

Waar toe is de Hoge Raad op aarde?

J. van Duijvendijk-Brand¹

Waar toe is de Hoge Raad op aarde, voor de beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling of ook – en wel in beginsel evenzeer – voor de rechtsbescherming van het individu en de bewaking van de kwaliteit van de rechtspraak? Een voorontwerp van wet voorziet in de mogelijkheid om zaken ‘aan de poort’ weg te selecteren door cassatieberoepen niet-ontvankelijk te verklaren. Gekozen is voor een discretionaire bevoegdheid tot vernietigen en een open selectie criterium. Dat open criterium leidt thans reeds tot onduidelijkheid. Sommigen menen dat er sprake zal zijn van een accentverschuiving ten opzichte van de huidige afdoening van zaken (negatief verlofstelsel: tegenhouden ‘kansloze beroepen’) anderen zien (op termijn) een positief verlofstelsel ontstaan waarin ook beroepen die kansrijk zijn, maar waarin geen rechtsvragen aan de orde worden gesteld die voor de rechtseenheid of rechtsontwikkeling van belang zijn niet-ontvankelijk kunnen worden verklaard. Voor de rechtspraak lijkt het thans voorgestelde selectie criterium onwerkbaar. Verder rijst de vraag of het thans voorgestelde stelsel niet op gespannen voet staat met het EVRM.

Het voorontwerp

Het voorontwerp van oktober 2008 geeft de Hoge Raad de mogelijkheid een selectie te maken van de zaken waaraan hij zijn aandacht wil besteden². Daaraan is het nodige vooraf gegaan. Er zijn rapporten verschenen over de (gewenste) rol van de Hoge Raad³ en over de noodzaak van een gespecialiseerde cassatieadvocatuur (Commissie Neleman⁴ en Commissie Fleers⁵).

¹ Mr. J. van Duijvendijk-Brand is (cassatie)advocaat te 's-Gravenhage. Dit artikel is de bewerking van een voordracht die de auteur hield tijdens het symposium dat op 11 december 2009 door de afdeling Civiel recht van de rechtenfaculteit RUL werd georganiseerd ter gelegenheid van het verschijnen van de 25ste editie van het BW-Krant Jaarboek met als thema: ‘Het zwijgen van de Hoge Raad’. De titel van dit artikel is ontleend aan de bijdrage van M.A. Loth aan genoemde bundel, die deze vraag in zijn bijdrage centraal stelt.

² Voorontwerp wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten in verband met de versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad. Tekst en toelichting zijn als bijlage 1 opgenomen in ‘Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad’, Recht en Samenleving, N.J.H. Huls (red.), Den Haag, Bju, 2009.

³ Vermelding verdienen W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans : interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Bju, 2003 en van dezelfde auteurs: *Uitgebalanceerd : eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Bju, 2006.

⁴ De commissie stond onder voorzitterschap van de toenmalige vice-president en voorzitter van de civiele kamer van de Hoge Raad mr. P. Neleman (officieel: Commissie Cassatieadvocatuur) en werd door de Minister bij brief van 22 april 2003 benoemd. Zij bracht op 21 juni 2004 haar rapport uit, te vinden op www.justitie.nl. Kern van de voorstellen van de commissie was om (in overleg met de NOvA) te komen tot een wettelijke regeling die

Het rapport ‘Versterking van de cassatierechtspraak’ van de Commissie normstellende rol Hoge Raad (hierna kortheidshalve aangeduid als de commissie Hammerstein) kan als katalysator worden aangemerkt⁶. Daarin wordt gekozen voor een selectiestelsel. De plannen voor een gespecialiseerde cassatiebalie zijn daardoor op de achtergrond geraakt. Het ‘V-woord’ (term van Loth) is niet langer taboe. Werd tijdens een bijeenkomst met de cassatiebalie op 9 november 2007 nog (letterlijk) de stemming gepeild van de aanwezigen⁷ en nog vrij omzichtig over het onderwerp ‘verlofstelsel’ gedebatteerd, die omzichtigheid heeft men met en door het verschijnen van het rapport van de Commissie Hammerstein laten varen. Onomwonden wordt thans door de Hoge Raad (con amore) voor een verlofstelsel gepleit⁸. Opvallend daarbij is overigens dat de plannen soms niet zo zeer als plannen worden besproken, maar eerder als een gegeven worden beschouwd. Dit terwijl we het stadium van een voorontwerp nog niet gepasseerd zijn en de plannen niet door een ieder positief zijn ontvangen.

Verlofstelsel of selectiestelsel?

