

DE BRAUW
BLACKSTONE
WESTBROEK

Aan de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van
Advocaten
Postbus 30851
2500 GW DEN HAAG

Tripolis
Burgerweeshuispad 301
Postbus 75084
1070 AB Amsterdam

T +31 88 888 1888
F +31 88 888 1889

Tevens per email: N.vanDam@advocatenorde.nl

Datum 10 september 2009

Prof. Mr C.J.J.C. van Nispen
advocaat

Uw ref. --

E constant.vannispen@debrauw.com

Onze ref. 081\Algemeen\NOVA Adviescommissie BPR
(10528342)\10528342\b0114-NedOrde\ak

T +88 888 1311 (direct)

T +88 888 1306 (secretaresse)

F +88 888 1889

Betreft: voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

Geachte Collegae en Confrères,

Hierbij brengt de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht haar advies uit over het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Dit voorontwerp behelst een (gedeeltelijke) uitvoering van één van de aanbevelingen in het rapport "Versterking van de cassatierechtspraak" van de Commissie normstellende rol Hoge Raad (hierna: Commissie NR).

Zoals in het concept voor de MvT wordt gereleveerd heeft de Minister de Tweede Kamer bij gelegenheid van de aanbieding van dat rapport meegedeeld positief te staan tegenover de daarin gedane aanbevelingen. De Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht staat evenwel unaniem negatief tegenover de voornaamste aanbeveling in het rapport, te weten de selectie van cassatieberoepen aan de poort. Zij wil daarom van de gelegenheid gebruik maken om haar ernstige bezwaren daartegen reeds nu te uiten.

Het rapport "Versterking van de cassatierechtspraak".

1. Het rapport van de commissie NR raakt aan één van de hoofdbeginselen van ons civiel procesrecht: de toegang tot de cassatierechter. Het rapport ziet niet alleen op de toegang tot de cassatierechter in civiele zaken maar ook in strafzaken en belastingzaken; de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht zal zich hierna richten op de civiele zaken. De Commissie NR meent dat in het bijzonder hiervoor nieuwe voorzieningen moeten worden getroffen (p. 3).
2. Zoals de commissie NR op p. 25 zelf vaststelt, is het beantwoorden van de

vraag welke zaken al dan niet in cassatie thuishoren afhankelijk van rechtspolitieke opvattingen omtrent de taak van de Hoge Raad. In dit licht bezien is de eenzijdige samenstelling van de commissie ongelukkig: zij bestaat enkel uit personen die werkzaam zijn bij de Hoge Raad of het Ministerie van Justitie. Hun blikrichting is apparaatgericht en in zoverre eenzijdig.

De commissie NR heeft de stellige indruk dat haar voorstellen op brede steun kunnen rekenen "binnen de eigen gelederen" maar ook bij belangrijke dagelijkse gebruikers van de rechtspraak van de Hoge Raad (p. 8.). Zij baseert dit op een rondetafelbijeenkomst waarmee zij kennelijk doelt op die van 9 november 2007. De daar aanwezige cassatieadvocaten waren in overgrote meerderheid kritisch gestemd over de plannen van de commissie en het is er verre van dat haar voorstellen bij hen op brede steun zouden kunnen rekenen.

