

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

Claude Debussylaan 80
Postbus 75084
1070 AB Amsterdam

T +31 20 577 1771
F +31 20 577 1775

Datum 5 juli 2010

Mr R.M. Hermans

Onze ref. 281\Diversen\Adviescommissie NOvA\
Advies voorontwerp versterking
cassatierechtspraak

E ruud.hermans@debrauw.com
T +31 20 577 1947
F +31 20 577 1775

Betreft: Voorontwerp versterking cassatierechtspraak

Geachte collegae en confrères,

Hierbij brengen de Adviescommissies Burgerlijk Procesrecht en Burgerlijk recht hun advies uit over het voorontwerp versterking cassatierechtspraak. Dit advies heeft uitsluitend betrekking op de effecten van het voorontwerp voor de civiele cassatierechtspraak.

1. Het voorontwerp combineert twee voorstellen: (i) de introductie van een cassatiebalie, en (ii) de introductie van een selectiesysteem voor zaken die aan de Hoge Raad worden voorgelegd. In het voorstel tot introductie van een cassatiebalie wordt de huidige geografische eis dat advocaten bij de Hoge Raad kantoor houden binnen het arrondissement Den Haag vervangen door eisen van vakbekwaamheid en registratie. Het invoeren van bijzondere kwaliteitseisen voor cassatieadvocaten wordt gerechtvaardigd door de bijzondere aard en het belang van de cassatierechtspraak. Cassatiebalies bestaan ook in andere Europese landen en deze staan veelal minder open voor toetreding dan de door het voorontwerp voorgestelde cassatiebalie. De eisen die het voorontwerp aan toetreding stelt, zien terecht slechts op de vakbekwaamheid van de advocaten. De invoering van een dergelijke cassatiebalie zal direct een kwaliteitsimpuls geven aan de cassatieberoepen waarover de Hoge Raad dient te oordelen. Het idee van een op grond van kennis en ervaring gevormde cassatiebalie kan dan ook al vele jaren rekenen op brede steun in de juridische wereld.¹ De reden dat het voorstel niet in

¹ De Commissie Neleman deed op 21 juni 2004 het voorstel om een cassatiebalie in te stellen. De Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten heeft na breed overleg in de balie op 6 september 2005 positief geadviseerd over dit voorstel.

De Brauw Blackstone Westbroek N.V. is gevestigd in Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nr. 27171912.

2006 is opgenomen in het wetsvoorstel tot afschaffing van het procuraat is slechts dat op dat moment nog geadviseerd diende te worden over de kwaliteitseisen waaraan advocaten moesten voldoen voor toetreding tot de cassatiebalie.²

2. Deze advisering heeft in 2007 plaatsgevonden in de vorm van een uitgewerkt concept van een wetsvoorstel.³ Daarin werd onder meer geadviseerd dat advocaten die het toegangsexamen met succes hebben afgelegd eerst voorlopig zouden worden ingeschreven als cassatieadvocaat en dat deze inschrijving pas definitief wordt indien zij binnen drie jaar een minimumaantal cassatiezaken hebben behandeld. Deze regeling waarborgt dat cassatieadvocaten voldoende ervaring opdoen. Opname van deze regeling in het voorontwerp zou daarom een verbetering zijn. Verder verdient het uit het oogpunt van rechtszekerheid en de legitimatie van de cassatiebalie aanbeveling dat de eisen en de procedure ten aanzien van toegang tot de balie niet volledig worden overgelaten aan de Nederlandse Orde van Advocaten, maar dat de belangrijkste onderdelen worden opgenomen in de wet of ten minste in de memorie van toelichting. Ten slotte zou het naar de mening van de commissies goed zijn als alle advocaten die tot de cassatiebalie willen toetreden het toelatingsexamen afleggen, zonder dat een uitzondering wordt gemaakt voor advocaten die bij inwerkingtreding van de wet in Den Haag zijn gevestigd. Deze geografische uitzondering past niet bij de aard van het voorstel, waarin immers een einde wordt gemaakt aan onderscheid op basis van vestigingsplaats, en doet geen recht aan het feit dat ook buiten het arrondissement Den Haag ervaren civiele cassatieadvocaten kantoor houden. De commissies hechten eraan om op te merken dat deze opmerkingen over het voorstel tot introductie van een cassatiebalie van technische aard zijn en niet afdoen aan de brede steun die ook binnen de commissies bestaat voor invoering van de cassatiebalie.
3. Het voorstel tot introductie van een selectiesysteem voor zaken die aan de Hoge Raad worden voorgelegd, vindt zijn directe oorsprong in het rapport dat de Commissie Hammerstein uitbracht in 2008.⁴ Het voorstel maakt het allereerst mogelijk dat klachten die klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden reeds in een vroeg stadium van de cassatieprocedure worden afgedaan. Dit betekent dat verweerder minder kosten zal hoeven maken voor zijn verweer en het parket bij de Hoge Raad minder tijd hoeft te besteden aan kansloze zaken. In zoverre bestaat ook voor dit voorstel bij onze commissies steun. In het voorgestelde selectiesysteem krijgt de Hoge Raad echter ook, in een niet-scherp omliggende categorie zaken ('klachten van te gering belang'), de bevoegdheid tot niet-ontvankelijkverklaring van een cassatieberoep hoewel de bestreden uitspraak in

