



## ENKELE OPMERKINGEN BIJ HET VOORONTWERP VAN WIJZIGING VAN DE ADVOCATENWET, DE WET RO EN ENIGE ANDERE WETTEN TER VERSTERKING VAN DE CASSATIERECHTSPRAAK (CONSULTATIEVERSIE)

---

---

### Inleiding

De problemen die de Hoge Raad ontmoet bij de verwerking van de steeds aanzwellende toestroom van cassatiezaken zijn genoegzaam bekend. Deze hebben de laatste jaren aanleiding gegeven tot diverse onderzoeken, metingen en rapporten. Tegen deze achtergrond is de huidige roep om nadere regulering begrijpelijk. Deze heeft thans vorm gekregen in een concept-wetsvoorstel, waarop door belangstellenden kan worden gereageerd. Hiervoor wordt aan belangstellenden slechts een (te) korte termijn vergund. De onderhavige reactie draagt ongetwijfeld de sporen van deze tijdsdruk. Onder meer blijft daarom deze reactie beperkt tot de voorgestelde wijziging van de Advocatenwet en hetgeen daarmee direct verband houdt. Andere aspecten, zoals neergelegd in het voorgestelde artikel 80a van de Wet RO blijven in dit bestek buiten beschouwing. Ongetwijfeld zal daarop door andere belangstellenden nog worden gereageerd. Mocht daarvoor nog een nadere termijn worden vergund dan zal ik mij daarover eveneens nog (kunnen) uitlaten.

### De opdracht aan het College van Afgevaardigden

Opmerkelijk is dat de wetgever aan het College van Afgevaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: NOvA dan wel: de Orde) de *opdracht* geeft om bij verordening regels te stellen over onder meer de eisen van vakbekwaamheid aan advocaten die willen toetreden tot de cassatie-advocatuur. Het voorgesteld artikel 9j van de Advocatenwet geeft daartoe, meer in het bijzonder in lid 3, het *framework*.

Na de tweede wereldoorlog werd de Orde bestempeld tot een publiekrechtelijk lichaam waaraan inderdaad bij wet bijzondere opdrachten tot invulling van haar organisatie en taken kunnen worden gegeven. Daarvan wordt thans op bijzondere wijze gebruik gemaakt.

De Orde van Advocaten heeft zich al in de 80-er jaren van de vorige eeuw gebogen over de vraag of binnen de advocatuur specialisatie zou moeten worden bevorderd. Daarbij kan worden gedacht aan het medisch model waarbij specialistische ingrepen in een aantal gevallen zijn voorbehouden aan diegenen die zich daartoe door training en opleiding hebben gekwalificeerd. Deze professionals verwerven zich een zekere exclusiviteit. Generalisten zoals de huisarts, kunnen in het algemeen slechts naar hen verwijzen doch moeten zich onthouden van eigen medisch handelen op dit voor de specialist gereserveerde terrein.

Binnen de Orde is over het fenomeen specialisatie lang en breed gediscussieerd, doch duidelijke conclusies zijn daaraan niet verbonden. Wel vormde de discussie aanleiding tot de oprichting van specialisten-verenigingen met steun van de NOvA, doch zonder officiële status en/of erkenning. Tot dusverre is de NOvA aan het voornemen tot evaluatie van de ervaringen die met deze verenigingen zijn opgedaan niet in die mate toegekomen dat dit tot formele benoeming en erkenning van specialismen heeft geleid.



Het onderhavige wetsvoorstel lijkt hierin 'van bovenaf' verandering te gaan brengen. De cassatie-specialist doet zijn intrede, eerst op civielrechtelijk terrein (Hoge Raad, eerste kamer) later ook in strafzaken (tweede kamer) en wellicht vervolgens ook in belastingzaken (derde kamer). De kwalificatie als cassatie-specialist voor het ene gebied impliceert niet automatisch eenzelfde kwalificatie op een ander rechtsgebied.

Waar de cassatiebalie in het verleden territoriaal werd afgebakend (inschrijving op het tableau in het arrondissement Den Haag) wordt deze vrij arbitraire exclusiviteit thans terecht verlaten en vervangen door kwaliteits- en ervaringscriteria, die overal in den lande kunnen worden vervuld. Deze landelijke benadering past geheel in de lijn die met de afschaffing van de procureurskwaliteit al enige jaren geleden werd ingeslagen.

