Cassatie in civiele zaken (Nederlands recht)

Daan Asser*

1 Uitgangspunt van dit preadvies

Dit preadvies gaat niet uit van één bepaalde vraagstelling maar beoogt een beeld te geven van de voornaamste karaktertrekken van de civiele cassatierechtspraak in Nederland en daarbij ook aandacht te geven aan aspecten die de laatste tijd voorwerp van discussie zijn. Een veel besproken thema wordt niet behandeld, te weten de vraag of in cassatie een verlostelsel dient te worden ingevoerd. Het accent ligt namelijk op de werkwijze van de cassatierechter en niet op de beteugeling van zijn werklast, ook al passeert die kwestie een enkele keer de revue. Aan de rechtsvinding door de Hoge Raad wordt als zodanig geen aandacht besteed.

2 De organisatie van de cassatierechtspraak

2.1 De plaats van de cassatierechtspraak in de gerechtelijke organisatie

In Nederland wordt de civiele rechtspraak uitgeoefend in drie verschillende instanties door wat wij noemen: de gewone rechter, te weten in eerste aanleg de negentien rechtbanken, in hoger beroep de vijf gerechtshoven en in cassatie de Hoge Raad. Nederland kent voor civiele zaken geen afzonderlijke rechtbanken of tribunalen. Was voorheen de rechtspraak in eerste aanleg verdeeld over het kantongerecht (kort gezegd de kleine vorderingen, huur- en arbeidszaken) en de rechtbank (de overige zaken), sinds de hervorming van de rechterlijke organisatie van 2002¹ kent men nog slechts de rechtbank als het ene gerecht voor de eerste aanleg. De kantonrechter met zijn zojuist aangeduide competentie, is echter wel als zodanig blijven bestaan, maar vormt thans een onderdeel (sector) van de rechtbank. Voor de rechtspraktijk in eerste aanleg is er daarom niet erg veel veranderd. Wel een belangrijke verandering is, dat thans hoger beroep van uitspraken van de kantonrechter niet meer zoals vroeger moet worden ingesteld bij de rechtbank maar, zoals in alle zaken die in eerste aanleg door de rechtbank zijn beslist, bij het gerechtshof. Na berechting in hoger

* Daan Asser is raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar burgerlijk procesrecht aan de Universiteit Leiden. Met dank aan mr. Menno Bruning, gerechtsauditeur bij de Hoge Raad der Nederlanden.

1. Wetten van 6 december 2001, Stb. 2001, 580-584.

beroep kan men de uitspraak van de appelrechter nog laten toetsen in cassatie door de Hoge Raad der Nederlanden.

Echter, niet altijd is er sprake van rechtspraak in drie instanties. Zo zijn er zaken waarin geen appel is toegelaten vanwege de geringe waarde van de zaak (art. 332 Rv) of om een andere reden, zoals bijvoorbeeld de eindvonnissen van de rechtbank in onteigeningszaken (art. 52 en 54l Onteigeningswet) of de uitspraken van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. In zulke gevallen staat alleen cassatie als hogere voorziening open. Soms is zelfs cassatie uitgesloten zoals met betrekking tot uitspraken van de kantonrechter waarbij een arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.² Omdat echter in zaken waarin hoger beroep of zelfs alle rechtsmiddelen zijn uitgesloten, toch enige controle gewenst is, kan men in beroep komen indien men stelt dat de eerste rechter bij het geven van zijn beslissing de desbetreffende wettelijke bepaling ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten of buiten het toepassingsbereik ervan is getreden, dan wel bij de totstandkoming van de uitspraak essentiële vormen heeft verzuimd.³ Voor dit laatste is nodig dat aan de klacht ten grondslag ligt dat een zo fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken, zoals in geval van veronachtzaming van het beginsel van hoor en wederhoor.⁴

2.2 De Hoge Raad

Art. 118 lid 2 van de Grondwet wijst de Hoge Raad der Nederlanden aan als cassatierechter in burgerlijke en strafzaken.⁵ Die bevoegdheid is uitgewerkt in art. 78 RO. Opmerking verdient dat de Hoge Raad binnen het koninkrijk ook cassatierechter is voor de Nederlandse Antillen en Aruba.⁶

Binnen de rechterlijke organisatie neemt de Hoge Raad een aparte positie in. Hij is weliswaar een rechterlijk college dat qua structuur lijkt op de twee andere colleges, rechtbank en hof met hun verschillende sectoren en kamers, maar de gelijkenis betreft vooral de uiterlijke vorm. Ten aanzien van de benoeming van de leden van de Hoge Raad is er anders dan bij de leden van de lagere gerechten een element van

2. Art. 7:685 BW.

3. De uitdrukking 'verzuim van vormen' komt voor in art. 79 RO, de cassatiegrond van verzuim van vormen die op straffe van nietigheid moeten worden inachtgenomen, maar duidelijk is dat het gaat om schending van zeer fundamentele beginselen en dus om rechtsschending.

4. Zie voor deze 'doorbrekingsgronden' (het rechtsmiddelenverbod wordt doorbroken) bijvoorbeeld HR 26 november 2004, NJ 2005,257 (m.nt. PCEvW); H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 315-324. Inmiddels kan uit HR 16 maart 2007, RvdW 2007,307 worden afgeleid dat onder de schending van fundamentele rechtsbeginselen als door de Hoge Raad bedoeld, vallen: het niet inachtnemen van het contradictoire beginsel, waartoe behoort hoor en wederhoor, en van het recht op gelijke behandeling (equality of arms).

5. Art. 118 Gw noemt slechts de cassatiegrond schending van het recht. In enkele zeldzame gevallen spreekt de Hoge Raad in eerste en enige aanleg recht, zie art. 76 RO (ambtsdelicten van leden van de Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen), 77 RO (jurisdictiegeschillen), art. 39 en 108 RO (beroep tegen ontslagbesluiten van de Raad voor de Rechtspraak); hoofdstuk 6A Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (ontslag van rechterlijke ambtenaren door de Hoge Raad).

6. Zie daarover nader Asser Procesrecht/D.J. Veegens/E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 31; M.M.M. Tillema en R.P.J.L. Tjittes, *Tijdschrift voor Antilliaans recht – Justicia* 1993, p. 91 e.v.

politieke invloed. Immers ingevolge art. 118 Gw maakt de Tweede Kamer der Staten Generaal op basis van een aanbeveling van de Hoge Raad de voordracht op waaruit de benoeming plaatsvindt.⁷ De Kamer wil met het oog daarop voorlichting omtrent de achtergrond van de kandidaten. In het Nederlandse constitutionele gewoonterecht is evenwel geen sprake van 'politieke' benoemingen. De Tweede Kamer pleegt de aanbeveling van de Hoge Raad te volgen, zodat wel gesproken kan worden van een feitelijk coöptatiesysteem.⁸

De leden van de Hoge Raad zijn afkomstig uit verschillende juridische beroepssectoren, maar vooral uit de rechterlijke macht, de advocatuur en van de universiteit. De raadsheren zijn deels specialisten (met name fiscale en strafspecialisten) deels generalisten (eigenlijk meestal 'civilisten'). Er wordt wel van kamer gewisseld – vooral dan door de generalisten –, maar niet zo stelselmatig en frequent als bijvoorbeeld bij hoven en rechtbanken. Zo ziet men civilisten aanvangen in de belastingkamer of de strafkamer en uiteindelijk terechtkomen in de civiele kamer.

De Hoge Raad is weliswaar de top van de piramide van de zittende magistratuur, maar anders dan ten aanzien van de uitoefening van de rechtspraakfunctie bestaat er geen hiërarchisch verband. De Hoge Raad kan in het algemeen geen opdrachten aan de lagere gerechten geven. Wel is de Hoge Raad tuchtrechter ten opzichte van de met rechtspraak belaste leden de gerechten en is hij het enige orgaan dat rechters kan ontslaan (de Kroon kan rechters slechts op eigen verzoek ontslag verlenen).⁹ Deze bevoegdheden vloeien niet voort uit een hiërarchische bevelstructuur zoals in andere organisaties, maar hangen samen met de constitutionele onafhankelijkheid van de zittende magistratuur. De Hoge Raad valt buiten de beheersstructuur die voor de rechterlijke macht is ingevoerd en is niet onderworpen aan (het toezicht van) de Raad voor de Rechtspraak.¹⁰ Wel vormt hij samen met het parket (zie hierna in 3) ten aanzien van het beheer van raad en parket – beide functioneel op dit punt ressorterend onder het ministerie van justitie¹¹ – krachtens een convenant tussen ministerie, raad en parket, een in een statuut geregelde beheersseenheid.¹²

7. Art. 1e lid 4 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.

8. Zie over de benoemingen bij de Hoge Raad P.J. van Koppen en J. ten Kate *De Hoge Raad in persoon: benoemingen in de Hoge Raad der Nederlanden, 1838-2002*, Deventer: Kluwer, 2003.

9. Zie voor één en ander hoofdstuk 6a Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.

10. Zie art. 3 RO dat bepaalt dat de afdelingen 2 (organisatie van de gerechten) en 6 (Raad voor de Rechtspraak) niet van toepassing zijn op de Hoge Raad.

11. Art. 3 RO bepaalt dat de afdelingen 2 en 6 van hoofdstuk 2 – betreffende de inrichting van de gerechten respectievelijk de raad voor de rechtspraak – niet van toepassing zijn op de Hoge Raad, terwijl de plaatsing van het parket bij de Hoge Raad in een afzonderlijk hoofdstuk 3 (tussen hoofdstuk 2 over de gerechten en hoofdstuk 4 over het openbaar ministerie) zijn aparte positie aangeeft.

12. Zie verder over de organisatie van de Hoge Raad en het parket www.rechtspraak.nl/gerechten/hogeraad. De organisatie wijkt principieel af van die van de overige gerechten doordat rechterlijk beleid en bedrijfsvoering van elkaar gescheiden zijn. Het rechterlijk beleid valt onder de eigen verantwoordelijkheid van de onafhankelijke leden van raad en parket, terwijl de verantwoordelijkheid voor het beheer wordt gedragen door de directeur bedrijfsvoering die mandataris is van de minister van justitie. Het systeem van de Wet RO voor de andere gerechten berust daarentegen op integraal management: de leden van het bestuur (president, sectorvoorzitters en een directeur bedrijfsvoering) dragen samen de verantwoordelijkheid voor de gehele organisatie. Het openbaar ministerie heeft een geheel eigen organisatie sinds de ontvlechting van openbaar ministerie en zittende magistratuur in de jaren 1998-2002.

De Hoge Raad belichaamt door zijn positie bij uitstek de constitutionele onafhankelijkheid van de zittende magistratuur bij de uitoefening van de rechterlijke functie. Van belang is hierbij te bedenken dat Nederland geen constitutionele toetsing door een daartoe aangewezen hof kent, terwijl art. 120 Gw de rechter verbiedt de wet en de verdragen aan de grondwet te toetsen. Daar tegenover staat dat art. 94 Gw de rechter opdraagt de wet te toetsen aan ‘een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties’, op basis waarvan toch een, steeds belangrijker wordende, vorm van toetsing van wetten is ontstaan, zoals bijvoorbeeld de toetsing aan de fundamentele rechten in het EVRM.

De Hoge Raad kent vier kamers, waarvan de eerste of burgerlijke kamer (in de wandeling: de civiele kamer) alle zaken behandelt die niet worden behandeld door de tweede kamer (strafkamer) en de derde kamer (belastingkamer).¹³ In de praktijk biedt dit een breed scala van onderwerpen. De meeste zaken betreffen burgerlijk recht, ondernemingsrecht en handels- en faillissementsrecht, maar via de onrechtmatige overheidsdaad (tot op dit moment nog een leerstuk van burgerlijk recht) heeft de civiele kamer een behoorlijk aantal bestuursrechtelijke zaken te behandelen gekregen (dat is sinds de invoering van de Algemene wet bestuursrecht en de bestuursrechtelijke kolom van rechtspraak wel verminderd). Daarnaast behandelt de kamer onteigeningszaken en zaken in verband met de gedwongen opnemings van psychiatrische patiënten. De civiele kamer bestaat uit twee vice-presidenten en tien leden. De andere twee kamers hebben dezelfde omvang.¹⁴

De civiele kamer beslist in combinaties van drie of vijf raadsheren. Het is de civiele administratie die de zetel volgens een bepaald rooster indeelt. De ‘drie-zaken’ zijn eenvoudig van aard. Meestal wordt het beroep verworpen met toepassing van het hierna nog te bespreken art. 81 RO. De beraadslagingen in de raadkamer (het wekelijkse beraad van de leden van de kamer) vinden voltallig plaats en ook de leden die niet op een zaak zijn ingedeeld (de ‘reservisten’) kunnen, indien zij dat wensen, zich mengen in het debat over die zaak. De zetel beslist echter.¹⁵ De civiele kamer kent niet het fenomeen van de raadsheer-rapporteur.

2.3 Het parket bij de Hoge Raad

2.3.1 Geen deel van het openbaar ministerie

De verhouding tussen de Hoge Raad en het parket – geleid door de procureur-generaal – is een bijzondere. Sinds de reorganisatie van het openbaar ministerie in 1999¹⁶

13. De vierde kamer of ‘ombudskamer’ behandelt klachten tegen, en rechtspositionele kwesties ten aanzien van rechterlijke ambtenaren en wordt slechts samengesteld (uit leden van de andere kamers) als zich een zaak ter beslissing voordoet.

14. Gegevens in www.rechtspraak.nl/gerechten/hogeraad.

15. Zie hierover nader Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 162. Illustratief is nog steeds het interview van J.F. Bruinsma en N.J.H. Huls met de raadsheer Huib Drion, in: NJB 1984, p. 569-577.

16. Wet van 19 april 1999 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, het Wetboek van Strafvordering, de Politiewet 1993 en andere wetten (reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket), Stb. 1999, 194, in werking getreden op 1 juni 1999.

behoort het parket bij de Hoge Raad namelijk niet meer tot het openbaar ministerie.¹⁷ Het parket is een zelfstandig orgaan binnen de rechterlijke macht (hoofdstuk 3 van de Wet RO, zie art. 111) en behoort niet tot de Hoge Raad. In de vorige paragraaf zagen wij al dat het parket met de raad wel een beheerseenheid vormt. Het parket bestaat uit twintig leden: de procureur-generaal en de plaatsvervangend procureur-generaal en achttien advocaten-generaal. Tien leden behoren tot de civiele sectie. Dit relatief grote aantal wordt hierdoor verklaard dat art. 44 lid 2 Rv voorschrijft dat in alle civiele zaken wordt geconcludeerd en in de praktijk dit ook steeds schriftelijk gebeurt (met uitzondering van eenvoudige kwesties, zoals verstekverlening, op de rol waarin meestal mondeling wordt geconcludeerd).

Ook constitutioneel gezien zijn raad en parket van elkaar te onderscheiden rechtspraakorganen. Zo bepaalt art. 117 van de Grondwet dat de procureur-generaal bij de Hoge Raad bij koninklijk besluit voor het leven wordt benoemd,¹⁸ terwijl art. 118 lid 1 Gw de benoeming van de leden van de Hoge Raad regelt.

Bij deze stand van zaken kan men zich wellicht afvragen of het niet beter zou zijn geweest de leden van het parket onder te brengen bij de Hoge Raad en een situatie te scheppen zoals die bestaat bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.¹⁹ Daar maken de advocaten-generaal deel uit van het hof maar concluderen zij zelfstandig. In Nederland heeft men er echter voor gekozen aan de procureur-generaal bij de Hoge Raad taken te laten die hij ook al vóór 1999 had en die zich, meen ik, moeilijk laten verenigen met een stelsel waarin de leden van het parket deel uitmaken van de raad, te weten de vervolging van ambtsmisdrijven en -overtredingen begaan door de leden van de Staten-Generaal, de ministers en de staatssecretarissen, het instellen van vorderingen bij de Hoge Raad tot schorsing, ontslag e.d. tegen rechters en het 'waarnemen' van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie indien de Hoge Raad ten principale recht doet (art. 111 lid 2 en 3 RO). Kortom, het parket bij de Hoge Raad heeft nog trekken van het openbaar ministerie behouden waardoor het niet mogelijk is de leden van het parket lid te laten zijn van de raad. Bedacht moet overigens worden dat het instituut van de advocaten-generaal bij het HvJ EG niet teruggaat op het openbaar ministerie bij de cassatiehoven in o.m. Frankrijk en België, maar op de commissaire du gouvernement bij de Franse Conseil d'Etat, die lid is van dat college.²⁰

Na afsluiting van het partijdebat in een zaak is het woord aan de procureur-generaal bij de Hoge Raad, in de civiele praktijk van dit moment: de plaatsvervangend procureur-generaal of een van de civiele advocaten-generaal.²¹ Art. 44 lid 2 Rv schrijft dwingend voor dat in cassatieprocedures de procureur-generaal bij de Hoge

17. Men spreekt sindsdien dan ook niet meer zoals voorheen van de 'conclusie van het openbaar ministerie'.

18. Hetzelfde geldt voor de plaatsvervangend procureur-generaal en de advocaten-generaal.

19. Zie daarover in het bijzonder Noreen Burrows & Rosa Greaves, *The Advocate General and EC Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

20. Burrows & Greaves 2007, p. 2-3 met eerdere literatuur. Zij beklemtonen wel dat er verschillen zijn tussen de functies van commissaire du gouvernement en advocaat-generaal bij het HvJ EG. Zie over de commissaire du gouvernement bij de Conseil d'Etat de Franse Code de justice administrative, art. R122-2 en 5 (benoeming) en L7 (taak).

21. De leden van het parket oefenen hun specialisme uit: civiel recht, strafrecht of belastingrecht.

Raad steeds wordt gehoord. Anders dan in België (art. 1104 Ger. W.) gaan de stukken niet eerst naar de civiele kamer voor onderzoek door een raadsheer, waarna het openbaar ministerie het woord krijgt, maar stuurt de civiele administratie de stukken direct na de afronding van het debat naar het parket. Daar wordt de zaak door het lid van het civiele parket dat belast is met de indeling van de zaken, toegewezen aan een advocaat-generaal, waarbij rekening wordt gehouden met diens specialisme(n).²² Ook in dit opzicht verschilt het Nederlandse systeem van dat van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Bij de voorbereiding van de conclusie wordt de advocaat-generaal bijgestaan door een lid van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad. Deze instelling is niet meer weg te denken. De civiele sector kende blijkens het Verslag van de Hoge Raad over 2005 en 2006 36, meest jonge, juristen. Inmiddels zijn twee daarvan toegevoegd aan de kamer. De overigen zijn werkzaam voor de leden van het parket. Zij zoeken de door het cassatieberoep opgeworpen rechtsvragen tot op de bodem uit en verschaffen zo het materiaal en de wetenschappelijke basis voor het werk van de advocaten-generaal. Hun assistentie heeft bepaald meer om het lijf dan louter uitzoekwerk – wat ook zou kunnen worden gedaan door ‘paralegals’ – maar bestaat bovenal uit het vervaardigen van inhoudelijke notities of zelfs concept-conclusies, waarin naast algemene verhandelingen over het juridische kader van zaken een wijze van afdoening van de klachten wordt voorgesteld. Zonder deze assistentie zouden niet zoveel gedegen conclusies per jaar kunnen worden geschreven (in 2006: 448).

Met betrekking tot de behandeling van de zaken in cassatie bestaat er een scheiding tussen het parket en de raad. Weliswaar wordt er samengewerkt in de vorm van overleg tussen de leiding van de civiele sectie van het parket en de leiding van de kamer als het gaat om de organisatie van de rechtspraak, maar op het inhoudelijke vlak is de scheiding zeer strikt. Vanouds hebben de leden van het parket nooit toegang gehad tot de beraadslagingen in de raadkamer. Het raadkamergeheim – dat zich mede uitstrekt tot de tussen leden van de kamer over en weer gewisselde nota’s die aan het griffiedossier worden toegevoegd (zie hierna) – werd en wordt door de leden van de kamer zorgvuldig tegenover het parket bewaard. Er bestaan dus formeel op dit terrein de zogenoemde ‘chinese walls’ tussen parket en raad. Dit beleid stoelt enerzijds op het uitgangspunt dat parket en raad constitutioneel en functioneel gescheiden organen zijn en het oogmerk de onafhankelijkheid van het parket tegenover de raad te bewaren, en wordt anderzijds geïnspireerd door een tamelijk strenge interpretatie van de zogenaamde Borgers-rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.²³ Men spreekt binnen de Hoge Raad daarom ook wel van de ‘Borgers-doctrine’. Kort gezegd komt deze erop neer dat na de conclusie elk contact tussen raad en parket over de inhoud en wijze van afdoening

22. In principe kan elke advocaat-generaal concluderen in elke zaak, maar bij de toedeling wordt rekening gehouden met de specialismen die zij als wetenschapper hebben ontwikkeld (bijvoorbeeld internationaal privaatrecht, ondernemingsrecht, zaken van intellectuele eigendom, Europees recht of procesrecht). Ook als zo’n specialist ontbreekt kan het zijn dat zaken van eenzelfde rechtsgebied door telkens dezelfde advocaat-generaal worden behandeld, zoals het geval is met de zaken op het terrein van de Wet Bijzondere opnemingen psychiatrische ziekenhuizen.

van een individuele zaak²⁴ moet worden vermeden teneinde een niet door partijen waarneembare beïnvloeding van de raad te voorkomen.²⁵ Dit betekent in de praktijk dat enerzijds de raad geen kennisneemt van de inhoud van de voorbereidende stukken en het overleg dat de betrokken advocaat-generaal over de zaak met zijn medewerker(s) heeft gevoerd en dat ook anderzijds de kamer tegenover de advocaat-generaal het raadkamergeheim in acht neemt. Een nogal verstrekkend gevolg hiervan is dat de kamer tijdens de behandeling van een zaak niet rechtstreeks gebruik kan maken van nadere assistentie door de medewerker van de advocaat-generaal die de conclusie heeft voorbereid, wat onder meer ertoe heeft geleid dat zij zich inmiddels heeft voorzien van eigen wetenschappelijke medewerkers. Hoewel daarom vanuit een oogpunt van efficiëntie vraagtekens kunnen en moeten worden gezet bij de concrete toepassing van de 'Borgers-doctrine', moet het principe van de rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid van leden van het parket ten opzichte van partijen en raad, als een belangrijke waarborg voor de kwaliteit en betrouwbaarheid van de conclusies worden onderschreven.

