechter toegepaste materiële recht. Of een bepaalde grondrechtenbeperking noodzakelijk is in een democratische samenleving of kan

13 Namelijk voor zover het bestraffend bestuursrecht wordt toegepast binnen de reikwijdte van het Unierecht. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 23 december 2009, zaak C-45/08 (*Spector Photo Group*), waarin het HvJ EU zich uitsprekt over de betekenis van de onschuldpresumptie bij een op basis van richtlijn 2003/6/EG, betreffende misbruik van voorwetenschap opgelegde (bestrafende) bestuurlijke boete.

14 Het voorstel Halsema laat ik verder buiten beschouwing, omdat dit voorlopig nog niet is ingevoerd.

15 Vergelijk Hof 's-Gravenhage 20 december 2007, *JB* 2008/37, en HR 9 april 2010, *JB* 2010/115, met ABRvS 5 december 2007, *AB* 2008, 35. Overigens respecteert de civiele rechter het oordeel van de Afdeling over de subsidiëring van de SGP, zodat een harde botsing tussen beide instanties wordt voorkomen.

worden gerechtvaardigd door een dringend algemeen belang kan immers alleen worden bepaald in het licht van het doel van de materiewetgeving en de daarin voorgeschreven instrumenten. Het oordeel van de rechter geldt daarom alleen voor de toepassing van de desbetreffende materiewetgeving. Ten slotte wijs ik er opnieuw op dat er voor de uitlegging van binnen Europa geldende grondrechten al hoogste rechters bestaan, het EHRM en steeds vaker het HvJ EU. Gelet hierop is de toegevoegde waarde van een nationale cassatietussenstap beperkt.

Kom ik ten slotte op het gemeenschappelijk procesrecht van de Awb. Dit onderwerp verdient speciale aandacht omdat de cassatiewens van Van Ettekovén – en van een andere eerstelijnsrechter als Den Otter¹⁶ – toch vooral lijkt ingegeven door de irritatie bij de algemeen bevoegde rechtbanken over de gebrekkige afstemming bij de toepassing van de Awb tussen de materiespecifieke hoogste bestuursrechters. Hoewel die irritatie begrijpelijk is, is zij voor mij onvoldoende reden voor invoering van cassatie op dit terrein. Bij dit standpunt is het volgende van belang. Eerst en vooral valt het met de gebrekkige afstemming tussen de *klassieke* bestuursrechters inmiddels wel mee. Van Ettekovén kan worden toegegeven dat het veel te lang heeft geduurd, maar de laatste jaren hebben de klassieke bestuursrechters in onderling overleg veel problemen op dit punt opgelost. Ik zie althans geen wezenlijke verschillen meer bij de toepassing van bepalingen als art. 8:69 Awb of art. 4:6 Awb.¹⁷ Het hoogtepunt van succesvolle afstemming is de wijze waarop de klassieke bestuursrechters in zeer korte tijd een volledig stelsel voor rechterlijke schendingen van de redelijke termijn hebben ontwikkeld.¹⁸ Op de kleine verschillen die bij de redelijk te achten termijnen tussen de bestuursrechters nog bestaan, kom ik hierna terug.

Dat er bij de rechtbankrechters toch nog irritatie bestaat over de verschillende uitleg van de Awb komt volgens mij dan ook vooral omdat de Hoge Raad in belastingzaken bij de uitleg van diverse Awb-bepalingen een eigen koers vaart. Beziet men de commentaren van rechtbankrechters,¹⁹ dan is men het meestal met deze koers oneens. Dan is het eigenlijk wat vreemd om juist de Hoge Raad hierbij het laatste woord te geven. Ik zou het althans onwenselijk vinden als de civiele benadering door de Hoge Raad van bewijsvragen bij de toepassing van beroepstermijnen,²⁰ over de hele linie van het bestuursrecht zou worden voorgeschreven, zeker in driepartijengeschillen. In dat geval is het immers mogelijk dat een vergunninghouder wordt geconfronteerd met een beroepsschrift, dat gelet op de poststempel te laat

16 R.P. den Otter, 'Met een pokerface aan de roulettetafel. Verschillen in de beoordeling van de ontvankelijkheid door de hoogste bestuursrechters', *JBplus* 2008, p. 93-101.

17 Zie ook ABRvS 16 juli 2010, *AB* 2010/209, m.nt. Ortlep, waarin de Afdeling 'omwille van de rechtseenheid' haar praktijk om appellants geen extra termijn te gunnen voor het voldoen van het griffierecht aanpast aan die van de rechtbanken, de CRvB en het CBb.

18 Zie reeds noot 4.

19 Zie behalve de bijdragen van Van Ettekovén en Den Otter, D.A. Verburg, 'De belastingrechter en de algemene bestuursrechters. Verschillen en overeenkomsten', *WFR* 2010/335. Overigens is Verburg over onderdelen van de rechtspraak van de Hoge Raad juist enthousiast.

20 Vergelijk onder meer HR 8 juli 2005, *AB* 2005, 407. Zie kritisch over deze rechtspraak, behalve Den Otter 2008, p. 94-95, en Verburg 2010, ook R.J.G.M. Widdershoven e.a., 'Evaluatie belastingrechtspraak in twee instanties, Eindrapport fase I', *Research Memoranda* nr. 3, jaargang 2, 2006, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006, p. 64-68.

is ingediend, maar toch ontvankelijk moet worden geacht, omdat appellant stelt dat hij het beroepschrift tijdig ter post heeft bezorgd en het bestuursorgaan 'vergeet' deze stelling te betwisten. Dat de Hoge Raad op deze rechtspraak zal terugkomen – en zich op dit punt zal aansluiten bij de klassieke bestuursrechters – lijkt mij gelet op recente jurisprudentie van de Hoge Raad onwaarschijnlijk.²¹ Beziet men de andere verschillen tussen de klassieke bestuursrechters en Hoge Raad, dan hangen deze ten dele samen met verschillen in het materiële recht,²² zijn ze ten dele nogal triviaal,²³ en hangen zij voor een ander deel samen met verschillen in de partijenconstellatie. Daarmee ben ik aangeland bij een tweede opmerking.

De Awb is van toepassing op zeer uiteenlopende terreinen van bestuursrecht, variërend van overzichtelijke financiële tweepartijengeschillen, via familierechtelijke kwesties naar complexe drie- en meerpartijengeschillen in het omgevings- en economisch recht. Dat dit op onderdelen kan en moet leiden tot een verschillende invulling van de Awb, wordt inmiddels in ruime kring erkend.²⁴ Gelet op de verschillen in bestuursrechtelijke geschillen is het niet vreemd dat de bestuursrechters verschillende termijnen hanteren voor de redelijke termijn, dat de CRvB op het punt van art. 4:6 Awb een (theoretisch) iets ruimere koers vaart dan de ABRvS, dat de Hoge Raad de Brummenrechtspraak niet toepast in fiscale zaken,²⁵ dat de familierechters zich veelal niet opstellen als toetsers maar als vaststeller van de rechtspositie naar nu,²⁶ dat de ABRvS in driepartijengeschillen de herkansingsfunctie van het appel enigszins beperkt,²⁷ et cetera. Ik denk ook niet dat deze verschillen zullen verdwijnen met de invoering van cassatie. In dit verband is het niet zonder belang dat de Hoge Raad ter motivering van de (eigen) invulling die in fiscale zaken aan de Awb wordt gegeven verwijst naar het feit dat in fiscale zaken geen derden-belanghebbenden zijn betrokken,²⁸ of naar de voor fiscale zaken specifieke wetsgeschiedenis.²⁹ Gelet hierop lijkt de Hoge Raad ruimte te zien voor

21 HR 19 maart 2010, *JB* 2010/134 (m.nt. Albers).

22 De niet-toepassing van art. 6:18 en 6:19 Awb door de fiscale rechter. Zie voor dit punt Verburg 2010.

23 Vooral de verschillen bij de toepassing van art. 8:75 Awb, over de vraag of de proceskosten voor rechtsbijstand verleend door een familielid kunnen worden vergoed en over de vraag of het bestuursorgaan uitsluitend tegen het oordeel over de procesvergoeding in hoger beroep kan komen. De Hoge Raad beantwoordt beide vragen bevestigend, de klassieke bestuursrechters ontkennend. Het financieel belang van deze kwesties is zo gering dat de vijftig cassatiezaken van Van Ettehoven daaraan niet zouden moeten worden besteed. Zie voor beide kwesties de noot van B.J. van Ettehoven onder HR 27 november 2009, *BNB* 2010/63c.

24 In de bundel T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, wordt in diverse bijdragen – onder meer die van Barkhuysen & Van Emmerik, De Moor-van Vugt, Steyger, Schueler, en Vermeulen & Poot – ruimte voor differentiatie bepleit.

25 Zie HR 4 december 2009, *BNB* 2010/65c (m.nt. Van Amersfoort); *AB* 2010, 136 (m.nt. Willemssen). Wat mij betreft zouden de klassieke bestuursrechters (zeker de CRvB) de toepassing van de Brummenlijn in tweepartijengeschillen ook mogen heroverwegen.

26 Vergelijk H.J.H. van Meegeen, 'Het huisverbod: bestuursrecht in handen van de familierechter', *JBplus* 2010, p. 2-15.

27 R.J.G.M. Widdershoven, R.J.N. Schlössels, F.A.M. Stroink e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

28 Bijvoorbeeld HR 19 maart 2010, *JB* 2010/97; *VN* 2010/15.5, betreffende art. 6:11 Awb.

29 HR 16 april 2010, *VN* 2010/21.4, betreffende de ruime herkansingsmogelijkheid in appel.

een gedifferentieerde toepassing van de Awb en dat is mijns inziens in de regel ook wenselijk.³⁰ In dit verband wijs ik nog op de opvatting van Verheij, die ook voorstander is van een gedifferentieerde toepassing van het bestuursprocesrecht – zelfs op het punt van termijnoverschrijdingen – zij het dat hij voor deze differentiatie een expliciete grondslag in de Awb zou willen scheppen.³¹

Dat laatste zou ook mijn voorkeur hebben. Daarmee wordt het probleem van de rechtbanken die dan te maken krijgen met door de Awb gelegitimeerde verscheidenheid, natuurlijk niet opgelost. Mijns inziens moet dat probleem voor rechters, die gewend zijn te rouleren van bestuurszaken, naar de familiesector en handelssector en via de strafsector weer terug, echter overkomelijk zijn. Voor de individuele burger die in zijn leven één of twee keer met de bestuursrechtspraak in aanraking komt en voor bestuursorganen (of diensten daarvan) die doorgaans te maken hebben met één hoogste rechter, is deze – al dan niet in de Awb voorziene – verscheidenheid nauwelijks problematisch.³²

5 Hoe verder?

Gelet op het voorgaande moet een eventueel in te voeren cassatieberoep bij de Hoge Raad tegen uitspraken van de klassieke bestuursrechters volgens mij geen betrekking hebben op de uitleg van Europese en internationale grondrechten en van het algemene procesrecht van de Awb. Voor de *grondrechten* speelt bij dit oordeel mee dat deze categorie te onbepaald en oeverloos is, dat de Hoge Raad in dat geval – anders Van Ettekovén wenst – wel vaak zal moeten oordelen over de materiewetgeving van de klassieke hoogste bestuursrechters, dat de problemen van rechtseenheid op dit punt niet groot zijn en dat de uitleg ervan uiteindelijk toch wordt bepaald door het EHRM en steeds vaker het HvJ EU. Door het stellen van een prejudiciële vraag kunnen de klassieke hoogste bestuursrechters zorgen voor rechtseenheid bij de uitleg van deze grondrechten in de Europese context. Bij het *Awb-procesrecht* is voor mijn opvatting van belang dat ook deze categorie te onbepaald en oeverloos is, dat vragen van uitleg van procesrecht zich kunnen voordoen in alle bestuursrechtelijke geschillen, ook die waarbij snelheid van het grootste belang is (bijvoorbeeld besluiten op grond van de Crisis- en Herstelwet), dat de rechtsverscheidenheid toch vooral een probleem is van de rechtbanken en niet van burgers en bestuursorganen en dat deze verscheidenheid voor een belangrijk deel samenhangt met de verscheidenheid van de bestuursrechtelijke geschillen die onder de Awb vallen. In zoverre zal het cassatieberoep het probleem van de rechtbanken niet oplossen.

30 Voor de duidelijkheid, de hiervoor besproken bewijsrechtelijke verschillen tussen de Hoge Raad en de klassieke bestuursrechters bij de toepassing van beroepstermijnen zijn niet wenselijk. Zoals hiervoor ook aangegeven ben ik echter geen voorstander van de toepassing van de lijn van de Hoge Raad over de hele linie van het bestuursrecht.