3. De commissie NR schetst de problemen waarmee de civiele, de straf- en de belastingkamer te maken hebben (p. 16). Deze zijn niet dezelfde en de oplossingen waarvoor tot nu toe gekozen is, zijn ook niet dezelfde. In de strafkamer heeft iedere raadsheer (met uitzondering van de kamervoorzitters) een eigen wetenschappelijke medewerker (p. 28) en de belastingkamer is ter vergroting van de efficiëntie al in 1976 gesplitst in twee afdelingen die elk een eigen deel van het belastingrecht bestrijken (p. 37). Gelet hierop is niet goed in te zien waarom het wenselijk zou zijn dat de regeling van werkwijze en afdoening voor alle drie sectoren van de Hoge Raad zoveel mogelijk gelijklopend zou moeten zijn (p. 43).
4. De opdracht van de Commissie hield in te komen tot voorstellen om de normstellende rol van de Hoge Raad te versterken. De gedachte is kennelijk dat deze rol belangrijker is dan de rechtsbescherming in het individuele geval, de zorg voor de kwaliteit van de rechtspraak. De Adviescommissie BPR is het met deze zienswijze niet eens. De zorg voor de kwaliteit van de rechtspraak is de primaire rol van de Hoge Raad; de normstellende rol is een bijproduct. De kwaliteit van de hoven is ten onzent niet uniform zo hoog dat de controle op hun motiveringen in meerdere of mindere mate zou kunnen worden losgelaten. Vergelijkingen met het Engelse of Amerikaanse systeem snijden daarom geen hout. De voorkeur van de commissie voor "een terughoudender opstelling ten aanzien van zaken met een zuiver individueel rechtsbeschermingsbelang" (p. 24) deelt de Adviescommissie BPR dus geenszins.¹

¹ De Commissie NR beveelt zelfs aan dat de Hoge Raad nu al zoveel mogelijk de buitengrenzen dient op te zoeken van art. 81 RO (p. 46). Een advocaat zal een cliënt alleen in bijzondere omstandigheden aanraden de

5. Het valt op dat de commissie NR niet op heldere eenduidige wijze weet te formuleren welke zaken aan de poort moeten worden afgedaan. Een veelheid van termen valt op:
- zaken die eigenlijk niet de aandacht van de cassatierechter verdienen
 - zaken waarin de Hoge Raad en het Parket geen wezenlijke taak te vervullen hebben
 - zaken waarin een partij door fouten van de lagere rechter geen significant nadeel lijdt
 - voor cassatierechtspraak ongeschikte zaken
 - zaken die er in cassatie niet (althans niet werkelijk of wezenlijk) toe doen

Dit wordt verder niet verduidelijkt. Alleen het criterium "geen significant nadeel door fouten van de lagere rechter" wordt uitgewerkt voor de strafrechter (p. 33). In civiele zaken is dit criterium niet bruikbaar: als een partij een procedure verliest doordat de lagere rechter het recht onjuist uitlegt of een motivering geeft die onbegrijpelijk of innerlijk tegenstrijdig is of voorbijgaat aan een essentiële stelling, is per definitie sprake van significant nadeel.

6. Het valt op dat andere mogelijkheden om de thans kennelijk door het apparaat in civiele zaken ervaren werklastproblemen te ondervangen, niet of nauwelijks worden overwogen.

De commissie NR merkt op dat substantiële uitbreiding van de Hoge Raad door niemand als serieuze optie wordt voorgesteld (p. 11 noot 10).² Zij gaat echter niet in op de mogelijkheid om het aantal advocaten-generaal uit te breiden, hetgeen toch een voor de hand liggende optie zou zijn als men aan art. 81 RO een steeds verder gaande toepassing wil geven. Een goede conclusie PG geeft partijen dan toch het gevoel dat er ook op het hoogste niveau serieus naar hun zaak gekeken is.³

Ook andere maatregelen zijn denkbaar: toevoeging van een eigen wetenschappelijk medewerker aan iedere raadsheer (zoals in de strafkamer), splitsing in een A- en B-kamer (zoals in de belastingkamer). Met name is niet duidelijk waarom hetgeen bij het belastingrecht mogelijk is, uitgesloten zou zijn voor het civiele recht.

De commissie wijst wel op nog andere maatregelen die van invloed zijn op het zaakaanbod in cassatie zoals het verplaatsen van de behandeling in hoogste instantie van de zgn. Wet Mulderzaken van de strafkamer van de

buitengrenzen van een wettelijke regeling op te zoeken. Als kompas voor de hoogste rechter is deze aanbeveling bepaald bedenkelijk.

² Op p. 17 merkt zij op dat de bron van geschikte kandidaten niet onuitputtelijk is. Dit is juist maar die bron vloeit wel zo rijkelijk dat dit niet aan substantiële uitbreiding van de Hoge Raad in de weg zou staan.