Voor de oordeelsvorming van de raad en voor de rechtsvorming in het algemeen is de conclusie van het parket een zeer belangrijk stuk.²⁶ Zij heeft in de loop van de afgelopen dertig jaar een gedaanteverandering ondergaan. Was zij aanvankelijk een veelal korte beschouwing die voornamelijk tot doel had de raad ten aanzien van de uitkomst van de zaak te adviseren, langzamerhand is het gewicht verschoven naar een zaaksgebonden en vaak uitputtende wetenschappelijke verhandeling over de (rechts)vragen die in de zaak spelen en door het cassatiemiddel opnieuw aan de orde zijn gesteld. Zo bevat de conclusie meestal zeer veel materiaal in de vorm van bronnen en beschouwingen dat de raadsheren vervolgens kunnen meenemen bij hun beraadslagingen over de voorliggende problematiek.

Toch moet hier worden beklemtoond dat de conclusie geen 'vrij' wetenschappelijk stuk kan zijn. Het is nu eenmaal een stuk van een rechterlijk ambtenaar dat is geschreven met het oog op de beslechting van het door partijen voorgelegde geschil. Het is niet alleen met wetenschappelijke maar ook en vooral de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid dat de advocaat-generaal schrijft. Het is geen louter enerzijds/anderzijds verhaal: de advocaat-generaal zal ook als rechterlijk ambtenaar, dus vanuit een rechterlijke attitude, moeten afwegen en kiezen. Niet zijn persoonlijke voorkeur als wetenschapper zal dan ook de doorslag kunnen geven maar hij zal

23. EHRM 30 oktober 1991, Serie A vol. 214-B, NJ 1992,73 (m.n.t. EAA en ThWvV) (Borgers/België); EHRM 20 februari 1996, Reports 1996-I (Lobo Machado/Portugal); EHRM 20 februari 1996, Reports 1996-I (Vermeulen/België), en ten aanzien van de Franse commissaire du gouvernement EHRM 7 juni 2001, NJ 2001,592, ECHR 2001-VI, (Kress/Frankrijk). Zie ook F.H. van der Burg, De Borgers-brief en de nieuwe bepalingen betreffende het Parket bij de Hoge Raad, in: NJB 2000, p. 1149, die betoogt dat, ook al is het parket van de procureur-generaal bij de Hoge Raad losgekopeld van het OM, de Borgers-brief niet kan worden afgeschaft.

24. Overleg over de voortgang van de zaken op de rol valt niet onder deze doctrine.

25. In dit verband valt op dat wanneer de kamer in een bepaalde zaak behoefte heeft aan een aanvullende conclusie van de advocaat-generaal, de kamer het verzoek daartoe niet in de openbaarheid, ter rolle, maar informeel en intern doet. Het heeft wel enige zin, want door het verzoek laat de kamer blijken welk punt in de gedachtevorming van belang is en nadere voorlichting behoeft.

26. Zie over de conclusie F.B. Bakels, 'Het civiele parket bij de Hoge Raad', in: Het hof van boven (Prinsengrachtreeks 2002/2), Nijmegen 2002, p. 13 e.v.; Carla Sieburg, 'Het civiele parket bij de Hoge Raad. Het juiste midden?', Ars Aequi 2005, p. 906-916, met veel oudere literatuur.

zich mede moeten laten leiden door de verantwoordelijkheid voor een behoorlijke rechtspraak en consistente en voorspelbare jurisprudentie van de Hoge Raad. Daartoe behoort binnen de grenzen van de onafhankelijkheid van de leden van het parket jegens de raad, een zekere loyaliteit jegens de rechtspraak van het college waarbij hij werkzaam is. Dat klinkt wellicht cryptisch maar iedereen die rechterlijk werk doet weet wat dat betekent: ook verantwoordelijkheid dragen voor de vorming van rechtspraak waartoe uitspraken behoren die niet stroken met de eigen opvattingen. Het is in zoverre dus ander werk dan dat van de universitaire wetenschapper, maar dat doet aan het wetenschappelijk gehalte van de arbeid en het product geenszins af. Door deze spanning krijgen het werk en het product een, naar de ervaring van iedereen die dit werk doet en heeft gedaan, buitengewoon interessante lading en kwaliteit. Ik wil niet zeggen dat het zijn van advocaat-generaal bij de Hoge Raad de mooiste juridische baan in Nederland is, maar hij behoort zeker tot de mooiste.

2.3.2 Functies van de conclusie

De conclusie heeft verschillende functies. Ik zal daarop nu kort ingaan.

In de eerste plaats kan men zeggen dat zij reeds voor de beraadslagingen van de kamer een belangrijke rol speelt doordat de raadsheer die belast is met de indeling van zaken in zaken die worden berecht door een zetel van drie dan wel vijf raadsheren, de conclusie daarbij een belangrijke rol laat spelen. Een op het eerste gezicht eenvoudige zaak waarin door de advocaat-generaal tot vernietiging wordt geconcludeerd zal niet zo snel als ‘eenvoudig’ worden bestempeld en als een ‘drie-zaak’ worden aangewezen.

In de tweede plaats vervult de conclusie in civiele zaken bij de beraadslagingen van de raad – waaraan, zoals opgemerkt, de advocaat-generaal niet mag deelnemen – de rol van rapport van een raadsheer-rapporteur, welke functie de civiele kamer, zoals gezegd, niet kent.²⁷ Deze instructieve functie heeft de conclusie met name bij de eerste bespreking in raadkamer van de zaak. In die bespreking wordt in beginsel besloten op welke wijze het beroep zal worden afgedaan. De bevindingen van de advocaat-generaal worden voor de beraadslaging veelal tot uitgangspunt genomen en in de discussie geven de raadsheren vaak aan of zij de conclusie (kunnen) ‘volgen’ dan wel of en in hoeverre zij een andere afdoening voorstaan. De conclusie heeft haar centrale positie bij de eerste bespreking te danken aan de omstandigheid dat de raadsheren geen tijd beschikbaar hebben om zelf de zaken waarover zij moeten oordelen, zo grondig voor te bereiden als de advocaat-generaal met zijn conclusie heeft gedaan. De conclusie kan dus een belangrijke invloed uitoefenen op de oordeelsvorming van de kamer. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat bij de discussie die plaats vindt nadat de raadsheer, belast is met het schrijven van een concept van de uitspraak, dit ter bespreking heeft rondgezonden, de conclusie als spil wat naar de achtergrond pleegt te raken omdat alle aandacht zich dan vestigt op

27. Th.B. ten Kate, ‘De civiele sectie van het Parket’, in: De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988, [1988], p. 212 e.v.; Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 158. Vgl. de functie van de raadsheer-verslaggever in België, art. 1104 Ger. W., maar de vergelijking met België gaat hier juist mank, nu het openbaar ministerie eerst na het onderzoek van de raadsheer-verslaggever, concludeert, art. 1105 Ger. W.

het concept. Dat doet zich uiteraard nog meer voor indien de kamer gaat afwijken van de conclusie en vooral als de kamer daarbij paden betreft die de conclusie, al dan niet bewust,²⁸ links heeft laten liggen. Aanvullend onderzoek door de raadsheeren of de wetenschappelijke medewerkers van de kamer – uiteraard met betrekking tot de stand van het recht – is geen zeldzaamheid, maar zo nu en dan wordt met het oog daarop de zaak opnieuw in handen van de advocaat-generaal gesteld teneinde een aanvullende conclusie te nemen, waarbij in aanmerking wordt genomen dat niet alleen partijen maar ook de buitenwacht daarvan kennis zal kunnen nemen, ten dienste van de verdere rechtsontwikkeling. Afgezien hiervan, moet worden geconstateerd dat de conclusie een belangrijke *Fundgrube* is voor alle betrokken raadsheeren, zowel voor de rechtsvinding als voor de formulering van de afdoening van klachten.

Een conclusie die erg stuurt op de door de advocaat-generaal voorgestane afdoening van de zaak, die dus sterk naar de gewenste beslissing is toegeschreven zonder daarbij eventuele probleempunten te bespreken en zonder inzicht te geven in alle argumenten pro en contra die ook in de afweging door de raad tot de voorgestane wijze van afdoening zouden moeten dwingen, vertoont de zwakte dat zij de zojuist beschreven rol als *Fundgrube* minder goed kan vervullen indien de kamer besluit de zaak in andere zin af te doen. Een conclusie waarin meer rekening wordt gehouden met de functie van voorbereiding van het maken van een keuze door de kamer – dus een stuk waarin de vraagstukken van verschillende kanten worden belicht en ook wordt ingegaan op vragen en kwesties die aan de orde zijn indien de raad tot een afwijkende keuze zou komen – is zonder twijfel sterker. De conclusie blijft dan als het ware meedoen in de verdere oordeelsvorming.

Een ander aspect dat een rol kan spelen is het persoonlijke karakter van de conclusie. Er is geen eenvormig format voor een conclusie. Elke advocaat-generaal heeft zijn eigen stijl en aanpak. Dat is op zichzelf een goed systeem omdat de advocaat-generaal daardoor niet gedwongen wordt zijn gedachten te kleden in een niet goed passende jas. Bovendien bevordert dit persoonlijke stempel van iedere advocaat-generaal de zichtbaarheid van de verschillende visies op het recht.

De hier gegeven beschouwingen willen laten zien hoe belangrijk de rol van de advocaat-generaal in de interactie tussen zijn conclusie en kamer is. Zouden de conclusies niet van gemiddeld hoge kwaliteit zijn dan zou de kamer niet in zoveel zaken als zij doet kunnen volstaan met de hierna nog te bespreken verkorte motivering (of liever: non-motivering) die door art. 81 RO wordt toegestaan.²⁹

Tot zover de voornaamste rol van de conclusie, te weten de gedegen voorlichting van de Hoge Raad ter voorbereiding van de beslissing. Echter, voordat de conclusie

28. De advocaat-generaal kiest er nog wel eens voor – uit het oogpunt van efficiency – om een tijdrovende behandeling van bepaalde klachten te laten liggen in het geval hij reeds andere klachten gegrond vindt en hij het waarschijnlijk acht dat de kamer op die klachten de bestreden uitspraak zal vernietigen. Soms biedt hij aan om, voor het geval de raad die klachten ongegrond zou oordelen, een aanvullende conclusie te nemen.

29. Vroeger werd door de Hoge Raad in verwerpende uitspraken ook wel volstaan met een motivering waarin werd verwezen naar de gronden zoals uiteengezet in de conclusie, maar die gewoonte is praktisch verdwenen door een ruimere toepassing van art. 81 RO. Zie hierover nader Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 188.

de raadsheren die over de zaak oordelen bereikt, komt zij in handen van de partijen. Omdat het beginsel van hoor en wederhoor meebrengt dat partijen voordat de rechter oordeelt het laatste woord moeten kunnen hebben over processtukken waarover zij zich nog niet hebben kunnen uitlaten – het beginsel van hoor en wederhoor zoals neergelegd in art. 19 Rv – hebben zij ingevolge art. 44 lid 3 Rv het recht om binnen twee weken bij brief aan de president van de Hoge Raad op de conclusie te reageren. Was deze mogelijkheid aanvankelijk zeer beperkt,³⁰ als gevolg van het al eerder genoemde Borgers-arrest van het EHRM,³¹ voor civiele zaken bevestigd door het Vermeulen-arrest van dat hof,³² kan onbeperkt commentaar worden geleverd. Voor de partijen is de conclusie natuurlijk evenzeer een belangrijk stuk. Zij heeft niet alleen een zekere voorspellende waarde over de afloop van de zaak (voor partijen uiteraard een heel belangrijk element), want men kan wel zeggen dat de kamer in meerderheid van de zaken tot een zelfde afdoening van het beroep komt – wat niet wil zeggen dat de Hoge Raad in die gevallen steeds dezelfde redenering volgt of dezelfde klachten gegrond vindt. De partij die van de Hoge Raad ongelijk krijgt is daarop dus vaak al voorbereid door de conclusie. Maar ook fungeert de conclusie als een soort *dissenting opinion* wanneer de Hoge Raad haar niet volgt: de conclusie kan dan nader inzicht in de gedachtegang verschaffen die aan de beslissing van de Hoge Raad ten grondslag zal (kunnen) hebben gelegen. Dat doet zich vanzelfsprekend voor als het beroep wordt verworpen met de verkorte motivering van art. 81 RO, maar ook als de motivering wel wordt ‘uitgeschreven’ (zoals dat heet). Een noodzakelijkerwijs apodictisch geformuleerde uitspraak³³ kan door bestudering van een uitvoeriger en meer beschouwende conclusie inzichtelijker worden. Van belang is ook dat de conclusie in beginsel ingaat op alle klachten en dat het dan ook vaak voorkomt dat men daarin een antwoord vindt op de klachten die de Hoge Raad onbeantwoord heeft gelaten. Voor onderhandelingen na de cassatie kan ook op die punten de conclusie invloed uitoefenen en richtinggevend zijn.

Tenslotte, na al het voorgaande zal duidelijk zijn dat de conclusies van onschatbare waarde zijn voor de wetenschappelijke bestudering van de rechtspraak van de Hoge Raad. Het is jammer dat in de commentaren in noten en de andere wetenschappelijke literatuur vaak alle aandacht zich richt op de uitspraak van de Hoge Raad zelf en de conclusie er dan wat bekaaid lijkt af te komen, terwijl deze stukken

30. Op de voet van het oude art. 328 lid 2 Rv, waar werd gezegd dat partijen ‘eenvoudige aantekeningen tot wederlegging der feiten, waarin [partijen] zouden mogen oordelen dat het openbaar ministerie gedwaald heeft, onmiddellijk aan den president ter hand [mogen] stellen’; zie hierover met verdere rechtspraakgegevens Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes Groen, nr. 159.

31. EHRM 30 oktober 1991, Borgers/België, Serie A, vol. 214-B; NJ 1992, 73 (m.nt. EAA en ThWvV); RW 1991, 1118 (A. Wauters).

32. EHRM 20 februari 1996, Vermeulen/België, Reports 1996-I, p. 224; RW 1996, 313.

33. Er kunnen allerlei redenen zijn om terughoudend te zijn in de formulering van de uitspraak. Soms gaat het om een oordeel dat niet nader valt uit te leggen zonder de duidelijkheid van het oordeel aan te tasten; soms gaat het om een oordeel waarvan de gevolgen niet aanstonds geheel kunnen worden overzien en dat verdere invulling in de praktijk vergt. Minder dan vaak – speculatief – wordt aangenomen duidt korthed op een verschil van mening binnen de kamer. Vaker is de Hoge Raad kort omdat de conclusie een uitvoerige motivering geeft die het oordeel ondersteunt en verklaart.

– zoals uit het vorenstaande moge blijken – doorgaans juist in onderlinge samenhang moeten worden gelezen voor beter begrip van de uitspraak.

2.4 De cassatieadvocatuur³⁴

2.4.1 Organisatie

In de civiele cassatie geldt (net als overigens in hoger beroep) steeds verplichte procesvertegenwoordiging. Het proces in cassatie moet dus worden gevoerd door tussenkomst van een advocaat bij de Hoge Raad (art. 407 lid 3, art. 409 en 426a Rv). Aldus wordt een waarborg geschapen voor de kwaliteit van de rechtspleging in cassatie. Men zou daarbij in de eerste plaats aan de partijen denken die op die manier zo goed mogelijk worden geholpen in het juridisch niet eenvoudige proces voor de hoogste rechter. Maar de kwaliteit van de rechtspleging in cassatie is ook een algemeen belang vanwege de centrale en belangrijke functie van de Hoge Raad bij de bevordering van de rechtseenheid en de rechtsvorming en de controle op de deugdelijke rechtspraak. Daarom is het goed dat – zoals ook in andere landen – gestreefd wordt naar een gespecialiseerde cassatiebalie. Dit is ook van belang voor een andere functie van de cassatiebalie, namelijk de zogenaamde zeeffunctie: men mag van de gespecialiseerde cassatieadvocaat verwachten dat hij geen kansloze beroepen zal instellen. De cassatiebalie helpt daarmee de werklust van de civiele kamer te betuigen. Ik kom daarop hieronder (2.4.2) nog terug.

Anders dan in België (en Frankrijk en Duitsland) bestaat er in Nederland geen formeel georganiseerde cassatiebalie waarin een advocaat moet worden toegelaten om als vertegenwoordiger in cassatie te kunnen optreden. Advocaat bij de Hoge Raad zijn alle advocaten die zijn ingeschreven bij de rechtbank in het arrondissement 's-Gravenhage (art. 1, lid 2 Advocatenwet). Echter ten aanzien van de cassatierechtspraak is wel specifieke deskundigheid vereist om enigszins succesvol op dit moeilijke terrein te opereren. Cassatieberoepen in civiele zaken worden dan ook meestal behandeld door Haagse cassatiespecialisten die men niet alleen vindt op grote advocatenkantoren.

De koppeling van cassatiespecialisme aan de Haagse balie was weliswaar voor de hand liggend in het licht van het algemene principe in ons civiele procesrecht dat de plaatselijke balies exclusiviteit genieten ten aanzien van de verplichte procesvertegenwoordiging bij 'hun eigen' colleges in de vorm van het procureaat.³⁵ Het is overigens al geruime tijd zo dat ook advocaten van buiten Den Haag bij de Hoge Raad pleiten, schriftelijke toelichtingen geven en dus zelf de cassatiezaak behandelen (zie art. 417 en art. 428 Rv en art. 408a lid 5). Daarmee is al de wettelijke basis aanwezig voor advocaten buiten Den Haag om zich in de cassatie te specialiseren en een cassatiepraktijk buiten Den Haag op te bouwen, ook al hebben zij dan een advocaat bij de

34. Zie over de cassatieadvocatuur C.D. van Boeschoten, 'De advocatuur bij de Hoge Raad', in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988*, p. 237-251; Freek Bruinsma, *Cassatierechtspraak in civiele zaken. Een rechtssociologisch verslag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 35-57.

35. De advocaat is ook procureur bij de colleges in het arrondissement waarin hij is ingeschreven en als zodanig verricht hij voor advocaten die elders zijn ingeschreven de formele proceshandelingen.

Hoge Raad nodig om de formele proceshandelingen in de cassatieprocedure te kunnen laten verrichten en het contact met de Hoge Raad te kunnen onderhouden. Het verplichte procureaat zal echter worden afgeschaft³⁶ (per 1 maart 2008³⁷). Daarom bestaat er geen goede reden meer op het terrein van de cassatieadvocatuur de exclusiviteit van de leden van de Haagse balie te handhaven. In 2004 had al een door de minister van justitie ingestelde commissie Cassatieadvocatuur³⁸ de minister de aanbeveling gedaan een afzonderlijke, gespecialiseerde cassatiebalie in het leven te roepen, waartoe iedere advocaat zou kunnen toetreden die zou voldoen aan bepaalde, op de behoorlijke uitoefening van de cassatiepraktijk gerichte kwaliteitseisen. De toenmalige minister heeft aan dit advies geen uitvoering gegeven. In 2006 hebben de President van de Hoge Raad en de Algemeen Deken van de Nederlandse Orde van Advocaten, die zich verenigen met de voorstellen van de commissie-Neleman, een commissie³⁹ in het leven geroepen die deze voorstellen verder heeft uitgewerkt in de vorm van een wetsvoorstel met toelichting. Het door deze commissie in juli 2007 uitgebrachte, maar nog niet openbaar gemaakte, rapport vormt op het moment dat dit wordt geschreven (zomer 2007) voorwerp van beraad binnen de NOvA. De voorstellen van de commissie-Neleman beogen een in beginsel open cassatiebalie waarvan de kwaliteit door bepaalde eisen wordt gewaarborgd, waardoor tevens het fenomeen van de niet gespecialiseerde postbusadvocaten zou worden bestreden.⁴⁰

2.4.2 Zeeffunctie van de balie; beteugeling van de werklast van de Hoge Raad

Over de werklast van de Hoge Raad maak ik nu enkele opmerkingen. In een systeem waarin, zoals thans het geval is in Nederland, de toegang tot de Hoge Raad niet wordt belemmerd door een verlofstelsel, kan men niet zonder een rem op kansloze beroepen. Die rem kan men vinden in relatief hoge griffierechten, in een ontmoedigende wijze van afdoening van zulke beroepen (in Nederland met name de toepassing van de door art. 81 RO toegestane verkorte motivering), en in het hiervoor bedoelde professionele bewustzijn van de cassatieadvocaten dat zij geen kansloze

36. Het thans (zomer 2007) bij de Eerste Kamer aanhangige voorstel van Wet afschaffing procureaat en invoering elektronisch berichtenverkeer, Kamerstukken I 2006/07, 30 815.