Men zou bij de behandeling van dit wetsvoorstel graag ook de concept-verordening ter beschikking willen hebben, zoals deze door het College van Afgevaardigden vervolgens moet worden vastgesteld. Een dergelijk concept staat evenwel (nog) niet ter beschikking. Het laat zich voorzien dat daarover in dit College (hierna: CvA) nog uitgebreid zal worden gediscussieerd. Het is bepaald nog niet zeker dat dat op korte termijn zal leiden tot een consensus, althans tot voldoende draagvlak binnen de advocatuur.

Toch is hier sprake van een *opdracht* van de wetgever waaraan binnen redelijke termijn zal moeten worden voldaan. Tegen deze achtergrond valt niet goed in te zien waarom de formalisering van dit wetsvoorstel niet nog een zekere periode zou kunnen worden opgeschort, teneinde de NOvA in staat te stellen zich over de invulling en uitvoering van de opdracht duchtig te beraden. Dit beraad binnen het CvA zou - zoals in dat advocatenparlement gebruikelijk - kunnen worden gevoerd aan de hand van een door de Algemene Raad voor te leggen concept-verordening dan wel zou het daarin kunnen neerslaan. Het verdient aanbeveling dat de discussie daarover synchroon kan lopen met de discussie over het wetsvoorstel.

Hierbij zij aangetekend dat meer recente beschouwingen in het advocatenparlement (C.v.A.) over de registratie van rechtsgebieden gekoppeld aan individuele advocaten, heeft uitgewezen dat de meningen daarover - zacht uitgedrukt - zeer verdeeld zijn. De Algemene Raad en het College kunnen zich vermoedelijk voorbereiden op pittige debatten waarin ook de achterban zich ongetwijfeld zal roeren. Of dat reeds in dit consultatiestadium het geval zal zijn, mag worden betwijfeld. In het algemeen wordt daarop zelden proactief gereageerd.

Voor wat betreft de civiele sector wordt met deze kanttekeningen thans volstaan.

### **De strafsector**

In de strafsector is de nood hoog. Dat blijkt niet alleen uit de aanwassende stroom van zaken maar ook uit de wijze waarop deze door de Hoge Raad worden gepareerd (vaak met een beroep op artikel 81 RO). Aangezien in strafzaken een conclusie van de procureur-generaal verplicht is, ziet ook het parket bij de Hoge Raad zich gesteld voor een (te) hoge werklast. Dat daarbij de grens van de tolerantie zo niet overschreden dan toch bereikt wordt, blijkt ook uit de grimmige toonzetting die in een aantal conclusies onverholen doorklinkt. Het is de vraag of en in hoeverre de institutionalisering van een strafcassatiebalie hierop een louterend effect zal hebben. Weliswaar mag van de strafcassatiespecialist worden verwacht dat hij de geplogenheden van de cassatietechniek kent en respecteert maar dat waarborgt niet op voorhand de goede slagingskansen van het ingesteld cassatieberoep.



Daarbij is tevens in aanmerking te nemen dat de historie leert dat kwesties waarover de Hoge Raad zich in eerdere gevallen reeds duidelijk heeft uitgesproken niettemin later in geheel andere zin kunnen worden beslist. De Hoge Raad gaat dan – al dan niet uitdrukkelijk – om. In dergelijke gevallen kan sprake zijn van voortgeschreden inzicht; een nieuwe (inter)nationale ontwikkeling of – mogelijk ook (slechts) – een andere samenstelling van het hoogste rechtscollege. Geloofd en geprezen zij de cassatiegemachtigde die de jurisprudentie heeft weten te verrijken door een cassatieberoep aan te tekenen waar dit op grond van de oudere jurisprudentie geen schijn van kans leek te hebben. Een categorische ontmoediging van dergelijke durfals kan en mag niet de bedoeling zijn van de regulering van het cassatiespecialisme. Dat lijkt overigens ook niet de intentie van het wetsvoorstel.

Partijdigheid vormt een van de kernwaarden van de advocatuur. Onder omstandigheden zal ook de cassatiespecialist zich kunnen laten verleiden tot de aantekening van een cassatieberoep dat voornamelijk lijkt te zijn geïnspireerd door de behoefte aan uitstel van executie. Hierin kan een legitiem belang van zijn cliënt zijn gelegen. Een dergelijk cassatieberoep zal dan niet door de advocatuur worden gefilterd maar wellicht met een beroep op artikel 80a Wet RO (nieuw) door de Hoge Raad worden afgeserveerd. In de toelichting op dit wetsvoorstel (paragraaf 2, zesde alinea) lijkt de wetgever daarmee ook te rekenen. De mogelijkheid tot selectie van cassatieberoepen door de Hoge Raad zelf impliceert dan ook dat de cassatie-advocaat niet met de verantwoordelijkheid daarvoor wordt opgezadeld. Hij mag onder omstandigheden het partijbelang laten prevaleren boven het belang van een redelijke werkbelasting vanuit het perspectief van de Hoge Raad.

