

De Hoge Raad als poortwachter of hekkensluiter?

A.L.M. Keirse*

1 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 invoering 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 rechtssysteem 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. 112-113.

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. 337-359; 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 minuscule 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 verlofstelsel; 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 verlofstelsel 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 uitsprak, 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.

te overre 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 van 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 (dwingend) 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 onvoldoend 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 verlostelsels 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 afhangende 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 uitgevers 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.