

Opmerkingen van de Vereniging van Civiele Cassatie-Advocaten naar aanleiding van het voorontwerp versterking cassatierechtspraak.

1. Inleiding

Het voorontwerp versterking cassatierechtspraak voorziet in het invoeren van (i) kwaliteitseisen voor de cassatiebalie en (ii) de mogelijkheid dat de Hoge Raad een cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaart omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden of van een te gering belang zijn ('selectie aan de poort'). Met dit laatste wordt beoogd te bevorderen dat de Hoge Raad zich kan concentreren op zijn kerntaken: het bevorderen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling en het bieden van rechtsbescherming. Een adequate uitvoering hiervan staat volgens de memorie van toelichting onder druk door cassatieberoepen in zaken die zich niet lenen voor een beoordeling in cassatie, terwijl andere (civiele) zaken de Hoge Raad niet (tijdig) bereiken. Dit laatste punt wordt buiten het bestek van dit wetsvoorstel geadresseerd door een revitalisering van het instituut van cassatie in het belang der wet en de voorgestane invoering van de mogelijkheid voor lagere rechters om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen. Dit zal voor de civiele kamer een zekere extra werklast meebrengen. Gelet op de ervaringen in andere landen met soortgelijke instrumenten valt te verwachten dat deze extra werklast beperkt zal blijven tot hooguit enkele tientallen zaken per jaar, terwijl een prejudiciële beslissing bovendien latere cassatieberoepen kan voorkomen. Ook het invoeren van kwaliteitseisen voor de cassatiebalie wil eraan bijdragen dat de Hoge Raad zich kan concentreren op zijn kerntaken. Naar valt te hopen zal bewaking van de kwaliteit van de cassatiebalie er toe leiden dat de hoeveelheid cassatieberoepen die niet aan de daaraan te stellen eisen voldoen en aldus niet bijdragen aan rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming, in relevante mate afneemt. De Vereniging van Civiele Cassatie-Advocaten maakt graag gebruik van de door de minister van Justitie geboden gelegenheid om in dit stadium een reactie op het voorontwerp te geven.

2. Kwaliteitseisen voor de cassatiebalie

De VCCA staat positief tegenover de voorgestelde invoering van een regeling van kwaliteitseisen voor de cassatiebalie. In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt terecht tot uitgangspunt genomen dat rechtsbijstand in cassatie een specialisme is binnen de advocatuur. Een kwalitatief goede cassatieadvocatuur draagt inderdaad bij aan het selecteren van zaken die voor beoordeling in cassatie in aanmerking komen, en daarmee aan de versterking van de cassatierechtspraak.

De VCCA constateert met genoegen dat de wetgever beoogt om met dit wetsvoorstel de bevindingen en adviezen van de Commissie-Neleman en de Commissie-Fleers in algemene zin te onderschrijven. De nadere inrichting van de civiele cassatiebalie en de kwaliteitseisen die daaraan worden gesteld, moeten volgens de wetgever op het niveau van een verordening van de NOvA worden gerealiseerd. In de memorie van toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel wordt terecht opgemerkt dat de tekstvoorstellen in het advies van de Commissie-Fleers daarbij als belangrijk richtsnoer kunnen dienen.

In de visie van de VCCA zou het – gezien het belang van de betrokken onderwerpen en uit een oogpunt van rechtszekerheid en legaliteit - de voorkeur verdienen een aantal elementen uit de voorstellen van de Commissie-Fleers die volgens het wetsvoorstel bij verordening kunnen worden geregeld, althans qua uitgangspunten in de Advocatenwet zelf te regelen. Te denken valt aan het stelsel van voorlopige en definitieve inschrijving, het (onafhankelijke) curatorium, de examencommissie (onafhankelijke examen- en beroepsinstantie) en de gronden voor doorhaling van de aantekening (onder meer het niet voldoen aan de permanente eisen; zie ook hierna).

De VCCA maakt verder een tweetal kanttekeningen bij het wetsvoorstel. De eerste heeft betrekking op de mogelijkheid om toetredingseisen en permanente eisen te stellen en tot doorhaling van de aantekening over te gaan als niet (meer) aan de permanente eisen wordt voldaan. De tweede kanttekening heeft betrekking op het overgangsrecht.

Uit de memorie van toelichting leidt de VCCA af dat de in art. 9j lid 3 onder a bedoelde "eisen van vakbekwaamheid" uiteenvallen in *toetredingseisen* en *permanente eisen*.