³ De commissie NR constateert ook dat de conclusie en het arrest in zekere zin als communicerende vaten kunnen worden gezien, ook in hun voorlichtende functie ten opzichte van partijen.

Hoge Raad naar het Hof Leeuwarden (p. 19). Een soortgelijke maatregel zou kunnen worden overwogen voor de civiele kamer, bijv. verplaatsing van de zaken omtrent de Wet BOPZ en de schuldsanering van natuurlijke personen naar één hof.

7. Niet uitgewerkt wordt ook hoe de voorstellen van de commissie NR zich verhouden tot de plannen om te komen tot een gespecialiseerde cassatieadvocatuur. Van een gespecialiseerde cassatieadvocatuur valt een betere filterwerking te verwachten en dus een vermindering van het aantal "kansloze" beroepen en tevens een betere voorlichting van de Hoge Raad in aan hem wel voorgelegde zaken. De commissie noemt wel de voorstellen van de Commissie Neleman (en een niet-gepubliceerd rapport van de Commissie Fleers) (p. 20) maar gaat hier verder niet op in.
8. Niet valt in te zien hoe de door de commissie NR voorgestelde selectie aan de poort bij de civiele kamer tot een vermindering van de werkbelasting zou kunnen leiden. Nog steeds wordt een zaak ten minste beoordeeld door een uit drie raadsheren bestaande kamer, na een conclusie PG en een Borgers-brief (p. 43).⁴
Voor partijen vervalt bij snelle verwerping de mogelijkheid om het ingestelde cassatieberoep schriftelijk toe te lichten (waardoor de cassatiedagvaardingen in het algemeen uitvoeriger zullen worden⁵, vergelijkbaar met de verzoekschriftprocedure), maar dit levert geen werkbesparing op voor de Hoge Raad.
9. Op dit punt wreekt zich waarschijnlijk de eenzijdige apparaatgerichte blik van de commissie NR.
Een partij kan niet summier aangeven dat zij tegen een voor haar nadelig arrest een bepaalde klacht wil formuleren en verzoeken of deze zaak dan "voor cassatie geschikt" is. Nee, zij moet in dagvaardingszaken een cassatieadvocaat een cassatiedagvaarding laten opstellen (met middelen en – naar te verwachten valt – uitgebreide toelichting), deze door een deurwaarder laten uitbrengen en ter rolle van de Hoge Raad doen inschrijven. De hiermee gemoeide kosten zijn aanzienlijk. Vervolgens krijgt hij dan in vele gevallen te horen: "Mijnheer/Mevrouw, Uw zaak doet er niet toe."
Het valt zeer te betwijfelen of deze gang van zaken zal bijdragen aan het gezag van de Hoge Raad. De commissie meent dat het gezag van de Hoge Raad toeneemt als hij "slechts uitspraken doet in zaken die ertoe doen" (p. 12). Het gezag van de Hoge Raad wordt echter meer bepaald door de wijze

⁴ Wij nemen althans aan dat de mogelijkheid van een Borgers-brief ook bij selectie aan de poort blijft bestaan, hoewel de commissie (p. 45) suggereert dat deze verdwijnt.

⁵ Dit punt wordt door de commissie NR (p. 45) miskend.

waarop de justitiabelen de rechtsgang ervaren.