31 Nico Verheij, 'Bestuursrecht op drie sporen, of: hoe belangrijk is harmonisatie', *NTB* 2010, p. 115-116.

32 Zo ook: M.W.C. Feteris, *Hoe is het gesteld met de fiscale rechtsbescherming?*, Jan Giele lezing 2008, Amersfoort: Sdu 2008, p. 88-89; A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Rechtseenheid als kwaliteitsvraagstuk', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, p. 299-317, i.h.b. p. 300.

Wat betreft de *grensvlakken van bestuursrecht met straf- en civiel recht* kan cassatieberoep wellicht nuttig zijn, maar zouden de zaken waarin dit beroep mogelijk is wel precies moeten worden omschreven, opdat veel cassatieberoepen in zaken waarin de problemen van rechtseenheid niet erg groot zijn, worden voorkomen. Het cassatieberoep zou bijvoorbeeld alleen betrekking kunnen hebben op die bepalingen in titel 4.4, 5.1 en 5.4 Awb, waarin bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, van Rechtsvordering of het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing worden verklaard of waarin civiele of strafrechtelijke begrippen en leerstukken worden gehanteerd. Het cassatieberoep zou volgens mij niet in algemene zin betrekking moeten hebben op bestuursovereenkomsten en het leerstuk van overheidsaansprakelijkheid. Daarbij is van belang dat zich bij bestuursovereenkomsten geen serieuze problemen van rechtseenheid voordoen en eventuele rechtseenheidproblemen bij overheidsaansprakelijkheid zullen worden ‘opgelost’ door de in de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten voorziene taakverdeling tussen de civiele en bestuursrechter (zie par. 3). Mocht men overgaan tot de invoering van een dergelijke *cassatie à la carte*, dan ben ik – met Van Ettekoven – voorstander ervan dat in de beslissende kamer van de Hoge Raad raadsheren in buitengewone dienst, aangewezen door de hoogste ‘klassieke’ bestuursrechtelijke colleges, zitting kunnen hebben en dat in het parket ook enige gezaghebbende bestuursrechtjuristen worden benoemd.

6 Rechterlijk overleg

De invoering van *cassatie à la carte* zou volgens mij niet moeten leiden tot minder overleg tussen de hoogste bestuursrechters. Het rechterlijk overleg is de laatste jaren heel succesvol gebleken bij het wegwerken van veel (nodeloze) verschillen bij de toepassing van de Awb. Als – om met Van Ettekoven te spreken – de ‘neuzen wel dezelfde kant opstaan’, worden problemen van rechtseenheid door rechterlijk overleg sneller opgelost dan door cassatie. Dat ziet men ook op binnen Europa, waarin het EHRM en het HvJ EU mede door rechterlijk overleg sinds het begin van deze eeuw ervoor hebben gezorgd dat hun rechtspraak over de uitleg van het EVRM grotendeels op elkaar is afgestemd.³³ Had deze afstemming alleen plaatsgevonden door middel van een – thans nog niet bestaande – beroepsmogelijkheid van het HvJ EU op het EHRM, dan zou deze afstemming gegeven de doorlooptijden bij het EHRM vele jaren meer in beslag hebben genomen.

Om het proces van rechterlijk overleg tussen de hoogste bestuursrechters transparanter te maken, zouden wel twee voorzieningen kunnen worden getroffen. In de eerste plaats kan worden gedacht aan de instelling van een gemeenschappelijke rechtseenheidkamer van bij voorkeur de ABRvS, CRvB, CBB en Hoge Raad. Overi-

33 Zie R.J.G.M. Widdershoven, ‘Over de verantwoording van geheim rechterlijk overleg’, in: K.J. De Graaf e.a. (red.), *Op tegenspraak. Opstellen voor prof. mr. L.J.A. Damen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 285-297, waarin wordt ingegaan op de onderlinge afstemming tussen beide colleges van de uitleg van art. 8 EVRM in EHRM 16 april 2002, AB 2002/277 (*Colas Est*; m.nt. OJ) en HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Jur.* 2002, p. I-9011 (*Roquette Frères*). Zie voor een succesvolle onderlinge afstemming bij de uitleg van het beginsel van *ne bis in idem*, W.B. van Bockel, ‘Coming of age’: de ontwikkeling van het *ne bis in idem*-beginsel in de EU-rechtsorde’, *NtER* 2010, p. 66-72.

gens verwacht ik – evenals Van Ettekovén – dat de Hoge Raad vanwege de rechtseenheid ‘in eigen huis’ hieraan niet zal deelnemen. Mocht dat zo zijn, dan lijkt het mij nog steeds nuttig om een rechtseenheidkamer van de ABRvS, CRvB en CBB in te stellen, maar zou daartoe ook de ‘grote kamer’ kunnen worden benut.³⁴ Voor de afstemming met de Hoge Raad blijft een meer informele vorm van rechterlijk overleg dan nuttig en noodzakelijk. In de tweede plaats ben ik met van Ettekovén voorstander van de introductie van een parketfunctie in de bestuursrechtspraak en zouden de personen die deze functie gaan vervullen een personele unie moeten vormen met het parket van de Hoge Raad.³⁵ In de conclusies van deze personen zou aandacht moeten worden besteed aan de wijze waarop de diverse hoogste bestuursrechters en, indien van toepassing, de Hoge Raad in civiele en strafzaken, aan een bepaald leerstuk inhoud geven. De conclusie van advocaat-generaal Wattel over de Brummenproblematiek, die leidde tot de uitspraak van de Hoge Raad van 4 december 2009,³⁶ kan daarbij als voorbeeld dienen. Een dergelijke conclusie dwingt op zichzelf niet tot rechtseenheid, ook al zal een overtuigende conclusie daaraan wel het nodige bijdragen. Een hoogste bestuursrechter zal een afwijking echter wel grondig moeten motiveren. Zo nodig wordt deze motiveringsplicht bij wet voorgeschreven.

7 Slot

De bestuursrechtspraak heeft een probleem van rechtseenheid, maar vooral een probleem van gebrek aan snelheid. Mede daarom zou een eventueel in te voeren cassatieberoep van de hoogste klassieke bestuursrechters op de Hoge Raad alleen betrekking moeten hebben op een beperkt aantal specifiek aan te duiden bepalingen, begrippen en leerstukken op het grensvlak van bestuursrecht en straf- en civiel recht, en in elk geval niet op internationale en Europese grondrechten over het algemeen en op het Awb-procesrecht. De rechtsverscheidenheid op het laatstgenoemde terrein is – als gevolg van succesvol rechterlijk overleg – minder groot dan Van Ettekovén doet voorkomen en kan voor een deel worden verklaard door verschillen tussen de bestuursrechtelijke geschillen. Het rechterlijk overleg moet in elk geval worden voortgezet, maar kan door de introductie van een rechtseenheidkamer (of grote kamer) en van een parketfunctie wel transparanter worden gemaakt.

34 Vergelijk inmiddels art. 8:10a lid 4 van het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, waarin de ‘grote kamer’ wordt geregeld.

35 In dezelfde zin behalve Van Ettekovén, ook De Moor-van Vugt 2010. Art. 8:12a van het in de vorige noot genoemde wetsvoorstel bevat ook een regeling voor het nemen van conclusies bij de klassieke bestuursrechters. Deze regeling voorziet in samenwerking met het parket van de Hoge Raad, doordat leden van dat parket, uitsluitend met het oog op het nemen van conclusies in bestuursrechtelijke zaken, als staatsraad in buitengewone dienst kunnen worden benoemd in de ABRvS (vergelijk *Kamerstukken II* 2009/10, 31 450, nr. 3, p. 18).

36 HR 4 december 2009, AB 2010, 136.

De toekomst aan de Noordzee

Slottoespraak voor het congres 'De Hoge Raad in 2025: contouren van de toekomstige cassatierechtspraak'

G.J.M. Corstens*

Op 9 november 2001 organiseerde de Hoge Raad in Haarlem een intern congres onder de titel 'De Hoge Raad aan het Spaarne'. Dat congres had als thema de taken van de Hoge Raad. We zijn nu achteneenhalf jaar verder. Het debat is intern en extern voortgezet. Argumenten zijn naar voren gebracht. Verschillende standpunten zijn ook vandaag weer gehoord. De Hoge Raad houdt van debat. Hoor en wederhoor, daaruit moet de waarheid opstijgen, 'du choc des opinions jaillit la vérité'. Dat betekent goed luisteren naar de ander, niet vooringenomen zijn, zo nodig standpunten bijstellen.

Vandaag zijn we in Utrecht. We zijn inmiddels, ook al ligt Utrecht verder af van de Noordzee dan Haarlem, op de open en vrije zee beland. In 2001 werd nog intern gecongresseerd, zij het dat excellente sprekers van buiten waren aangetrokken en dat vervolgens extern verslag is gedaan van het congres in het *NJB*.¹ Vandaag, in 2010, is een extern congres georganiseerd door de Utrechtse juridische faculteit waaraan de Hoge Raad met inzet en overtuiging in verschillende opzichten zijn bijdrage heeft geleverd. Op 16 april 2010 heeft de Hoge Raad samen met het Hague Institute for the Internationalisation of Law (HiiL) een internationale expertmeeting georganiseerd waarvoor ook parlementariërs, advocaten, wetenschappers, leden van het openbaar ministerie en wetgevers waren uitgenodigd.² Toen is door een van de kamervoorzitters van de Franse Cour de cassation, Alain Lacabarats, en door de Spaanse hoogleraar Ortells Ramos verslag gedaan van hun bevindingen met selectie van zaken.³ Wat betreft Frankrijk kwam daaruit naar voren dat via een vroegtijdige selectie vele zaken als 'non admis', niet toegelaten, van de tafel van de Cour de cassation worden geschoven. Het gaat dan om middelen van cassatie die als 'non sérieux' worden aangemerkt. Daarbij valt te denken aan feitelijke kwesties zoals bewijsklachten en niet in eerdere aanleg naar voren gebrachte pun-

* Mr. G.J.M. Corstens is president van de Hoge Raad der Nederlanden.

1 Zie de bijdragen van J.M. Barendrecht, J. de Hullu en J.W. Zwemmer in *NJB* 2002, p. 293-310.

2 Zie ook het als Bijlage in deze bundel opgenomen verslag van die bijeenkomst(en).

3 Zie ook Manuel Ortells Ramos (red.), *Los recursos ante Tribunales supremos en Europa, Appeals to supreme courts in Europe*, Madrid: Diffusión jurídica 2008.

ten. De spreker gaf te kennen dat een nog fermere en procedureel lichtere selectie op haar plaats zou zijn. Ook Spanje kent een systeem van gematigde selectie.

Wegens de IJslandse vulkaanuitbarsting konden de Deense en de Finse sprekers op 16 april niet verschijnen. Daarom is de expertmeeting op 2 juni voortgezet. De president van het Deense Hooggerechtshof, Torben Melchior, heeft het Deense selectiesysteem verhelderd. Dit komt erop neer dat een Appeal Permission Board beoordeelt of de aan het Hooggerechtshof voorgelegde zaak geschikt is voor behandeling. Deze Board wordt geleid door een lid van het Hooggerechtshof. Deze doet dit voltijds gedurende twee jaar. Hij wordt bijgestaan door een rechter uit een appelgerecht, een rechter van eerste aanleg, een advocaat en een wetenschapper. Deze laatsten doen dit in deeltijd. Er zijn geen precieze selectiecriteria. De beslissingen worden niet gemotiveerd. Van de 850 verzoeken om verlof worden er maar 100 tot 150 per jaar aanvaard. In civiele zaken gaat het om 7% van de verzoeken, in strafzaken om 5%. Deze aantallen stellen het Hooggerechtshof in staat met een relatief klein bestand aan personen en op hoogwaardige wijze gegronde beslissingen te nemen.

De president van het Finse Hooggerechtshof, Pauline Koskello, zette uiteen dat reeds in 1980, toen het Finse Hooggerechtshof kampte met grote voorraden en lange doorlooptijden, voor een ferme oplossing is gekozen. Van 1250 civiele zaken wordt 7% toegelaten en van 1050 strafzaken 5%. Resultaat is dat het hof ongeveer 150 zaken per jaar ten gronde behandelt. De beslissing wordt door twee rechters van het Hooggerechtshof genomen. Zij schakelen een derde collega in als zij het niet met elkaar eens kunnen worden. Zij kunnen, maar zijn daartoe niet verplicht, een verweerschrift vragen. Er zijn drie gronden voor verlof:

1. de zaak roept vragen op over interpretatie of ontwikkeling van het recht;
2. er moet rechtsbescherming worden verleend omdat er in de eerdere aanleg een fout is gemaakt die zo zwaar weegt dat anders die eerdere beslissing zou moeten worden hersteld via een buitengewoon rechtsmiddel, en
3. er zijn andere gronden (een restcategorie).