² Kamerstukken 30 815, nr. 3, p. 6.

³ Rapport van de Commissie Fleers van juli 2007.

⁴ Rapport "Versterking van de cassatierechtspraak" van de Commissie normstellende rol Hoge Raad (hierna: "Rapport Commissie Hammerstein").

strijd is met het recht en/of berust op een onbegrijpelijke motivering. Het uitgangspunt dat de Hoge Raad uitspraken in stand kan laten die onder het huidige systeem zonder meer vernietigd zouden worden, is in juridische kring controversieel.⁵ Nu het voorstel de bescherming van burgers tegen rechterlijke dwalingen beperkt, lijkt een breder maatschappelijk debat vereist over de taak van de Hoge Raad.

Afzonderlijke behandeling van de voorstellen voorkomt onnodige vertraging

4. De voorstellen waarop dit advies ziet, zijn niet de enige voorstellen tot verandering van de cassatierechtspraak. Het voorstel tot introductie van prejudiciële vragen bij de Hoge Raad zal afzonderlijk behandeld worden, mede ter voorkoming van vertraging van de onderhavige voorstellen en vice versa. Diezelfde logica pleit er ook voor de twee voorstellen van het voorontwerp op te nemen in twee afzonderlijke wetsvoorstellen. Voorkomen dient te worden dat de vertraging die een maatschappelijk debat over het voorstel tot invoering van een selectiestelsel tot gevolg zal hebben, de invoering van de cassatiebalie nog verder vertraagt. Er kan naar de mening van de commissie niet nog langer gewacht worden op deze kwaliteitsimpuls, mede gezien de toegenomen vestigingen van ervaren cassatieadvocaten buiten Den Haag.

De wetgever bepaalt de omvang van de bescherming tegen rechterlijke dwalingen

5. In het voorgestelde selectiesysteem krijgt de Hoge Raad een discretionaire bevoegdheid cassatieberoepen niet-ontvankelijk te verklaren indien deze (i) klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden of (ii) van te gering belang zijn. Aldus zal de Hoge Raad ook beroepen die wél tot cassatie kunnen leiden (en daarom niet onder categorie (i) vallen) niet-ontvankelijk kunnen verklaren. Aangezien het voorontwerp geen definitie bevat van het criterium "te gering belang", zal de Hoge Raad zelf de grenzen gaan bepalen van zijn discretionaire bevoegdheid tot selectie van zaken.