In de toelichting wordt opgemerkt dat bij toetreding niet als afzonderlijke eis wordt gesteld dat betrokkene reeds een aantal cassatiezaken heeft gevoerd. Uit de tekst van het wetsvoorstel zelf volgt dit niet. De VCCA acht het niet verstandig reeds thans uit te sluiten dat bij verordening normen kunnen worden gesteld die ook in het kader van de toetreding een zekere (opbouw van de) ervaring op het gebied van cassatiezaken waarborgen. Het ware naar de mening van de VCCA wenselijk dat genoemde opmerking wordt geschrapt.

In het kader van de permanente eisen kunnen blijkens de toelichting wél normen worden gesteld die zien op het voeren van een minimaal aantal cassatiezaken op jaarbasis ("vlieguren"). De VCCA ondersteunt die gedachte.

Het verdient naar het oordeel van de VCCA de voorkeur in de tekst van het wetsvoorstel zelf duidelijker tot uitdrukking te brengen dat zowel toetredingseisen als permanente eisen gesteld kunnen worden.

Aan de toetredingseisen moet worden voldaan om een aantekening op het tableau te verkrijgen dat de betrokkene de hoedanigheid van advocaat bij de Hoge Raad heeft. Dit blijkt uit art. 9j lid 2. Indien de wetgever vasthoudt aan de keuze om in de Advocatenwet zelf niet het door de Commissie-Fleers voorgestelde systeem van voorlopige en definitieve inschrijving op te nemen (zie hiervoor), zou het wenselijk zijn dat in de memorie van toelichting duidelijk wordt gemaakt dat het wetsvoorstel de ruimte biedt om bij de regeling van de toetredingseisen in de verordening met een dergelijk systeem te werken. Aldus kan ook in het kader van de toetreding een zekere ervaringsopbouw worden vereist (zie ook hiervoor).

Aan de permanente eisen moet worden voldaan om de verkregen hoedanigheid te behouden; indien niet (meer) aan die eisen wordt voldaan, volgt doorhaling van de aantekening op het tableau. Dit laatste blijkt wel uit de toelichting, maar zou – mede gelet op de consequenties voor de betrokken advocaat - naar de mening van de VCCA een duidelijker en meer rechtstreekse basis in de tekst van het wetsvoorstel moeten krijgen. In het huidige voorstel is in art. 9j lid 3 sub e slechts opgenomen dat de verordening regels bevat over de beslissing tot doorhaling van de aantekening.

In art. 9j lid 6 is een mogelijkheid van beroep opgenomen tegen een beslissing tot doorhaling van de aantekening. Het verdient overweging deze beroepsmogelijkheid uit te breiden met een mogelijkheid van beroep tegen een beslissing tot weigering van de

afgifte van de verklaring als bedoeld in art. 9j lid 3 sub d of tot afwijzing van een verzoek tot aantekening op het tableau (al dan niet na eerdere doorhaling).

Wat betreft het overgangsrecht is in art. V lid 2 opgenomen dat bij de op te stellen verordening onderscheid kan worden gemaakt in regels die gelden voor advocaten die de hoedanigheid van advocaat bij de Hoge Raad bezitten op grond van het huidige art. 12 lid 2 Advocatenwet en andere advocaten. Blijkens de memorie van toelichting (die overigens per abuis verwijst naar art. VI lid 2) is art. V lid 2 bedoeld als basis om bij verordening een onderscheid te maken tussen advocaten die reeds beschikken over ruime ervaring in cassatie-zaken en andere advocaten, zodat regels kunnen worden opgenomen over de vrijstelling van onderdelen van de opleiding en het examen.

De VCCA wijst erop dat het gevolg van deze overgangsregel zou zijn dat alleen in Den Haag gevestigde advocaten die reeds beschikken over ruime ervaring in cassatie-zaken, vrijstelling zouden kunnen verkrijgen van onderdelen van de opleiding en het examen. Elders gevestigde advocaten met dergelijke ervaring (dit betreft een niet onbelangrijke groep, met name in Amsterdam), zouden dan niet voor een vrijstelling in aanmerking kunnen komen. De VCCA meent dat voor een dergelijk – ook door de Commissie-Neleman en de Commissie-Fleers verworpen – onderscheid geen rechtvaardiging bestaat. De VCCA acht het wenselijk dat alle advocaten die in aanmerking willen komen voor een aantekening dat zij de hoedanigheid van advocaat bij de Hoge Raad bezitten, ook de advocaten die al ruime ervaring in cassatie-zaken hebben, aan dezelfde exameneisen moeten voldoen en dat geen vrijstelling van bepaalde onderdelen kan worden verleend. De VCCA stelt daarom voor art. V lid 2 te schrappen.