N.B.: Overigens zou ook kunnen worden overwogen de Hoge Raad, waaronder begrepen het parket van de procureur-generaal uit te breiden qua bezetting, de wetenschappelijke en logistieke ondersteuning te versterken teneinde het gevaar dat de kerntaken onvoldoende kunnen worden vervuld, af te wenden. Het consultatievoorstel nóch de toelichting daarop geven inzicht in de te dier zake door de wetgever gemaakte budgettaire afwegingen. Het ware te wensen dat dat inzicht alsnog wordt verschaft.

Tenslotte zij voor het strafrecht ten overvloede nog aangetekend dat het aantekenen en behandelen van cassatieberoepen – ánders dan in *civilibus* – niet is voorbehouden aan de advocaten die ingeschreven zijn bij de Haagse balie. Hier is reeds sprake van een landelijke spreiding. Het wetsvoorstel laat in het midden of ten gevolge daarvan de kwaliteit van de cassatie-advocatuur in strafzaken (meer) te wensen overlaat. Dat laat onverlet dat het geen kwaad kan daaraan kwaliteitscriteria te stellen. Dat is ook de opvatting van de vereniging die inmiddels is opgericht ter bevordering van het cassatiespecialisme in strafzaken. Het ligt in de rede dat vanuit die hoek nog een bijdrage zal worden geleverd aan de onderhavige discussie.

### **Cassatie in *fiscalibus***

Voor de cassatie in het belastingrecht is er geen sprake van een territoriale beperking zoals in *civilibus*. Sterker nog: in belastingzaken kan het cassatieberoep worden aangetekend door eenieder die daarbij een belang heeft en/of zich daartoe geroepen voelt. Van verplichte procesvertegenwoordiging is in de belastingsector noch in feitelijke noch in hoogste instantie sprake, laat staan dat deze zou zijn voorbehouden aan de advocatuur.



In zoverre is het voorliggend wetsvoorstel tenminste opmerkelijk waar het in artikel 9j, lid 4 van de Advocatenwet uitdrukkelijk ook de categorie belastingzaken benoemt. Vormt dit de opstap tot een verplichte procesvertegenwoordiging ter zake van de behandeling van het fiscaal cassatieberoep? In dat geval zou men mogen verwachten dat het wetsvoorstel zich ook zou uitstrekken tot de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR), alwaar in afdeling 4 het beroep in cassatie bij de Hoge Raad is geregeld.

In dit verband zij overigens gewezen op het bepaalde in artikel 29c van die wet waaruit blijkt dat het bepleiten van een cassatieberoep in belastingzaken exclusief is voorbehouden aan de advocatuur. In zoverre is dus wel degelijk sprake van een verplichte en exclusieve procesvertegenwoordiging door een advocaat. De belanghebbende die daarvoor niet opteert (en/of de daaraan verbonden kosten niet kan of wil dragen) blijft derhalve verstoken van de mogelijkheid tot het geven van een mondelinge toelichting ter zitting, hoezeer deze ook het belang van de zaak zou kunnen dienen.

Terzijde: De praktijk leert overigens dat de Hoge Raad het houden van mondelinge pleidooien in cassatiezaken bepaaldelijk ontmoedigt. Dat zal zowel met de werkdruk als met de veronderstelde (afwezigheid van een) toegevoegde waarde van dergelijke pleidooien van doen hebben. Dat neemt niet weg dat het in voorkomende gevallen zeer zeker geïndiceerd kan zijn de cassatiestandpunten mondeling te bepleiten, al zal het effect daarvan moeilijk meetbaar zijn. Een belanghebbende die zich in cassatie laat vertegenwoordigen door zijn vaste gemachtigde, accountant of belastingadviseur, zal in het algemeen dus niet op een pakkend pleidooi mogen rekenen. Niet alleen omdat dit wordt ontmoedigd maar ook omdat dit zou impliceren dat daarbij een advocaat zou moeten worden betrokken wiens optreden zich beperkt tot een pleitincident ter zitting.

De *status aparte* van het belastingrecht is ook in zoverre opmerkelijk dat kennis van dit rechtsgebied binnen de advocatuur al meer dan een halve eeuw geleden als enig specialisme erkenning kreeg in een door het CvA vastgestelde specialisatieverordening (nummer 3). Het was in de jaren '50, kort na de oprichting van het publiekrechtelijk ordelichaam – zozeer uitzonderlijk dat een advocaat zich inliet met het belastingrecht – dat een dergelijke verordening dit specialisme uitdrukkelijk benoemde. Daar werden tevens kennis- en ervaringscriteria verbonden. Slechts de advocaat die daaraan voldeed mocht zich op gepaste wijze als specialist op dit terrein profileren. In het algemeen werd aan die profilering uiting gegeven door de toevoeging van het *epitheton* 'belastingkundige'.