37. Zie de brief van de Voorzitter van de stuurgroep Afschaffing verplicht procureaat van 6 april 2007 aan de leden van die stuurgroep, te vinden op www.advocatenorde.nl/nieuws. Thans (zomer 2007) lijkt het er echter op dat vertraging optreedt.

38. De commissie stond onder voorzitterschap van de toenmalige vice-president en voorzitter van de civiele kamer van de Hoge Raad, mr. P. Neleman. Het rapport van 21 juni 2004, is te vinden op www.justitie.nl. Reeds eerder was gepleit voor een gespecialiseerde cassatiebalie, zie NJB 1997, p. 44 (aanbeveling van de Commissie Werkbelasting Strafkamer Hoge Raad (Commissie Haak), in haar rapport van 1996) en naar aanleiding daarvan J.C.M. Leijten, 'Cassatie in strafzaken', in: NJB 1997, p. 281-283, en B.F. Keulen, H.G.M. Krabbe & W. Wedzinga 1997, 'Schipperen met Haak', *Trema* 1997, p. 147-152; E.J. Dommering, 'Naar een gespecialiseerde advocaat voor de civiele cassatie', in NJB 1997, p. 385-386; H.J. Snijders, 'Beschouwingen over de organisatie van de civiele cassatierechtspraak naar aanleiding van 'Hoge Raad op de hei'' (bespreking van Barendrecht 1998, zie hierna noot 92), in NTBR 2000, p. 190.

39. De commissie stond onder voorzitterschap van de huidige voorzitter van de civiele kamer van de Hoge Raad, de vice-president mr. J.B. Fleers.

40. Zo worden in Haagse kring advocaten binnen Den Haag genoemd die de cassatiestukken die door elders gevestigde advocaten zijn opgesteld, bij de Hoge Raad indienen.

beroepen aanbrengen. Het eerste instrument – hoge griffierechten – is onvolkomen doordat veel beroepen worden ingesteld in zaken waarin de staat de rechtsbijstand subsidieert ('toevoegingen').⁴¹ Het tweede instrument (verkorte afdoening door toepassing van art. 81 RO)⁴² werkt niet steeds als niet duidelijk is welke criteria worden gehanteerd bij de beslissing of het beroep al of niet op die wijze wordt afgedaan. De Hoge Raad kent niet zulke scherpe criteria en zij zijn in elk geval niet gepubliceerd. Het derde instrument – de zeeffunctie van de balie – is als instrument tot regulering van de werklust evenmin steeds effectief, want wie nourri dans le sérail is, weet dat ook professionele cassatieadvocaten niet steeds kansloze beroepen weten te vermijden omdat zij nu eenmaal ook te maken hebben met andere belangen dan die van de Hoge Raad. De indruk bestaat dat zo'n kwart van de civiele zaken bij de Hoge Raad als kansloos kan worden aangemerkt.⁴³ De genoemde instrumenten werken dus niet optimaal. En dat zal naar ik vermoed wel zo blijven. Het aantal zaken bij de civiele kamer heeft lange tijd geschommeld rond 500 per jaar, maar de laatste paar jaar is een stijgende tendens te zien. Of daardoor de invoering van drastischer instrumenten zoals een verlostelsel noodzakelijk wordt, is een vraag die al enige tijd ter discussie staat. Het ziet er niet naar uit dat op zeer korte termijn daartoe zal worden overgegaan, maar mogelijk valt er uiteindelijk niet aan te ontkomen. Daarbij moet worden aangetekend dat algemeen wordt onderschreven dat het aantal leden in de raad niet moet worden uitgebreid. Voor de huidige bezetting van de civiele kamer (twee vice-presidenten en tien raadsheren) is de grens van de capaciteit voor afdoening van de zaken in haar huidige vorm zo langzamerhand wel bereikt. Voor het parket kan men overigens hetzelfde zeggen.

3 Korte schets van de civiele cassatieprocedure

3.1 Een echt Nederlands fenomeen: twee hoofdprocedurevormen

In Nederland kent men twee typen van de civiele procedure: de ene wordt met een dagvaarding ingeleid en de ander met een aan de rechter gericht verzoekschrift. Het bijzondere van de Nederlandse situatie (in vergelijking tot die in andere landen⁴⁴) is dat de verzoekschriftprocedure van een eenvoudige procedure in extrajudiciële zaken, in de loop van de tijd is uitgegroeid tot een volwaardig equivalent van de dagvaardingsprocedure. Zij wordt onder meer toegepast in praktisch alle zaken van personen- en familierecht (Boek 1 BW) en in andere zaken waarin de wetgever het blijkbaar gewenst acht de rechter grotere vrijheid bij de sturing van het verloop van de procedure en bij de beoordeling van de zaak te geven dan in de meer formele en

41. Wet op de Rechtsbijstand. De aanlegger die gebruik maakt van deze regeling zal overigens zelf, als hij de zaak verliest, het griffierecht van de verweerder hebben te betalen. Dat wordt niet door de rechtsbijstand gedekt.

42. Zie hierna in 8.4.

43. Gegevens in het rapport van de in noot 38 genoemde Commissie-Neleman.

44. Zie W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, 8.5.

formalistische, klassieke dagvaardingsprocedure die nog herinnert aan de procesautonomie van partijen. Overigens valt een duidelijke ratio voor de keuze voor de verzoekschriftprocedure niet aan de wetgeving te ontleen.⁴⁵ Intussen zijn, mede door de hervorming van het civiele procesrecht in 2002, de procedures zozeer naar elkaar toe gegroeid – ook wat betreft de bevoegdheden en taken van de rechter op processueel terrein – dat het ernaar uitziet dat het onderscheid zijn langste tijd heeft gehad en dat binnen afzienbare tijd één procedurevorm zal worden ingevoerd.⁴⁶

De wettelijke regeling van de cassatieprocedure volgt net als de procedure in eerste instantie en appel de tweedeling die ons processtelsel kent. De dagvaardingsprocedure vindt men in art. 407-425 Rv en de rekestprocedure in art. 426-429 Rv. Erg veel verschillen tussen de beide procedurevormen zijn er overigens in cassatie niet. Daarom wordt in dit preadvies verder geen aandacht aan dit onderscheid besteed.

3.2 Een partijproces

In de Nederlandse civiele cassatieprocedure spelen de partijen een zeer belangrijke rol. De procedure wordt (nog) in hoge mate bepaald door de partijen en door de lijdelijkheid van de cassatierechter. Van de in de eerste aanleg zo actief geworden civiele rechter is niets meer terug te vinden. De cassatieklachten – de cassatiemiddelen (art. 407 lid 2 en 426 lid 2 Rv) – van de eisende partij en de door de verweerder eventueel voorgestelde incidentele cassatiemiddelen vormen niet alleen de kern van het proces maar ook de begrenzing van het debat in cassatie en daarmee de grenzen waarbinnen de cassatierechter zijn oordelen moet geven.⁴⁷ Kenmerkend voor een proces met een overheersende rol van partijen en een lijdelijke rechter is het sterk formele karakter. De cassatieprocedure is strak en formeel gereguleerd; aan de termijnen wordt strikt de hand gehouden. Voor een beter begrip daarvan schets ik de procedure in hoofdlijnen.

Tegen een uitspraak van de appelrechter die is gedaan in de dagvaardingsprocedure (arrest) moet het cassatieberoep worden ingesteld door betekening aan de wederpartij van een dagvaarding waarin, op straffe van niet-ontvankelijkheid, de cassatiemiddelen moeten zijn opgenomen. Deze behoeven niet uitvoerig te zijn toegelicht maar moeten wel zo zijn ingericht dat de wederpartij en de Hoge Raad in staat worden gesteld te begrijpen op welke punten de aangevallen uitspraak niet deugt en waarom de appelrechter anders had moeten beslissen dan hij heeft gedaan. De nadere toelichting wordt gegeven in de schriftelijke toelichting (zie hierna).

Na inschrijving van de cassatiedagvaarding op de rol wordt aan de verweerder gelegenheid gegeven vier weken later een conclusie van antwoord te nemen. Die conclusie houdt meestal slechts één zin in van de strekking dat het cassatieberoep moet worden verworpen. Op de in de cassatiedagvaarding opgenomen middelen

45. Interimrapport Een nieuwe balans 2003, 8.5.

46. Zie W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd*, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, en de reactie van de Regering daarop in *Visie op het civiele proces: reactie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht* (hierna verder: *Kabinetsreactie op Eindrapport Uitgebalanceerd*), nr. 61.

47. Zie hierna in par. 7.

wordt verder niet ingegaan. Indien de verweerder zijnerzijds incidenteel cassatieberoep wil instellen, moet hij dat doen bij zijn conclusie van antwoord. Daarin moeten dan de cassatiemiddelen worden vermeld. De eiser krijgt vervolgens eveneens vier weken de tijd voor een (even bondige) conclusie van antwoord in het incidentele beroep. Tot zover verloopt het debat zoals gebruikelijk: conclusies worden na elkaar genomen. Vervolgens wordt een datum bepaald (op dit ogenblik – zomer 2007 – zo'n zeven maanden later) waarop de beide partijen op de rol een schriftelijke toelichting geven. Dat doen zij gelijktijdig, waarna zij veertien dagen krijgen voor repliek en dupliek die eveneens gelijktijdig worden genomen. Dat betekent dat repliek en dupliek de gelegenheid bieden om te reageren op de schriftelijke toelichting van de wederpartij. Die reactie moet echter een beknopte zijn.⁴⁸ Men ziet hier in wezen het model van het pleidooi terug. In dit systeem kan de eiser enigszins op achterstand komen, want eerst uit de schriftelijke toelichting van de verweerder blijkt welk verweer tegen de cassatiemiddelen wordt gevoerd en daarop mag de eiser nog slechts beknopt reageren bij repliek.

In rekestzaken geldt dat het beroep tegen de uitspraak van de appelrechter (beschikking) wordt ingesteld bij verzoekschrift aan de Hoge Raad. Dit heeft in het algemeen niet te worden betekend aan de verweerder; het is de griffie van de Hoge Raad die aan hem een afschrift doorstuurt. Het verzoekschrift moet de cassatiemiddelen bevatten en ook de toelichting daarop, want, anders dan in de dagvaardingsprocedure, is het niet gebruikelijk dat nog schriftelijke toelichtingen worden gegeven, hoewel de Hoge Raad dat wel desverzocht kan toestaan.⁴⁹ De verweerder die de middelen van de verzoeker wil bestrijden moet dat dan ook in zijn verzoekschrift doen. Hij kan in dat verzoekschrift ook incidenteel cassatieberoep instellen door middelen te formuleren. De verzoekende partij krijgt dan nog gelegenheid daarop bij een verzoekschrift in het incidentele beroep te reageren.

Er is eigenlijk geen goede grond meer voor dit onderscheid in procedures. Hoewel het zojuist voor de dagvaardingsprocedure beschreven systeem in de praktijk geen aanleiding tot klachten oplevert, ligt het voor de hand om in het geval dat in de toekomst de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure zouden worden geïntegreerd in één basismodel voor de civiele procedure, het voor de verzoekschriftprocedure geldende stelsel over te nemen en de schriftelijke ronde te laten bestaan uit een toegelicht cassatiemiddel in het inleidende stuk (verzoekschrift dan wel dagvaarding) en een gemotiveerd verweer in het antwoord, met een beknopte tweede ronde in de vorm van een re- en dupliek na elkaar en niet meer gelijktijdig. Toelichting van de in het middel aangevoerde klachten in het inleidende stuk werkt bij de verzoekschriftprocedure goed en stuit niet (meer) op onoverkoomlijke bezwaren. Voor de dagvaardingsprocedure geldt dat de steller van het cassatiemiddel doorgaans deze uitvoerig aan (de correspondent van) de eisende partij zal hebben verantwoord, welke toelichting dan reeds voorhanden is en evengoed aan de Hoge Raad kan worden voorgehouden.

48. HR 7 januari 1994, NJ 1994, 319; HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 (m.nt. EJD); HR 22 september 1995, NJ 1997, 418 (m.nt. CJHB).

49. Dat gebeurt nogal eens in ingewikkelde rekestzaken, zoals die betreffende het ondernemingsrecht.

Het voorgaande laat zien dat het mondelinge debat in cassatie bijna geheel is verdwenen. Er wordt nauwelijks meer gepleit (misschien gemiddeld een keer per jaar). De zaken worden in de regel geheel schriftelijk afgedaan. De achtergrond hiervan is de groeiende werklast van de Hoge Raad. Doordat het aantal zaken bij de civiele kamer in de jaren zeventig sterk steeg, nam ook de termijn waarop pleidooi werd bepaald sterk toe (tot meer dan een jaar). De praktijk is toen ontstaan om niet meer mondeling te pleiten maar te volstaan met het uitwisselen van pleitnota's. Die praktijk heeft in 1986 in de wet⁵⁰ erkenning gevonden en sedertdien worden in dagvaardingszaken schriftelijke toelichtingen uitgewisseld – ook indien de verwerende partij in cassatie niet is verschenen pleegt de eisende partij het cassatiemiddel in een schriftelijke toelichting toe te lichten; deze worden vaak gevolgd door een eveneens gelijktijdige schriftelijke re- en dupliek waarin op de schriftelijke toelichting van de andere partij wordt gereageerd. De wettelijke regeling en de wijze waarop de Hoge Raad daaraan toepassing geeft, voldoen in het algemeen aan de eisen die door de rechtspraak van het EHRM op de voet van art. 6 lid 1 EVRM op het punt van het recht op een 'oral hearing' worden gesteld.⁵¹ Er bestaat bij de partijen weinig behoefte aan een mondelinge behandeling van de zaak en als erom wordt verzocht, pleegt het verzoek te worden toegestaan (tenzij een mondelinge behandeling voor de beoordeling van de zaak volkomen zinloos zou zijn⁵²). Dat de verregaande schriftelijke behandeling en afdoening van de procedure veel kostbare tijd bespaart en in het licht van de werkbelasting niet te vermijden is, staat buiten kijf, maar de vraag blijft of dit, gezien vanuit het perspectief van de positie van de hoogste rechter in de maatschappij, wel zo'n wenselijke ontwikkeling is. Door de afwezigheid van openbare zittingen (behoudens de wekelijksse rolzitting) blijft de civiele kamer van de Hoge Raad een nogal anoniem gezelschap zonder een duidelijk gezicht. En verder kan het partijdebat bij een mondelinge behandeling aan helderheid winnen, mede doordat interactie kan ontstaan tussen de raadslieden van partijen en tussen dezen en de leden van de kamer en de aanwezige advocaat-generaal, met als gevolg dat de kern van de in cassatie levende vragen beter kan worden opgespoord en minder relevante klachten dadelijk als zodanig zouden kunnen worden ter zijde gesteld of zelfs inge-

50. Wet van 21 mei 1986, Stb. 1986, 285, art. 408a Rv.

51. Zie recent EHRM 31 juli 2007 (Rizhamadze/Georgia), 2745/03:

'35. The Court recalls that the entitlement to a 'public hearing' in Article 6 § 1 necessarily implies a right to an 'oral hearing'. However, the obligation under Article 6 § 1 to hold an oral hearing is not an absolute one. Thus, the absence of such a hearing may be compatible with the requirements of Article 6 when the issue which is to be decided raises no questions of fact or law which cannot be adequately resolved on the basis of the case file and the parties' written observations (see, *mutatis mutandis*, *Fredin v. Sweden* (no. 2), judgment of 23 February 1994, Series A no. 283-A, pp. 10-11, §§ 21-22; *Fischer v. Austria*, judgment of 26 April 1995, Series A no. 312, pp. 20-21, § 44).

36. The Court further recalls that, in proceedings before a court of first and only instance, there is normally a right to an oral hearing (see, *Håkansson and Stureson v. Sweden*, judgment of 21 February 1990, Series A no. 171-A, p. 20, § 64). However, the absence of a hearing before a second or third instance may be justified by the special features of the proceedings at issue, provided a hearing has been held at first instance (see, for instance, *Helmens v. Sweden*, judgment of 29 October 1991, Series A no. 212-A, p. 16, § 36)'.
'

52. Daarvan was klaarblijkelijk naar het oordeel van de Hoge Raad sprake in HR 20 april 2001, NJ 2001,351, met verwijzing naar EHRM 19 februari 1996 (Botten/Noorwegen), Reports 1996-I no. 2, p. 123, en EHRM 19 februari 1998 (Allan Jacobson/Zweden), Reports 1998-I, no. 63, p. 154.

trokken. Hoewel een en ander voor een groot aantal zaken niet (ten volle) zal opgaan, zou het wel eens kunnen zijn dat de beslissing in meer ingewikkelde zaken qua tijdsbeslag, kwaliteit en leesbaarheid gebaat zou zijn met een mondelinge behandeling. Ik heb een beetje het gevoel dat destijds het kind met het badwater is weggegooid.

Dat voor de Hoge Raad het partijdebat ook in ander opzicht van groot belang is, lijkt me onomstreden. Men zou kunnen menen dat hij genoeg heeft aan de cassatiemiddelen en de bestreden uitspraak zodat hij niet hoeft te letten op wat van de kant van de verweerder wordt aangevoerd ter bestrijding van die middelen en ter verdediging van de aangevallen uitspraak. Niets is echter minder waar. Uiteraard is de Hoge Raad ook bij verstek van de verweerder in staat de middelen te beoordelen, maar ook in cassatie blijft het proces een proces van de partijen aan weerszijden en is het van belang dat de cassatierechter, om evenwichtig te kunnen oordelen, ook kan kennisnemen van het standpunt van de verweerder met betrekking tot de bestreden uitspraak. Het moge zo zijn dat voor zuivere rechtsoordelen en de zuivere rechtsklachten de Hoge Raad niet afhankelijk is van de rechtsopvattingen van de partijen en dus los van die opvattingen de cassatiecontrole kan uitoefenen, maar ook dan bestaat vaak, met name met het oog op het inschatten en waarderen van de bij de regel betrokken conflicterende belangen, de sterke behoefte aan voorlichting daarover van beide partijen. Zulke rechtsvragen vinden meer dan eens hun oorsprong in een gerezen dilemma bij de toepassing van het bestaande recht en de cassatierechter zal zijn taak beter kunnen uitoefenen wanneer hij door het partijdebat beter inzicht heeft gekregen in de aard en de verschillende aspecten van het dilemma. En voor de overige klachten, waarbij feitelijke elementen een rol spelen en de interpretatie van de oordelen van de appelrechter meer op de voorgrond staat, ondervindt de Hoge Raad evenzeer steun in het partijdebat daarover. De rol die de feiten in de bestreden oordelen van de appelrechter hebben gespeeld kan toch eigenlijk alleen maar goed verduidelijkt worden door de partijen zelf die de procedure voor die rechter hebben gevoerd.

Tenslotte geldt – en dat wordt nog wel eens over het hoofd gezien bij beschouwingen over het werk van de Hoge Raad – dat goed gedocumenteerde schriftelijke toelichtingen een onmisbare steun zijn bij – in deze volgorde – het werk van de medewerker van het wetenschappelijk bureau die de conclusie voorbereidt, de advocaat-generaal die deze schrijft, en de leden van kamer die de zaak behandelen en uiteindelijk beslissen.

Samenvattend kunnen we zonder overdrijving zeggen dat evenals in de feitelijke instanties, het contradictoire karakter van de civiele cassatieprocedure een eigen en belangrijke functie heeft in de voorbereiding van de beslissing en dat dit karakter als waarborg voor een deugdelijke rechtspraak ook in cassatie niet goed gemist kan worden.

4 De cassatierechtspraak

4.1 Appelrechtspraak en de rechtspraak in cassatie

Het hoger beroep in Nederland dient niet alleen om fouten van de rechter in eerste aanleg te corrigeren – de controlefunctie van het hoger beroep. Het biedt ook een tweede kans aan partijen, de functie van ‘herkansing’. De appellante wil zijn zaak nog eens beoordeeld zien, hij wil als het ware een ‘second opinion’. Daarbij kan hij niet alleen in ruime mate zijn eventueel in eerste aanleg begane fouten of nalatigheden herstellen maar eveneens de inhoud en grondslag van zijn verweer wijzigen. Aan dit laatste zijn wel grenzen gesteld maar die hebben in de praktijk niet zo heel veel betekenis omdat de appelrechter de sterke neiging heeft zulke wijzigingen toe te laten, mits ze zo tijdig in hoger beroep plaatsvinden dat de wederpartij voldoende gelegenheid heeft erop te reageren. Voorstellen die recent zijn gedaan (onder andere in het kader van de fundamentele herbezinning op het Nederlandse civiele procesrecht)⁵³ om deze ruimhartige mogelijkheden tot herkansing in appel te beperken en meer de nadruk te leggen op controlefunctie, zijn met weinig enthousiasme ontvangen. Het ziet er niet naar uit dat die voorstellen binnen afzienbare tijd in wetgeving zullen worden omgezet.⁵⁴ Het hoger beroep blijft dus in wezen een volwaardige tweede feitelijke instantie, met dien verstande dat de mogelijkheden tot debat (althans op papier) wat beperkter zijn dan in eerste aanleg.⁵⁵

De cassatie-instantie is op de keper beschouwd nauw verbonden met de vorige instanties. Nog in sterkere mate dan geldt voor het hoger beroep, waarin wat in de eerste aanleg is voorgevallen en beslist het uitgangspunt biedt voor de beoordeling, vormen de vorige instanties de basis waarop de cassatiebeoordeling plaatsvindt. De Hoge Raad is immers als cassatierechter in principe gebonden aan beslissingen die door de Hoge Raad als ‘feitelijk’ worden aangemerkt. Ik zet dat woord tussen aanhalingstekens om er al meteen mee aan te geven dat het begrip ‘feitelijk’ in cassatie een betekenis heeft die niet helemaal samenvalt met wat daaronder in het gewone juridische spraakgebruik pleegt te worden verstaan en die bovendien in hoge mate door de Hoge Raad zelf wordt afgebakend. Voor een goed begrip van de Nederlandse civiele cassatierechtspraak is dit laatste van groot belang. Het relateert het principiële onderscheid in het cassatiestelsel tussen ‘feitelijke’ en ‘rechts’beslissingen. Daarbij moet worden aangetekend dat de Hoge Raad dat onderscheid gebruikt als

53. *Interimrapport Een nieuwe balans*, 10.6.3; *Eindrapport Uitgebalanceerd*, 9.1.4.4-9.1.4.7; F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken*, diss. UvT 2005, Deventer: Kluwer 2005, 7.2.2.