Indien de wetgever niettemin zou willen vasthouden aan de mogelijkheid van het verlenen van vrijstellingen, zou - in plaats van art. V lid 2 - in art. 9j lid 3 kunnen worden bepaald dat de verordening ook regels bevat over "de eisen voor het verkrijgen van vrijstelling voor bepaalde onderdelen van het examen" (vgl. art. 9c lid 2 onder d van de huidige Advocatenwet).

3. Selectie aan de poort: de selectiecriteria

Het beoogde art. 80a lid 1 Wet RO biedt twee alternatieve gronden waarop een cassatieberoep niet-ontvankelijk kan worden verklaard. Object van toetsing zijn de in cassatie aangevoerde klachten. Indien deze ofwel klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden, ofwel van te gering belang zijn, kan niet-ontvankelijkverklaring volgen. Uit het woord "kan" blijkt dat de Hoge Raad op dit punt beslissingsvrijheid heeft. De zin van de beslissingsvrijheid die art. 80a Wet RO de Hoge Raad geeft, is – zo leert ook de toelichting – gelegen in de ambtshalve cassatiemogelijkheden die de straf- en belastingkamers hebben. Uitspraken die kennelijk voor cassatie buiten de middelen om in aanmerking komen, kunnen met gebruikmaking van de beslissingsvrijheid van art. 80a Wet RO toch ten gronde worden behandeld, ook al beantwoorden de door de middelen aangevoerde klachten aan een van de niet-ontvankelijkheidscriteria. De vraag is of in civiele zaken aan deze beslissingsvrijheid behoefte bestaat, zeker indien 'belang' niet slechts op partijen maar ook op het algemene belang van rechtsontwikkeling en rechtseenheid wordt betrokken.. In de criteria 'klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden' en 'te gering belang' is al de nodige beoordelingsruimte gelegen. Gelet op het ontbreken van de mogelijkheid van ambtshalve cassatie in civiele zaken ligt voor de hand

dat indien één van beide gronden zich voordoet, doorgaans niet-ontvankelijkverklaring zal volgen.

De eerste grond voor niet-ontvankelijkverklaring is dat de aangevoerde klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden. Met de term 'klaarblijkelijk' - kennelijk ontleend aan art. 35 lid 3 EVRM - wordt, zo neemt de VCCA aan, tot uitdrukking gebracht dat slechts tot niet-ontvankelijkverklaring kan worden overgegaan indien er in redelijkheid geen twijfel over mogelijk is dat de aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden. Deze maatstaf is bekend uit diverse andere bepalingen, waarin in plaats van klaarblijkelijk steeds het synoniem 'kennelijk' wordt gebruikt. Zie bijv. art. 12 en 460 Sv, 7:295 BW en 7:3, 7:17, 8:54 Awb. Laatstgenoemd artikel geeft aanleiding aandacht te vragen voor de mogelijkheid ruimte te scheppen voor vernietiging na verkorte behandeling indien een beroep kennelijk gegrond is. Het verdient overweging aan het criterium toe te voegen dat kennelijk gegronde beroepen aanstonds tot vernietiging kunnen leiden, en dat ook klaarblijkelijk niet-ontvankelijke beroepen (denk aan termijnoverschrijding of beroep tegen uitspraken waartegen geen beroep open staat) op de voet van art. 80a Wet RO niet-ontvankelijk kunnen worden verklaard.

De maatstaf suggereert een sterke mate van terughoudendheid. Deze suggestie wordt niet weggenomen indien de toepassingspraktijk van de hiervoor genoemde vergelijkbare bepalingen in ogenschouw wordt genomen. Indien in overeenstemming hiermee toegepast kan deze maatstaf, wat er ook zij van de daadwerkelijke invloed van toepassing ervan op de werklust van de Hoge Raad, een welkome rol vervullen in het belang van partijen. Die hebben er immers in een geval dat het beroep kans- of zinloos is (of evident gegrond) belang bij in een zo vroeg mogelijk stadium te weten dat niet verder in de zaak hoeft te worden geïnvesteerd.