Het duurt gemiddeld vier maanden voordat er een beslissing op het verzoek tot verlof wordt genomen. De beslissing wordt niet gemotiveerd. Belangrijke consequentie van de invoering van het stelsel is dat in de wel behandelde zaken – dat geldt overigens ook in Denemarken – beter wordt gemotiveerd.

Terugblikkend op deze buitenlandse ervaringen merk ik het volgende op. In enkele landen is voorzichtig geopereerd. Frankrijk is daarvan een voorbeeld. De problemen zijn daar niet opgelost. Er is wel enig soelaas geboden. Ongetwijfeld zal daar na verloop van tijd een nieuwe stap moeten worden gezet. Dat is een manier van werken die we ook in Nederland geregeld tegenkomen: geleidelijke veranderingen. Finland en Denemarken kozen voor radicale oplossingen. De presidenten van beide hoven toonden zich daarmee ingenomen. Zij gaven aan in hun stelsels de volle aandacht te kunnen geven aan de belangrijke rechtsvragen waarop de samenleving een antwoord van zijn hooggerechtshof verlangt en ook rechtsbescherming te bieden waar deze nodig is.

Transplantatie van die systemen naar Nederland vergt verder doordenken over een belangrijk verschil tussen enerzijds het Nederlandse en het Franse stelsel en anderzijds de Noordse stelsels die geen cassatierechtspraak behelzen.

Met het conceptwetsvoorstel is de weg van de noodzakelijke verandering ingeslagen. Het ziet ernaar uit dat die gedachte op het congres van 4 juni 2010 is ondersteund. Wat voorop staat is dat er iets moet worden gedaan om de Hoge Raad zijn taken adequaat te kunnen laten vervullen. Niets doen is geen optie. De Hoge Raad moet, zoals in de tweede helft van de jaren tachtig van de vorige eeuw, via de invoering van de verkorte motivering is gedaan, nu via een selectiestelsel soelaas worden geboden om zijn functies goed te kunnen vervullen. Voor de komende 15 jaren moet dat instrument ter beschikking worden gesteld.

De Hoge Raad in 2025: hoe ver zijn we onderweg?

I. Giesen, A.M. Hol en F.G.H. Kristen*

I Inleiding

De hiervoor opgenomen bijdragen liggen aan de basis van de presentaties op het congres 'De Hoge Raad in 2025: contouren van de toekomstige cassatierechtspraak' dat op 4 juni 2010 te Utrecht is gehouden. Over die bijdragen werd ter plekke debat gevoerd, in een plenaire ochtendzitting en 's middags in diverse parallelle workshops (tweemaal). Op basis van al die bijdragen en de daarover gevoerde discussie trachten wij in het navolgende enkele algemene lijnen te trekken met het oog op de taak en de positie van de Hoge Raad in de nabije toekomst, in de periode tussen 2010 en grofweg 2025. We proberen het bij en door de Hoge Raad in gang gezette vernieuwingsproces – dat is een proces dat wij graag ondersteunen – van ideeën te voorzien en argumenten vóór en tegen bepaalde oplossingsrichtingen te bieden. We pakken die handschoen op door eerst terug te kijken naar waar we nu, na het Utrechtse congres, zo ongeveer staan, overigens zonder de bijdragen in deze bundel nog eens samen te vatten (par. 2). Wel halen we terug wat er begin juni 2010 naar voren is gebracht dat voor de discussie over de taak en de positie van de Hoge Raad van belang kan zijn. Daarbij maken we uiteraard graag gebruik van de bijdragen aan deze bundel¹ en wat er gedurende de parallelsessies door de aanwezige congresgangers naar voren is gebracht aan ideeën. Daarvoor zeggen wij langs deze weg alle deelnemers nogmaals hartelijk dank. Vervolgens signaleren wij een aantal algemene ontwikkelingen die zullen doorwerken in de taak en de positie van de Hoge Raad (par. 3). Wij sluiten af met een korte vooruitblik over wat er nu verder zou kunnen of misschien wel moeten gebeuren om tot een bij de tijdse, normstellende Hoge Raad te geraken in 2025 (par. 4).

* Ivo Giesen is hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch. Ton Hol is hoogleraar rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht en directeur van het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing. François Kristen is hoogleraar straf(proces)recht aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger van het Hof 's-Hertogenbosch.

1 Als we hierna in de tekst een naam noemen dan verwijst dat, tenzij anders vermeld, naar de bijdrage van de betreffende auteur aan deze bundel.

2 Waar staan we nu?

2.1 Introductie

Gedurende het congres kwamen op allerlei momenten diverse interessante ideeën en opvattingen boven tafel. We kunnen deze hier niet allemaal reproduceren, maar wel een aantal van die gezichtspunten belichten. Degene die speciaal opvielen, hebben we daartoe thematisch ingedeeld (langs de lijnen van de voorstellen uit het rapport Hammerstein²) in: algemene punten, selectiemechanismen, prejudiciële vragen en cassatie in belang der wet.

2.2 Algemene punten

Het eerste algemene punt betreft de mate van vernieuwing die is geïnitieerd met het rapport Hammerstein. Een belangrijke relativering is dat deze vernieuwing beperkt is, aldus in elk geval Van Schendel. Veel is al bereikt of in gang gezet. Uiteraard heeft artikel 81 RO een grote invloed gehad op de bewerkelijkheid van de afwikkeling van de groeiende toestroom aan zaken die nu eenmaal niet allemaal even belangrijk zijn voor de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling en/of de rechtsbescherming. Het toegenomen gebruik van artikel 81 RO in de laatste jaren is sterk merkbaar³ (er worden gewoonweg significant meer arresten gewezen die niet onmiddellijk hoeven te worden gelezen). Asser lijkt deze relativering van Van Schendel te delen.

Wij willen evenwel niet meegaan in deze relativering, evenals Keirse. Naar onze mening staat er het nodige op stapel. Dat betreft niet alleen het aantal maatregelen dat is voorgesteld om de toestroom van zaken naar de Hoge Raad te beteugelen. Ook de aard van die maatregelen is ingrijpend. Sommige maatregelen getuigen van een andere cultuur en een andere principiële keuze op systeemniveau. Er wordt nu bijvoorbeeld gesproken over selectie aan de poort waar tot nog toe slechts sprake was van vereenvoudigd afdoen na de poort. Dat is een wezenlijk verschil. Voor de burger, de raadsman en het openbaar ministerie betekent het dat hun zaak de Hoge Raad niet binnenkomt. Dat is toch anders dan wanneer de zaak, hoe onbenullig of kansloos ook, wel wordt ontvangen, maar vervolgens verkort wordt afgedaan. Dat wekt naar betrokken partijen in elk geval de verwachting dat goed en inhoudelijk naar hun zaak is gekeken. Wij verwachten dat burgers dit verschil zullen signaleren, en niet de nuance die op het congres werd gemaakt, namelijk dat selectie aan de poort een vergelijkbaar intensief en indringend beoordelen van een zaak vergt als afdoen via artikel 81 RO. Kortom, selectie aan de poort kan een signaal naar de samenleving afgeven dat de Hoge Raad er niet meer voor iedereen is. Dat hoeft helemaal niet erg te zijn – er moet immers iets aan de toestroom van zaken worden gedaan – maar dit kan volgens ons wel een bijkomend effect zijn.

2 Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, [Uitgever?], Den Haag 2008, te vinden via <www.minjus.nl>, aangeboden aan de Tweede Kamer via *Kamerstukken II 2007/08*, 29 279, nr. 69 (verder ook: Hammerstein 2008).

3 In civiele zaken wordt ongeveer een derde van de zaken afgedaan via art. 81 RO en in strafzaken zelfs ongeveer de helft van het aantal zaken, zie Hammerstein 2008, p. 21, 27.

Een ander voorbeeld van een voorgestelde maatregel die kan doorwerken op systeemniveau, betreft de prejudiciële procedure in civiele zaken en mogelijk ook in strafzaken en fiscale zaken. Een prejudiciële procedure kan mogelijkwijs de positie van de Hoge Raad veranderen. Giesen spreekt in dit verband over twee Hoogste Raden, waar Kristen een minder groot gevaar ziet. Kristen vindt een verschuivende positie van de Hoge Raad als uitvloeisel van een prejudiciële procedure passen in een ontwikkeling die de Hoge Raad reeds doormaakt, alsmede in het toekomstperspectief van de netwerken van rechtsontwikkeling van Vranken. Frenk gaat mogelijk nog een stap verder. Volgens hem verlangt de prejudiciële procedure juist een rechtsvraagrelateerde opstelling van de Hoge Raad, hetgeen een andere taakvervulling door de Hoge Raad vergt en daarmee impliceert dat de positie van de Hoge Raad verschuift.

Een volgend algemeen punt dat door Van Schendel is aangeroerd, is dat er veel steun is voor de lijn die door de commissie-Hammerstein is ingezet. Wij delen die analyse. Alleen op het vlak van de mogelijke inperking van de rechtsbescherming, uiteraard een zeer belangrijk thema, is sprake geweest van enige 'strijd'. Deze strijd manifesteert zich vooral ten aanzien van het aanvankelijk voorgestelde selectie-criterium waarmee zaken die thans via artikel 81 RO worden afgedaan, aan de poort kunnen worden uitgeselecteerd als ongeschikt en derhalve niet in behandeling worden genomen. Met name in het strafrecht heeft dit selectiecriteria van 'significant nadeel' aanleiding gegeven tot kritiek. Franken en anderen⁴ wijzen op het verlies aan rechtsbescherming doordat het selectiecriteria van 'significant nadeel' vaag is, tot onduidelijkheid aanleiding geeft, alleen geldt indien een beroep op de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad wordt gedaan (en dus niet die inzake rechtseenheid en/of rechtsontwikkeling) en daardoor de toegang tot cassatie in het geding komt. Bovendien worden hierdoor de belangen van het individu naar de achtergrond gedrongen ten gunste van het systeem waarin abstracte noties als rechtseenheid en rechtsontwikkeling kennelijk prevaleren. Wij delen deze strafrechtelijke zienswijze. In strafzaken dient de functie van rechtsbescherming van het gewone rechtsmiddel cassatie niet te worden veronachtzaamd. In deze zaken wordt de burger als verdachte geconfronteerd met uitoefening van macht door de overheid die zich verwezenlijkt in verkorting van zijn vrijheidsrechten. Dat is toch een wezenlijk andere situatie dan in civiele of fiscale zaken. De angel lijkt overigens uit deze strijd te zijn gehaald door het conceptwetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak⁵ waarin de voorwaarde van 'significant nadeel' is vervangen door het criterium 'van te gering belang'. Niettemin blijft Franken kritisch op dit punt; zijn bezwaren tegen het criterium 'significant nadeel' gelden evenzeer voor het nieuwe criterium. Machielse inventariseert daarentegen een aantal gevallen waarop het selectiecriteria toepassing kan vinden. Volledigheidshalve merken wij nogmaals op dat wij niet tegen een selectiemechanisme

⁴ Zie bijv. B.F. Keulen, 'Cassatie op een breekpunt?', *RM Themis* 2009, p. 206.

⁵ Zie het conceptwetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak dat begin juni 2010 openbaar werd en kan worden geraadpleegd op <http://internetconsultatie.nl/versterking_cassatierechtspraak/document/144>. Zie over dat voorstel *NJB* 2010, p. 1510-1511; Asser in zijn bijdrage aan deze bundel, en M. Bruning, 'Verbetering van de cassatiepraktijk', *NJB* 2010, p. 1593 e.v.

als zodanig zijn.⁶ De werkbesparing die daarmee kan worden gerealiseerd, is naar onze verwachting substantieel, en dus is een heroriëntatie op de taak en de positie van de Hoge Raad toegestaan.