Deze verordening is reeds enige decennia geleden afgeschaft, mede omdat het de advocaat toen – anders dan voorheen – werd toegestaan zich naar het publiek te afficheren met het specialisme naar zijn keuze (bijvoorbeeld ook bouwrecht, familierecht, huurrecht). Aan een bijzondere legitimatie van het belastingrecht bestond daarom geen behoefte meer. Niettemin zou de destijdsse verordening wellicht mede model kunnen staan voor de verordening tot de formulering waarvan de wetgever thans aan het CvA de opdracht geeft.

Verder strekkend is de gedachte dat ook in het belastingrecht (op termijn) gekozen zou kunnen worden de cassatiepraktijk exclusief voor te behouden aan daartoe gekwalificeerde advocaten. Anders dan in de toelichting op het wetsvoorstel wordt vermeld (paragraaf 1, negende alinea) behoeft cassatiedeskundigheid nog niet te impliceren dat men ook specialist is op het materiële rechtsgebied dat het object van de cassatieprocedure vormt. Net zo min als in het civiele recht de cassatie-advocaat die procedeert over een computerclaim tevens computerkundige moet zijn, zo min behoeft de cassatie-advocaat in fiscalibus niet geverseerd te zijn in iedere uithoek van het materieel belastingrecht waarop de procedure betrekking kan hebben.



De praktijk leert veeleer dat de cassatie-advocaat in dat geval samenwerkt met c.q. zich doet ondersteunen door iemand (anders) die bij uitstek op de hoogte is van de materialiteit, althans dienaangaand beschikt over generieke dan wel specifieke (basis)kennis. Zoals de medisch specialist zich in het algemeen zal verstaan met de huisarts over de specifieke behandeling, zo zal ook de cassatie-advocaat in fiscalibus er goed aan doen zich niet te distantiëren van de huisadvocaat dan wel de gekwalificeerde belastingadviseur, die zijn cliënt – anders dan in cassatie – normaliter bijstaat.

Was de klassieke advocaat nog van alle rechtsmarkten thuis, in het huidig rechtsbestel kan dat onmogelijk nog van hem worden gevergd. Vormde het procederen voorheen een substantieel onderdeel van de praktijk van iedere advocaat, inmiddels gaat het om een vaardigheid die een groot deel van de advocatuur niet meer beheerst, althans niet meer met een zodanige frequentie beoefent als nodig voor een kwalitatieve specialisatie. (Een toenemend aantal advocaten steekt zich zelden tot nooit meer in de beroepskleding die toga heet.)

Wat daarvan zij, van de cassatiespecialist mag zeker in fiscalibus niet worden verwacht dat hij beschikt over een diepgaande kennis van al het materiële belastingrecht; zo min als dat van een rechter mag worden verwacht. Zij kunnen zich ter zake door een deskundige laten voorlichten.

#### **Tot (voorlopig) besluit:**

In het onderhavige wetsvoorstel gaat het om een partiële wijziging van de Advocatenwet, uitsluitend gericht op de behoefte aan versterking van de cassatierechtspraak.

Het lijkt goed daarbij in aanmerking te nemen dat er al geruime tijd ook een voorstel ligt tot een meer fundamentele herziening van de Advocatenwet, die de *kernwaarden* van het beroep benoemt. Het onderhavig voorstel heeft uiteraard voor de formalisering niet te wachten op de meer fundamentele herziening van de Advocatenwet. Toch lijkt het voor de balie een goede zaak een en ander in onderlinge samenhang te beschouwen en te waarderen.

Men kan zich afvragen of de introductie van een wettelijk cassatiespecialisme niet de katalysator moet zijn van een bredere discussie over de inrichting van de advocatuur al dan niet naar angelsaksisch (*solicitor/baristor*) dan wel medisch (huisarts, specialist) model.

De hierover te voeren discussie zal uitwijzen of de cassatiespecialist moet worden beschouwd als de *rara avis* in de advocatuur dan wel als een exponent van de nieuwe tijd waarin de advocaat-specialist zich op meerdere terreinen zal onderscheiden van de huisadvocaat.

Breda, 30 juni 2010

  
J.J.M. Hertoghs  
advocaat-belastingkundige