De tweede grond voor niet-ontvankelijkverklaring is dat de aangevoerde klachten van te gering belang zijn. Opmerkelijk is dat de gebezigde terminologie ook hier minder gebruikelijk is (vgl. art. 2:15 lid 3 sub a, 3:303 en 7:326 BW; 8 lid 1, 9 sub a en 672 lid 1 Rv; 365c lid 2, 379 lid 1, 396 lid 1 en 426 lid 5 Sv, waarin de maatstaf steeds een 'redelijk' of 'voldoende' belang is). De strekking van dit criterium is niet duidelijk. Indien er (slechts) mee wordt beoogd – zoals de toelichting suggereert – mogelijk te maken dat een cassatieberoep niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat de einduitkomst van de zaak na cassatie geen andere kan zijn, heeft het criterium in civiele zaken geen toegevoegde waarde, zeker indien de kennelijke niet-ontvankelijkheid als niet-ontvankelijkheidsgrond aan art. 80a Wet RO wordt toegevoegd. Reeds naar geldend recht kunnen immers beroepen niet-ontvankelijk worden verklaard wegens gebrek aan belang bij de partij die beroep heeft ingesteld.

Indien met het belangcriterium wordt beoogd de Hoge Raad een handvat te geven om op zichzelf wellicht gegronde beroepen in zaken waarmee een (financieel of anderszins) beperkt of een niet-zaaksoverstijgend belang is gemoeid, niet-ontvankelijk te kunnen verklaren, is naar het oordeel van de VCCA sprake van een veel te vergaande maatregel. Aan een op deze basis gemaakte selectie kan al snel een zweem van willekeur kleven, en – zeker bij een in de loop van de tijd wisselend toepassingsbeleid – voeding geven aan de gedachte dat zij meer op conjuncturele dan op principiële gronden wordt gemaakt. Bovendien bestaat het risico dat een vaag criterium als dit in de toekomst veel ruimer wordt opgevat dan thans wordt beoogd, met aanzienlijke en wat de VCCA betreft onwenselijke gevolgen voor de rechtsbescherming. De VCCA staat blijkens de literatuur

en de reacties uit het veld niet bepaald alleen in haar opvatting dat een (verdere) focus op rechtseenheid en rechtsontwikkeling niet en passant ten koste van de rechtsbescherming zou mogen gaan. Als voorbeelden verwijst zij naar de bijdrage van T. Hartlief, Nederlands Juristenblad 2009, p. 1073 en de aandacht die hieraan bij wijze van anticipatie is besteed in de reactie van september 2009 van de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten op het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.

Dat het risico van uitholling van de rechtsbescherming niet louter denkbeeldig is, blijkt uit voorbeelden die tijdens discussiebijeenkomsten met 'het veld' zijn gegeven van de kant van degenen die het voorgestelde art. 80a Wet RO moeten gaan toepassen. Zo is weliswaar enerzijds te kennen gegeven dat er voor serieuze cassatieberoepen in feite niets verandert, maar anderzijds dat men in zaken met grote financiële en/of maatschappelijke belangen niet met alleen motiveringsklachten moet aankomen of met klachten over processuele gebreken. Een ander bezwaar van het belangcriterium is dat het door zijn vaagheid moeilijk hanteerbaar is in de adviespraktijk, ten gevolge waarvan cassatieadvocaten minder goed in staat zullen zijn om hun 'zeeffunctie' naar behoren uit te oefenen. Dit zou een negatieve invloed kunnen hebben op de werklast van de Hoge Raad, doordat zaken 'zekerheidshalve' ter selectie worden voorgedragen. Een dergelijke ontwikkeling zou bovendien meebrengen dat rechtszoekenden in dergelijke zaken, waarin zij voorheen alleen geconfronteerd werden met de kosten van een (negatief) cassatieadvies, ook de (substantiële) kosten van een cassatiemiddel moeten dragen. Indien de strekking van het belangcriterium inderdaad (mede) is om het mogelijk te maken 'kleine' zaken niet ontvankelijk te verklaren om zo een werklastbesparing te realiseren, ware het volgens de VCCA vanuit het oogpunt van rechtszekerheid te verkiezen de werkdruk van de Hoge Raad te verminderen door voor bepaalde categorieën zaken cassatieberoep uit te sluiten. Naast inhoudelijk bepaalde categorieën – denk aan het huidige rechtsmiddelenverbod ten aanzien van beslissingen over de ontbinding van arbeidsovereenkomsten in art. 7:685 lid 11 BW - valt bijvoorbeeld te denken aan het uitsluiten van cassatie voor zaken met een (in cassatie) gering financieel belang (vgl. art. 332 lid 1 Rv). Rechtseenheid en rechtsontwikkeling kunnen op de betreffende terreinen zonodig worden gewaarborgd via prejudiciële vragen en cassatie in het belang der wet.

4. Selectie aan de poort: de procedure

Uit de toelichting op het beoogde art. 80a lid 1 Wet RO blijkt dat de woorden "gehoord de procureur-generaal" tot uitdrukking willen brengen dat de procureur-generaal de kans krijgt, maar niet verplicht is om een standpunt in te nemen over de toepassing van de bepaling. De VCCA vraagt zich af of de bewoordingen van de ontwerp-bepaling in zoverre wel voldoende aansluiten op de bedoeling ervan, nu 'gehoord' suggereert dat de procureur-generaal zich daadwerkelijk uitlaat.