Een derde algemeen punt dat het verdient om te worden belicht is dat voor het uitoefenen van leiderschap door de Hoge Raad, nadere afstemming en samenwerking binnen en buiten de rechterlijke kolommen nodig zal zijn, nationaal en internationaal. Dat geldt zowel wanneer de rechter regulier als constitutioneel optreedt, aldus Vranken, die in dit verband spreekt over de opkomst van een 'constitutionele dialoog' en netwerken van rechtsontwikkeling buiten de geijkte institutionele kaders. Hetzelfde constateren Giesen en Kristen, en impliciet Frenk, voor de omgang met prejudiciële vragen. En Widdershoven bepleit voor het bestuursrecht overleg tussen de hoogste bestuursrechters onderling en tussen hen en de Hoge Raad. Uit leiderschap, afstemming en samenwerking volgt dan verder dat een overkoepelend perspectief, een visie op wat er gebeuren moet, nodig is, net zoals een permanente dialoog, ook met het Parket,⁷ nodig is. De implicatie van dat laatste is dat ook daar de werklast omlaag moet. Leiderschap betekent overigens ook dat de Hoge Raad zich moet verantwoorden, via het jaarverslag, de website, en eventueel zelfs via of door middel van een externe visitatie (een gedachte van Van Schendel). Het nemen van de leiding in een concrete zaak – ingeval van reguliere cassatie, cassatie in het belang der wet of in een prejudiciële procedure – vereist ten slotte verantwoording in een deugdelijke en inzichtelijke motivering van de beslissing. Daarmee worden rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming gediend. Het verschaft feitenrechters, advocaten, openbaar ministerie en burgers richtsnoeren voor de beoordeling van lopende en toekomstige zaken. Aldus wordt invulling gegeven aan de explicatiefunctie van motivering of de rechtsvormende functie van motivering.⁸

En laatste significant punt is dat – blijkens uitspraken van Hammerstein gedurende de plenaire discussie tijdens het congres, in reactie op de bijdrage van Giesen – ook de Hoge Raad zelf langzaam aan de richting uit wil van het meer en tevens op macroniveau (beleids)beslissingen nemen, in plaats van enkel bezig zijn met de traditionele geschilbeslechting op microniveau. Dat zou een majeure culturomslag zijn, een omslag die overigens nodig en gewenst is, althans volgens Vranken, Keirse, Frenk en ook volgens ons.

2.3 Selectie aan de cassatiepoort

Aansluitend bij het eerste hiervoor gemaakte algemene punt heeft Asser er op gewezen dat het werkelijk vernieuwend zou zijn om tot een positief selectiesy-

6 Franken kennelijk ook niet.

7 Vranken meent dat de Hoge Raad in civiele zaken niet zonder Parket kan en tijdens zijn voordracht op het congres betoogde Groenhuijsen hetzelfde voor de strafsector. Van Ettekoven en Widdershoven pleiten voor de invoering van een parketfunctie in de bestuursrechtspraak.

8 C.M. Pelsler, aant. 3.5-3.6 op art. 358-359 (suppl. 155, juni 2006 resp. suppl. 119, december 2000), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig), ook behandelend het voor het bestuursrecht afwijkend onderscheid van functies van motivering van De Waard, waaronder de functie van rechtsvorming.

steem⁹ te geraken, een initiatief dat Keirse ondersteunt. Pas dan krijgt de Hoge Raad een echt andere functie, een functie die veel meer op rechtsvorming gericht is dan het huidige stelsel. Dan zal de Raad meer moeten motiveren en dat ook meer zaaksoverstijgend moeten doen. Wel geeft hij aan dat in zo'n systeem, omdat de toegang tot de cassatierechter dan veel beperkter is, ook de eerste aanleg en het hoger beroep een extra kwaliteitslag zullen moeten maken. Sommige rechterlijke colleges anticiperen hierop; bij de hoven zijn kenniscentra ingericht die het eigen hof alsook andere hoven bedienen met antwoorden op vragen over specifieke materie waarover niet overal expertise beschikbaar is.¹⁰

We zijn het daarmee eens, en constateren, met Keirse, dat ook op dit vlak de Hoge Raad dan leiderschap zal moeten aanvaarden en tonen, en daarbij de rechterlijke macht op sleeptouw zal moeten nemen. In deze situatie is het overigens, maar dat is een andere kwestie, functioneel (in elk geval qua afstemming) als de Hoge Raad ook binnen het verband van de Raad voor de rechtspraak zou optreden. Niet om onder het gezag van de Raad voor de rechtspraak te staan, maar om leiding te geven aan ontwikkelingen in de rechtspraak.

In de strijd die gevoerd is over de vraag of er een allesbepalend criterium bestaat en in de wet vastgelegd zou moeten worden, en zo ja, hoe dat criterium dan zou moeten luiden, om tot de selectie van zaken (ook in een negatief stelsel) te komen, heeft Asser voorgesteld om te werken vanuit de kerntaken van de Hoge Raad (rechtsvorming, rechtseenheid en rechtsbescherming) en de daaruit vervolgens voortvloeiende subcriteria. Daarbij maakt hij in concreto als criterium gewag van de notie dat 'de rechtsbescherming niet wezenlijk in het geding' mag komen. Het is interessant te zien of deze lijn (wel) navolging zal vinden. Voor het strafrecht is Franken kritisch over zowel het aanvankelijk als thans voorgestelde selectiecriterium ('significant nadeel' respectievelijk 'van te gering belang'), terwijl Machiels meedenkt over de mogelijke invulling van het selectiecriterium (zie par. 2.2).

De Hoge Raad heeft tot nu toe veel meer de boot afgehouden en steeds alleen maar aangegeven gaandeweg tot een lijn in de te selecteren zaken te willen en zullen komen.¹¹ Ook dat past bij een veranderende positie van de Hoge Raad. Het hoogste rechtscollege zal inzichtelijk moeten maken en daarmee enigszins voorspelbaar moeten maken wanneer de Hoge Raad een zaak zal ontvangen. Dat geeft rechtzoekenden, advocatuur, openbaar ministerie en feitenrechters houvast ter zake van de mogelijkheden in cassatie. Hier past evenzeer leiderschap van de Hoge Raad, gegeven diens nieuwe bevoegdheid zaken wel/niet te kunnen selecteren. Voor de rechtspraak en de rechtswetenschap dient zich hier overigens een nieuw metier aan: het interpreteren en het duiden van de ontvankelijkheidsbeslissingen om aan te kunnen geven wanneer en onder welke voorwaarden een zaak waarschijnlijk zal worden geselecteerd.

9 Over positief en negatief selecteren: M.A. Loth, 'Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt', in: A.G. Castermans (e.a.) (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009 en Asser in zijn bijdrage aan deze bundel.

10 R. van den Munckhof, 'Kenniscentra voor de rechtspraak', *Trema* 2010, p. 249-256.

11 Over die selectie en het te gebruiken criterium is inmiddels veel geschreven. Wij verwijzen hier slechts naar de bijdragen daarover in deze bundel (alwaar verdere verwijzingen te vinden zijn) en naar het via internet te raadplegen conceptwetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak.

2.4 Prejudiciële vragen

Het advies van de commissie-Hammerstein om voor de civiele sector de mogelijkheid van een prejudiciële procedure te onderzoeken¹² heeft inmiddels geleid tot het conceptwetsvoorstel Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.¹³ Dit voorstel ziet alleen op invoering van een prejudiciële procedure in (bepaalde) civiele zaken. Giesen en Frenk gaan op dit voorstel in. Voor fiscale zaken en voor strafzaken is eveneens een prejudiciële procedure bepleit.

Na het afkaarten van bestaande mogelijkheden om onzekerheden over fiscale rechten en plichten vlot weg te kunnen nemen, houdt Happé een stevig pleidooi voor het openen van de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen in fiscale zaken. Alleen invoering van deze voorziening oordeelt hij echter onvoldoende. Het is tijd voor de 'voor cassatie vatbare beschikking' teneinde de Hoge Raad in staat te stellen tijdig richtinggevend te zijn. Dat idee heeft Wattel verleid tot een stevig commentaar, zodat de strijd in het belastingrecht, zeker op dat laatste punt, nog niet gestreden is.

Voor het strafrecht bespreekt Kristen de argumenten vóór en enkele argumenten tegen invoering van de mogelijkheid van een prejudiciële procedure. Hij komt tot de slotsom dat zo'n procedure ook voor het strafrecht in een behoefte kan voorzien en een toegevoegde waarde heeft. Kristen maakt gewag van de omslag in zijn denken over nut en noodzaak van een prejudiciële procedure in strafzaken: van aanvankelijk sceptisch tot voorstander. Een dergelijke omslag in denken viel ook bij sommige congresdeelnemers te bespeuren.¹⁴ Daarentegen is Röttgering weer terug bij haar vertrekpunt. Zij zag aanvankelijk geen reden voor een prejudiciële procedure in strafzaken, beschouwde dit vervolgens tijdens het congres welwillend, en komt in haar bijdrage aan deze bundel tot de vaststelling dat een prejudiciële procedure zodanig weinig baat dat invoering daarvan niet wenselijk is. Het leidt volgens haar niet tot meer rechtsbescherming.

Omdat invoering van een prejudiciële procedure in *civilibus* op detailkritiek maar geen breed verzet is gestuit, zou het mogelijk moeten zijn de werkingsfeer van de toekomstige prejudiciële procedure uit te breiden tot fiscale en strafzaken. Daarbij kan zelfs een geharmoniseerde procesrechtelijke regeling van prejudiciële vragen voor alle rechtsgebieden (zoals nu bijvoorbeeld ook de regeling van de wraking is geharmoniseerd) worden onderzocht. Kristen inventariseert al enige aandachtspunten voor een eventuele prejudiciële procedure in strafzaken en laat zich voor de aanpak daarvan inspireren door de procedurele regeling van de prejudiciële procedure in civiele zaken. Al moet meteen worden gewezen op het eigen karak-

12 Hammerstein 2008, p. 50-53.

13 Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in zaken van massaschade en andere massavorderingen (Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad), consultatieversie 23 juni 2009, te raadplegen op <www.internetconsultatie.nl/prejudiciële_vragen_hoge_raad>. Dit conceptwetsvoorstel is in gewijzigde vorm voorgelegd aan de Raad van State, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500 VI, nr. 2, p. 37, 209.

14 Bleichrodt en Borgers wijzen op de samenhang tussen hun voorstellen inzake cassatie in het belang der wet en de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in strafzaken.

ter en kenmerken van de genoemde rechtsgebieden. Die kunnen met zich brengen dat niet een volledig geharmoniseerde regeling tot stand kan worden gebracht. Zo doet zich alleen in strafzaken het aandachtspunt van de voorlopige gehechte voor. Voorts bepleit Frenk, in navolging van de wetgever overigens, voor de prejudiciële procedure in civiele zaken om ook prejudiciële vragen te kunnen stellen als het om zogenoemde gemengde beslissingen (en dus niet om pure rechtsvragen) gaat.¹⁵ Kristen is daarentegen voor het strafrecht van mening dat voor het stellen van een prejudiciële vraag alleen feiten kunnen worden ingebracht wanneer de feitenrechter daarmee niet vooruitloopt op de bewijsvraag van artikel 350 Sv. Hij ontwikkelt een aantal waarborgen om te voorkomen dat feitelijke kwesties via een prejudiciële procedure aan de Hoge Raad worden voorgelegd. Ook de deelnemers aan de workshops over prejudiciële vragen in strafzaken zijn tot de slotsom gekomen dat geen gemengde vragen via de prejudiciële procedure aan de Hoge Raad moeten kunnen worden voorgelegd.

Happé laat zich niet expliciet uit over de vraag of ook feitelijke kwesties via een prejudiciële procedure in fiscale zaken aan de Hoge Raad moeten kunnen worden voorgelegd. De lijn van zijn betoog suggereert evenwel dat hij die prejudiciële procedure wenst te beperken tot zuivere rechtsvragen.