⁵ De voorzitter van de Hoge Raad, Mr G.J.M. Corstens, heeft gesteld dat een breed draagvlak voor het voorstel bestaat, zie "De positie van de Hoge Raad", verslag van de vergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht d.d. 5 juni 2009, p. 14. Het is de commissie niet duidelijk waarop dit standpunt is gebaseerd. De advocatuur is grotendeels tegen. Zie bijvoorbeeld Von Schmidt auf Altenstadt, idem, p. 38 (het is "onverstandig van de Hoge Raad om zelf te selecteren"), Hartlief, NJB 2009, p. 1073 ("Ik mag hopen dat de politiek niet denkt dat het hier alleen maar om juridische techniek gaat of dat het 'in de praktijk allemaal wel los zal lopen'. Uiteindelijk gaat het ook hier om de toegang tot het recht."), Van Duijvendijk-Brand, NJB 2010, p. 553 ("Een verlostelsel met een open selectie criterium, zoals nu voorgesteld, is onwerkbaar voor de rechtspraak"), het advies van de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht van 10 september 2009 ("De Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht staat evenwel unaniem negatief tegenover ... selectie van cassatieberoepen aan de poort.").

6. Het is nu reeds duidelijk dat deze grenzen eenvoudig kunnen verschuiven. In het genoemde rapport van de Commissie Hammerstein uit 2008 werd als uitgangspunt genomen dat de Hoge Raad *moet* ingrijpen als "een partij significant nadeel lijdt als gevolg van door de lagere rechter gemaakte fouten."⁶ Tijdens een recent congres betoogde raadsheer W.D.H. Asser echter dat "gering belang" uitgelegd zou moeten worden als gering belang voor de maatschappij,⁷ ongeacht het grote financiële of immateriële belang voor de ten onrechte in het ongelijk gestelde partij. Dit verschil in benadering toont aan dat het begrip "gering belang" geen wezenlijke grenzen stelt aan de discretionaire bevoegdheid tot selectie die de Hoge Raad wordt verleend in het voorontwerp. Het voorontwerp biedt de Hoge Raad in feite voldoende ruimte om een soort verlofstelsel in te voeren. De President van de Hoge Raad, Mr G.J.M. Corstens, kondigde reeds aan dat de Hoge Raad in de loop der tijd zelf beleid zal ontwikkelen over de zaken die hij wenst te behandelen.⁸
7. De bescherming van burgers tegen rechterlijke fouten raakt de kern van de rechtsstaat. De vraag welke bescherming burgers mogen verwachten is niet een juridische vraag, maar een politieke vraag. Wijzigingen in de omvang van deze bescherming vereisen dan ook een bewuste democratische legitimatie en waarborgen tegen (de schijn van) willekeur. Het gaat hier om een kwestie van groot maatschappelijk belang, die thuishoort bij de wetgever en niet door introductie van een open norm als "gering belang" kan worden overgelaten aan het beleid van de Hoge Raad, waarvan reeds is aangekondigd dat het in de loop der tijd zal variëren.⁹ Hoewel de Tweede Kamer n.a.v. het rapport van de Commissie Hammerstein reeds zorgen heeft geuit over deze selectiebevoegdheid van de Hoge Raad,¹⁰ besteedt het voorontwerp hieraan geen enkele aandacht.

⁶ Rapport Commissie Hammerstein, p. 45 (onderstreping toegevoegd). In dezelfde zin: p. 3 ("een beslissing van de Hoge Raad [is] nodig ... indien een partij door fouten van de lagere rechter significant nadeel lijdt"), p. 12 ("fouten van de lagere rechter die ertoe leiden dat de betrokkene significant nadeel lijdt"), p. 33 ("enige betrokkene significant nadeel zou ondervinden"), p. 41 ("het significante nadeel dat een partij door een fout in de bestreden uitspraak lijdt"), en p. 45 ("ingrijpen als een partij significant nadeel lijdt als gevolg van door de lagere rechter gemaakte fouten").

⁷ Opmerkingen tijdens het Congres "De Hoge Raad in 2025: contouren van de toekomstige cassatierechtspraak" gehouden op 4 juni 2010 te Utrecht.

⁸ Zie "De positie van de Hoge Raad", verslag van de vergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht d.d. 5 juni 2009, p. 62.

⁹ Rapport Commissie Hammerstein, p. 42.