54. Kabinetsreactie op *Eindrapport Uitgebalanceerd*, nr. 86-88.

55. In de werkelijkheid zijn ook de mogelijkheden tot debat in eerste aanleg sedert de partiële hervorming van het civiele procesrecht van 2002, sterk beperkt door de nadruk die is komen te liggen op de mondelinge behandeling van de zaak na één schriftelijke ronde. Dat was al zo in de procedure die aanvangt met een verzoekschrift (verzoekschriftprocedure) maar is thans de facto ook het geval in de dagvaardingsprocedure door de centrale plaats die de comparitie van partijen daarin is gaan vervullen doordat zij meestal direct na het antwoord van de gedaagde plaatsvindt en daarna niet meer wordt gevolgd door een verder schriftelijk debat of pleidooi. Pleidooi is in eerste aanleg een zeldzaamheid geworden.

een instrument om, naar gelang hij dat nodig oordeelt, zichzelf meer of juist minder beoordelingsvrijheid te verschaffen.

4.2 De twee functies van de cassatierechtspraak

4.2.1 Rechtsbescherming en de bevordering van rechtsontwikkeling en rechtseenheid

Men kan twee functies van de rechtspraak van de hoogste rechter onderscheiden.⁵⁶ De eerste functie is controle van de lagere rechtspraak door de beoordeling of de beslissingen van de lagere rechters procedureel juist tot stand zijn gekomen en inhoudelijk in overeenstemming zijn met het geldende recht. Men (ook de Hoge Raad zelf) spreekt in dit verband van de rechtsbeschermingsfunctie. Hierin verschilt de cassatierechter niet wezenlijk van de appelrechter, zij het dat de uitoefening van die functie aan meer beperkingen is onderworpen dan in hoger beroep. Het accent bij de uitoefening van deze functie ligt op de berechting van de individuele zaak. De tweede functie die de cassatierechtspraak heeft is het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Hierin onderscheidt de hoogste rechter zich wel duidelijk van de lagere rechters. De precedentwerking van zijn uitspraken is immers zeer krachtig.

Duidelijk zal zijn dat de beide functies niet van elkaar vallen te scheiden en dat zij ten nauwste samenhangen. Maar dat wil nog niet zeggen dat, gelet op de beheersing van de werkdruk van de Hoge Raad, het niet noodzakelijk zou zijn zich te bezinnen op de vraag op welke functie de Hoge Raad de nadruk zou moeten leggen. In Nederland loopt hierover al enige tijd een discussie. Uit art. 81 RO zou men kunnen afleiden dat naar de opvatting van de wetgever vooral de tweede functie prevaleert. Het artikel geeft de Hoge Raad namelijk de bevoegdheid zijn uitspraken niet te motiveren 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'. Hij kan zich dan in zijn motivering beperken tot dit oordeel. Op deze bevoegdheid komen we nog terug (8.4). Ook in de literatuur is verdedigd dat de Hoge Raad zich vooral op de bevordering van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling zou moeten concentreren.⁵⁷ De individuele rechtsbescherming zou een specifieke taak zijn van de feitenrechters en dan meer in het bijzonder de gerechtshoven als appelcolleges.

Het is ontegenzeggelijk zo dat de procespartijen het cassatieberoep vooral beschouwen als een derde ronde waarin ook weer het gelijk krijgen centraal staat. Dat betekent dat heel wat cassatieberoepen worden aangebracht waarin de 'individuele' gerechtigheid (misschien beter: genoegdoening) de inzet is. Partijen hebben doorgaans niet veel belang bij de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling; zij zijn immers alleen bereid de kosten te dragen als ze menen er zelf beter van te worden. Het gevolg is dat nogal wat cassatieberoepen weinig te maken hebben met de rechts-

56. Zie hierover nader Interimrapport Een nieuwe balans, 10.7 en Eindrapport Uitgebalanceerd, 9.3.4.2-3.

57. Interimrapport Een nieuwe balans, 10.14.

eenheid en de rechtsontwikkeling, maar meer met de afdoening van de individuele zaak.

Na twee feitelijke instanties rijst echter de vraag of daarop in cassatie nog het accent moet liggen en bij velen bestaat de neiging die vraag in ontkennende zin te beantwoorden. De Hoge Raad is er niet voor om de zaak in derde instantie te berechten maar primair voor de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid, hoort men dan. Het is een aantrekkelijke gedachte, vooral als men het oog heeft op de toenemende werkdruk en een beleid dat erop gericht moet zijn de werkdruk te verminderen. En met dat oogmerk van de regulering van de werkdruk is dan ook in de jaren tachtig het al genoemde art. 81 RO ontstaan als een alternatief voor een verlossysteem. Verlossystemen in het buitenland zijn ook gebaseerd op de gedachte dat de hoogste rechter er niet is voor trivialiteiten maar om belangrijke zaken en principiële rechtsvragen te beslissen. Het is moeilijk kiezen maar uiteindelijk zal moeten worden aanvaard dat de Hoge Raad er weliswaar ook voor het keren van onrecht in individuele zaken is, maar dat het dan wel om beslissingen moet gaan die, ook vanuit een algemeen oogpunt van deugdelijke rechtspraak – een maatschappelijk belang – niet in stand gelaten moeten worden. Ook zaken van algemeen maatschappelijk belang horen bij de Hoge Raad thuis: toetsing van de rechtsoordelen in de uitspraken van lagere rechters in zulke zaken is dan ook immers zo'n belang. Voor het overige moeten de zorg voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling prevaleren.

Bij dit accent op de rechtseenheid en rechtsontwikkeling kan men zich afvragen of het cassatiestelsel de Hoge Raad eigenlijk wel voldoende mogelijkheden biedt om zijn taken op dat terrein goed te vervullen. Als zoveel afhangt van wat partijen (willen) aanbrengen, wordt de rechtspraak dan niet gekenmerkt door toevalligheden? Zou er niet meer activiteit moeten worden ontwikkeld door de Hoge Raad om rechtsvragen naar zich toe te trekken?⁵⁸ Hierna zullen we enkele voorstellen doen om de Hoge Raad meer armslag te geven binnen het bestaande kader van de cassatierechtspraak, zoals een ruimere omgang met feitelijke waarderings- en ambts-halve cassatie. Maar hier doet zich met name de vraag voor of niet een middel moet worden gegeven om het opwerpen van rechtsvragen te stimuleren.

4.2.2 Cassatie in het belang der wet

Art. 78 RO en art. 111 lid 2 onder c RO geven de procureur-generaal bij de Hoge Raad de bevoegdheid cassatie in te stellen 'in het belang der wet'.⁵⁹ Het doel van dit buitengewone rechtsmiddel is vooral de bevordering van de rechtsontwikkeling en

58. Zie hierover J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', NJB 2000, p. 1-5, waarover kritisch W.E. Haak, 'Rechtsvorming door de hoogste rechter, toeval of beleid?', NJB 2000, p. 713-714; J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten. Verslag van een experiment*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 4-14 waar (wat Vranken betreft: andermaal) krachtig voor verandering wordt gepleit. Ook J.M. Barendrecht, 'Door muren kijken, suggestie voor hervorming van de civiele cassatierechtspraak', NJB Themanummer *De Hoge Raad aan het Spaarne*, NJB 2002, p. 298-299, is voorstander van meer bewuste 'aansturing' van rechtsvorming.

59. Zie hierover in het bijzonder W.H.B. den Hartog Jager, *Cassatie in het belang der wet*, diss. VU 1994, Arnhem: Gouda Quint 1994.

van de rechtseenheid. Indien bijvoorbeeld verschillende rechters in het land tegenstrijdige uitspraken doen over eenzelfde rechtsvraag kan de procureur-generaal een beslissing van de Hoge Raad uitlokken door van een van zulke uitspraken cassatie in het belang der wet in te stellen. Soms geeft de wet met zoveel woorden aan dat geen rechtsmiddelen tegen een beslissing open staan maar alleen cassatie in het belang der wet.⁶⁰

De procureur-generaal stelt in civiele zaken slechts zeer sporadisch (een of twee keer per jaar) cassatie in het belang der wet in.⁶¹ Het instellen van cassatie in het belang der wet gebeurt vrijwel altijd op grond van een verzoek⁶² dat de procureur-generaal bereikt; soms doet hij dat op eigen initiatief. Geconstateerd mag worden dat dit rechtsmiddel blijkbaar niet echt functioneert als aanjager van de beantwoording van rechtsvragen door de Hoge Raad. Een hoofdbezwaar tegen deze weg is ook dat partijen niet bij de behandeling van het beroep worden betrokken, zodat bij gebreke van debat, de exercitie het meeste lijkt op droogzwemmen. Voor de Hoge Raad geen ideale bezigheid.

4.2.3 Prejudiciële vragen

Dat is anders bij een middel dat nog niet bestaat maar mijns inziens serieuze overweging verdient, te weten de mogelijkheid voor feitenrechters prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Het eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht pleit daarvoor.⁶³ In België is die mogelijkheid geïntroduceerd met de Wet tot bescherming van de economische mededinging van 10 juni 2006.⁶⁴ Om sneller bij de Hoge Raad terecht te komen voor de beantwoording van een in een proces opgeworpen rechtsvraag, kunnen partijen een feitelijke instantie overslaan. Zij kunnen de eerste aanleg overslaan en via prorogatie bij de appelrechter, het gerechtshof, beginnen (art. 329 Rv) dan wel direct van het vonnis van de rechtbank in cassatie gaan door het hoger beroep over te slaan: sprongcassatie (art. 398 onder 2 Rv). Hiertoe is echter steeds de medewerking van de beide partijen nodig. Een andere versnellingsmogelijkheid, te weten het door de appelrechter openstellen van tussentijds cassatieberoep van een tussenuitspraak met een beslissing over de rechtsvraag, stelt eveneens de beantwoording van de rechtsvraag door de Hoge Raad afhankelijk van partij-activiteit. Daarom verdient het aanbeveling de rechter de

60. Zie bijvoorbeeld voor het burgerlijk recht: art. 2:111 lid 3 en 221 lid 3 BW (machtiging bijeenroeping algemene vergadering van aandeelhouders NV en BV); art. 282 en 360 Fw (rechterlijke beslissingen in de surséance van betaling respectievelijk schuldsanering natuurlijke personen); art. 824 lid 1 Rv (voorlopige voorzieningen in scheidingszaken). Zie voor het arbitragerecht (art. 1070 Rv) HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 630. Zie voor andere voorbeelden Den Hartog Jager 1994, nr. 3-33.

61. Zie laatstelijk Hoge Raad der Nederlanden, Verslag 2005 en 2006, p. 158 e.v.

62. Blijkens het in de vorige noot vermelde verslag (p. 155) gaat het om enkele tientallen verzoeken per jaar.

63. Eindrapport Uitgebalanceerd, 9.3.4.6 onder c. In het tussenrapport was dit al voorgesteld. De regering heeft in de Kabinetsreactie niet dadelijk afwijzend gereageerd op dit voorstel; de Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht was in haar advies van 12 mei 2006 onder 16 (c) wel kritisch. Kritisch ook F.B. Bakels, in M. Ynzonides, P. Ingelse en F.B. Bakels, Beschouwingen over het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 54-55.

64. Zie art. 72 en 73 van de Wet van 10 juni 2006, gecoördineerd op 15 september 2006, BS 29.IX.2006.

mogelijkheid te geven prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen.⁶⁵ De bezwaren die hiertegen zijn ingebracht, zijn vooral praktisch van aard: vertraging van de procedure, onvolledigheid en veranderlijkheid van het feitencomplex, de gebondenheid van de Hoge Raad aan zijn antwoord en de dreiging van overbelasting van de Hoge Raad. De gebondenheid van de Hoge Raad spreekt vanzelf, anders zou het stellen van prejudiciële vragen zinloos zijn. En voor het overige zijn de bezwaren zeker oplosbaar. Men kan, zoals in het eindrapport van de Fundamentele herbezinning wordt voorgesteld, de mogelijkheid om vragen te stellen voorbehouden aan de appelrechter. Dat is al een rem en bovendien gaat het bezwaar van de onvolledigheid en veranderlijkheid van het feitencomplex minder op omdat in appel de feiten al meer vaststaan dan in eerste aanleg. Daarnaast kan men het stellen van prejudiciële vragen onderwerpen aan een restrictief criterium dat erop neer komt dat een gewoon cassatieberoep niet kan worden afgewacht.⁶⁶ Een zeer belangrijk argument om de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen open te stellen is mijns inziens dat de Hoge Raad, buiten het cassatiesysteem met al zijn beperkingen, door de lagere rechter rechtstreeks gevraagd wordt een rechtsvraag te beantwoorden. Er behoeven geen cassatiemiddelen te worden geformuleerd en men voorkomt dat de zaak na vernietiging overgedaan moet worden en dan ook nog bij een ander appelhof. Vermoedelijk worden zo veel tijd en kosten bespaard. Winst voor de rechtsvinding, zou men kunnen zeggen.

Het spreekt vanzelf dat de procedure ruimte moet bieden aan de partijen om zich bij de Hoge Raad over de beantwoording van de rechtsvraag uit te spreken en dat het parket bij de Hoge Raad gelegenheid krijgt te concluderen.

4.3 De cassatiegronden

Art. 79 RO noemt twee gronden voor cassatie: (a) verzuim van vormen, voorzover de niet-inachtneming daarvan uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm, en (b) schending van het Nederlandse recht. Zouden wij deze gronden, die berusten op een achterhaald onderscheid tussen het materiële recht en de (formele) procesregels, nu opnieuw formuleren dan zouden wij het bij het laatste, schending van het recht, kunnen laten, omdat de vormen waarop de wet doelt, de procesregels, ook tot het recht behoren. En tot die procesregels behoort dat de rechter zijn uitspraak motiveert (art. 121 Gw, art. 5 lid 1 RO en art. 30 en 230 Rv). De Hoge Raad heeft de motiveringscontrole echter ondergebracht bij de cassatiegrond (a), verzuim van vormen. Principiële betekenis moet daaraan, naar ik meen, thans niet meer worden

65. In de enorme hoeveelheid Dexia-zaken die zich heeft opgehoopt bij de rechtbanken en waarin niet alle partijen bereid waren of zijn in een van de procedures snel door te gaan naar de Hoge Raad zou het stellen van prejudiciële vragen door de rechter een oplossing zijn.

66. Vgl. Eindrapport *Uitgebalanceerd*, p. 168, noemt als criterium dat er zodanige twijfel over de beantwoording van de rechtsvraag bestaat (omdraaiing van de uitzondering van *acte clair* of *éclairé*) dat het om een beslissing te kunnen geven noodzakelijk is dat de Hoge Raad de gestelde rechtsvraag beantwoordt en ook een tussentijds cassatieberoep niet kan worden afgewacht. De Adviescommissie kon zich geen geval bedenken (hiervoor in noot 61), maar het stellen van vragen teneinde bewijislevering of deskundigenonderzoek te voorkomen heeft zeker zin.

gehecht.⁶⁷ Veel belangrijker is de manier waarop de Hoge Raad die controle uitvoert, want die hangt samen met zijn taakopvatting.

4.4 Recht

Ik zal hier niet uitweiden over wat recht is in de zin van art. 79 RO.⁶⁸ Daarover bestaat niet veel onenigheid. Naast allerlei overheidsregelgeving (wetten, verordeningen van lagere overheden), het EU-recht en (ander) verdragenrecht, rekent de Hoge Raad ook beleidsregels van de overheid tot recht. Het zijn 'door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid vastgestelde en behoorlijk bekend gemaakte regels omtrent de uitoefening van zijn beleid, die weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar die het bestuursorgaan wel op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur binden, en die zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast'.⁶⁹ Op grond daarvan vallen ook landelijke procesregelingen die door rechterlijke instanties zijn vastgesteld en gepubliceerd ('rechtserregelingen') onder het recht, zodat de Hoge Raad via uitleg van de regels en toetsing daaraan van processuele beslissingen, het procesrecht kan sturen.⁷⁰ In dit verband moet erop worden gewezen dat ook 'soft law' bij de rechtstoetsing steeds meer een rol lijkt te gaan spelen. Dat is geen recht in de zin van art. 79 RO maar wel, ik noem voorbeelden, (i) 'gewoonterecht' in branchebreed gehanteerde algemene voorwaarden of niet algemeen verbindend verklaarde CAO's, (ii) in Nederland algemeen levende rechtsovertuiging, neergelegd in gedragscodes, zoals de in Nederland algemeen aanvaarde inzichten omtrent voor corporate governance in de Code-Tabaksblad waarmee (mede) uitwerking is gegeven aan de redelijkheid en billijkheid binnen de rechtspersoon (art. 2:8 BW) en de behoorlijke taakvervulling van bestuurders van de rechtspersoon (art. 2:9 BW),⁷¹ of zorgplichten zoals neergelegd in medische protocollen die uitwerking geven aan de algemene medische zorgvuldigheidsnorm voor een goed hulpverlener (art. 7:453).

Art. 79 RO sluit van het begrip 'recht' uit het recht van vreemde staten. De wetgever heeft niet gewenst dat de Hoge Raad uitspraken zou toetsen op de juistheid van uitleg en toepassing van vreemd recht.⁷² Dat wil echter niet zeggen dat buitenlands

67. Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 119.

68. Zie Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 74-84.

69. Zie onder meer HR 28 maart 1990, NJ 1991, 118 (m.nt. MS); AA 1990, p. 464 (m.nt. J.W. Zwemmer).

70. Zie HR 28 juni 1996, NJ 1997, 495 (m.nt. HJS); HR 4 april 1997, NJ 1998, 220 (m.nt. HJS). Over rechtserregelingen: K. Teuben, *Rechtserregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, Deventer: Kluwer 2005. Ik signaleer hier de, mijns inziens positief te beantwoorden, vraag of de Hoge Raad, althans informeel door middel van zijn leden, betrokken moet zijn bij de totstandkoming van zulke rechtserregelingen. De toetsing in cassatie en de daarmee gepaard gaande afstand die de Hoge Raad ten opzichte van rechtserregelingen in acht moet nemen, staan er niet aan in de weg, zou ik menen, dat de expertise die in de Hoge Raad aanwezig is wordt ingebracht in het overleg binnen de rechterlijke macht dat aan het scheppen van zulke regels voorafgaat.

71. De Corporate Governance Code opgesteld door de commissie-Tabaksblad. Zie voor een toepassing HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (m.nt. J.M. Maeijer) (ABN Amro). Maeijer is overigens nogal terughoudend ten aanzien van de vraag of een dergelijke code recht kan opleveren.

72. Zie hierover uitvoerig Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 85-88.

recht niet in algemene zin recht zou zijn. Waar bijvoorbeeld de rechter ingevolge art. 25 Rv verplicht is ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen is steeds aangenomen dat daar ook onder valt het buitenlandse recht.⁷³ Art. 67 en 68 Rv geven de rechter zelfs een mogelijkheid om met het oog daarop zelf inlichtingen in te winnen over buitenlands recht. Dit is met name van belang als de rechter op grond van regels van internationaal privaatrecht buitenlands recht heeft toe te passen.⁷⁴

4.5 Vormverzuim – motiveringscontrole

De Hoge Raad heeft de (algemene) motiveringsplicht nader inhoud gegeven door medio jaren negentig van de vorige eeuw een algemeen criterium te formuleren: een rechterlijke beslissing moet tenminste zodanig worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.⁷⁵ Daarnaast heeft de Hoge Raad voor bepaalde categorieën beslissingen bijzondere motiveringseisen gesteld.⁷⁶

Het lijkt een beetje een hoogdravende formule, vooral dat ‘aanvaardbaar’ maken voor partijen, want de verliezende partij zal meestal de uitspraak niet aanvaardbaar vinden maar zich er nolens volens bij neerleggen. Echter, afgezien hiervan, wil de Hoge Raad terecht de grondwettelijke plicht van de rechter tot legitimatie van het rechterlijk oordeel ermee tot uitdrukking brengen. Onder de hier bedoelde aanvaardbaarheid wordt dan ook mede verstaan dat de motivering van het bestreden oordeel voor de Hoge Raad ‘aanvaardbaar’ (gelegitimeerd) is tegen de achtergrond van de rechtsstrijd van partijen en in het licht van hetgeen zij daarvoor in de feitelijke instanties hebben aangevoerd in hun gedingstukken.