In cassatieprocedures waarin al in een vroeg stadium inhoudelijk verweer moet worden gevoerd – zoals in beginsel in de civiele verzoekschriftprocedure – wordt het werklastbesparende effect dat niet-ontvankelijkverklaring voor de verwerende partij kan hebben, tenietgedaan, omdat het inhoudelijke verweer al moet zijn gevoerd voordat de ontvankelijkheidsbeslissing wordt genomen. Het verdient hierom overweging om het verloop van de verschillende soorten cassatieprocedures op dit punt te harmoniseren.

Mede met het oog op de mogelijkheid van ambtshalve cassatie in straf- en belastingzaken ligt voor de hand dat aan de door lid 2 van het ontwerpartikel genoemde stukken op grond waarvan de ontvankelijkheidsbeslissing wordt genomen, de bestreden uitspraak wordt toegevoegd.

5. Selectie aan de poort: besluit

De kern van het probleem waarvoor selectie aan de poort een oplossing wil bieden, is het verminderen van de bestaande werklast van de Hoge Raad door de aan kans- of zinloze beroepen te besteden tijd en aandacht te minimaliseren, zodat meer tijd aan de kerntaken kan worden besteed. Dit is volgens de VCCA een goede gedachte. Opvallend is dat een kwantificering van de werklastbesparing die invoering van het beoogde art. 80a Wet RO voor de Hoge Raad gaat opleveren, ontbreekt. Een dergelijke kwantitatieve analyse zou interessant zijn, vooral ook omdat de selectiewerkzaamheden toch ook wel een relevant tijdsbeslag zullen opleveren. In het verlengde hiervan is het opmerkelijk dat noch in de toelichting, noch in eerdere rapporten en adviezen serieuze aandacht wordt besteed aan andere methoden van werklastvermindering. Een hiervan is naar het inzicht van de VCCA dat ernst wordt gemaakt met de kwaliteitseisen voor de cassatiebalie, ter bevordering van de uitoefening van haar 'zeeffunctie'. Hierbij past dat deze althans qua uitgangspunten in de Advocatenwet zelf worden geregeld.

Wat hier ook van zij, de mogelijkheid om op klaarblijkelijk ongegronde klachten gebaseerde beroepen vervroegd niet-ontvankelijk te verklaren, verdient – mits de bepaling wordt toegepast met de door de bewoordingen ervan gesuggereerde terughoudendheid – steun. Het is nuttig wanneer dergelijke zaken snel uit het circuit zijn en dit levert in ieder geval voor partijen een relevante werklastbesparing op. Het verdient overweging aan genoemd criterium toe te voegen dat ook klaarblijkelijk niet-ontvankelijke beroepen op de voet van art. 80a Wet RO niet-ontvankelijk kunnen worden verklaard, en dat kennelijk gegronde beroepen aanstonds tot vernietiging kunnen leiden. In verband met de beoogde selectieprocedure verdient het voorts overweging het verloop van de verschillende soorten cassatieprocedures aldus te harmoniseren, dat de ontvankelijkheidsbeslissing steeds wordt genomen voordat inhoudelijk verweer hoeft te worden gevoerd. De ontvankelijkheidsbeslissing dient mede te worden gebaseerd op kennisname van de met het cassatieberoep bestreden uitspraak.

Bij de mogelijkheid beroepen niet-ontvankelijk te verklaren op de grond dat de aangevoerde klachten een te gering belang hebben, heeft de VCCA bedenkingen. Voor zover deze grond niet verder gaat dan de reeds vigerende belangtoets, is invoering ervan overbodig. Voor zover deze grond verder gaat, is operationalisering ervan met zodanige bezwaren verbonden, dat het de voorkeur verdient de beoogde werklastbesparing te realiseren door voor bepaalde categorieën zaken cassatieberoep uit te sluiten.

Rechtseenheid en rechtsontwikkeling kunnen op die terreinen zonodig worden gewaarborgd via prejudiciële vragen en cassatie in het belang der wet. Indien de werklast van de Hoge Raad al noopt tot het (op onderdelen) verminderen van de rechtsbescherming, is voor de rechtszoekende duidelijkheid veelal te verkiezen boven de alleen tegen hoge kosten levend te houden hoop dat zijn zaak misschien wordt uitverkoren voor daadwerkelijke behandeling in cassatie.