

# Rechtsvorming door de Hoge Raad

**Redactie:**

Ruben de Graaff  
Titiaan Keijzer  
Charlotte de Kluiver  
Mojan Samadi

**Ars Aequi Libri  
Nijmegen 2016**

## Schrijven over cassatierechtspraak

Voor 2015 heeft de redactie van *Ars Aequi* als onderwerp van de Rode Draad ‘Rechtsvorming door de Hoge Raad’ gekozen. Rechtsvorming door de rechter blijft een belangrijk onderwerp, dat niet snel aan actualiteit inboet. Ruim tien jaar geleden, bij de start van de vorige Rode Draad met dit thema, merkte Daan Asser daarover op:

‘De verregerende staat van afgeklovenheid van het bot illustreert alleen maar hoe belangrijk en boeiend het fenomeen voor juristen is.’<sup>1</sup>

Volgens Maurits Barendrecht was schrijven over verbetering van de civiele cassatierechtspraak echter ‘een probate manier om energie te verspillen’:

‘Alleen al in de laatste 30 jaar waren er preadviezen van de NJV in 1978, vele opstellen rond het 150-jarig jubileum, proefschriften van Bruinsma en Köhne, en tientallen noten en kortere commentaren. (...) Maar met alle gesignaleerde problemen en gedane suggesties is in die lange periode niets wezenlijks gebeurd.’<sup>2</sup>

In de afgelopen jaren is daarin verandering gekomen. Na het rapport ‘Versterking van de cassatierechtspraak’ van de commissie-Hammerstein in 2008 raken de ontwikkelingen plots in een stroomversnelling. Zo trad op 1 juli 2012 de Wet versterking cassatierechtspraak in werking. Eén van de belangrijkste wijzigingen is de introductie van een systeem van selectie aan de poort (art. 80a RO). De Hoge Raad kan een cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaren indien (1) de partij die het cassatieberoep instelt klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep, of indien (2) de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden. Artikel 80a RO geldt voor cassatiezaken op alle rechtsgebieden (civiel recht, strafrecht en fiscaal recht), maar is met name voor de strafkamer van de Hoge Raad van groot belang.<sup>3</sup> Daarnaast bestaat er in civiele zaken de mogelijkheid voor de feitenrechter om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad (art. 392 e.v. Rv). Verder is de civiele cassatiebalie opengesteld voor advocaten uit het hele land. Tegelijkertijd is de toegang tot de civiele cassatiebalie verscherpt. Advocaten moeten aan bepaalde kwaliteitseisen voldoen, die getoetst worden door het afleggen van een examen en een proeve van bekwaamheid. Ook voor de andere kamers is de kwaliteit van de advocatuur van belang. Zo merkt

1 W.D.H. Asser, ‘Over rechtsvorming door de Hoge Raad. Inleidende opmerkingen bij de Rode Draad “Raad & Daad”’, AA 2005, p. 226.

2 J.M. Barendrecht, ‘Wat als de civiele kamer van de Hoge Raad er niet meer zou zijn?’, AA 2005, p. 335.

3 E.J. Numann, ‘Schriftelijke toelichting’, in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt e.a. (red.), *Middelen voor Meijer* (liber amicorum mr. R.S. Meijer), Deventer: Kluwer 2013, p. 235-248.

Buruma op dat de ‘goede rechtsvorming’ door de Hoge Raad mede afhankelijk is van het werk van de cassatieadvocaat.<sup>4</sup>

Deze maatregelen moeten enerzijds voorkomen dat ‘kansloze zaken’ werklast veroorzaken voor de Hoge Raad, terwijl anderzijds rechtsvragen in zaken die de Hoge Raad voorheen niet of niet tijdig bereikten nu sneller door hem kunnen worden beantwoord. Zo moet de Hoge Raad in staat worden gesteld zich meer te concentreren op zijn kerntaken, namelijk de bevordering van rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Daarbij komt dat, naarmate de wetboeken ouder worden, het steeds meer op de Hoge Raad aankomt om het recht bij de tijd te houden.

De geschetste veranderingen beperken zich overigens niet tot het verwezenlijken van de ontwikkeling van puur Nederlands recht. De Hoge Raad wordt steeds vaker en meer dan in het verleden gevraagd zaken te beoordelen waarbij verschillende internationale verdragen en Europeesrechtelijke regimes van toepassing zijn. Hij is dan niet meer dé hoogste rechter, maar ‘een spin in het web van vele rechtsordes’, verwikkeld in een dialoog met hoogste nationale rechters en supranationale rechters.<sup>5</sup> Aldus vinden internationale rechtsnormen met behulp van de Hoge Raad hun weg naar de nationale rechtspraktijk.