Ter zake van de prejudiciële procedure in civiele zaken wordt er gediscussieerd over de rol van de partijautonomie, namelijk ten aanzien van de vraag of de Hoge Raad een prejudiciële vraag nog moet beantwoorden als er inmiddels een schikking tussen procespartijen tot stand is gekomen. Wellicht is de natuurlijke neiging om te zeggen van niet. Partijen zijn er inmiddels uit en het antwoord op de vraag is dus niet meer nodig. Daar staat tegenover dat het wel een vraag is die gesteld is aan de Hoge Raad omdat deze in breder verband van belang is en dus het individuele belang van partijen overstijgt. Daartegen wordt dan weer aangevoerd dat het geven van een antwoord de schikking (en daarmee alle mogelijke schikkingen in dit soort zaken) onder druk zet. En daarmee rijst de vraag welk belang hier uiteindelijk het meeste gewicht krijgt toebedeeld: het microperspectief van de procespartijen, daarbij hun autonomie om de procedure gaandeweg en tussentijds te stoppen, of het macroperspectief dat uitgaat van het maatschappelijke belang van een snel antwoord op een belangrijke, vaker spelende rechtsvraag waarvan de beantwoording de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling en/of de rechtsbescherming dient. Te dien aanzien is het publiek verdeeld, maar dat is eigenlijk altijd zo als het om partijautonomie gaat. We signaleren hier dat de wijze waarop de Hoge Raad hiermee om zal gaan, straks, veel zegt over de dan bestaande cultuur (en de eventueel bereikte omslag) binnen de raad waar het het macroperspectief op de normstellende taak of het microperspectief op de individuele geschilbeslechting betreft.¹⁶

In het strafrecht kunnen micro- en macroperspectief op enigszins vergelijkbare wijze conflicteren. Zo kan de feitenrechter een rechtsvraag van algemeen belang signaleren waarop hij antwoord van de Hoge Raad wenst alvorens in de zaak zelf

15 Anders: R.P.J.L. Tjittes & R. Meijer, 'Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *RM Themis* 2009, p. 173.

16 Meer daarover is te vinden bij Giesen. Waar Happé voor het belastingrecht voor de 'voor casatie vatbare beschikking' pleit, staat hem duidelijk een meer macroperspectief voor ogen.

te beslissen, terwijl de verdediging en het openbaar ministerie belang kunnen hebben bij het spoedig afdoen van de strafzaak. Voorts kan zich in strafzaken nog een ander type conflict tussen micro- en macroperspectief voordoen. Is een verdachte voorlopig gehecht en worden er geen alternatieven voor deze voorlopige hechtenis gedurende de prejudiciële procedure opgevoerd, dan heeft het stellen van een prejudiciële vraag – waarmee dan het algemeen belang is gediend – tot gevolg dat de vrijheidsbeneming van verdachte langer duurt, zodat de prejudiciële procedure vanuit dit oogpunt op microperspectief niet wenselijk is. Kristen stelt voor deze specifieke, beperkte categorie van gevallen voor wel het microperspectief te laten prevaleren door het stellen van de prejudiciële vraag afhankelijk te stellen van de instemming van de verdediging.

Waar het de duur van de afwikkeling van een prejudiciële vraag betreft, leek er al snel een zekere mate van consensus te ontstaan dat de termijn daarvoor op ongeveer zes maanden zou moeten worden gesteld,¹⁷ hoewel Happé voor het belastingrecht op acht maanden uitkomt. Veel sneller lijkt niet haalbaar te zijn. Zeker het verzamelen van informatie over, het onderbouwen van en het bespreken en het motiveren van meer beleidsmatige argumenten zoals zich dat in deze zaken lijkt te gaan ontwikkelen, vergt nu eenmaal tijd. Er is tijdwinst mogelijk als prejudiciële vragen voorrang krijgen boven andere zaken. Ook daarover leek eenstemmigheid te bestaan, hoewel het niet evident (te rechtvaardigen) is dat de reguliere cassatiezaken hiervan de dupe zouden moeten worden. In een nieuw cassatiestelsel, met een verlofsysteem en dus minder instroom door selectie aan de poort, zou dit tijdverlies echter binnen de perken moeten kunnen blijven.

Het niet onbelangrijke aspect dat vrijwel niemand in Nederland (behalve de Hoge Raad zelf) ervaring heeft met het stellen van dit soort vragen (lagere rechters doen dit vrijwel nooit, en ook de Hoge Raad stelt spaarzaam prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van Europese Unie), zou kunnen worden ‘getackeld’ door dit te oefenen, alvorens met het stellen van vragen aan te vangen. Dat kan vorm krijgen in één of meer expertmeetings waarin de Hoge Raad en (vertegenwoordigers van) de rest van de rechterlijke macht in samenkomen om ‘droog te oefenen’ met het stellen van vragen. Mocht dit gebeuren, en waarom zou dat niet kunnen, dan zou dit meteen een fraai staaltje van rechterlijke samenwerking betekenen. Mocht de Hoge Raad hierin zelf het voortouw nemen, dan toont men meteen ook leiderschap.

2.5 Cassatie in belang der wet

Waar het het instituut van cassatie in het belang der wet aangaat, is de eerste vraag die vaak wordt gesteld hoeveel behoefte er eigenlijk (straks nog) is aan dit buitengewone rechtsmiddel (Bleichrodt; Gribnau; Niessen; Hartlief; Van der Wiel). Het instituut zou bijvoorbeeld een rol kunnen spelen in het consumentenrecht, want daar is het financiële belang vaak te gering om zelf te gaan procederen. Het kan hier dus om een vangnet gaan. Voor het strafrecht zien Bleichrodt en Borgers eenzelfde rol weggelegd, waarbij Borgers wel wat pregnanter het nut van het buiten-

17 Zo ook Giesen en Kristen.

gewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet neerzet en een intensiever gebruik van dit rechtsmiddel voorstaat.

Cassatie in het belang der wet, al dan niet als vangnet, kan blijven bestaan naast het nieuwe instrument van de prejudiciële vragen.¹⁸ Beide instrumenten, en het gebruik daarvan, dienen in onderlinge samenhang te worden gezien. Dat geldt zeker ingeval voor fiscale zaken en strafzaken wordt overwogen een prejudiciële procedure in te voeren (vgl. par. 2.4). Beide instrumenten kunnen voorzien in dezelfde behoefte, maar kennen eigen toepassingsvoorwaarden. Wij verwachten in elk geval dat de prejudiciële procedure ongetwijfeld een geduchte concurrent wordt van cassatie in het belang der wet, omdat meer partijen het stellen van een prejudiciële vraag kunnen initiëren. Tegelijkertijd kan een verruimd gebruik van cassatie in het belang der wet soelaas bieden wanneer de prejudiciële procedure onverhoeds niet wordt aangewend. Want daarmee moet rekening worden gehouden. Een prejudiciële vraag wordt niet altijd gesteld, bijvoorbeeld niet omdat de rechter de vraag niet herkent of niet bereid is de vraag te stellen.¹⁹ Dat laat onverlet dat de rol van cassatie in het belang der wet gering zal blijven; aldus ook Hartlief en Van der Wiel. Dat is overigens niet nieuw, dat is nu ook al zo. De meerwaarde ervan is wel, althans kan dat worden, dat derden in die procedures straks mee kunnen doen, informatie en inbreng kunnen leveren. Ook dat is echter bij prejudiciële vragen in civiele zaken evengoed het geval.²⁰

Wellicht dat het mogelijk is om cassatie in het belang der wet daar in te zetten waar specifiek het kostenplaatje verbonden aan doorprocederen tot aan de Hoge Raad prohibitief is voor de procespartijen, zelfs als dat prejudicieel zou gebeuren (zodat de feitenrechter er niet toe over gaat een vraag te stellen).²¹ Daar kan een 'gat' zitten in het bereiken van zoveel en zo snel mogelijke rechtsvorming, zoals Hartlief terecht constateert en waarvoor ook hij denkt aan een van staatswege bekostigd fonds.

Verder is het hier zaak om het zaaksaanbod zelf op te blijven zoeken; de omgeving van de Hoge Raad zou niet moeten afwachten, maar via het Parket pro-actiever moeten opereren. Ook hier moet het toevalselement (welk individu meldt wanneer een zaak aan? welke procureur-generaal gaat toevallig actief op zoek, zoals Hartlief en Van der Wiel hebben blootgelegd?) worden omgebogen. Iemand moet dus blijvend en structureel op zoek gaan naar zaken, zoals nu de door de procureur-generaal ingestelde commissie dat doet. Dit wordt ook voor cassatie in het belang der wet in strafzaken bepleit door Borgers, terwijl Bleichrodt wijst op de mogelijkheid van een initiërende rol van (de cassatiedesk van) het openbaar ministerie in strafzaken, een optie die in civilibus niet voorhanden is. Ook zou hier samenwerking, bijvoorbeeld met belangenorganisaties, externe partijen dus, de moeite waard kunnen zijn, in elk geval, de moeite waard om nader te exploreren, ook

18 Zo kennelijk ook Hammerstein 2008, p. 53.

19 Zie Giesen.

20 We verwijzen verder naar Giesen. Kristen heeft daarentegen aarzelingen bij de mogelijkheid van inbreng door de verdediging, het openbaar ministerie en derden in een eventuele prejudiciële procedure in strafzaken.

21 Overigens, voor een prejudiciële procedure in strafzaken pleit Kristen er voor de kosten daarvan bij de rechterlijke macht te leggen, en niet bij de verdediging of het openbaar ministerie.

in fiscale zaken en strafzaken. Overigens, de werkwijze van de zonet genoemde adviescommissie is niet erg bekend, dus is het verstandig om hier meer en vaker, en met een permanent karakter, over te communiceren. En ook in dit geval lijkt een expertmeeting met betrokkenen uit de rechterlijke macht, de cassatiebalie, het openbaar ministerie en de Hoge Raad opportuun.

Daarnaast kan het nut van de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet nog opgeschroefd worden door enkele meer inhoudelijke criteria te ontwikkelen voor het gebruik ervan, ook al is dat lastig, en die criteria en hun toepassing, mede in relatie tot een advies van de adviescommissie, ook transparant te maken (Bleichrodt, Gribnau en Hartlief). Het zou bijvoorbeeld moeten gaan om een zaak die een discussiepunt bevat dat zich meermalen voordoet en dat verhelderd dient te worden of over een vraag over de verenigbaarheid van een Nederlandse regel met het Europese recht.²² Uiteraard zullen deze eisen wel, gezien de restfunctie van cassatie in het belang der wet zoals net omschreven, laagdrempelig moeten worden gehouden.

Tot slot valt op als het over het instituut van de cassatie in het belang der wet gaat, dat er – zowel voor het strafrecht (Bleichrodt) als het belastingrecht (Niessen) als voor het privaatrecht (Hartlief) – voorzichtig voor wordt gepleit om dit soort zaken in de toekomst te beoordelen en beslissen met de nodige (lees: meer) distantie ten opzichte van het concrete geschil dat de aanleiding voor de zaak was. De rechtsvraag zoals die opdoemt uit die concrete zaak zou dus op een abstracter niveau moeten worden beslist. Niessen gaat daarbij nog een stap verder door te pleiten voor het aan de Hoge Raad ter beoordeling kunnen voorleggen van een fictieve casus met een prangende fiscale rechtsvraag, nadat een commissie van wijzen zich over nut en noodzaak van het voorleggen van die rechtsvraag heeft uitgelaten.²³ Gribnau volgt het spoor van Niessen en werkt dit verder uit; hij pleit voor clustering van zaken waarin hetzelfde probleem speelt door de Hoge Raad.

3 Drie algemene ontwikkelingen

De aanleiding tot instelling van de commissie-Hammerstein is mede geweest de wens te komen tot een beteugeling van de toestroom van zaken naar de Hoge Raad.²⁴ In haar rapport gaat de commissie-Hammerstein dan ook ruimschoots in op de daarmee verband houdende kwesties: beperking van de instroom van zaken om een werklastbesparing te realiseren, alsmede hiaten in het zaakaanbod doordat zaken niet of niet tijdig bij de Hoge Raad terechtkomen waar dat vanuit het oogpunt van rechtseenheid, rechtsontwikkeling en/of rechtsbescherming wel wenselijk wordt geoordeeld. Bij een aanpak van beide kwesties ontstaat er ruimte voor het verder vormgeven van de normstellende rol van de Hoge Raad. Een her-

22 Zie ook de voorbeelden van Borgers waarin cassatie in het belang der wet een nuttige rol kan vervullen.

23 Ten minste één van de auteurs van deze bijdrage herkent daarin de contouren van het Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR), zoals bepleit door I. Giesen & H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming', AA 2006, p. 159 e.v. Die contouren lijken ook zichtbaar te worden bij lezing van de bijdrage van Happé.

24 Hammerstein 2008, p. 6.

ijking van de taak en de positie van de Hoge Raad wordt dan mogelijk. Ook andere ontwikkelingen nopen daartoe, aldus ook Vranken. Wij signaleren hier drie van dergelijke algemene ontwikkelingen.