Het ‘controleerbaar’ heeft in de rechtspraktijk meer betekenis. Voor partijen is de controle van belang voor de beoordeling of het instellen van een rechtsmiddel zin heeft. Voor de hogere rechter die wordt geconfronteerd met bezwaren tegen de uitspraak biedt de formule een algemene basis. In het bijzonder de cassatierechter vindt er een basis in om de motiveringscontrole zonodig uit te breiden, wat ook later heeft plaatsgevonden.⁷⁷

Men kan ruwweg de motiveringsgebreken als volgt onderscheiden: (i) rekenfouten en vergissingen, (ii) algemene redeneerfouten (denkfouten): onlogische en lapidaire redeneringen, onlogische of onvoldoende logisch gefundeerde conclusies uit de stellingen of stukken van partijen, uit de gestelde of vastgestelde feiten of door de

73. Zie bijvoorbeeld HR 22 februari 2002, NJ 2003, 483 (m.nt. PV). Zie verder Burgerlijke Rechtsvordering (Asser) Bewaarband Boek 1 (oud), art. 48, aant. 5, p. I-78a, met gegevens; Asser Procesrecht/ Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 86.

74. Over de ambtshalve toepassing van verwijzingsregels gaan HR 3 september 1999, NJ 2001, 405 (m.nt. ThMdB) en het ingewikkeld ogende arrest HR 23 februari 2001, NJ 2001, 431 (m.nt. ThMdB en JBMV).

75. HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 (m.nt. DWFV).

76. Zie daarvoor Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 127.

77. Bijvoorbeeld: HR 7 april 1995, NJ 1997, 21 (m.nt. EAA) (faillietverklaring); HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 (bewijsoordeel); HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171 (m.nt. MS) (vaststelling omvang schade).

rechter gevolgdde redeneringen, kortom het non sequitur, (iii) 'juridische' motiveringsgebreken: het niet duidelijk maken op basis van welke feiten de rechter de rechtsgevolgen heeft vastgesteld die tot zijn beslissing leiden, het onbesproken laten van feitelijke stellingen van partijen waarmee, als zij juist zouden zijn, de beslissing niet valt te verenigen (de 'essentiële stellingen'). Deze categorieën – vooral (ii) en (iii) – overlappen elkaar vaak. Cassatiejargon in dit verband – met name bij deze categorieën – is het gebruik van het woord 'onbegrijpelijk'. Een uitspraak wordt vernietigd omdat de gedachtegang in de gegeven motivering door het ontbreken van enige nadere motivering oncontroleerbaar is en daarmee onbegrijpelijk – lees: onaanvaardbaar – is,⁷⁸ of zij wordt in stand gelaten omdat die gedachtegang of gevolgtrekking zonder verdere motivering 'niet onbegrijpelijk' (en soms 'geenszins onbegrijpelijk', of positiever: 'begrijpelijk' en zelfs 'alleszins begrijpelijk') is. Dat gebruik vloeit voort uit de afstand die de Hoge Raad door de toetsing van de aanvaardbaarheid houdt tot de motivering van de lagere rechter aan wie waarderdingen van feitelijke aard nu juist zijn voorbehouden. Hij geeft dan ook meestal geen direct oordeel over de feitelijke juistheid daarvan, want daarmee zou hij in zijn ogen te veel gaan zitten op de stoel van de feitenrechter.

Als men, zoals ik meen, in de cassatierechtspraak het accent zou moeten leggen op de bevordering van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid, dan zou de Hoge Raad wat restrictiever moeten omgaan met zijn motiveringscontrole. Het is een beetje gênant om, zoals nu praktijk is, de partijen te dwingen in cassatie te gaan om de categorie (i) (rekenfouten en vergissingen) te laten herstellen. Daarom is er veel voor te zeggen de mogelijkheid die door art. 31 Rv wordt gegeven kennelijke fouten die zich voor eenvoudig herstel lenen te laten verbeteren door de rechter die ze heeft gemaakt, wat te verruimen. De Hoge Raad kent zichzelf die verruiming toe omdat tegen zijn eigen uitspraken geen rechtsmiddel meer openstaat,⁷⁹ maar men kan dit ook over de hele linie toestaan, zonder meteen de eerlijke en onpartijdige rechtspraak in gevaar te brengen. Bepaalde gevallen van categorie (ii), die evident berusten op weeffouten in het concept van de uitspraak, kunnen daar ook onder vallen.⁸⁰

Dan blijven de motiveringsgebreken van de categorie (ii) en (iii) over die de kern-taak van de rechter en van de Hoge Raad direct raken: de beoordeling van vordering en verweer en de door de partijen daarvoor gestelde grondslagen, welke beoordeling leidt tot het onderzoek naar, en de vaststelling van, de feiten en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen waarop de beslissing is gebaseerd. Dit is de motiveringscontrole die in dienst staat van de inhoudelijke toetsing van de beslissing. In dit verband

78. Inzoverre liggen de in de standaardformulering voor de algemene motiveringsplicht gestelde eisen van controleerbaarheid en aanvaardbaarheid dus in elkaars verlengde.

79. Zie bijvoorbeeld het geval waarin het uitgesproken arrest van de Hoge Raad afweek van het in raadkamer vastgestelde arrest. Dat leende zich voor eenvoudig herstel als bedoeld in art. 31 Rv, HR 13 februari 2004, NJ 2004, 459 (m.nt. JBMV); JBPr 2005, 6 (m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk). Nogal ver gaat ook HR 1 september 2006, JOL 2006, 479.

80. In deze zin Eindrapport Uitgebalanceerd, 9.3.4.2. De kritiek van de Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht (16 a) en die van de Regering in de Kabinetsreactie (102) is dat het voorstel tot een restrictiever omgaan met motiveringsklachten het belang van de motiveringsklachten bij de rechtsvorming miskent. Maar dat raakt het betoog niet, omdat hier niet de motiveringsklachten aan de orde zijn die de rechtsklachten ondersteunen en aanvullen. Ook Bakels 2006, p. 51-53, is kritisch.

ondersteunt de motiveringscontrole de materiële toetsing (de toetsing van de rechts-toepassing door de rechter). Een niet te volgen gedachtegang verraadt vaak een verkeerde rechtsopvatting. Een lapidaire motivering suggereert dat de rechter de volgens het recht in acht te nemen afwegingsfactoren niet allemaal heeft meegewogen. Deze functie van de motiveringscontrole wordt goed geïllustreerd door het frequent gebruik van de ‘vork’-motivering in uitspraken van de Hoge Raad wanneer uit de bestreden uitspraak niet zonder meer valt op te maken welke maatstaf de appelrechter heeft aangelegd danwel waarom hij op grond van deze maatstaf in de gegeven omstandigheden tot zijn oordeel is gekomen. Zo ziet men in gevallen waarin in het licht van de toepasselijke rechtsregels de beslissing van de rechter niet valt te verklaren, dat de Hoge Raad de beslissing vernietigt met de motivering dat het hof hetzij heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting hetzij (indien het wel is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting) zijn beslissing niet voldoende heeft gemotiveerd.

5 Feiten en de cassatierechter

Men mag wel zeggen dat de cassatierechter een wat problematische verhouding tot de feiten heeft. De beperkingen die de cassatierechter in dit opzicht zijn opgelegd zijn verklaarbaar. De wetgever heeft in cassatie geen discussies meer gewild over de feiten. Daarom bepaalt art. 419 Rv dat

(a) de feitelijke grondslag van de middelen alleen kan worden gevonden in de bestreden uitspraak en in de stukken van het geding (lid 2) en

(b) de Hoge Raad is gebonden aan wat in de bestreden uitspraak omtrent de feiten is vastgesteld (lid 3).⁸¹

Het betreft hier beperkingen die alleen gelden bij de uitoefening van de cassatierechtspraak in enge zin, de cassatietoetsing. Zodra de Hoge Raad zelf als feitenrechter optreedt, wat vooral het geval is bij de beoordeling van zijn bevoegdheid en de ontvankelijkheid van het beroep,⁸² is hij niet aan die beperkingen gebonden. Zelfstandig onderzoek in de gedingstukken van de lagere instanties – lees: vaststelling van de feitelijke grondslag in vorenbedoelde zin – en andersoortige feitelijke afwegingen kunnen ook besloten liggen in de oordelen van de Hoge Raad over de vraag of in het middel aangevoerde klachten (nog) zodanig ‘belang’ hebben dat zij tot vernietiging van de bestreden uitspraak nopen.

De wet bindt de cassatierechter aan de feiten in de bestreden uitspraak en de stukken en aan de feitelijke vaststellingen in de bestreden uitspraak. Dit laatste geldt uiteraard alleen als die vaststellingen in cassatie niet met (motiverings)klachten worden bestreden. Het gevolg van (a) is dat in cassatie geen nieuwe feitelijke stellingen (feitelijke nova) kunnen worden geponeerd. Maar de keerzijde is wel dat klachten kunnen worden geformuleerd op basis van feitelijke stellingen die in de gedingstukken zijn terug te vinden maar waarover de feitenrechter geen oordeel heeft gege-

81. Zie hierover Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 171-172.

82. Of in het geval dat de Hoge Raad de zaak na vernietiging zelf ten principale afdoet, wat hij overigens niet zal doen indien nog feiten moeten worden onderzocht en beslist, art. 421 Rv.

ven, door de juistheid van die stelling uitdrukkelijk in het midden te laten of de stelling onbehandeld te laten. Geklaagd kan dan worden dat het hof zijn beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd omdat indien veronderstellenderwijs van de juistheid van de stelling wordt uitgegaan, de bestreden uitspraak geen stand kan houden. Men spreekt hier van hypothetische feitelijke grondslag van de klacht. Het gebruik van dergelijke motiveringsklachten komt men veel tegen.

Omdat het recht onbestaanbaar is zonder feiten, is de beoordeling van feiten in het kader van de rechtstoepassing niet uit te sluiten, ook niet in cassatie. Het is dan ook logisch dat er in de raadkamer zoveel over de feiten wordt gesproken. Er wordt daar veel meer beoordeeld en geoordeeld op het feitelijke vlak dan in de uitspraak, vanwege de beperkingen die het systeem oplegt, terecht kan komen. Eigenlijk is dat jammer omdat zo een deel van de motieven voor de beslissing verborgen blijven. In dit preadvies wordt daarom gepleit voor een wat andere opvatting ten aanzien van de ruimte die de Hoge Raad heeft met betrekking tot de feiten.

Dat, zoals art. 419 lid 3 Rv bepaalt, de Hoge Raad gebonden is aan de in de bestreden uitspraak vastgestelde feiten – hetgeen impliceert dat de Hoge Raad zelf niet in afwijking van wat in de bestreden uitspraak staat feiten mag vaststellen⁸³ – moet restrictief worden opgevat. Het gaat inderdaad om de vaststelling van de feiten: zij zijn bewezen of moeten bij gebrek aan (voldoende) tegenspraak als vaststaand worden aangenomen (art. 149 Rv). Overigens spreekt het artikel van ‘omtrent de feiten’ wat inhoudt dat de Hoge Raad ook gebonden is aan de oordelen dat bepaalde gestelde feiten niet zijn komen vast te staan. Uiteraard kunnen feitelijke oordelen wel met klachten worden bestreden, bijvoorbeeld met de klacht dat regels van bewijsrecht door de rechter zijn geschonden of dat de oordelen in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk zijn.

Het moge soms onbevredigend lijken dat de Hoge Raad niet zelf op basis van de gedingstukken nieuwe feiten kan vaststellen in gevallen dat de feitenrechter evident relevante feiten heeft laten liggen of feiten verkeerd heeft vastgesteld, maar bedacht moet worden dat als hem die vrijheid zou worden gelaten, dit noodzakelijkerwijs zou leiden tot het toelaten van feitelijk onderzoek, en daarvoor is hij niet, ook niet in een stelsel waarin hij de vaststaande feiten wat ruimer dan thans wordt aangenomen, mag waarderen. Via geslaagde cassatieklachten kan de opnieuw te verrichten feitenvaststelling aan de feitenrechter worden overgelaten en dat is ook beter.

83. Dit volgt ook uit art. 421 Rv.

6 Materiële toetsing⁸⁴

6.1 Drie soorten beslissingen

In de Nederlandse doctrine en cassatiepraktijk pleegt men⁸⁵ drie soorten rechterlijke beslissingen te onderscheiden met het oog op de omvang van de cassatietoetsing: feitelijke beslissingen, rechtsbeslissingen en beslissingen waarin beide zijn gecombineerd en die daarom gemengde beslissingen worden genoemd.⁸⁶ Het onderscheid maakt herkenbaar hoe de Hoge Raad zijn taak als cassatierechter op dit punt afbakt ten opzichte van die van de feitenrechters.

6.2 Feitelijke beslissingen

Talloos zijn de voorbeelden van feitelijke beslissingen. Als grote categorie gaat het om beslissingen die de Hoge Raad niet op juistheid toetst omdat hij de desbetreffende oordelen aan de feitenrechter overlaat. Het begrip ‘feitelijk’ is dus een afbakeningsinstrument, meer pragmatisch dan dogmatisch bepaald.

Zuiver feitelijke beslissingen zijn de vaststelling van feiten en omstandigheden en de in verband daarmee verrichte waardering van bewijsmiddelen, de schatting van kansen, de voorspelling van menselijk gedrag of de begroting van schade. Zij onttrekken zich in cassatie aan inhoudelijke controle. De Hoge Raad zal dus niet beoordelen of zulke vaststellingen feitelijk ook ‘juist’ zijn. De marginale controle op feitelijke vaststellingen en als feitelijk beschouwde beslissingen via de beoordeling van motiveringsklachten houdt in dat de Hoge Raad de betrokken overwegingen van de feitenrechter onderzoekt op de hiervoor in 4.5 genoemde categorieën van de rekenfouten, vergissingen en algemene redeneerfouten. De praktijk leert ook hier de nuances. Hoe feitelijker de beslissing is, des te marginaler zelfs die motiveringscontrole moet zijn. De waardering van bewijsmiddelen is een voorbeeld van een beslissing die als zo feitelijk wordt beschouwd dat zelfs motiveringsklachten daarover meestal afstuiten op het oordeel dat die waardering aan de feitenrechter is voorbehouden. Toch kan men zo’n uitermate feitelijk oordeel nog wel met een motiveringsklacht bestrijden als er echt geen touw aan vast te knopen valt.

Een belangrijk gegeven voor de cassatie is dat de Hoge Raad de uitleg van processtukken als feitelijk beschouwt. De uitleg die het hof geeft aan stellingen in een procedure of aan een uitspraak van de eerste rechter, is dus feitelijk. Dat heeft tot gevolg dat de feitenrechters een ruime armslag wordt gelaten in de procedure en dat de Hoge Raad zich zeer terughoudend opstelt waar het gaat om de manier waarop de feitenrechters de rechtsstrijd hebben opgevat en aan het proces leiding hebben gegeven. Uiteraard geldt ook hier weer dat via de hiervoor besproken motiveringscon-

84. Het navolgende is een geval van autoplagiaat: met uitzondering van 6.4.2 is een belangrijk deel van de tekst van deze paragraaf ontleend aan mijn *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003, 4.7-3.

85. Zie Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 99-103.

86. De, buiten het procesrecht niet veel voorkomende, beslissingen op basis van een ‘echte’ discretionaire bevoegdheid van de rechter, laat ik buiten beschouwing, zie Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 104.

trole de Hoge Raad wel enig toezicht kan houden op wat zich in de feitelijke instanties heeft afgespeeld. De uitleg van gedingstukken mag niet onbegrijpelijk (lees: op grond van de inhoud daarvan oncontroleerbaar of onaanvaardbaar) zijn, waarbij in verband met het contradictoire karakter van het geding mede van belang is hoe partijen de betrokken inhoud hebben kunnen en mogen opvatten, wat zij van die uitleg hebben mogen verwachten.

Een wat uitgebreidere toetsing treft men aan bij klachten over de uitleg van wilsverklaringen: overeenkomsten, testamenten, reglementen enz. Een poging in de jaren vijftig van de vorige eeuw om als grond voor cassatie in te voeren de onjuiste uitlegging van statuten, reglementen en standaardbedingen is mislukt, maar toch is in de rechtspraak van de Hoge Raad erkenning gevonden van de behoefte op dit punt aan wat meer rechtseenheid (ik noem het maar zo). De controle is niet helemaal aan de feitenrechter overgelaten. In de eerste plaats heeft de Hoge Raad regels gegeven voor de beoordeling of een overeenkomst tot stand is gekomen en voor de uitleg van de overeenkomst (het zogeheten Haviltex-criterium).⁸⁷ Hij kan de beslissing volledig toetsen waar het gaat om de vraag of de rechter die regels in acht heeft genomen. Lippendienst aan het criterium (wel noemen maar niet toepassen) wordt afgestraft met vernietiging. Ook kan de Hoge Raad toetsen of de rechter de aard van de overeenkomst of de betekenis van in de contractuele bedingen voorkomende rechtsbegrippen heeft miskend of onderzoeken wat de redelijkheid en billijkheid in verband met de aard van de overeenkomst meebrengen. Hij kan daarin zo ver gaan dat het onderscheid tussen uitleg van de overeenkomst en de controle op de motivering van de feitenrechter vaag lijkt te zijn.⁸⁸ We kunnen daarom concluderen dat veel beslissingen op dit terrein in wezen als gemengde beslissingen kunnen worden beschouwd.⁸⁹ Voor het overige onthoudt de Hoge Raad zich van een inhoudelijke controle van de uitleg van overeenkomsten, algemene voorwaarden, testamenten, reglementen e.d.⁹⁰ Die uitleg is, zoals gezegd, voorbehouden aan de feitenrechter. Met name is dat niet steeds bevredigend als het gaat om algemene voorwaarden die een wijd verbreid gebruik hebben, zoals algemene voorwaarden in grote branches of voorwaarden in veelgebruikte polissen. De praktijk heeft soms behoefte aan wat eenheid bij de uitleg door de rechter van veel gebruikte standaardbedingen. Verdedigbaar is dat de Hoge Raad een wat ruimer standpunt zou moeten gaan innemen en wat vaker dan gebeurt zelf tot een standaarduitleg komt. De uitleg van bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst (CAO), die, als zij algemeen verbindend zijn verklaard, recht in de zin van art. 79 RO vormen zodat zij rechtstreeks door de Hoge Raad kunnen worden getoetst en uitgelegd, en de uitleg van beleidsregels waarvoor hetzelfde geldt, laat zien dat de Hoge Raad heel wel in staat is op basis van de gedingstukken zelf tot uitleg te komen. We hebben dan ook meer te maken met werk dat de Hoge Raad ter beteugeling van zijn werklust aan de feitenrechter wil overlaten dan met de onmogelijkheid – bijvoorbeeld vanwege noodzakelijk feitenonderzoek – dat werk te verrichten. Ook hier geldt dat de werklust niet moet worden

87. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*; m.nt. CJHB).

88. Zie met voorbeelden Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 109-III.

89. Zie hierna par. 6.4.

90. Zie bijvoorbeeld over de uitleg van polisbepalingen HR 11 oktober 2002, NJ 2003, 416.

beheerst met instrumenten die afbreuk doen aan wat van de hoogste rechter mag worden verwacht. Men kan de afbakening van de eigen taken beter verrichten met criteria die ontleend zijn aan het algemeen maatschappelijk belang dat de Hoge Raad dient. Men kan uitlegvragen ten aanzien van individuele contracten e.d. die niet in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling zijn, via art. 81 RO buiten de deur houden.

6.3 Rechtsbeslissingen

Zuivere rechtsbeslissingen – en dat betekent in cassatietermen: beslissingen met betrekking tot recht in de zin van art. 79 RO –, zoals de uitleg van een wettelijke bepaling of de inhoud en reikwijdte van een wettelijk begrip in algemene zin, worden in cassatie volledig, dus op ‘juistheid’, getoetst. Men kan zulke beslissingen niet met motiveringsklachten bestrijden, kort gezegd, omdat de Hoge Raad de juistheid van de beslissing direct en onafhankelijk van de aan de beslissing gegeven motivering toetst.

Rechtsbegrippen zijn alle begrippen die in een rechtsregel worden gehanteerd, ook als ze een ‘feitelijke’ inhoud hebben. Zie bijvoorbeeld art. 7:446 BW waar zulke alledaagse woorden als ‘hulpverlener’ en ‘patiënt’ in het kader van de geneeskundige behandelingsovereenkomst een rechtsbegrip worden (met een wettelijke omschrijving). Minder alledaags maar ook feitelijk geladen is het daar voorkomende rechtsbegrip ‘geneeskundige behandelingsovereenkomst’. De beslissing in een zaak dat een tussen de partijen gesloten overeenkomst een geneeskundige behandelingsovereenkomst is, is een rechtsbeslissing die door de Hoge Raad in beginsel volledig kan worden getoetst aan de hand van de wettelijke omschrijving in art. 7:446 BW. Hierna zullen wij nog zien dat de kwalificatiebeslissingen door de Hoge Raad in veel gevallen plegen te worden behandeld als gemengde beslissingen waar wij nu aan toe komen.