Voor de redactie vormden deze ontwikkelingen de aanleiding de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, tien jaar na *Raad & Daad*, opnieuw centraal te stellen. Dat gebeurde eerst in het maandblad, waarin gedurende het jaar 2015 twaalf bijdragen verschenen. Tijdens dit jaar bleek de interesse voor het onderwerp nog altijd groot. De redactie kreeg van verschillende auteurs het verzoek om een bijdrage te mogen leveren aan de reeks. De redactie besloot daarom een bundel uit te geven, waarin de maandbladbijdragen samen met deze extra bijdragen zijn opgenomen. Het doel was een bundel samen te stellen die een wezenlijke toevoeging biedt ten opzichte van de vorige bundel, die uiteindelijk verscheen in 2008.<sup>6</sup>

Verschillende bijdragen belichten de rechtsvormende taak in meer algemene zin, door te kijken naar de wettelijke legitimatie voor deze taak en de uitoefening daarvan

4 Y. Buruma, ‘Strafrechtelijke rechtsvorming’, *Strafblad* 2013, p. 6-14.

5 M.A. Loth, *De Hoge Raad in dialoog; over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde* (oratie Tilburg), Tilburg 2014, p. 11.

6 W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad en Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

door de civiele kamer,<sup>7</sup> naar het instrumentarium van de Hoge Raad,<sup>8</sup> naar zijn positie ten opzichte van de wetgever,<sup>9</sup> en naar de totstandkoming, motivering en uitleg van zijn uitspraken.<sup>10</sup> Enkele bijdragen behandelen de uitoefening van deze rechtsvormende taak ten aanzien van een bepaald leerstuk, zoals de uitleg van ‘roekeloosheid’ binnen het strafrecht,<sup>11</sup> de normering van de strafrechtelijke bewijsbeslissing<sup>12</sup> en het lot van een licentie van een failliete licentiegever.<sup>13</sup> Ook de onzakelijke lening komt aan bod, zodat het fiscale aspect van rechtsvorming niet onbesproken blijft en alle kamers van de Hoge Raad in deze bundel vertegenwoordigd zijn.<sup>14</sup> Andere bijdragen laten zien hoe de Hoge Raad leiding geeft aan een bepaald rechtsgebied, zoals het aansprakelijkheidsrecht,<sup>15</sup> of hoe hij opereert op het snijvlak van verschillende rechtsgebieden, zoals het bestuursrecht en het privaatrecht,<sup>16</sup> of het privaatrecht en het EU-recht.<sup>17</sup> Verder wordt aandacht gevraagd voor de rol die de Hoge Raad heeft gespeeld ten aanzien van belangrijke juridische en maatschappelijke kwesties, zoals het euthanasierecht,<sup>18</sup> zedenmisdrijven<sup>19</sup> en *wrongful life*.<sup>20</sup> Twee bijdragen vragen aandacht voor de werkzaamheden van het parket en onderzoeken vanuit dat perspectief

- 7 M.E. Bruning, ‘Over redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het Nederlandse privaatrecht. Mogelijkheden en grenzen in de rechtsvormende rechtspraak op grond van de billijkheid’, p. 75-108.
- 8 E.S. Daalder & R. de Graaff, ‘Rome, Luxemburg, Den Haag: de prejudiciële procedure als rechtsvormend instrument’, p. 123-138; I. Giesen & A.M. Overheul, ‘Rechtsvorming door prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussenstand’, p. 185-206; M.V. Polak, ‘Van Kazernestraat naar Korte Voorhout: tijd voor een nieuw arsenaal?’, p. 281-296.
- 9 G. Boogaard & J. Uzman, ‘Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming’, p. 63-74.
- 10 F.B. Bakels, ‘Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad’, p. 41-62; Y. Buruma, ‘Zuinig motiveren, maar wel uitleggen’, p. 41-62.
- 11 J.M. ten Voorde, ‘Roekeloze rechtsvorming?’, p. 337-352.
- 12 M.J. Dubelaar, ‘Vorming of uitholling van recht? De normering van de strafrechtelijke bewijsbeslissing door de Hoge Raad’, p. 157-174.
- 13 Th.C.J.A. van Engelen, ‘Analogische rechtsvorming: *Nebula*, *Berzona* en het lot van een licentie van een failliete licentiegever’, p. 175-184.
- 14 Q.W.J.C.H. Kok, ‘Het leerstuk van de onzakelijke lening’, p. 245-256.
- 15 T. Hartlief, ‘Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht?’, p. 207-232.
- 16 G.M.C. Neuteboom-Klink & M.W. Scheltema, ‘Formele rechtskracht anno 2015’, p. 307-320.
- 17 C. Mak, ‘De Hoge Raad als Europese civiele rechter’, p. 269-280.
- 18 N. Rozemond, ‘De voortdurende invloed van de Hoge Raad op het euthanasierecht’, p. 297-306.
- 19 C. Kelk, ‘Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen’, p. 233-244.
- 20 M.A. Loth & M. Kooijman, ‘Cassatie in variaties; over de functie, de organisatie en het functioneren van de cassatierechter’, p. 257-268.

de invloed van de meerlagige rechtsorde<sup>21</sup> en het instellen van cassatie in het belang der wet.<sup>22</sup>