Allereerst de verdere Europeanisering en internationalisering die niet alleen vraagt om een sturende rol van de Hoge Raad als het gaat om normstelling op nationaal niveau, maar tevens op Europees, transnationaal of internationaal niveau. Harmonisering van recht binnen een Europese of internationale context vraagt van de Hoge Raad een sterkere Europese en internationale oriëntatie. Binnen de Europese Unie wordt er al sinds jaar en dag van uitgegaan dat de hoogste nationale rechter samenwerkt met het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) ten behoeve van een uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht en thans het unierecht.²⁵ Een en ander betekent dat de Hoge Raad, gesteund door de rechtswetenschap, kennis zal moeten nemen van oordelen van internationale rechters, Europese rechters en andere nationale hoogste rechters en daarover vervolgens een standpunt innemen. Dat verlangt een eenvoudige toegang tot uitspraken van deze rechters, een versterking van internationale netwerken van rechters, van breed opgezette rechtsvergelijkende studies, en uiteindelijk van gedegen analyses over hoe het recht zich binnen de Europese, transnationale en internationale context dient te ontwikkelen.²⁶

Een tweede ontwikkeling die niet kan worden genegeerd, betreft de veranderende relatie tussen rechtspraak en samenleving. Door veranderingen in de gezagsverhoudingen, de behoefte aan transparantie, de opkomst van allerhande ‘deskundigen’ die zich via internet en sociale media meteen uitspreken over rechterlijke beslissingen of de daaraan ten grondslag liggende maatschappelijke kwesties, en tegelijkertijd door verdergaande justitialisering van de samenleving zal de Hoge Raad zich meer naar buiten dienen te richten. De raad zal er meer en meer van doordrongen moeten raken dat zijn oordelen niet alleen van betekenis zijn voor de ‘inner circle’ van juristen, maar tevens op directe wijze richtinggevend, normstellend dienen te zijn voor burgers, ondernemingen, maatschappelijke organisaties, toezichthouders en overheden. Een en ander zal consequenties hebben voor de wijze waarop de Hoge Raad met de samenleving communiceert. Gebeurt dat alleen langs de weg van arresten, of zal de raad zich ook vaker dan thans het geval is verstaan met de media? En hoe om te gaan met al die overwegingen en afwegingen die thans ‘binnenskamers’ blijven? Is het niet zaak om, gelet op de maatschappelijke behoefte aan transparantie, maar ook vanwege de versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad de discussie over ‘dissenting opinions’ voort te zetten?

Een laatste ontwikkeling die we hier noemen, betreft de vervloeiing van rechtsgebieden. Zoals Vranken, Van Ettehoven en Widdershoven benadrukken, laten zaken zich niet steeds persen binnen één van de klassieke rechtsgebieden. Het

25 Zie Kristen.

26 Zie hierover onder meer A.S. Muller & M.A. Loth (red.), *Highest Courts and the Internationalisation of Law*, Den Haag: Hague Academic Press 2009; Sam Muller & Sidney Richards (red.), *Highest Courts and Globalisation*, Den Haag: Hague Academic Press 2010. Dit thema is ook onderwerp van debat binnen het HiiL Highest Courts-project; meer informatie daarover is te vinden via <www.haguehcnetwork.org>.

beseft rijst dat meer probleemgeoriënteerd zal moeten worden geoordeeld. Voor wat betreft de rechterlijke organisatie in Nederland roept dat onder meer de vraag op of niet ook de bestuursrechtspraak op het hoogste niveau moet worden ondergebracht bij de Hoge Raad. Van Ettekooven en Widdershoven geven een aanzet voor de discussie hierover, waarbij het beslist geen uitgemaakte zaak is dat het openen van de mogelijkheid van cassatie in bestuursrechtspraak toekomst heeft.

4 Hoe nu verder?

Het rapport van de commissie-Hammerstein, de daaruit volgende conceptwetsvoorstellen, de genoemde algemene ontwikkelingen, het wetenschappelijk debat daarover tijdens het congres, de bijdragen aan deze bundel en alle andere wetenschappelijke bijdragen, maken dat nu de vraag voorligt: hoe nu verder?

Het antwoord op die vraag ligt wat ons betreft (weer) bij de Hoge Raad. Die zal het proces, dat met het rapport van de commissie-Hammerstein een nieuwe impuls heeft gekregen, moeten voortzetten en vervolgens afronden. Maar wij stellen hierna ook vast dat de mogelijkheden van de Hoge Raad om het initiatief te nemen, beperkt zijn. Voorts moet worden bedacht dat de uit het proces volgende oplossingen geen definitieve oplossingen opleveren. De redenen voor het instellen van de commissie-Hammerstein, het proces, de wetgevingsinitiatieven, de overige initiatieven en hun toepassing zien op ontwikkelingen die continue zijn. Corstens constateert in zijn bijdrage dan ook terecht dat het voorstel voor een selectiemechanisme ons de komende 15 jaar verder helpt, maar dat dan een volgende stap nodig is. En wellicht gaat het er hierbij niet alleen om extra ruimte te maken voor de normstellende taak van de raad in de meer klassieke betekenis van oordelen in individuele zaken.

In de bijdragen aan de onderhavige bundel zijn voor- en nadelen van de voorstellen van de commissie-Hammerstein en andere oplossingsrichtingen aan de orde gekomen. Wij zijn van mening dat een selectieprocedure om de toegang van zaken tot de Hoge Raad te reguleren, onvermijdelijk is. Wil de Hoge Raad diens normstellende rol en taak kunnen herdefiniëren, dan moet de raad daartoe allereerst de ruimte hebben. Die ruimte kan worden gewonnen door niet langer alle ingestelde cassatieberoepen in behandeling te nemen. Dat betekent dat er moet worden geselecteerd en derhalve een selectiemechanisme moet worden ingevoerd. Zonder die ruimte kan van voorstellen die leiden tot extra zaaksaanbod – inzake de toepassing van cassatie in het belang der wet en het invoeren van een prejudiciële procedure – niet worden verwacht dat die adequaat en functioneel worden geïmplementeerd.

Daarnaast zijn er voorstellen die tot effect zullen hebben dat de Hoge Raad een meer leidende rol kan gaan vervullen en daarmee zijn taak en positie als hoogste rechter in ons rechtsbestel kan herijken. Deze voorstellen betreffen de verruiming van de toepassing van het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet en het invoeren van een prejudiciële procedure in civiele zaken.

Voor het eerstgenoemde voorstel geldt dat geen wetswijziging nodig is. Hier kan simpelweg uitvoering aan worden gegeven. Dat verlangt evenwel een commitment van de procureur-generaal en de recentelijk ingesteld adviescommissie alsook de

faciliteiten en (financiële) middelen om daadwerkelijk invulling te geven aan die voornemens. Anno 2010 is het echter de vraag of daartoe voldoende financiële middelen kunnen worden vrijgemaakt. Daarmee is tevens duidelijk dat de Hoge Raad hier vooralsnog tot een afwachtende houding wordt gedwongen. Eerst nadat de procureur-generaal een nieuw beleid gaat voeren inzake het aanwenden van cassatie in het belang der wet kan de Hoge Raad daarop reageren en in de wijze van afdoening van deze zaken uitdrukking geven aan diens normstellende rol.

Het voorstel tot invoering van een prejudiciële procedure in civiele zaken heeft zich inmiddels geconcretiseerd in een conceptwetsvoorstel (zie par. 2.4). Het kabinet en de Staten-Generaal zijn daarmee aan zet. Niettemin kan de Hoge Raad het initiatief nemen door zelf en anderen te (laten) oefenen met het stellen van prejudiciële vragen en na te denken over de wijze van beantwoording van deze vragen.²⁷ Ook kan de Hoge Raad het voortouw nemen in het debat over de voorstellen om ook in fiscale zaken en strafzaken een prejudiciële procedure te overwegen. Bij het overwegen van een prejudiciële procedure in fiscale zaken en strafzaken alsmede bij het in de praktijk toepassen van het selectiemechanisme, de prejudiciële procedure in civiele zaken en het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet dient naar onze mening de samenhang tussen deze instrumenten en de mogelijke wederzijdse beïnvloeding te worden meegenomen. Er is al gewezen op samenloop tussen cassatie in het belang der wet en de prejudiciële procedure (zie par. 2.5). Beide kunnen ten opzichte van elkaar aanvullend werken en beide bieden de Hoge Raad de mogelijkheid zich te heroriënteren op zijn taak en positie. De genoemde voorstellen en instrumenten kunnen ten slotte niet los worden gezien van algemene ontwikkelingen die van invloed (zullen) zijn op de taak en de positie van de Hoge Raad. Wij noemden reeds de Europeanisering en internationalisering, de veranderende verhouding tussen rechtspraak en samenleving en de vervloeiing van rechtsgebieden. Deze ontwikkelingen kunnen worden ondergaan door de besproken voorstellen en de instrumenten. Aan de andere kant kunnen de hernieuwde instrumenten juist ook sturing en invulling geven aan de verdere ontwikkelingen. Zo biedt een prejudiciële procedure voor de feitenrechter een instrument om uitleggings- en/of doorwerkingsvragen van Europees en/of internationaal recht aan de Hoge Raad voor te leggen. Een selectiemechanisme verschaft de Hoge Raad meer ruimte om aandacht te besteden aan zaken die er toe doen en daarmee, via bijvoorbeeld een uitgebreidere motivering, de legitimatie van diens beslissing richting de samenleving te verstevigen. Aldus wordt de Hoge Raad in staat gesteld in de verhouding tussen rechtspraak en samenleving een meer leidende rol vervullen.

Er is nog één punt dat in 2010 aandacht verdient en dat is het financieringsmodel van de rechterlijke macht via productieafspraken. Er is druk op de financiële middelen doordat de financiering achterblijft op de instroom van zaken. Daarnaast nemen de kosten per zaak toe om uitvoering te kunnen geven aan professionalisering en kwaliteitsdoelstellingen.²⁸ De financiële sturing op producten en druk op financiële middelen kan een aantal effecten hebben. Wij wezen al op het risico dat

27 Het heeft er alle schijn van dat zulks ook al gebeurd is in de Hangmat-zaak (HR 8 oktober 2010, L.JN: BM6095).

28 Zie Raad voor de Rechtspraak, *Jaarplan Rechtspraak 2010*, februari 2010, p. 37-38.

het voorgestelde feitelijke gebruik van het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet onvoldoende van de grond komt. In de wijze van bekostiging van 'het product' van het stellen van een prejudiciële vraag kan een prikkel zijn gelegen om veel dan wel juist weinig prejudiciële vragen te stellen. Tegelijkertijd biedt vooral een selectiemechanisme kansen om de schaarse financiële middelen in te zetten voor die zaken die ertoe doen. Ook kan een verruimde toepassing van cassatie in het belang der wet en een prejudiciële procedure uiteindelijk kostenbesparend werken wanneer de Hoge Raad beide instrumenten aangrijpt om zichzelf nog nadrukkelijker te positioneren als hoogste rechter, leiding te geven aan het bevorderen van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling en de rechtsbescherming in richtinggevende uitspraken, waarna de feitenrechters zich daarop oriënteren vanuit een samenwerkingsgedachte waarin de rechterlijke macht als een keten functioneert.

In elk geval zal de Hoge Raad, samenwerkend en internationaliserend, de leiding moeten nemen om in 2025 tevreden terug te kunnen kijken op een periode waarin veel is gebeurd en een cultuuromslag in het denken over en het gebruik maken van het instituut cassatie is bewerkstelligd.

HiiL Report on the Dutch Hoge Raad Seminar Selection of Cases

*(1st meeting of 16 April 2010 and 2nd meeting of 2 June 2010)**

Background

The Dutch Supreme Court (Hoge Raad) is undergoing a reform process aimed at adapting the court to the changing reality in which it operates, including the increased workload and the internationalised environment of today. The basis for the reform is formed by the Hammerstein Report, named after the Hoge Raad judge who headed a commission, which was asked to examine the work of the court in the current societal environment. The Hammerstein Report makes four main recommendations:

1. Introduce a selection mechanism to enable the court to rule that cases that are unsuitable for cassation are inadmissible.
2. Introduce the ability for lower courts to ask prejudicial questions.
3. Introduce an ‘internship’ system for lower court judges.
4. Enlarge the scope of ‘cassation in the interest of the law’ (cassatie in het belang der wet).

The Hoge Raad has embarked upon a wide consultation process to consider to what extent and how these recommendations should be implemented. This consultation process will culminate in a conference on the reform programme as a whole, to be held on 4 June 2010 at the University of Utrecht.

Against this backdrop and as part of the wider consultation process, the Hague Institute for the Internationalisation of Law (HiiL) organised in collaboration with the Hoge Raad a seminar¹ on one of the aspects of the contemplated reform: the selection of cases.

* This report can also be downloaded (free access) from the website of HiiL at: <www.hiil.org/assets/1046/Report_Hoge_Raad_Selection_of_Cases_Seminar_complete.pdf>.

The editors of the present volume would like to express their gratitude to the ‘Hoge Raad der Nederlanden’ and the ‘Hague Institute for the Internationalisation of Law’ (HiiL) for allowing us to include it in this volume.

1 In fact, two seminars were held (see below), the first meeting took place on the 16th of April 2010 and the second meeting was held on June, 2nd 2010. Both seminars were conducted at the Hoge Raad der Nederlanden in The Hague.

From HiiL's perspective, this topic relates directly to the Institute's burgeoning interest in the role of judges, and in particular that of highest courts, in an internationalising world. Highest Courts is in fact one of the principal Research Themes HiiL currently focuses on.