De Hoge Raad, mag, zoals wij zagen (4.4), niet vernietigen op grond van schending van vreemd recht. Echter via de motiveringscontrole kan wel enig toezicht worden gehouden op de uitleg (en dus toepassing) van vreemd recht.

6.4 Gemengde beslissingen

6.4.1 Huidige stand van zaken

Naast rechtsbeslissingen kent men de zogenoemde ‘gemengde’ beslissingen. Dat zijn beslissingen die in wezen rechtsbeslissingen zijn dus ook als zodanig zouden kunnen worden getoetst maar die verweven zijn met feitelijke waarderings- en beslissingen. Gedacht moet worden aan kwalificatiebeslissingen in het geval van vage (door de wetgever ‘open’ gelaten) normen en rechtsbegrippen.

Denk bijvoorbeeld aan het al genoemde begrip ‘tekortkoming’ in art. 6:74 BW, ‘onredelijk bezwarend’ in art. 6:233 BW, het causaal verband zoals omschreven in art. 6:98 BW of de ‘dringende reden’ in art. 7:677 BW en aan de toepassing bij onrechtmatige daad van de zorgvuldigheidsnorm voortvloeiende uit de maatschap-

pelijke betamelijkheid danwel de vaststelling van wat in het concrete geval de redelijkheid en billijkheid eisen (art. 3:12 BW).⁹¹

Veel hangt in zulke gevallen af van de weging van de feiten en omstandigheden van het geval. De Hoge Raad pleegt in zulke gevallen de feitenrechter meer speelruimte te laten dan bij de meer zuivere rechtsbeslissingen. Hij toetst dan terughoudend. De reden daarvoor is niet zozeer dat de Hoge Raad de betrokken kwalificatiebeslissingen niet zelf volledig zou kunnen toetsen maar dat hij een beleid voert om dat niet te doen en de feitenrechter vrij te laten om in het gegeven geval te beslissen.

De vrijheid die de Hoge Raad de feitenrechter laat, belet hem niet om soms de teugels strakker aan te halen door sub- of vuistregels te formuleren.⁹² Zo heeft hij bijvoorbeeld bij de nadere invulling van art. 6:162 BW regels gegevens op grond waarvan bepaald gedrag steeds onrechtmatig is, ongeacht de verdere feiten en omstandigheden van het geval of een aansprakelijkheidsregel die steeds opgaat.⁹³ Men spreekt dan van harde subregels. Ook schrijft hij soms de feitenrechter subregels – men noemt ze vuistregels⁹⁴ – voor die in beginsel gelden, behoudens uitzonderingen op grond van door de feitenrechter te beoordelen bijzondere feiten en omstandigheden.⁹⁵

Voorts kan de Hoge Raad de feitenrechter voorschrijven dat hij bepaalde gezichtspunten bij zijn beoordeling in beschouwing neemt, bijvoorbeeld bij de beoordeling of iets onrechtmatig is of in strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁹⁶ Het niet in acht nemen door de feitenrechter van deze regels of gezichtspunten levert schending van het recht op en leidt tot cassatie van de betrokken uitspraak. Overigens levert het aannemen van dergelijke sub- of vuistregels door de feitenrechter eveneens schending van het recht op als de Hoge Raad vindt dat zij in het betrokken geval juist niet bestaan.

Ten slotte moet in dit verband aandacht worden besteed aan het fenomeen van de ‘verzwaarde motiveringsplicht’. Als de rechter voor een bepaald soort beslissingen een bijzondere motiveringsplicht krijgt opgelegd is dat om beter te kunnen nagaan of de rechter de door hem in dat geval toe te passen rechtsregels juist heeft opgevat en heeft toegepast. Zo heeft de Hoge Raad in een merkenzaak regels gegeven voor de vergelijking die de rechter in dat verband moet maken tussen het beschermde en het van inbreuk betichte merk en in verband daarmee een aangescherpte motiverings-

91. Zie Asser/Hartkamp 4.II 2005, nr. 302a (redelijkheid en billijkheid); Asser/Hartkamp 4.III 2006, nr. 44 (wat in het maatschappelijk verkeer betaamt).

92. Zie hierover ook J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de Hei*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, hoofdstuk 6, met veel voorbeelden in bijlagen 3 en 4.

93. Het afleggen van een onjuiste verklaring door de derde-beslagene aan de executant is onrechtmatig als aan de vereisten van art. 6:162 BW is voldaan, zie HR 30 november 2001, NJ 2002, 419 (m.nt. HJS); ook de minimum aansprakelijkheid van de eigenaar van een motorvoertuig voor 50% van de schade bij toepassing van art. 6:101 BW is een harde subregel, HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (m.nt. CJHB).

94. Zie bijvoorbeeld HR 26 maart 1999, NJ 1999, 654 (m.nt. S.F.M. Wortmann) inzake een vuistregel volgens welke de rechter het beroep op een uitzondering op de beëindiging van de alimentatie ingevolge de Wet limitering na scheiding kan verwerpen.

95. Zie bijvoorbeeld HR 13 februari 1998, NJ 1998, 725 (m.nt. JH) inzake matiging van een contractuele boete op grond van art. 6:94 lid 1 BW.

96. HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (m.nt. ARB) inzake de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW) m.b.t. de 30-jarige verjaring van art. 3:310 lid 2 BW.

plicht opgelegd.⁹⁷ Als voorbeelden kunnen worden genoemd de bijzondere motiveeringsplicht bij alimentatiebeslissingen die de alimentatieplicht zodanig limiteren dat zij praktisch eindigt,⁹⁸ de motivering van de beslissing waarbij een beroep van een alimentatiegerechtigde op de uitzondering van art. II lid 2 Wet limitering na echtscheiding wordt verworpen,⁹⁹ en de motivering van de beslissing in kort geding van het oordeel dat een voorziening in de vorm van een veroordeling tot betaling van een voorschot geboden is uit hoofde van onverwijlde spoed.¹⁰⁰ Als een ander voorbeeld kan worden genoemd een uitspraak betreffende bestuurdersaansprakelijkheid in het geval dat de BV die door de bestuurder wordt beheerst een door haar aangegane overeenkomst niet nakomt en ook niet kan nakomen. In dat geval is er geen bijzondere regel van bewijslastverdeling volgens welke de bestuurder belast moet worden met het bewijs dat ten tijde van het aangaan van de overeenkomst hij wist noch behoorde te weten dat de BV niet zou kunnen nakomen en evenmin verhaal zou bieden. Maar als het voor de hand ligt om de bestuurder in afwijking van de hoofdregel van art. 177 Rv (thans art. 150 Rv) met dat bewijs te belasten, moet de rechter die toch de verhaal zoekende partij met bewijs belast, preciseren welke bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen. De HR noemt enkele omstandigheden wanneer dit geval zich onder meer zal voordoen.¹⁰¹

Het terughoudende karakter van de toetsing van gemengde beslissingen wordt kenbaar door het gebruik van bepaalde – meestal negatieve – termen door de Hoge Raad. Zo verwierpt hij klachten tegen zulke beslissingen door te overwegen dat de beslissing van het hof ‘geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en voor het overige, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, zich niet leent voor toetsing in cassatie’ of een formule van gelijke strekking. Ook komt men wel tegen dat het hof door te oordelen als het heeft gedaan in de gegeven omstandigheden van het geval ‘geen rechtsregel heeft geschonden’.

6.4.2 Verruiming van de kwalificatiecontrole

Hiervoor (5) hebben wij al gewezen op de wat problematische verhouding tussen de cassatierechter en de feiten. Een belangrijk kenmerk van de cassatietoetsing is het onderscheid dat gemaakt wordt tussen recht en feiten. Dat onderscheid gaat uit van het klassieke juridische syllogisme dat de rechtsregel (*maior*) onderscheidt van de feiten (*minor*). Voor de cassatierechter ligt het accent op de vaststelling van de *maior* en met name de kwalificatie van de feiten. Het is onomstreden dat recht en feit niet zijn te scheiden, reden waarom er zoveel geschreven is over het onderscheid tussen beide. Ik sluit mij aan bij degenen die de beperkingen die de cassatierechter zich oplegt bij de kwalificatie, verwerpen.¹⁰² Als in het recht de kwalificatie de belangrijkste taak is van allen die het recht vormen en toepassen – ook de rechtsvormers en

97. HR 16 april 1999, NJ 1999, 697 (m.nt. P.B. Hugenholtz).

98. HR 11 juni 1982, NJ 1983, 595-596; HR 30 januari 1998, NJ 1998, 458.

99. HR 26 maart 1999, NJ 1999, 653-655 (m.nt. S.F.M. Wortmann).

100. HR 22 januari 1982, NJ 1982, 505.

101. HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (m.nt. Ma).

102. Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 97.

rechtsontwikkelaars kwalificeren omdat zij bij het opstellen van de regel een type of aantal typen gevallen kwalificeren waarvoor het door de regel in het vooruitzicht gestelde rechtsgevolg wordt geformuleerd – is het niet goed begrijpelijk waarom het hoogste rechtscollege aan wie bij uitstek de rechtsvorming/ontwikkeling is toevertrouwd, zich bij de uitoefening van die kerntaak beperkingen zou behoren op te leggen. De belangrijkste tegenwerping is dat indien de cassatierechter zich hier geen beperkingen zou opleggen, de cassatie-instantie zou verworpen tot een derde feitelijke instantie. Deze tegenwerping is vooral daarom niet sterk, omdat de kwalificatie niet impliceert dat de Hoge Raad zou zijn genooddaakt tot een onderzoek naar de feiten – het typische aspect van het werk van de feitenrechter –, laat staan dat nieuwe feiten en feitelijke stellingen zouden behoren te worden toegelaten. Onderzoeken naar en vaststellen van feiten is een ander aspect van het rechterlijk werk dan waarderen en beoordelen. De cassatierechter is zeer wel tot het laatste in staat. Hierin is dan ook niet de kern gelegen van het probleem. De eigenlijke vraag is immers wat de kwalificatiecontrole precies moet inhouden. Deze vraag hangt ten nauwste samen met de doelstelling van de cassatiecontrole als geheel. De Hoge Raad pleegt terug te treden als de kwalificatie van het feitencomplex sterk samenhangt met ‘waarderingen van feitelijke aard’, zoals dat heet. Dat suggereert dat de Hoge Raad over die waarderingen niets kan zeggen, maar zo is het niet: hij wil er in dergelijke zaken niets over zeggen. De Hoge Raad kan uiteraard de feiten zoals die zijn onderzocht en vastgesteld best zelf waarderen en kwalificeren, maar hij laat dat over aan de feitenrechter. Dit is niet gewenst. Het is van belang dat de Hoge Raad de vrijheid heeft om tot die waardering over te gaan om de kwalificatie volledig te kunnen toetsen. Daarmee worden, naar ik meen, niet de spreekwoordelijke sluizen opengezet met als gevolg dat de Hoge Raad wordt overspoeld met zaken. Want niets belet de Hoge Raad om, wanneer de eiser tot cassatie niet goed weet te argumenteren waarom het hof het verkeerd heeft gezien, klachten over onjuiste waarderingen zonder noemenswaardige motivering af te doen. En erg groot is de stap niet omdat nu al vaak motiveringsklachten worden gericht tegen zulke waarderingen, die in feite neerkomen op klachten over de onjuistheid van de waardering. Er zou heel wat ingewikkelde en weinig transparante ‘cassatietechniek’ kunnen verdwijnen als elke kwalificatie, overeenkomstig haar aard, in haar geheel zou worden beschouwd én behandeld als een rechtsoordeel en niet, zoals in veel gevallen nu, als een ‘gemengde’ beslissing, waarvan nu juist het belangrijkste onderdeel buiten de greep van de cassatierechter wordt gehouden. Belangrijker echter is het dat een zeker element van willekeur (al is het ogenschijnlijk zo) verdwijnt uit de cassatierechtspraak. Een debat over de juistheid van de kwalificatie moet in hoogste instantie de ruimte hebben teneinde de kern van de gewraakte rechterlijke beslissing in het licht van de rechtstoepassing goed ter discussie te kunnen stellen. De argumentatie moet niet onnodig belast worden met versluierende cassatietechnische in- en omkledingen. Daarmee correspondeert dat de Hoge Raad de argumenten volledig kan wegen en zich niet achter bezweringsformules verschuilt, zoals hij dat thans vaak pleegt te doen met als gevolg dat de partijen geen antwoord krijgen op hun vraag: heeft de rechter het recht wel goed toegepast? Ik geef toe: het arrest is snel geschreven met zulke formules, maar de Hoge Raad heeft meestal ook snel opgeschreven dat de klachten worden verworpen omdat het hof op juiste wijze en op goede gronden de

feiten heeft gekwalificeerd zoals het heeft gedaan.... Een voordeel van de hier bepleite verruiming van de toetsing is dat de Hoge Raad de praktijk en rechtspraak beter inzicht kan verschaffen in een goede beoefening van de kwalificatiekunst. Zo kan ook op dit terrein de Hoge Raad leiding geven aan de ontwikkeling van het recht. Dit alles wil niet zeggen dat de Hoge Raad niet een zekere terughoudendheid bij de toetsing aan de dag zou kunnen leggen waar hij dat nodig vindt, bijvoorbeeld in verband met de specifieke deskundigheid van de feitenrechter in de betrokken soort zaken of de specifieke bekendheid van de rechter met plaatselijke omstandigheden, en dergelijke. Die terughoudendheid kan dan expliciet worden gemaakt waardoor meer inzicht wordt verschaft in de gedachtegang van de cassatierechter.

Het moge duidelijk zijn dat ik verruiming van de kwalificatietoetsing bepleit vanuit de optiek van de rechtsvorming en -ontwikkeling, de bewaking van de rechtseenheid en ook van de controle op het werk van de Hoge Raad. Want ook voor de cassatierechter geldt – buiten het geval waarvoor de wet (art. 81 RO) hem van motiveren heeft vrijgesteld – dat zijn beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang opdat zij zowel voor partijen als voor derden (allen die van de uitspraak kennis nemen en haar willen kunnen begrijpen) controleerbaar en aanvaardbaar is.¹⁰³

7 De basis voor de toetsing: cassatiemiddelen

7.1 Het middelenstelsel en ambtshalve cassatie

In cassatie geldt op grond van art. 419 lid 1 Rv het middelenstelsel: de Hoge Raad bepaalt zich bij zijn onderzoek tot de middelen waarop het beroep steunt. De klachten in de middelen – zowel die van het principale als die van het incidentele beroep – begrenzen de rechtsstrijd in cassatie. Er is dan ook geen ruimte voor cassatie op ambtshalve door de Hoge Raad bijgebrachte gronden. De vrees voor overbelasting van de Hoge Raad heeft vooral de grond gevormd om ambtshalve cassatie buiten de deur te houden.¹⁰⁴ Het middelenstelsel gaat zover dat ook schending of veronachtzaming door de lagere rechter van bepalingen van dwingend recht, dus met name waar het gaat om beslissingen met betrekking tot geschilpunten ten aanzien van rechtsbetrekkingen of rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan, in beginsel geen grond kunnen vormen voor ambtshalve vernietiging van zijn uitspraak.

Ook recht van openbare orde, dat wil zeggen recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd,¹⁰⁵ levert geen grond op voor ambtshalve cassatie. Daarmee gaat

103. HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659.

104. MvT bij de Wet van 20 juni 1963, Stb. 1963, 272. Zie hierover Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 163.

105. Zie HR 21 maart 1997, NJ 1998, 207 (Benetton; m.nt. HJS) waarin het ging om 'openbare orde' in de zin van art. 1065 lid 1 aanhef en onder e Rv (vernietigingsgrond arbitraal vonnis). Regels van openbare orde zijn bijvoorbeeld die omtrent rechtsmacht en de absolute bevoegdheid van de rechter en de termijnen voor het instellen van een rechtsmiddel.

de Hoge Raad verder dan geldt voor de appelrechter, want de appelrechter dient wel buiten het door de appellgrieven bepaalde kader van de rechtsstrijd in hoger beroep te treden teneinde toepassing te geven aan recht van openbare orde.¹⁰⁶ Is de Hoge Raad van oordeel dat de lagere rechter zijn uitspraak heeft bereikt met schending van recht van openbare orde maar is daarover in cassatie niet geklaagd, dan zal naar vaste rechtspraak de Hoge Raad niet op die grond de bestreden uitspraak casseren.¹⁰⁷ Deze wel heel strikte opvatting ligt eerlijk gezegd niet voor de hand als men moet vaststellen dat naar de zojuist weergegeven formulering het karakter van recht van openbare orde mede hierdoor wordt bepaald dat de naleving ervan ongevoelig is voor 'beperkingen van procesrechtelijke aard'. Onder die beperkingen zou men toch ook wel art. 419 lid 1 Rv mogen begrijpen en er valt, althans vanuit het stelsel geredeneerd, geen goede reden te bedenken waarom dit zo fundamenteel soort recht bij uitzondering zou moeten wijken voor deze beperking. Dat de Hoge Raad hier grenzen aanwijst zal, als het niet louter gaat om handhaving van het principe omwille van het principe, moeten worden toegeschreven aan de al gesignaleerde vrees dat een minder strikte uitleg van art. 419 lid 1 Rv de belasting van de civiele kamer zal doen toenemen. Een beetje koudwatervrees is dat wel, want door de in civiele zaken geldende verplichte bijstand van een advocaat zal schending van recht van openbare orde niet vaak ontsnappen aan diens aandacht en dus in de regel leiden tot daarop gerichte cassatieklachten, zodat er niet veel zaken over zullen blijven die zich lenen voor ambtshalve cassatie op deze grond.

Er is reeds daarom reden om het stelsel te wijzigen en ook in civiele zaken ambtshalve cassatie in te voeren indien de Hoge Raad in de middelen onvoldoende gronden aantreft voor vernietiging die hij vanuit een oogpunt van rechtseenheid, rechtsontwikkeling of controle op een deugdelijke rechtspraak noodzakelijk oordeelt. De in de proceseconomie (*lites finiri oportet*) en procesautonomie van partijen wortelende beperkingen van het middelenstelsel behoeven niet in alle gevallen de doorslag te geven en in de weg staan aan een volwaardige cassatietoetsing.¹⁰⁸ De Hoge Raad die een onmiskenbaar onjuiste rechtsopvatting van het hof signaleert, welke door de middelen niet wordt aangevallen, moet de mogelijkheid hebben om te vernietigen, zonder dat hij daartoe verplicht wordt. Denkbaar is dat een daartoe strekkend voor-

106. Ras/Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2004.

107. Vgl. bijvoorbeeld HR 20 april 2001, NJ 2002, 392 (m.nt. HJS) waarin niet was geklaagd over een beslissing van de rechtbank dat een rekest-civil dat verkeerd was ingeleid (dagvaarding i.p.v. rekest) toch ontvankelijk was – ongetwijfeld een punt van openbare orde.

108. De invoering van ambtshalve cassatie wordt geopperd in *Interimrapport Een nieuwe balans*, 10.14 en nader bepleit in *Eindrapport Uitgebalanceerd*, 9.3.4.6 onder b (p. 166-167); voorstanders zijn ook Asser *Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen* 2005, nr. 221. De Hoge Raad toonde zich in zijn reactie op het *Interimrapport* tegenstander, zie *Eindrapport Uitgebalanceerd* 9.3.2.1, p. 155. De Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht is in haar reactie van 12 mei 2006 (onder 16 b) opnieuw afwijzend (zij was dat al in haar advies op het *Interimrapport*, zie *Eindrapport Uitgebalanceerd*, 9.3.2.2, p. 157) en ook de Regering heeft bedenkingen. De minister schrijft in de Kabinetsreactie op *Eindrapport Uitgebalanceerd* (nr. 104): 'Ik twijfel aan het nut en de noodzaak van ambtshalve cassatie door de Hoge Raad. →

lopig oordeel eerst nog bij tussenarrest aan partijen wordt voorgelegd. Een verplichting zou wel moeten worden aangenomen in het geval van schending door het hof van recht van openbare orde. Aandacht verdienen zeker de fundamentele processuele rechten van partijen. Zij zullen zich over een ambtshalve grond tot vernietiging moeten kunnen uitlaten alvorens de Hoge Raad uitspraak doet. Ik zie, gelet op het karakter van de cassatie waarin geen nieuwe feitelijke gronden kunnen worden bijgebracht, dus ook niet ambtshalve, geen reden om in verstekzaken de Hoge Raad deze bevoegdheid te ontfangen.