De bijdragen in deze bundel prenten de lezer in dat er iets wezenlijks is gebeurd sinds het verschijnen van de eerste bijdrage over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad in de Rode Draad-rubriek van 2005. De cassatierechtspraak is versterkt binnen het nationale recht en wordt op de proef gesteld vanuit het internationale en Europese recht. Nieuwe ontwikkelingen dienen zich alweer aan. De prejudiciële procedure bij de civiele kamer staat volop in de belangstelling. De Hoge Raad maakte het mogelijk *amici curiae* ook in cassatieprocedures in het belang der wet te horen.<sup>23</sup> Zowel binnen<sup>24</sup> als buiten<sup>25</sup> de Hoge Raad wordt gesuggereerd om deze mogelijkheid in de toekomst ook te bieden in ‘gewone’ cassatieprocedures waarbij een rechtsvraag wordt voorgelegd die het individuele geval overstijgt. Intussen wordt de invoering van een prejudiciële procedure bij de belastingkamer voorbereid,<sup>26</sup> en wordt nagedacht over een prejudiciële procedure bij de strafkamer.<sup>27</sup>

Ook op het terrein van het bestuursrecht gaat de Hoge Raad in de toekomst waarschijnlijk een grotere rol spelen. Zo is het kabinet van plan de Hoge Raad als hoogste rechter te laten oordelen over geschillen in het socialezekerheidsrecht en ambtenarenrecht.<sup>28</sup> In de literatuur wordt ook wel betoogd dat er een formele rechtseenheidsvoorziening bij de Hoge Raad zou moeten komen op het gebied van het bestuursrecht, voor vragen waar verschillende rechterlijke colleges mee te maken hebben – bijvoorbeeld op het terrein van grondrechten, de Algemene wet bestuursrecht, het

21 A.G.F. Ancery & C.S. Avendaño Canto, ‘Een List van Themis. De bijdrage van het parket en het wetenschappelijk bureau bij de Hoge Raad aan rechtsvorming in cassatie’, p. 25-40.

22 L. Timmerman, ‘Vier cassaties in het belang der wet: hoe bedrijf je rechtsvinding nu echt?’, p. 321-336.

23 Als er ‘naar het oordeel van de Hoge Raad aanleiding bestaat’, kunnen andere belanghebbenden voortaan worden uitgenodigd opmerkingen in te dienen in een cassatieprocedure in het belang der wet. Zie HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1342, r.o. 3.3.

24 Zie bijv. de opmerkingen van Bakels in deze bundel, p. 41-62.

25 Zie bijv. C.B. Bavinck, ‘Moet de Hoge Raad externe deskundigen en amici curiae inschakelen?’, *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2009, p. 4 e.v.

26 ‘Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Overige fiscale maatregelen 2016)’, *Kamerstukken II* 2015/16, 34305, 2, p. 18 e.v. Zie overigens het kritische advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2015/16, 34305, 4, p. 2-4.

27 Zie de door de Tweede Kamer aangenomen motie van Dijkhoff en Van Nispen, 26 november 2014, *Kamerstukken II*, 34000, VI, 29.

bestuursstrafrecht en het schadevergoedingsrecht. In dat kader wordt gedacht aan het introduceren van een cassatiemogelijkheid met verlostelsel,<sup>29</sup> of het invoeren van een prejudiciële procedure tussen de hoogste bestuursrechter(s) en de Hoge Raad.<sup>30</sup>

Anderen menen dat er betere methoden zijn om rechtseenheid te bereiken. Bijvoorbeeld langs informele weg, door overleg tussen de hoogste rechtscolleges, of door het instellen van een gemeenschappelijke kamer van de hoogste rechters.<sup>31</sup> Knigge voorziet zelfs dat de grenzen tussen cassatierechter en zaak zullen gaan vervagen. Soms is het moeilijk snel een geschikte zaak te vinden om de Hoge Raad in staat te stellen een rechtsvraag te kunnen beantwoorden:

‘De vraag die dat oproept, is of de gedachte dat er een zaak nodig is om een rechtsvraag te beantwoorden, niet moet worden losgelaten. Als het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling als een zelfstandige taak van de Hoge Raad wordt gezien, wordt de zaak tot bijzaak. (...) Om meer dan een kapstok gaat het vaak niet. Het had net zo goed zonder gekund. Waarom dan nog krampachtig vasthouden aan de zaak als een noodzakelijke voorwaarde?’<sup>32</sup>

De cassatierechtspraak blijft dus in beweging. Daarover schrijven is geen verspilling van energie.

*Namens de redactie*

Ruben de Graaff

Titiaan Keijzer

Charlotte de Kluiver

Mojan Samadi

28 Voorontwerp ‘Wet splitsing RvS en opheffing CRvB en CBB’, [www.internetconsultatie.nl/wetsplitsingraadvanstate](http://www.internetconsultatie.nl/wetsplitsingraadvanstate), laatst geraadpleegd 16 december 2015.

29 B.J. van Etekoven, ‘De Hoge Raad in 2025: met of zonder cassatie in de bestuursrechtspraak?’, in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kirsten (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 263-274.

30 Motie van de leden Recourt en Taverne over een institutionele rechtseenheidsvoorziening in het bestuursrecht, *Kamerstukken II* 2014/15, 29279, 235.

31 Zie het advies van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake de motie van de leden Recourt en Taverne, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 29279, 264.

32 G. Knigge, ‘Rechter zonder zaak’, *RMThemis* 2015, p. 94.