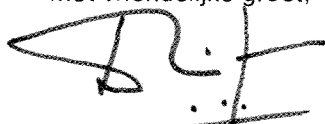
10. De commissie NR meent dat specifiek in de civiele sector "het zaakaanbod in cassatie geen evenwichtige afspiegeling vormt van wat op het bord van de rechtbanken en hoven terecht komt en dat bepaalde soorten zaken in cassatie zelfs ontbreken" (p. 29).
Daarom stelt zij voor het rechtsmiddel van cassatieberoep in het belang der wet vaker te benutten en wil zij de nadelen die aan het gebruik van dit middel kunnen kleven ondervangen door voor belanghebbenden de mogelijkheid te openen commentaar te leveren op de voordracht van de PG.
Hiertegen hoeft geen bezwaar te bestaan. Het gebruik van het middel cassatieberoep in het belang der wet is historisch gezien sterk wisselend geweest en naar het schijnt vooral afhankelijk van de inzichten terzake van de PG. Als thans wordt gestreefd naar ruimer gebruik maar met aandacht voor de mogelijke nadelen die het gebruik voorheen aankleefden, kan daartegen geen bezwaar bestaan.
11. Op een ander voorstel van de commissie-Hammerstein, de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, gaan wij hierna nader in in het kader van het voorgelegde wetsvoorstel. Ook dit voorstel is ingegeven door de wens dat vragen die thans niet of niet tijdig bij de Hoge Raad komen, in cassatie aan de orde kunnen worden gesteld (p. 4).

Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

12. De Commissie NR heeft de introductie aanbevolen van een prejudiciële procedure bij de civiele kamer van de Hoge Raad.
Het voorontwerp wil de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen openstellen voor massavorderingen. Op zichzelf bestaat hiertegen geen bezwaar; te verwachten valt dat van deze mogelijkheid slechts spaarzaam gebruik zal worden gemaakt. Niettemin zou aan de mogelijkheid voor de iudex facti om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad een ernstig nadeel kleven als wellicht honderden zaken (denk aan de Dexia-zaak) na zo'n prejudiciële vraag voor een jaar of twee op de parkeerrol worden geplaatst, dan wel anderszins aangehouden.
13. Het past niet bij de beoogde verbetering van de efficiency indien de afdoening wordt overgelaten aan binnen door de Hoge Raad c.q. het parket te bepalen termijnen. De wet dient hier harde termijnen te stellen, bijv. aldus:
 - schriftelijke opmerkingen van partijen en derden binnen vier weken
 - mondelinge of schriftelijke toelichting binnen zes weken nadien; indien schriftelijke toelichting: binnen twee weken re- en dupliek

- conclusie PG binnen zes weken
 - arrest HR binnen zes weken.
14. Zoals uit het voorgestelde tijdschema blijkt, is er voor partijen altijd gelegenheid om te reageren op elkaars schriftelijke opmerkingen en op die van derden (tenzij partijen te kennen hebben gegeven daaraan geen behoefte te hebben).
De discretionaire bevoegdheid die art. 393 lid 4 hier wil introduceren ("kan de Hoge Raad" etc.) is in strijd met art. 6 EVRM.
15. De overige opmerkingen zijn van meer redactionele aard.
In art. 393 lid 2 is niet duidelijk dat "daarover" zowel ziet op de vraag (i) of een prejudiciële vraag moet worden gesteld als op die (ii) hoe deze moet worden geformuleerd. Uit de MvT blijkt dit wel. De wettekst zou duidelijker moeten worden geformuleerd.
16. In art. 398 lid 3 ziet "standpunten" mede op door partijen gestelde maar niet vastgestelde feiten.
Ook hier zou de wettekst duidelijker moeten worden geformuleerd.
17. Art. 393 lid 6 tweede zin is overbodig en misleidend. Bij een later tussenvonnis of -arrest kan verlov worden verleend hoger beroep of cassatie in te stellen.
18. Een laatste punt betreft de kosten. Degene die het "voorrecht" treft dat in zijn zaak wordt besloten tot een prejudiciële vraagstelling, wordt belast met de kosten van een verwijzingsprocedure (die mede gelet op door derden gemaakte opmerkingen aanzienlijk kunnen zijn) en het risico van een kostenveroordeling.
Het lijkt aangewezen dat in het (exceptionele) geval dat de rechter gebruik maakt van de mogelijkheid een prejudiciële vraag te stellen, de kosten van de procedure binnen redelijke grenzen door de Staat worden gedragen.

Met vriendelijke groet,



C.J.J.C. van Nispen
voorzitter adviescommissie BPR