Introduction

On Friday 16 April, at the premises of the Hoge Raad, members of the court met counterparts from other countries as well as other stakeholders from the Netherlands to discuss various manners in which case selection operates in practice. The primary objective of the seminar was to provide the Hoge Raad insight as to the manner in which foreign legal systems comparable to the Dutch legal system have dealt with the issue of case selection. It was hoped that this could form the basis for the Hoge Raad and those involved in the legislative process to shape its opinion on how exactly the question of case selection might best be dealt with in the Dutch legal system, considering the advantages and disadvantages of the different approaches that have already been 'tested' in other countries.

Four legal systems were deemed particularly worthy of a closer look, as they seem most relevant for the Dutch context and the particular questions at hand: Finland, Denmark, France and Spain. Each of these jurisdictions – all in the civil law tradition – has taken steps towards the selection of cases by the highest court and each jurisdiction has adopted a different approach. Four esteemed speakers were invited to present the situation in the aforementioned countries:

- Judge Pauliine Koskelo, President of the Supreme Court of Finland (Korkein oikeus).
- Judge Jon Stokholm of the Supreme Court of Denmark (Højesteret) and Chairman of the Appeals Permission Board.
- Judge Alain Lacabarats, President of the third civil chamber of the French Court of Cassation (Cour de cassation).
- Professor Manuel Ortells-Ramos, Professor of Procedural Law at the University of Valencia with expertise on the Spanish Supreme Court (Tribunal Supremo de España).

Unfortunately, the seminar took place just one day after Iceland's inadvertent cloud of volcanic ash had started causing major disruption to air traffic in Europe. Restrictions on air travel forced the cancellation of presentations by Judge Pauliine Koskelo and Judge Jon Stokholm. Unfortunate as this had been, this did not detract from the focus of the seminar nor dampen the enthusiasm and effectiveness of the occasion. In order to nonetheless include in the discussion at least some input concerning the Finnish and Danish experience with case selection, the pith of what the esteemed speakers from these two countries would have likely contributed to the discussion was briefly presented by Sam Muller and Morly Fishman of HiiL, respectively.

A subsequent and complimentary seminar was held on June 2nd 2010, with presentations by Judge Pauliine Koskelo, President of the Supreme Court of Finland and Judge Torben Melchior, President of the Supreme Court of Denmark, to

enable the valuable input of these judicial systems and further the consultation process.

This Report is a compilation of the prominent points extracted from both seminars. The first seminar was composed of two parts: In the morning, a plenary session which was widely attended by a wide range of invited stakeholders and yielded valuable insights into how France, Spain, Finland and Denmark dealt with the issue of the selection of cases. In the afternoon, closed working groups involving only members of the Hoge Raad and the parket enabled the participants to go deeper into the issues and present questions to the speakers about the details of the respective case-selection mechanisms concerned. The complimentary seminar comprised a presentation from each of the two judges followed by a dynamic and informative question & answer session.

First Meeting | 16 April 2010

Welcome words by Sam Muller, Director of HiiL

The meeting commenced with words of welcome by Dr Sam Muller, Director of HiiL and the Chair of the meeting. He explained that HiiL studies the effects of globalisation and internationalisation on national legal systems and that in doing so one of the five research themes of HiiL focuses on highest national courts and the manner in which they deal with the consequences of internationalisation. Judges are, in many respects, the lynchpin between the national and the international levels. It would seem that (international) judicial networks are rapidly becoming a cornerstone of today's legal universe. Muller then described several events and activities carried out by HiiL in this respect, demonstrating that HiiL is extremely interested in the role of judges, and in particular that of highest courts, in an internationalising world. More particularly, a central question for HiiL in this respect is what the changing circumstances – including the increasing case load – might mean for the role of highest courts to give direction, to guide the development of law, to maintain coherency and consistency in the legal system. It is here, stated Muller, where the connection to the topic of case selection becomes very clear. Muller then stated that even though reform within the Hoge Raad is a topic that has caught the eye of the media, what he had generally missed in the debate is the dimension outside The Netherlands. There was not enough attention to the fact that the Hoge Raad – as to its counterparts abroad – operate, as a result of globalisation, in a different, less closed and autonomous environment than before. Furthermore, there is insufficient inquisitiveness into what other, comparable states have done or are doing.

The questions and challenges the Hoge Raad is facing are not entirely unique. Other countries face or faced in the past similar challenges. Accordingly, it would seem opportune and logical to examine to what extent the solutions adopted elsewhere could inform or inspire the Hoge Raad. Concluding his speech, Muller expressed his appreciation and gratitude to the Hoge Raad for not taking such an insular approach.

Speech by Judge Geert Corstens, President of the Hoge Raad

In his opening remarks, Judge Geert Corstens briefly outlined the Hoge Raad's need for reform. Issues such as the Hoge Raad's increasing workload and the long processing times of cases are illustrative. The objective of the reforms in question is to strengthen the role of the Hoge Raad in the development of law, maintaining legal uniformity and providing legal protection. One of the suggestions put forward in the Hammerstein Report 2008 and taken up by the legislator is the introduction of a new mechanism of case selection. In his view, explained Judge Corstens, the seminar would not only afford the Hoge Raad an understanding of selection mechanisms in comparable judicial systems, but could also serve as an insightful platform for any subsequent plans for reform. Accordingly, each presentation focused on explaining the system of case selection, the existing selection criteria along with guiding policy considerations, triggers that induced change, the resulting outcome impact of change and finally, deep-seated issues of legal protection and access to justice.

Case selection in France. Presentation by Judge Alain Lacabarats, President of the third civil chamber of the French Court of Cassation

The Court of Cassation's main mission is to ensure the effective implementation of the law. It is certain that the Court cannot meet its objective unless it has the means to focus and give guidance in areas where it is most needed. A serious situation could be seen in the year 2001 when the Court had an influx of 35,000 civil cases and 10,000 criminal cases, resulting in a serious delay and excessive workload. Systematisation and digitalisation of procedures coupled with efforts to strengthen the workforce with better trained staff are amongst the measures that were implemented in order to reduce these delays in judgments.

As a filter for admission it can be noted that appeals may only be submitted by lawyers who are members of the specialised Bar for the Court. Apart from presenting a constructive filter, this also gives rise to a higher standard and complexity of the submitted appeals.

To improve efficiency and limit the number of appeals, the Court has undertaken further action in relation to the appeals in cassation and the jurisprudence. Although the Court's final decisions require the vote of five judges, the judiciary code provides the possibility of having a formation of only three judges when the decision regarding the admission of an appeal is needed.

This formulation allows each chamber of the Court to treat cases in a simplified manner: a legal body which decides in case of clear violations of the principle of uniformity of law. There is therefore no need for a long debate before a full panel to make a decision regarding admission.

In brief, the appeal is reviewed by a judge, appointed as 'rapporteur'. Each case involves the rapporteur's preparation of three documents;

1. report with facts, the procedure, and legal matters needed to assess the appeal to interested parties;
2. an opinion of the rapporteur on the solution;
3. a draft decision.

It is important to remark that the Court has no overt discretionary power to select cases, but in 2001 it has been empowered to implement special proceedings for declaring appeals inadmissible in cases where no serious means for cassation exist. A report stating specific reasons for non-admission is issued and communicated to the parties involved. The parties may then submit comments (procedure contradictoire). If their criticisms are likely to justify further examination of the case, then it is referred to the decision of the competent chamber. The procedure for non-admission reduces the workload, while not granting the Court of Cassation the right of discretionary selection and including the possibility of receiving observations from the litigants. It was noted by Judge Lacabarats that in about one out of ten cases the parties decide to respond to or comment on the issued report. The Court has identified different types of inadmissible appeals including, purely factual grievances, grievances regarding a decision which falls within the complete jurisdiction of the lower court (for instance, regarding selection of evidence) or, a plea that has not first been put to the lower court. Though effective, this system does still require significant judicial efforts.

The Court has also taken action to create more legal certainty and less diverging case law, as the reverse ultimately leads to more appeals in cassation. Since 2005, online tools have been developed including an intranet site for all French courts, which is equipped with tools available to better illuminate the scope of rulings such as judges' decisions and the advisory opinions of the procurator general. This database has not yet been made accessible to general public due to a lack of funding to guarantee anonymity in the judgments published in the database. It is however possible for professionals to subscribe to this database. Since 2008, the Court has progressed further in this initiative, in cooperation with universities, by stimulating the sharing of information between lower courts through a database of judgments by the courts of appeal.

The actions taken by the Court of Cassation, in combination with a drop in the influx of cases due to current economic factors, have considerably reduced the delay in dealing with cases at the Court and enabled a focus on the Court's task of providing guiding judgments. Further improvements are still envisaged and suggestions such as broadening the scope of inadmissible appeals have been made. In his concluding remarks, Judge Lacabarats stressed that access to justice does not mean making the appeal procedure a never ending one – it is important that there is an end to litigation and that all parties are well aware of this from the outset.

Case selection in Spain. Presentation by Professor Manuel Ortells-Ramos, Professor of Procedural Law at the University of Valencia and expert on the Spanish Supreme Court

Professor Ortells-Ramos stated that historically there has never been indiscriminate access to cassation in Spain. There have always been both quantitative and qualitative admission criteria. Nonetheless, in the past, the general rule for access to cassation, in civil proceedings, was the existence of a minimal monetary amount as the object of the case (which has been subject to periodic increases by the legislator). Generally in criminal proceedings, the equivalent criterion has always been (and still is) the weight of the sentence. An extra barrier for criminal cases to reach

the Court exists due to the fact that appealing judgments from lower courts do not have access to cassation in the case of non-serious offences.

A main downside of using a monetary minimum amount to select civil cases for cassation is that this automatic preclusion prevents the Supreme Court from establishing jurisprudence on all types of cases in the various legal sectors. On the other hand, lawyers learned that it may be worth while for them to ensure access to cassation by making sure that the monetary threshold is passed.

This created the need for a stronger selection mechanism to stop cases becoming of excessive monetary value just in order to pass the threshold for access to cassation. Additionally, according to the Spanish Constitution, the principle of equality in law is a fundamental right. The legislator therefore has the obligation to allow the equality of law to be taken into consideration in access to cassation. To resolve that situation, a new feature was taken into consideration: treating problems of uniformity in jurisprudence in a proper way when selecting civil, administrative, and labour cases. As a result, a mechanism for appeal due to 'interest regarding cassation' was introduced for civil cases and cassation for 'uniformity of doctrine' was implemented in administrative and labour appeals.

With the introduction of the new criteria, it is possible to have access to cassation when the contested judgment has been reached through a divergent decision in respect to other cases that have similar characteristics according to law. In administrative and labour cassation, the judgments have to be compared with identical cases that have resulted in divergent decisions. In civil cases, the comparison is not as rigorous as the one that occurs for uniformity of doctrine because cases are not compared with identical proceedings but with the doctrines that are relevant to the case.

It is possible to observe two main objectives for cassation filters that can serve as a reference for evaluating their performance: reduction of workload and establishment of jurisprudence. In terms of reducing workload, cassation for uniformity of doctrine has had very satisfying results in comparison to appeals due to interest regarding cassation. Nevertheless when measuring the Court's ability to establish jurisprudence the proceedings for interest regarding cassation outscore the results of the labour and administrative counterparts. This is explained by the fact that in the social reality, cases are varied with different factors and conditions surrounding them. Appeals for interest regarding cassation focus on the norms and judicial principles rather than the equality of cases and therefore better serve the necessity of unifying jurisprudence.

Criticisms of the system include the observation that it limits access to justice. Nonetheless there has been an absolute support for this legislation from judges who seem able to work within this framework without any major difficulties. Additionally, although legislators have expressed a sound rejection of a discretionary selection system, it can be said that the Spanish Supreme Tribunal, and maybe every supreme court in the world, uses an 'undercover' discretionary system for the selection of cases. This is understood because even if there are clear requisites for access to cassation, they are applied with different levels of rigor in different cases. But further observance and research is needed to fully understand the role of discretionary powers in the selection proceedings of the Court.

Case selection in Finland and Denmark. Presentation by Sam Muller and Morly Frishman on behalf of Judges Pauline Koskelo and Jon Stokholm

In the absence of the speakers from Finland and Denmark on 16 April and in order not to leave the experiences of these countries entirely out of the discussion, the respective case selection mechanisms in these legal systems were briefly outlined by representatives from HiiL.

Response by Judge Daan Asser of the Hoge Raad

Judge Asser reminded that the Hoge Raad's plans for reform envision a stronger focus on its role in the interpretation and uniform application of the law. The provision of legal protection in individual cases is also of great importance. In that respect, he made the distinction between, on the one hand, the '(US) Supreme Court Model', in which interpretation and uniform application of the law is emphasised most strongly, and, on the other hand, the 'Cassation Model', in which legal protection of the individual is more on par with the interpretation and uniform application of the law.