7.2 Brengt Europa verandering?

7.2.1 Vraagstelling

De rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en die van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen laat een andere werkwijze zien dan de cassatierechter en de vraag rijst daarom of bij de toetsing aan het EVRM respectievelijk het recht van de Europese Unie, niet aangesloten zou moeten worden bij die werkwijze. Want als vanwege de enge voorschriften van art. 419 Rv in cassatie bepaalde feiten niet mogen worden onderzocht of bepaalde rechtsvragen buiten de beoordeling moeten worden gelaten omdat zij niet vallen binnen het door de cassatieklachten omlijnde gebied, terwijl die wel in een latere toetsing in Straatsburg of in de prejudiciële procedure in Luxemburg (denk aan feitelijke of juridische nova) worden meegenomen in de beoordeling, dan kan men zich afvragen of de Hoge Raad die feiten en vragen niet ook bij zijn beoordeling moet betrekken. Recent deed zich dit probleem voor in een zaak waarin de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het HvJ EG had gesteld.¹⁰⁹ Het HvJ EG is bij de behandeling van een van de vragen van de Hoge Raad ten dele uitgegaan van andere feiten dan waarvan de Hoge Raad in zijn verwijzingsarrest op grond van het arrest van het hof was uitgegaan en heeft toen bovendien de vraag geherformuleerd. De Hoge Raad vond dat de opzet van de cassatieprocedure meebrengt dat bij de beoordeling van de middelen ingevolge art. 419 Rv geen nieuwe feitelijke stellingen kunnen worden betrokken en dat deze begrenzing van de cassatieprocedure niet in strijd is met het gemeenschapsrecht, waartoe werd verwezen naar het Van Schijndel-arrest dat wij hierna nog zullen tegenkomen. De Hoge Raad liet daarom bij de beoordeling van het middel de andere, door het Hof van Justitie als

Alleen bij cassatie in het belang der wet beoordeelt de Hoge Raad een concrete zaak buiten partijen om, op basis van door de procureur-generaal bij de Hoge Raad aan hem voorgelegde middelen. Invoering van ambtshalve cassatie betekent een verzwaring van de taak en werklast van de Hoge Raad, die nu gebonden is aan de cassatieklachten in het middel van de verzoeker tot/eiser in cassatie. Ook betekent dit een praktisch probleem bij verstekzaken. De verweerder in cassatie die op basis van het cassatiemiddel geen reden heeft gezien om te verschijnen, hoeft geen rekening te houden met cassatie op andere gronden. Het is voor partijen kostenverhogend als de verweerder in cassatie in de toekomst door de mogelijkheid van ambtshalve cassatie gedwongen zou worden te verschijnen.' Bakels 2006, p. 53-54, heeft gemengde gevoelens, want vreest een hogere werkdruk doordat de Hoge Raad dan zal moeten voldoen aan de door het HvJ EG aangenomen verplichting voor de rechter om waar dat processueel mogelijk is, ambtshalve Europees recht toe te passen. Zie daarover het Van Schijndel-arrest, hierna in 7.2 genoemd.

109. HR 22 december 2006, NJ 2007,161 (m.nt. MR Mok).

vaststaand aangemerkt, feiten buiten beschouwing. Vervolgens werden klachten gegrond geoordeeld. Daarop besliste de Hoge Raad voor de procedure na verwijzing dat in het hoofdgeding aan de bedoelde feiten niet voorbij kan worden gegaan voorzover het Nederlandse procesrecht de ruimte biedt om ze in de beoordeling te betrekken. Anders dan de procedure in cassatie biedt de procedure na verwijzing deze ruimte wel. Weliswaar geldt in die procedure als hoofdregel dat partijen na verwijzing hun stellingen over en weer niet meer mogen aanpassen, maar de aard van het geding kan meebrengen dat hierop een uitzondering moet worden gemaakt, en ook de onderhavige situatie rechtvaardigt het maken van een uitzondering. Zulks brengt mee dat partijen in de gelegenheid zullen moeten worden gesteld hun stellingen aan te passen aan hetgeen door het Hof van Justitie is overwogen. Nu in de prejudiciële procedure de eiser – anders dan de Staat – in de zaak nog geen gelegenheid heeft gehad om op de aan deze vaststellingen ten grondslag liggende stellingen te reageren, kan haar reactie mede een betwisting van die stellingen inhouden. Ook zal zij zonedig haar vordering mogen aanpassen, aldus de Hoge Raad.

Het is een elegante oplossing van een moeilijk dilemma. Maar het wordt aanzienlijk moeilijker als de nieuwe feiten voorwaarde zijn voor cassatie en als ze buiten beschouwing moeten blijven, het beroep moet worden verworpen.

Dit alles doet de vraag rijzen of de civiele cassatierechter zijn werkwijze moet aanpassen. Er doen zich hier, naar ik meen, twee vragen voor:

- a. moet de binding aan de middelen worden losgelaten, en
- b. moet de binding aan het feitensubstraat uit de vorige instanties worden losgelaten (de feitelijke grondslag van de middelen kan alleen in de uitspraken en andere gedingstukken van de vorige instanties worden gevonden en de binding aan de door de vorige rechters vastgestelde feiten)?

Hierbij moet meteen worden opgemerkt dat bevestigende beantwoording van b. het toelaten van feitelijke nova kan impliceren.

Het zijn twee zeer delicate vragen want zij betreffen de grondslagen van het gebouw van de rechtspraak in drie instanties, waarin na twee feitelijke instanties, de taak van de Hoge Raad beperkt hoort te blijven teneinde te voorkomen dat er in een volledig proces in derde instantie ontstaat. ‘Lites finiri oportet’ is een beginsel van civiel procesrecht dat ook hier in het oog gehouden moet worden, waarbij bedacht moet worden dat vergroting van de ruimte voor partijen om in cassatie met nova te komen waarop de rechter verplicht is in te gaan, advocaten welhaast verplicht om die ruimte, waar mogelijk, te benutten. In procedures waarin men het ervoor over heeft tot en met de hoogste rechter te procederen wordt doorgaans alles geprobeerd wat mogelijk is.

7.2.2 EVRM

Wat betreft de rechtspraak van het EHRM valt op dat dit hof het antwoord op de hem voorgelegde vraag of de betrokken lidstaat een van de verdragsbepalingen heeft geschonden, steeds feitelijk en zelfstandig onderzoekt. Het EHRM volstaat dus niet met een marginale of formele toetsing van het oordeel van de nationale rechter over die vraag (als dat er is). Mag de Hoge Raad dan wel genoeg nemen met de hem opgelegde beperkte cassatietoetsing? Zal hij zich daarvan niet moeten losmaken en ook de feiten moeten beoordelen en zelfs de middelen moeten aanvullen als hem uit

de stukken een verdragsschending blijkt? Zou het, kortom, niet logisch zijn indien de Hoge Raad niet meer op grond van cassatietechnische gronden een uitspraak in stand behoeft te laten waarvan hem duidelijk is dat zij strijdig is met een juiste uitleg of toepassing van een verdragsbepaling? Het gaat hier toch om wezenlijke rechten die de basis van onze democratische rechtsstaat vormen? Moet de Hoge Raad niet onder alle omstandigheden voorkomen dat Nederland in Straatsburg een veroordeling krijgt wegens schending van een van de artikelen van het verdrag?

Het lijken bijna retorische vragen waarop geen ander dan een positief antwoord gegeven kan worden. Toch past hier behoedzaamheid. Het EHRM verplicht de cassatierechter geenszins tot een dergelijke generieke wijziging van zijn taak. Integendeel, een klager die bij de nationale rechter over schending van zijn fundamentele rechten gehoor had kunnen krijgen maar door eigen toedoen (slordig procederen bijvoorbeeld) dat niet heeft gekregen, krijgt in Straatsburg nul op het rekest omdat hij de nationale rechtsmiddelen niet heeft uitgeput.¹¹⁰ Maar dan moet het rechtsmiddel wel effectief zijn geweest. In het licht van de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot de cassatierechter waarin de procesrechtelijke beperkingen van die rechtsgang worden erkend,¹¹¹ mag worden verwacht dat in principe de huidige grenzen van de cassatietoetsing in tact kunnen blijven mits in de feitelijke instanties voldoende mogelijkheden hebben bestaan om tegen schending van een door het Verdrag gewaarborgd recht op te komen en de Hoge Raad voldoende soepelheid betracht bij de toepassing van de cassatieregels om schending door de lagere rechter te redresseren.¹¹²

7.2.3 Europese Gemeenschappen

Ten aanzien van het recht van de Europese Unie ligt de kwestie wat gecompliceerder, alleen al omdat het daarbij gaat om een aanzienlijk breder terrein en bovendien om verschillende soorten regelgeving en recht dat qua status varieert. Voor de cassatierechter is in dit verband een belangrijke vraag of Europees recht ambtshalve door de rechter behoort te worden toegepast en – hierboven vraag a. – of buiten de middelen om, dus met doorbreking van het in art. 419 lid 1 Rv neergelegde middelenstelsel, de Hoge Raad een uitspraak waarin de appelrechter Europees recht niet of verkeerd heeft toegepast, kan vernietigen.¹¹³

Art. 25 van de EEX-Verordening verplicht de rechter ambtshalve de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter uit te spreken indien een rechter in een andere EG-lidstaat exclusief bevoegd is op grond van art. 22 EEX-Vo¹¹⁴ en het Hof van Justitie EG heeft dit zo uitgelegd dat die verplichting ook geldt voor de cassatierechter.¹¹⁵ Echter voor het overige lijkt het gemeenschapsrecht de Hoge Raad niet te dwingen tot

110. Aldus m.i. terecht Knigge in zijn noot onder EHRM 4 juli 2000, Reports 2000-VI, NJ 2001, 401.

111. EHRM 23 oktober 1996, NJ 1998, 343.

112. Aldus ook Knigge in zijn noot onder de genoemde beslissing EHRM 4 juli 2000, NJ 2001, 401.

113. Zie over deze materie J.W. Rutgers, 'Ambtshalve toepassing van Europees recht in het civiele geding', in: R.J.C. Flach e.a. (red.), *Amice. Rutgers-bundel*, Deventer: Kluwer 2005, p. 295-303, met verdere gegevens.

114. Zie ook de gelijke bepaling in art. 19 EEX en art. 19 EVEX.

115. HvJ EG 15 november 1983, NJ 1984, 695 (m.nt. LWH en JCS).

een koersverandering waar het gaat om de toepassing van art. 419 lid 1 Rv. Het Hof van Justitie heeft in de Van Schijndel-zaak namelijk ten aanzien van de mededingingsbepalingen van het EG-Verdrag uitgesproken dat in een geding dat betrekking heeft op ter vrije beschikking van partijen staande burgerlijke rechten en verplichtingen,¹¹⁶ de nationale rechter die bepalingen (art. 3 sub f, 85, 86 en 90 oud EG-Verdrag) ambtshalve heeft toe te passen, als het nationale recht die ambtshalve toepassing toelaat. Het hof heeft echter ook onderzocht of in casu de nationale procesregels die ambtshalve toepassing beperken, afstuiten op het doeltreffendheidsbeginsel (principle of effectiveness).¹¹⁷ Die vraag beantwoordt het ontkennend.¹¹⁸ Ik volg nu de weergave door het hof in zijn recente arrest inzake Van der Weerd, omdat deze enige niet helemaal onbelangrijke verschillen vertoont met de tekst van het Van Schijndel-arrest en mijns inziens daardoor duidelijker is.¹¹⁹ Het hof stelt voorop dat in dit verband moet worden onderzocht met inachtneming van de plaats van het desbetreffende nationale procedurevoorschrift in de gehele procedure en van het verloop en de bijzonderheden van de procedure voor de verschillende nationale instanties, en dat daartoe in voorkomend geval rekening moet worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspleging ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure. Vervolgens overweegt het in dit arrest dat het beginsel van nationaal recht volgens hetwelk de bevoegdheid van de rechter om in een nationale procedure ambtshalve gronden in aanmerking te nemen, wordt begrensd door de verplichting van deze rechter om zich te houden aan het voorwerp van het geschil en zijn beslissing te baseren op de hem voorgelegde feiten. Deze beperking van de bevoegdheid van de nationale rechter vindt, aldus het hof, haar rechtvaardiging in het beginsel dat het initiatief voor een procedure bij de partijen ligt en dat de rechter bijgevolg alleen in uitzonderingsgevallen, in het openbaar (algemeen) belang, ambtshalve kan optreden. Dit beginsel beschermt de rechten van de verdediging en verzekert een goed verloop van de

116. Hetgeen naar Nederlands recht in het algemeen wil zeggen: die burgerlijke rechten en verplichtingen die niet voortvloeien uit bepalingen van dwingend recht of openbare orde.

117. De nationale procesregels mogen niet de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

118. HvJ EG 14 december 1995, C-430/93, NJ 1997, 116 (m.nt. P.J. Slot en HJS onder NJ 1997, 118), nr. 19-22. Vgl. ook het arrest van dezelfde datum inzake Peterbroeck c.s./België, C-312/93, Jur. p. I-4599, NJ 1997, 115 (m.nt. P.J. Slot en HJS onder NJ 1997, 118), waarin in een fiscale zaak werd beslist dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de toepassing van een nationale procesregel die, in omstandigheden als die van de in het hoofdgeding bedoelde procedure, de in het kader van zijn bevoegdheid geadieerde nationale rechter verbiedt ambtshalve de verenigbaarheid te onderzoeken van een handeling van nationaal recht met een gemeenschapsbepaling, wanneer niet binnen een termijn van zestig dagen door de justitiabele een beroep op laatstbedoelde bepaling is gedaan, in een geval waarin de nationale rechterlijke instantie (hof van beroep te Brussel) de eerste rechterlijke instantie is die een prejudiciële vraag kan stellen, de betrokken termijn was verstreken op het moment dat de terechtzitting voor die rechter plaatsvond zodat deze niet meer die verenigbaarheid ambtshalve kon onderzoeken, een andere nationale rechterlijke instantie tijdens een verdere procedure ambtshalve die verenigbaarheid kan beoordelen, terwijl de onmogelijkheid voor de nationale rechterlijke instanties om ambtshalve aan het gemeenschapsrecht ontleende middelen op te werpen, geen redelijke rechtvaardiging lijkt te kunnen vinden in beginselen als dat van rechtszekerheid of het goede verloop van de procedure.

119. HvJ EG 7 juni 2007, C-222/05, NJ 2007, 391 (m.nt. M.R. Mok), nr. 33-36.

procedure, met name doordat de vertraging waartoe de beoordeling van nieuwe rechtsgronden leidt, wordt voorkomen.¹²⁰ Op basis van het voorgaande is het Hof van Justitie tot de slotsom gekomen dat het doeltreffendheidsbeginsel zich niet verzet tegen een nationaal voorschrift dat de nationale rechter belet ambtshalve een rechtsgrond ontleend aan gemeenschapsbepalingen in aanmerking te nemen, wanneer hij voor het onderzoek van die rechtsgrond de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door – ten behoeve van een effectieve en efficiënte rechtspleging dus¹²¹ – buiten de grenzen van de door partijen afgebakende rechtsstrijd te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing van voormelde bepalingen belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.

De Hoge Raad heeft uit het Van Schijndel-arrest in zijn eerste arrest in de Eco Swiss-zaak afgeleid dat als het gaat om de toepassing van nationaal procesrecht het Europese mededingingsrecht niet van openbare orde is in de zin dat hij ambtshalve dat recht zou moeten toepassen buiten de cassatiemiddelen om.¹²² In het licht van de beantwoording van de prejudiciële vragen in het arrest van het Hof van Justitie in dezelfde Eco Swiss-zaak¹²³ betwijfel ik of het verstandig is om in dit verband het niet erg eenduidige begrip ‘openbare orde’ te hanteren. Daarin noemt het hof art. 81 EG een fundamentele bepaling ‘die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt’, waarbij het wijst op lid 2 van dat artikel waarin wordt bepaald dat de krachtens het artikel verboden overeenkomsten of besluiten van rechtswege nietig zijn. Hieruit volgt volgens het hof dat, wanneer de rechter volgens regels van zijn nationale procesrecht, zoals het Nederlandse in art. 1065 lid 1 onder e Rv, een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde moet toewijzen, hij dat ook moet doen ingeval een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van het in art. 81 lid 1 EG neergelegde verbod.¹²⁴ Daaraan voegt het Hof van Justitie toe dat art. 81 EG ook een bepaling van openbare orde is in de zin van art. V van het zogeheten Verdrag van New York.¹²⁵ Een en ander betekent dat arbiters het Europese

120. Uit de tekst van het Van Schijndel-arrest is hier weggelaten: [het genoemde beginsel] geeft uitdrukking aan de in de meeste Lid-Statens bestaande opvattingen over de verhouding tussen de staat en de particulier. De weglating lijkt me juist omdat deze zinsnede niets bijdraagt aan de beantwoording van de vraag die aan de orde is.

121. Volgens vaste rechtspraak vormt het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en dat is neergelegd in de art. 6 en 13 EVRM, zoals ook opnieuw is bevestigd in art. 47 van het op 7 december 2000 te Nice vastgestelde Handvest voor de grondrechten van de EU (PB 2000, C 364, p. 1). Binnen dit kader moeten EG-lidstaten voorzien in een stelsel van rechtsmiddelen en procedures dat de eerbiediging van het recht op een doeltreffende rechterlijke bescherming kan verzekeren. Zie in deze zin recent nog HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, NJ 2007, 376 (Unibet) m.nt. Mok. Zie voor gemeenschapsrechtelijke verplichtingen van de lidstaten tot het verzorgen van effectieve rechtsbescherming verder HvJEG 11 januari 2005, nr. C-26/03, NJ 2005, 388 (Stadt Halle) m.nt. MRM over doeltreffende en snelle beroepsmogelijkheid bij overheidsaanbesteding en HvJEG 21 april 2005, nr. C-186/04, NJ 2005, 572 (Housieaux) m.nt. MRM over de vrije toegang tot milieu-informatie en dwingende beslistermijnen.

122. HR 21 maart 1997, NJ 1998, 207 (m.nt. HJS).

123. HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, Jur. I-3055, NJ 2000, 339 (m.nt. HJS).

124. Nr. 36-37.

mededingingsrecht steeds ambtshalve moeten toepassen en dat als zij dat niet hebben gedaan, dit strijdig is met de openbare orde.

Een illustratie van hoe de Hoge Raad met het voorgaande omgaat is het arrest in een zaak waarin het ging om de weigering van een bedrijfspensioenfonds om vrijstelling te verlenen van verplichte deelneming in dat fonds. Het Hof van Justitie gaf op prejudiciële vragen van de Hoge Raad bepaalde regels voor rechterlijke toetsing van het betrokken weigeringsbesluit van het bedrijfspensioenfonds. De Hoge Raad vond dat hij op grond van het bepaalde in art. 419 Rv niet kon toekomen aan een beoordeling van de wijze waarop de rechter de bedoelde toetsing had uitgevoerd, nu het middel geen klachten bevatte dat de rechtbank onjuist had geoordeeld over of is voorbijgegaan aan stellingen van de eiseres tot cassatie met betrekking tot dit oordeel van het Hof van Justitie. Het gemeenschapsrecht leidde volgens de Hoge Raad – verwijzend naar het eerder genoemde Van Schijndel-arrest – niet tot een andere conclusie.¹²⁶

Op grond van deze rechtspraak moet worden aangenomen dat ook de beslissing van het Hof van Justitie¹²⁷ dat de bescherming die richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten de consumenten biedt, vereist, dat de nationale rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale gerechten ingediende vordering ambtshalve kan toetsen, of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is, niet derogeert aan art. 419 en dus niet tot ambtshalve cassatie dwingt.

8 De motivering van de uitspraak

8.1 Algemeen

Over de wijze waarop de Hoge Raad zijn uitspraken motiveert kan veel gezegd worden, maar ik kan kort zijn.¹²⁸ Uitgangspunt is bijna altijd de behandeling van de in het cassatiemiddel voorgestelde klachten. Die bepalen meestal de structuur van de motivering. Na een vooropstelling van de door de feitenrechters vastgestelde feiten die in cassatie als uitgangspunt dienen, volgt het ‘afpellen’ van het middel.

Vaak vindt men echter een alinea die daaraan voorafgaat en waarin de Hoge Raad een of meer vooropstellingen doet, met name een nieuwe rechtsregel formuleert, een bestaande herhaalt of amendeert (bijvoorbeeld toesnijdt op het soort gevallen

125. Verdrag van 10 juni 1958, Trb. 1959,58 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken.

126. HR 16 februari 2001, NJ 2001, 202 (Drijvende Bokken).

127. HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 – C-244/98 Océano Grupo Editorial, NJ 2000, 730. Zie hierover E.H. Hondius, ‘Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden: het Europese Hof van Justitie spreekt zich uit’, WPNR (6417), 2000, p. 651-652. Vgl. HvJ EG 21 november 2002, C-473/00, (Codifis), Jur. I-10875, NJ 2003, 703.

128. Zie over dit onderwerp, naast de hierna te vermelden literatuur, Asser Procesrecht/Veegens/Kort-hals Altes/Groen 2005, nr. 182-190.

dat aan de orde is¹²⁹), welke de basis vormt voor de afdoening van de klachten. Die vooropstellingen vormen dan eigenlijk de kern van de uitspraak.

Heel belangrijk is de functie van motiveringsklachten. De motiveringscontrole¹³⁰ biedt ruime mogelijkheden om, bij wijze van spreken, het werk van de feitenrechter in de individuele zaak te corrigeren. Een breed scala van mogelijkheden bestaat hier. Van het vernietigen wegens rekenfouten tot vernietiging wegens een motivering van de appelrechter die laat zien dat deze het recht verkeerd toepast. De Hoge Raad vernietigt niet altijd bij een gammele motivering. Er wordt veel 'gerepareerd', met name waar het arrest van de appelrechter slecht is gemotiveerd en eigenlijk met succes met motiveringsklachten wordt aangevallen, maar de uitkomst door de Hoge Raad juist wordt geacht of als te voorzien valt dat na vernietiging uiteindelijk weer dezelfde uitkomst zal worden bereikt. Soms gaat dat heel ver en wordt een arrest van de appelrechter bijna herschreven.¹³¹ De techniek die daartoe wordt gebruikt is het 'inlezen' van de goede motivering in de bestreden uitspraak ('kennelijk' of zelfs 'klaarblijkelijk' heeft het hof...). Zo krijgt het hof te horen wat het zal hebben bedoeld, ook (wat aannemelijk is) als het dat helemaal niet voor ogen heeft gehad. Het is praktisch en bevredigend en het maakt de uitkomst beter controleerbaar en aanvaardbaar, maar dit laatste zal niet gelden voor de eiser tot cassatie die zijn klachten ziet stranden op deze vindingsrijkheid van de Hoge Raad als derde instantie. Als men overziet hoe de Hoge Raad de motiveringscontrole uitvoert kan men met de bewerkers van Veegens¹³² niet anders dan concluderen dat die controle neerkomt op een marginale controle van feitelijke of deels feitelijke beslissingen op hun juistheid waardoor het onderscheid tussen rechts- en motiveringsklachten aanzienlijk is vervaagd.