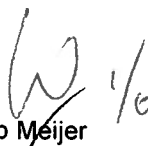
¹⁰ Kamerstukken 29 279, nr. 78, p. 5 ("De commissie geeft aan, zo merken de leden van de CDA-fractie op, vooralsnog een mild verlofstelsel voor ogen te hebben. Deze leden vragen evenwel hoe kan worden voorkomen dat Nederland mogelijk in de toekomst afglijdt richting een 'pick-and-choose' stelsel."), p. 6. ("Dit zou moeten betekenen dat rechtsbescherming alleen dan nog geboden zou moeten worden door de Hoge Raad als er sprake is van 'fouten van de lagere rechter die ertoe leiden dat de betrokkene significant nadeel lijdt'. Dit achten de leden van de PvdA-fractie vooralsnog een onduidelijk criterium"), p. 6 ("Acht de minister

8. Daarbij is van belang dat de kwaliteit van de rechtspraak in hoogste feitelijke instantie nog niet zo goed is als de kwaliteit van de cassatierechtspraak. De Eerste Kamer van de Hoge Raad moest in de jaren 2005-2008 24 tot 31 procent van de uitspraken die aan hem werden voorgelegd vernietigen. Het voorontwerp biedt geen alternatief perspectief op herstel van onmiskenbare fouten van appelrechters, indien de Hoge Raad minder rechtsbescherming zou verlenen. De huidige mogelijkheid tot herstel van eigen fouten is op grond van artikel 31 Rv beperkt tot kennelijke reken- en schrijffouten.¹¹ Zolang de kwaliteit van de appelrechtspraak nog niet is verhoogd, achten onze commissies invoering van een selectiesysteem, zonder pendant in een herzieningsmogelijkheid door de hoven zelf, ongewenst. Het lijkt met het oog op eventuele overbelasting van de Burgerlijke Kamer en het Parket mogelijk eerst meer ervaring op te doen met de verkorte conclusies die strekken tot toepassing van artikel 81 Wet RO, alsmede met het eerste alternatief van het nu voorgestelde artikel 80a Wet RO (niet-ontvankelijkverklaring ingeval het beroep klaarblijkelijk niet tot cassatie kan leiden).
9. Volgens onze commissies dienen op zijn minst duidelijkere wettelijke grenzen gesteld te worden aan de beleidsruimte van de Hoge Raad om civiele zaken te selecteren. De wet zou bijvoorbeeld kunnen bepalen dat in ieder geval geen sprake is van een "te gering belang" bij een financieel belang dat groter is dan een bepaald minimum. Anders dan bij de financiële appelgrens zou de Hoge Raad de beleidsruimte moeten krijgen om ook zaken te behandelen die onder zo'n grens blijven. De wetgever houdt op deze wijze enige controle over de vraag welke mate van rechtsbescherming de Hoge Raad dient te verlenen.

Met vriendelijke groet,



Ruud Hermans
voorzitter adviescommissie BPR



Rob Meijer
voorzitter adviescommissie BR

het mogelijk dat iemand ten onrechte schuldig wordt bevonden door een lagere rechter, maar dat de Hoge Raad deze uitspraak in stand laat omdat er geen significant nadeel wordt geleden? Welk effect denkt de minister dat een dergelijke houding van het hoogste rechtscollege, dat moet waken over de kwaliteit van de rechtspraak, heeft op burgers, zo vragen de leden van de SP-fractie."). Zie ook Kamerstukken 31 700 VI, nr. 19, p. 7 ("De heer De Roon (PVV): ... Stel dat de selectiekamer tot het oordeel komt dat er weliswaar fouten zijn gemaakt, maar dat de partij die in cassatie is gegaan, door die fouten geen significant nadeel lijdt. Moet het dan niet mogelijk zijn om het oordeel van de selectiekamer te passeren, zodat de zaak toch nog ten principale door de Hoge Raad wordt beoordeeld?").

¹¹ Zie bijvoorbeeld HR 17 december 1999, NJ 2000, 171 (appelrechter niet bevoegd tot herstel van toewijzing nettobedrag in plaats van brutobedrag).