He stated that as a result of the reform in Finland the Finnish Supreme Court has moved closer to the 'Supreme Court Model' and opined that he does not see the Hoge Raad moving so far in that direction. Judge Asser further argued that legal protection could potentially be undermined with the introduction of stricter criteria for the admission of cases, as it could lead to a stronger tendency to limit the role of the Hoge Raad to the development and uniform application of the law and hence impose further limitations to the access of 'less significant' cases. He also warned against the probability of resulting tensions within the trias politica.

Closing remarks by Professor Jan Watse Fokkens

Professor Jan Watse Fokkens, Procurator General at the Hoge Raad, concluded the first part of the event, highlighting some of the significant points of discussion. Professor Fokkens started by expressing his appreciation for the reference made by Judge Alain Lacabarats to the 1995 Recommendation of the Committee of Ministers to member states of the Council of Europe concerning the introduction and improvement of the functioning of appeal systems and procedures in civil and commercial cases. Fokkens then disclosed that the bill on reforming the cassation procedure at the Hoge Raad that is currently in consultation contains points of agreement with the system operated by the Finnish Supreme Court. He also emphasised the drawback of a monetary minimum as admission criteria for appeals in cassation, as demonstrated by the Spanish experience, since certain cases involving relevant points of law would not reach the Supreme Court. Such an outcome would be incompatible with the role of the Hoge Raad in the interpretation and uniform application of the law, and would undermine the provision of legal protection in individual cases.

Afternoon session

In the afternoon, the discussion continued in two small groups, one focusing on the French system the other on the Spanish one. These discussions were held behind closed doors and were meant for internal purposes only and are therefore excluded from the present report.

Conclusion of the first meeting

‘Despite the absence of two speakers, the seminar selection of cases was a great success’, said President Geert Corstens of the Hoge Raad at the conclusion of the event. ‘It proved very useful in refining our ideas concerning the mechanism of case selection which should be adopted in The Netherlands’.

‘We were honoured to be able to do this seminar with the Hoge Raad’, added Sam Muller, the Director of HiiL. ‘It reflects precisely what HiiL is about: using our knowledge base and networks to help resolve real challenges. The changing role of highest courts in the globalising world of today remains a principal area of interest for HiiL.’

Since the experiences of the Finnish and Danish systems were discussed in a rather limited way due to the last minute cancellation of participation of the speakers from these countries, HiiL and the Hoge Raad will organise a complementing seminar. Thus, on 2 June 2010 Judge Pauliine Koskelo (President of the Finnish Supreme Court) and Judge Torben Melchior (President of the Danish Supreme Court) will be in The Hague for an additional seminar to enable the Hoge Raad to make the most out of the experiences of these countries as well.

Second Meeting | 2 June 2010

As stated above, in order to further the consultation process of the Hoge Raad and in particular to enable the taking into account of the valuable input of the judicial systems of Finland and Denmark, a subsequent meeting was held on 2 June 2010, with presentations by Judge Pauliine Koskelo, President of the Supreme Court of Finland and Judge Torben Melchior, President of the Supreme Court of Denmark. The remainder of this Report contains a brief overview of these two presentations, while also incorporating issues raised during the dynamic and informative session of questions and answers held subsequently to the presentations.

Case selection in Finland. Presentation by Judge Pauliine Koskelo

In Finland, case selection is facilitated through a ‘leave to appeal’ system. In civil and criminal cases, falling within the jurisdiction of the Supreme Court, the Supreme Court itself has the authority to grant leave to appeal. There is a very limited scope for direct appeals to the Supreme Court, reserved for special cases such as international child abduction, where the leave to appeal system is not applied. Appeals in administrative cases are heard in the Supreme Administrative Court, which also employs a leave to appeal system in some areas such as tax cases.

Requests for leave to appeal are decided by a panel of two or three judges of the Supreme Court, while cases examined on the merits are decided by a panel of five judges. There are no permanent chambers, and the composition of panels varies on the basis of continuous rotation. Thus, all judges participate in all types of cases, although special expertise can be taken into account in the choice of the reporting judge. Each panel decides independently on each application for leave. Requests can be granted in full or partially, i.e. limited to a particular issue(s) in the case.

The Supreme Court adopts a positive approach regarding the possible existence of grounds justifying leave to appeal. The process, however, is not guided by any predetermined policies; each case is reviewed separately and judges exercise discretion in their decisions.

Leave to appeal is granted in the event that a combination of, or any one of three specific grounds is satisfied. Grounds of precedence arise where the case raises issue/issues on which there is a need for guidance with a view to the interpretation/development of the law or uniformity in its application. In 2009, leave to appeal was granted primarily on grounds of precedence in 80% of the cases where leave to appeal was granted. Often the applicability of this ground is obvious, for instance in cases involving new legislation, new issues or lack of relevant previous case-law. A further ground arises where there has been a procedural error or other error of such gravity that the lower court's decision would be subject to extraordinary remedies if it became *res judicata*. The existence of other weighty reasons for granting leave constitutes the third and final ground which serves as a safeguard in the interest of individual legal protection. In 2009, the latter two grounds were applicable to 20% of cases where leave to appeal was granted.

The reasoning behind granting or refusing an appeal is not made public. In principle, this is justified on the basis that it would be difficult and time consuming to formalise such reasoning to the satisfaction of the applicant and such a requirement would ultimately undermine the effectiveness of the system. On average, a decision on leave is taken within 4 months from the filing of the application, although this is very dependent on the complexity of the case. In cases where leave is granted, the total processing time (from filing of the case to judgment) is in the region of 435 days. While difficult to indicate with precision, it was estimated that Supreme Court judges spend approximately 10–20% of their time on the process of handling requests for leave to appeal.

The system has been in effect since 1 January 1980 and was developed in response to the Supreme Court's excessive workload, which had resulted in an increasing backlog of cases and long processing times. Judge Koskelo affirmed the success and overall satisfaction with the system. The system has distinguished and clarified the respective functions of the courts in each of the three instances, thus optimising the efficiency of the judicial system as a whole. Judge Koskelo explained that the lower courts' awareness of their role as the final instance court in the bulk of cases has created a sense of increased responsibility. There has also been a great impact on the quality of reasoning provided in the Supreme Court judgments. The success of the system is also evident in recorded statistics over 1981 – 2009. Thus, while in 1981 there were nearly 5,000 cases pending at the end of the year, by 2009 this figure dropped significantly to approximately 1000; and whereas, in 1981, there was a significant disparity between the cases submitted and resolved, in 2009, these values were closely corresponding.

In addressing the issue of whether the leave to appeal system is undermining individual legal protection, Judge Koskelo explained how the filtering system presupposes a strong competence of the lower courts to ensure adequate legal protection. Moreover, by empowering the lower courts the judicial reform arguably led to increasing the quality of their decisions and decreasing the number of mistakes.

Nevertheless, the fact that some cases are still admitted on the ground that there has been a procedural error is illustrative of the fact that mistakes by the lower courts can still happen. Admittedly, not any such error is of such gravity that it would merit the Supreme Court's intervention. Thus, as a matter of the system's imperfection, in some cases the parties' legal rights might not be fully protected. In spite of this, Judge Koskelo stressed that in order for the Supreme Court to fulfill its main function and maintain a normative role, the filtering system is indispensable. An alternative based on, for example, the Austrian judicial system, which operates without a comparable filtering system, would be to increase the number of judges and thus the capability of the Supreme Court to handle the unrestricted flow of appeals from the lower courts. However, associated problems include difficulties in recruiting the right caliber of individuals, longer processing times, and lesser possibilities to ensure the quality and uniformity of case-law and the reasoning of judgments due to an excessive workload.

Noted shortcomings of the selection system also include the inability to ensure a good supply of cases in all fields, resulting in 'gaps' in case-law. This effectively marginalises the provision of legal guidance in certain fields. Furthermore, even if cases are chosen on the basis of a more general interest of the law i.e. to counteract the effect of the 'gap', the legal costs arising for the parties are borne by the parties (with the exception of legal aid), even though the reason for selecting the case had nothing to do with the particular parties. Judge Koskelo also highlighted the persistent problem of ordinary people having difficulty understanding that the process of leave to appeal does not constitute a review of the substantive elements of the case. Similarly, people sometimes mistakenly get the impression that the decision with respect to leave to appeal is reflective of the Supreme Court's thoughts on the merits of the case.

Case Selection in Denmark. Presentation by Judge Torben Melchior

President Melchior started his presentation emphasizing the importance of having a system that concentrates on cases that represent a general importance (issues of principle) for society. Therefore, granting leave for appeal should only occur in cases that fall within the competences of the Supreme Court. President Melchior also mentioned that the selection system must be independent and able to resist public pressure in order to filter the cases with great rigor and according to law.

The Danish judiciary system has twenty-four District Courts, two High Courts and the Supreme Court. The Supreme Court has a general character: it is not a court of cassation. In Denmark there is neither a separate administrative supreme court nor a constitutional court. As a result, the Supreme Court should focus only on matters of public interest (issues of principle), otherwise it will find itself overloaded with cases and the system would become organizationally and operationally inefficient. In civil cases, the main grounds on the basis of which leave to appeal is granted are: interpretation of legislation (this is the most common ground); when a legal issue received disparate judgments by lower courts in a case; and where there is a need to adjust the Court's practice relating to a legal issue arising in the concerned case. In criminal cases, the main grounds for permitting appeal are errors in procedure

and interpretation of (new) laws; in some occasions other special circumstances may also justify granting permission to appeal.

An interesting aspect of the case-selection mechanism in Denmark concerns the body taking decisions in this respect. The Danish Parliament decided that it should not be the Supreme Court itself. Rather, the decision whether or not to grant leave to appeal is taken by an independent body, the Appeals Permission Board. The Appeals Permission Board is composed of a President – who is a member of the Supreme Court who performs this function temporarily for two years full-time – and four other members: One member from a High Court, one from a district court, a lawyer, and a professor in law. All these positions are part-time.

The Appeals Permission Board is exclusively entrusted with the task of reaching a final decision on requests for leave to appeal. The Appeals Permission Board may deny a request for leave to appeal, or it may grant it, fully or partially (i.e. allowing appeal only regarding one or a few issues within the case). Decisions of the Appeals Permission Board always state the legislation that establishes its competence; other than that, however, no further reasoning is provided. The decisions of the Appeals Permission Board are final and not subject to any appeal. The decisions of the Board are in principle subject to judicial review, but this is of no practical importance.

The fact that the Appeals Permission Board is not required to motivate its decisions allows for a fairly quick processing time. The time limit for the Appeals Permission Board to decide on admission of a case is eight weeks. The average overall duration of processing an application for leave to appeal is about seven weeks (from the time of reception of the petition until a decision is made). Although the law does not require mandatory legal counsel for the purpose of this procedure, in practice typically lawyers are involved in drafting requests for leave to appeal. In addition, filing such a request does not entail any monetary cost. The Appeals Permission Board receives about 850 requests annually (approximately 2/3 of these are in civil cases, 1/3 in criminal cases). Only about 15% of the applications for leave to appeal are granted.

President Melchior noted that the filter system of the Appeals Permission Board depends on a positive selection of the cases, meaning that requests are analyzed on a basis of ‘searching’ for elements that represent ‘issues of principle’. In case those elements are identified, then the leave for appeal can be granted. He also remarked that filter systems depend in great extent on the good and effective functionality of lower courts. Therefore, the more the lower courts are empowered and are successful in adjudicating cases without major errors justifying intervention by the highest instance, the better the Supreme Court will be able to fulfill its principal role of developing the law and providing guidance to the judicial system. It was also discussed whether the solution adopted in the Finish legal system is desirable. While there are advantageous to a system where the Supreme Court does not have any role in deciding whether or not leave to appeal is granted, it is also possible to find arguments in favor of allowing the Supreme Court itself to consider such requests. The main reason is that the Supreme Court may be best placed to evaluate which (kind of) cases merit its intervention. This may also serve to avoid duplication of work. In addition, a disadvantage of the current construction

is that the Supreme Court has less oversight on the lower courts than it would have if it would carry out the selection itself. Moreover, presently the Supreme Court does not know the full reasons why a leave to appeal is granted by the Appeals Permission Board in any specific case.

On the other hand, to a certain extent it can be argued that it is in fact an advantage of the current system that a decision of the Board does not indicate how the Supreme Court will consider the case. Another argument in favour of the present system is that the diverse membership in the composition of the Appeals Permission Board enables various perspectives to be taken into account, in accordance with the background and knowledge of the members. In conclusion, President Melchior noted that the system may not be without any flaws but nonetheless it functions fairly well. While it will be continuously examined how the case-selection system can be improved, said Judge Melchior, 'satisfying everyone will remain impossible'.