

De Hoge Raad in 2025: hoe ver zijn we onderweg?

I. Giesen, A.M. Hol en F.G.H. Kristen*

1 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 mogelijk 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 rechtsvraaggerelateerde 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 selectiecriterium 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 selectiecriterium van 'significant nadeel' aanleiding gegeven tot kritiek. Franken en anderen⁴ wijzen op het verlies aan rechtsbescherming doordat het selectiecriterium 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 selectiecriterium 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 werkbeparing 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 ‘constituti-onele dialoog’ en netwerken van rechtsontwikkeling buiten de geijkte instituti-onele 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 werklust 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 cultuuromslag 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 Frankens 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. Pelser, 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 kwaliteitsslag 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 Machielse 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 opdoen, 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>.

befesf 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 Ettehoven 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 zaakaanbod – 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 geweest 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 ondervangen 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, LJJN: 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 culturomslag in het denken over en het gebruik maken van het instituut cassatie is bewerkstelligd.