8.2 Kritiek

Er is van deze en gene zijde kritiek geleverd op de motivering van de Hoge Raad.

Zijn redengeving wordt vaak verduisterd door de cassatietechnische wendingen waarmee klachten worden afgedaan, waardoor de uitspraak moeilijk leesbaar wordt. Maar afgezien van deze en dergelijke redactionele bezwaren, is er kritiek van inhoudelijke aard: de Hoge Raad zou in zijn motivering opener het waarom van de beslissing en de achterliggende belangen, waarden, beginselen en policyfactoren, moeten belichten en een responsievere houding aan de dag moeten leggen tegenover de in de literatuur en in de conclusies van het parket aangedragen argumenten. De Hoge Raad zou minder zich moeten concentreren op procesrechtelijke oplossingen en

129. Voor de oplettende lezers: bij amendering gebruikt de Hoge Raad: 'vgl.' gevolgd door de uitspraak waarin de regel eerder werd geformuleerd. Zonder die toevoeging is sprake van een letterlijk overnemen.

130. Hierboven par. 3.5.

131. Zie bijvoorbeeld HR 9 juni 2006, JOL 2006, 355, rov. 3.3.2-3.3.4.

132. Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005 nr. 71, waar wordt verwezen naar Jacques et Louis Boré, *La cassation en matière civile*, Paris: Dalloz 2003, nr. 01.94.

zich meer moeten richten op de kern van het geschil. Aldus de samenvatting in het Interimrapport Fundamentele herbezinning.¹³³

Ik zou menen dat het zeker goed is om in de motivering van uitspraken meer te streven naar samenvatting van de kern van de klachten en een duidelijk antwoord daarop, zonder te veel cassatietechnische ‘ruis’. Een motivering naar de diepte en niet in de breedte, zou men kunnen zeggen. De recente uitspraak in de zaak van ABN Amro tegen VEB e.a.¹³⁴ laat zien dat de Hoge Raad het zo kan. Bedacht moet worden dat de opsteller van de cassatieklachten (veelal zekerheidshalve) ook vanuit een andere, veel bredere, invalshoek pleegt te werken, te weten vaak: ‘niet geschoten altijd mis’, dan de Hoge Raad voor zijn beslissing nodig heeft, als hij de keuze heeft gemaakt. Voor het overige geldt dat de conclusie van de advocaat-generaal eigenlijk meestal wel voldoende achtergrondinformatie geeft en dat meer dan eens de Hoge Raad, zij het zonder veel in discussie te treden met advocaat-generaal of literatuur, opening van zaken geeft met betrekking tot de argumenten die hebben geleid tot zijn beantwoording van de rechtsvraag. Ook tegenargumenten worden daarbij niet geschuwd. Conclusie en uitspraak tezamen geven dan meestal toch wel een goed beeld van de beweegredenen. De Hoge Raad is nu eenmaal hoogste rechter en niet hoogste wetenschapper. Zijn motivering is op zijn beslissing toegesneden; hij verantwoordt zijn keuze en behoeft de alternatieven niet te weerleggen, tenzij sprake is van een zeer moeilijk dilemma met zich opdringende alternatieven waardoor in het licht daarvan de keuze nadere motivering verdient. En dat doet hij dan ook.¹³⁵ Maar de meeste zaken vragen daar eerlijk gezegd niet om. Veel werk bestaat uit het (opnieuw) doorhakken van (reeds eerder doorgehakte) knopen.

8.3 Amicus curiae

Omdat het lang niet altijd goed mogelijk is in cassatie een goed beeld te verkrijgen van de achtergronden van een bepaald juridisch dilemma waarin de cassatierechter wordt betrokken of over de effecten van de verschillende, mogelijke beslissingen, doet de vraag zich voor of de Hoge Raad en het parket niet instrumenten zouden moeten krijgen om beter inzicht te krijgen. Waar dat echt nodig is,¹³⁶ is het gewenst dat de Hoge Raad de mogelijkheid heeft aanvullende informatie in te winnen over algemene feitelijke constellaties, situaties en maatschappelijke verschijnselen die

133. Interimrapport *Een nieuwe balans*, 10.8. Zie over deze materie met name J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, waarin uitspraken van de Hoge Raad zijn ‘herschreven’; Asser/Vranken, *Algemeen Deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, hoofdstuk IV; Asser *Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen* 2005, nr. 189.

134. HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (m.nt. J.M. Maeijer).

135. Zie bijvoorbeeld (ontleend aan het jaarverslag 2005-2006 van de Hoge Raad): HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (m.nt. J.B.M. Vranken; ‘Baby Kelly’); HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 (auteursrecht op parfum); HR 10 november 2006, RvdW 2006, 1057 (geen minimumjeugdloon voor 13- en 14-jarigen); HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 3 (bescherming van bedreigde politici).

136. De Hoge Raad heeft niet tot taak de door de wetgever gemaakte afweging te toetsen (vgl. HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 (m.nt. MS)), maar dat wordt mogelijk anders indien zich nadien door de wetgever niet voorzien en daarom niet in zijn afweging verdisconteerde omstandigheden of inzichten hebben voorgedaan. In die zin ook Asser-*Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen* 2005, nr. 189.

achter de opgeworpen rechtsvraag schuilen. Hier stelt natuurlijk art. 419 Rv aan de feitelijke oordeelsvorming beperkingen, maar het komt mij voor dat die beperkingen in dit verband niet gelden als men aanneemt dat het niet gaat om het verzamelen van feiten waarmee de Hoge Raad de grondslag van de vordering of het verweer zou aanvullen, maar om informatie de rechtstoepassing nader fundeert. Wij kunnen dit het best vergelijken met de feiten van algemene bekendheid (de notoire feiten) en algemene ervaringsregels die, naar uit art. 149 Rv volgt, de rechter, ook de cassatierechter, aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen, ook als ze niet door de partijen zijn gesteld. Het is van belang dat de Hoge Raad zich, los van de cassatiebeperkingen die zien op de fixatie in de feitelijke instanties van de feitelijke constellatie van het geschil, kan laten voorlichten, teneinde een beter zicht te krijgen op de maatschappelijke relevantie van de vraag en de eventuele gevolgen van bepaalde oplossingen en een basis onder zijn beslissing te leggen die beter aansluit op de maatschappelijke werkelijkheid.

In dit verband kan men zich afvragen of de taak van de concluderende advocaat-generaal mede inhoudt het zelfstandig onderzoek naar feitelijke informatie die van belang zou kunnen zijn voor de beslissing van de zaak. In Nederland wordt algemeen aangenomen dat de advocaat-generaal evenals de rechter gebonden is aan de grenzen van de rechtsstrijd die door partijen worden bepaald en niet bevoegd is buiten partijen om de feitelijke basis van het geschil aan te vullen of uit te breiden (art. 24 en art. 149 Rv). Bij gebreke van enige wettelijke bepaling op dit punt¹³⁷ wordt evenmin aangenomen dat de leden van het parket over de zaak in overleg kunnen treden met partijen, laat staan met één der partijen wat overigens voor alle rechterlijke ambtenaren die met rechtspraak zijn belast, inclusief de leden van het parket bij de Hoge Raad, verboden is (art. 12 in verbinding met art. 120 lid 1 RO). Wel is een lid van het parket bevoegd om ter voorbereiding van de conclusie zonedig inlichtingen – met name over de procesgang – in te winnen bij een van de lagere gerechten (art. 83 in verbinding met art. 120 lid 2 RO).¹³⁸

Ik zou menen dat de advocaat-generaal in de wet de bevoegdheid zou moeten krijgen bij partijen of bij derden inlichtingen in te winnen als dat voor een behoorlijke beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid en rechtsonwikkeling geboden is. Het voornemen om bij derden inlichtingen in te winnen zou aan partijen schriftelijk moeten worden meegedeeld, zonder dat het nodig is een procedure te openen waarin partijen de gelegenheid zouden krijgen zich met de vraagstelling te bemoeien. De advocaat-generaal zou op dat punt vrij moeten zijn partijen daarover al of niet inspraak toe te staan. Op het in de conclusie neergelegde resultaat kunnen partijen dan reageren bij hun Borgersbrieven. De advocaat-gene-

137. Art. 87 en 88 Rv die de comparitie van partijen regelen (en ook in cassatie van toepassing zijn maar daar zelden worden toegepast – zie bijv. HR 19 januari 2007, JOL 2007, 41 m.b.t. de ontvankelijkheid in cassatie), geven slechts aan de rechter de bevoegdheid die te bevelen.

138. Vgl. de A-G Wesseling-van Gent van haar conclusie vóór HR 14 mei 2004, NJ 2005, 247 (m.nt. HJS), die aan het slot onder 3.21 opmerkte dat zij ambtshalve ermee bekend was dat de rechtbank Amsterdam haar beleid – t.w. dat proceskostenveroordelingen op grond van de vermelding ‘kosten rechtens’ uitvoerbaar bij voorraad konden worden verklaard terwijl art. 52 (oud) Rv. voorschreef dat dit door partijen uitdrukkelijk moest zijn gevorderd – uitdroeg tijdens cursussen voor aankomende rechters.

raal zou ook met partijen in contact kunnen treden om het resultaat te bespreken en hen daarop te laten reageren.

Maar ook onder het bestaande recht zou de Hoge Raad zelf gebruik kunnen maken van zijn bevoegdheid een deskundigenbericht te bevelen¹³⁹ – wat ook kan over juridische vragen¹⁴⁰ – om een *amicus curiae* te benoemen met zijn advies meer inzicht biedt in de achtergronden van door de partijen opgeworpen rechtsvragen of in de mogelijke gevolgen van de door de cassatiemiddelen voorgestelde rechtsregels. Over de vraagstelling en over het verslag van de deskundige (*amicus curiae*) zullen de partijen zich uiteraard moeten kunnen uitlaten – in beide gevallen kan een comparatie van partijen (art. 88 Rv) worden gehouden, eventueel in aanwezigheid van de deskundige – waarna de advocaat-generaal moeten concluderen. Een stap verder zou het zijn om de advocaat-generaal de bevoegdheid te geven een deskundige te benoemen om hem te adviseren, welk advies dan aan de conclusie kan worden gehecht. Kortom, meer onderzoek naar achtergronden en gevolgen door de Hoge Raad of het parket zou mogelijk moeten zijn.

8.4 Art. 81 RO¹⁴¹

Veel cassatieberoepen worden afgedaan met toepassing van art. 81 RO, dat de Hoge Raad, indien hij 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, de bevoegdheid geeft in zijn motivering met dit oordeel te volstaan.¹⁴² Het artikel mag naar zijn tekst slechts worden toegepast bij verwerping van het beroep.

Er bestaan geen scherpe, laat staan gepubliceerde, criteria voor de toepassing van art. 81 RO door de civiele kamer. In het algemeen kan gezegd worden dat zaken waarin slechts motiveringsklachten worden aangevoerd tegen grotendeels feitelijke oordelen en die klachten falen, met toepassing van art. 81 RO worden afgedaan. Maar ook in zaken met evident falende rechtsklachten geldt dit. Bij dit alles speelt de conclusie een belangrijke rol. Doordat in de conclusies geen gebruik wordt gemaakt van het artikel, zal de partij wier beroep wordt verworpen, daarin kunnen lezen waarom haar klachten niet opgaan.

139. Ingevolge art. 418a en 428a jo. 284 Rv is in cassatie art. 194 Rv van toepassing.

140. HR 2 februari 1990, NJ 1991, 1: 'Het staat de rechter vrij zich ook omtrent zuiver juridische vragen door deskundigen te doen voorlichten'. In zoverre kan dus worden afgeweken van de opvatting (Winters in Burgerlijke Rechtsvordering, Tekst & Commentaar, Deventer: Kluwer 2002, art. 418a, aant. 2, en art. 428a aant. 1) dat, omdat art. 419 lid 2 en 3 Rv voorschrijft dat de feitelijke grondslag van de cassatiemiddelen alleen kan worden gevonden in de bestreden uitspraak en de stukken van het geding en dat de Hoge Raad is gebonden aan de feitenvaststellingen in de bestreden uitspraak, het bewijsrecht geen toepassing kan vinden bij de behandeling van de cassatiemiddelen.

141. Zie J.E.H.M. Pinckaers, Artikel 101a RO, diss. UM 1997, Deventer: Gouda Quint 1997; Eindrapport Uitgebalanceerd, 9.3.4.5; Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 190.

142. De bepaling die de Hoge Raad dus toestaat zijn beslissing niet te motiveren (want anders kan men het nauwelijks noemen), is waarschijnlijk niet in strijd met art. 6 EVRM. Vgl. voor de strafkamer EHRM 4 juli 2000, NJ 2001, 401 (Kn). In deze zin Pinckaers, p. 56; Asser-Procesrecht Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 190.

De bepaling is destijds (als art. 101a oud RO) ingevoerd ter vermindering van de werklast van de Hoge Raad. Voor de civiele kamer is daarvan zeker sprake, want toepassing vindt plaats in rond 50% van de verwerpingen en rond eenderde van alle afdoeningen.¹⁴³ Met dit cijfer is nog niet gedekt het aantal gevallen waarin de Hoge Raad een deel van de klachten met toepassing van art. 81 RO afdoet. De tekst van de bepaling, die spreekt van klacht, laat dit uitdrukkelijk toe en er wordt veelvuldig gebruik van gemaakt. Voor het parket biedt de bepaling echter vooralsnog geen soelaas. Daar zou wat aangedaan kunnen en moeten worden.¹⁴⁴

9 De procedure na verwijzing¹⁴⁵

In de cassatierechtspraak speelt de procedure na vernietiging en verwijzing een niet onbelangrijke rol. Bij de beoordeling of een eiser tot cassatie voldoende belang heeft bij een klacht wordt in beschouwing genomen wat het gevolg is als de klacht slaagt en vernietiging zou volgen. Is de uitkomst dan hetzelfde dan bestaat bij de klacht geen belang. Verder wordt regelmatig bij de behandeling van klachten betrokken de vraag, of bij het slagen van een of meer klachten, andere klachten nog moeten worden behandeld met het oog op de behandeling na verwijzing. Regel is dat de rechter naar wie de zaak wordt verwezen geen rekening meer mag houden met oordelen in de in cassatie bestreden uitspraak, waartegen geen klachten of door de Hoge Raad verworpen klachten waren gericht. Die oordelen en beslissingen liggen dus vast. Maar de oordelen waartegen klachten waren gericht die de Hoge Raad niet heeft behandeld, liggen wel weer open na verwijzing. Voor de partij die cassatieberoep instelt is dit van belang bij de keuze van de oordelen waartegen zij klachten wil formuleren. De Hoge Raad ziet vaak af van de behandeling van bepaalde klachten als er toch vernietigd wordt en de punten waartegen die klachten waren gericht, samenhangen met de klachten die gegrond zijn geoordeeld en waarop is vernietigd. De verwijzingsrechter kan die punten dan bij zijn beoordeling betrekken. Zouden die klachten worden verworpen, dan kan dat, als gezegd, niet meer. Zo kan de Hoge Raad de omvang van de rechtsstrijd in het geding na verwijzing beïnvloeden.

Het proces na verwijzing is voor het overige een voortzetting van de appelprocedure met maar beperkte ruimte voor nieuwe stellingen.

143. Hoge Raad, Verslag 2005 en 2006, Tabellen V-a en V-b. Overigens wordt in zo'n tweederde van alle zaken het beroep verworpen (Tabel VI).

144. In het Eindrapport *Uitgebalanceerd*, 9.3.4.5, wordt voorgesteld een selectie van zaken aan de poort te laten plaatsvinden door een lid van het civiele parket en een lid van de civiele kamer op basis van een summier preadvies van het wetenschappelijk bureau, en in de zaken die zijn geselecteerd voor verkorte motivering, te volstaan met zowel een conclusie als een uitspraak met toepassing van art. 81 RO, aangevuld met de zinsnede dat ook uit een oogpunt van rechtsbescherming de klachten niet tot cassatie kunnen leiden. Bakels 2006, p. 48-50, toont zich niet enthousiast. De Kabinetsreactie op het Eindrapport *Uitgebalanceerd* wijst niet meteen af maar agendaert de kwestie voor het werk van een, inmiddels ingestelde, gemengde commissie van leden van Hoge Raad en parket en vertegenwoordigers van het ministerie van justitie, die zich (onder meer) moet buigen over de voorstellen met betrekking tot de civiele cassatie.

145. B. Winters, *De procedure na cassatie en verwijzing in civiele zaken*, diss. EUR 1992, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Verder zullen partijen na verwijzing hun stellingen mogen aanpassen als inmiddels het recht is gewijzigd, bijvoorbeeld met name als de Hoge Raad in het casserende arrest een rechtsregel heeft geformuleerd waarmee partijen voordien geen rekening hebben behoeven te houden of als hij met betrekking tot een bepaalde rechtsregel is 'omgegaan', dat wil zeggen is teruggekomen op zijn eerdere rechtspraak.¹⁴⁶ Partijen behoeften daar uiteraard aanvankelijk geen rekening mee te houden en het is dan billijk dat ze na verwijzing de gelegenheid krijgen om hun standpunten en ook hun feitelijke stellingen af te stemmen op de nieuwe situatie. Hetzelfde kan zich voordoen door het inmiddels van kracht worden van nieuwe wetgeving die als gevolg van (wat in het overgangsrecht heet) onmiddellijke werking in de zaak moet worden toegepast of als door antwoorden op door de Hoge Raad aan het Hof van Justitie EG of het Benelux-Gerechtshof gestelde prejudiciële vragen, de grenzen van het recht zijn verlegd.¹⁴⁷ In het verlengde hiervan ligt het geval dat de Hoge Raad min of meer gedetailleerde instructies geeft voor de procedure na verwijzing.¹⁴⁸

10 Een kort woord tot slot

Het is niet vanzelfsprekend dat het cassatiesysteem, zoals dat in een aantal continentaal-Europese landen, zoals België en Nederland, is ontwikkeld (of een verwant systeem als de Duitse Revision) voor de zojuist beschreven taken het beste is. Zou een vorm van appelrechtspraak niet beter zijn? De auteur en de bewerkers van het belangrijkste Nederlandse boek over civiel cassatierecht, *Veegens' Cassatie in burgerlijke zaken*, vinden dat niet: 'Wie wil betogen dat het hoger beroep, een herbehandeling van het gehele geschil, zowel wat de feiten als de rechtspunten betreft, voor een meer ervaren rechter op zichzelf het ideale rechtsmiddel is, heeft gemakkelijk spel. Het wezenlijke probleem is echter de rechtspraak aan de top zo te organiseren dat zij voor het nationale rechtsbestel in zijn geheel het grootst mogelijke rendement afwerpt. Een betere oplossing dan de cassatie is daarvoor tot nog toe nog niet gevonden'.¹⁴⁹ Daarmee is echter nog niet zo veel gezegd, en dat erkennen zij ook door serieus in te gaan op de contra-argumenten. 'De cassatie' is uiteraard dan wel de cassatie zoals deze in de loop van de jaren door de Hoge Raad zo is gevormd dat zij inderdaad een zo grote mate van flexibiliteit vertoont, dat de vraag rijst of wat wij cassatie noemen nog wel cassatie is. Dus laten we maar niet hechten aan woorden, maar bezien of er aan het huidige stelsel wat te verbeteren valt. Een tweede appelinstantie wil niemand. Maar de tijd vraagt zo langzamerhand wel om een systeem, waarin de problematische scheiding van feit en recht met het strikte onderscheid

146. Zie HR 22 februari 1991, NJ 1991, 376 (m.nt. EAAL) waarin werd toegestaan dat partijen hun stellingen aanpasten i.v.m. de gewijzigde rechtspraak van de HR (HR 10 november 1989 NJ 1990, 628) inzake 'family life' tussen de biologische vader en zijn kind. Zie ook met betrekking tot de doorbreking van de lange verjaring op grond van de redelijkheid en billijkheid HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (m.nt. ARB).

147. Zie met betrekking tot een uitspraak van het Benelux-Gerechtshof HR 27 januari 1995, NJ 1995, 345; HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 282.

148. Zie i.v.m. het communautaire recht HR 22 december 1995, NJ 1997, 118 (m.nt. P.J.Slot en HJS).

149. Nr. 24 en herhaald in 221.

tussen motiveringsklachten en rechtsklachten niet meer tot instrument dient om de taak af te bakenen en bijvoorbeeld niet meer op verhullende manier met feiten wordt omgegaan, maar waarin beter zichtbaar is dat de cassatierechter ook de feiten waardeert en die waardering aan zijn beslissingen ten grondslag legt, zodat duidelijk is welke criteria worden gehanteerd bij de uitoefening van de beide taken.

Kortom een transparanter systeem.