Tijdens mijn voordracht op 11 december 2009⁹ werd ik door Hammerstein gekapitteld, wegens het gebruik van de term ‘verlofstelsel’. Die aanduiding zou onjuist zijn omdat de voorstellen van de Commissie Hammerstein geen verlofstelsel maar een selectiestelsel behelzen. Kennelijk doelt Hammerstein daarmee op de opmerking in het rapport (p. 47) dat het door de Commissie voorgestelde systeem er niet een is van ‘pick-and-choose’, omdat toegang tot een *inhoudelijke* beoordeling in cassatie openstaat, zij het dat voor cassatie ongeschikte zaken er in een zo vroeg mogelijk stadium uit worden geselecteerd. Dat lijkt een nogal subtiel woordenspel. Een alinea verder in het rapport wordt immers gesproken van ‘een beweging *in de richting van een verlofstelsel*, zij het een voorzichtige en vooralsnog in de richting van een verlofstelsel in de ‘mildste’ vorm’. Ik kies ervoor de term verlofstelsel – naast de term selectiestelsel - te blijven gebruiken nu deze term inmiddels ingeburgerd is. Ook Loth¹⁰ spreekt over een verlofstelsel en onderscheidt daarbij tussen een negatief en positief verlofstelsel. Aan het slot van dit artikel kom ik nog terug op de mogelijke relevantie van het verschil tussen beide.

Werklast of werkkeuze?

Er blijken hardnekkige misverstanden te bestaan over de redenen voor het willen invoeren van een verlofstelsel en over de omvang van de werklast bij de verschillende kamers van de Hoge Raad. Deze redenen zijn namelijk niet gelegen in de niet meer te beheersen werklast van de verschillende kamers van de Hoge Raad maar in een keuze ‘de eigen agenda’ (lees: de door

exameneisen en ervaringseisen (‘vliegreun’) stelt aan advocaten die cassatiezaken behandelen om zo een halt toe te roepen aan de geconstateerde kwaliteitserosie van cassatieberoepen. De toenmalige minister heeft geen uitvoering gegeven aan de aanbevelingen uit het advies.

⁵ Deze commissie werd door de President van de Hoge Raad en de Algemeen Deken van de Nederlandse Orde van Advocaten in het leven geroepen om de voorstellen van de Commissie Neleman verder uit te werken. De Commissie heeft wel een rapport uitgebracht, maar dat is niet openbaar gemaakt.

⁶ De commissie is ingesteld bij Besluit van 27 maart 2007 van de Directeur-generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving van het Ministerie van Justitie. In februari 2008 verscheen haar rapport

⁷ De meerderheid van de daar aanwezige cassatieadvocaten stond afwijzend tegenover een verlofstelsel en gaf zo nodig de voorkeur aan een uitbreiding van de toepassing van art. 81 RO.

⁸ Zie ook de voordracht van mr. G.J.M. Corstens, president van de Hoge Raad, tijdens de Voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht op 5 juni 2009, te raadplegen via www.rechtspraak.nl/Gerechten/HogeRaad/Actualiteiten en het interview met dezelfde door mr. C.M. Th. Lindo, ‘Tussen ideaal en nuchterheid’, NJB 2009, p. 1074. e.v.

⁹ Zie voetnoot 1.

¹⁰ M.A. Loth, *Beslissen hoe te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt*, in: Het zwijgen van de Hoge Raad, BWKJ 25, Deventer, 2009. p. 3. e.v.

de Hoge Raad te behandelen zaken) te willen bepalen. De Commissie Hammerstein was daar al duidelijk over en ook de president van de Hoge Raad, Corstens, heeft onlangs onomwonden verklaard¹¹ dat de doelstelling van de Commissie was om te komen tot voorstellen waarmee de taakvervulling door de Hoge Raad wordt geoptimaliseerd en dat het dus niet gaat om het verminderen van de werklast. Ook Loth¹² erkent dat, hoewel de discussie vaak handelt over interne kwesties als de werklast, de Hoge Raad in feite meer externe relevantie zoekt. Die discussie over ‘interne kwesties’ maakt echter kennelijk dat wat bij de lezer beklijft een probleem van onbeheersbare werklast is. Dat geldt bijvoorbeeld voor de adviescommissie BPR (burgerlijk procesrecht) van de Nederlandse Orde van Advocaten. Deze commissie heeft zich in haar advies van 10 september 2009 aan de Algemene Raad over het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en passant kritisch uitgelaten over de plannen voor een verlostelsel. De adviescommissie gaat er van uit dat de werklastproblemen de reden zijn voor het (willen) invoeren van een verlostelsel en draagt vanuit die gedachte enkele alternatieve oplossingen aan.

Wanneer de Hoge Raad met een verlostelsel het bepalen van de eigen agenda nastreeft en de balie daarop reageert met (onder meer) het voorstel om het aantal raadsheren uit te breiden, dan is sprake van een misverstand en een langs elkaar heen praten. Een misverstand dat ook wel enigszins in het leven is geroepen door degenen die pleiten voor een verlostelsel. Zo lezen we bij Loth: ‘dat de werkbelasting de grenzen van de capaciteit heeft bereikt en dat de rechtsvormende ambities van de Hoge Raad worden gesmoord in een eindeloze stroom zaken, middelen en klachten, waar uiteindelijk niemand mee gebaat is¹³’. De grenzen van het gebruik van art. 81 RO zouden in zicht komen en er zou behoefte zijn aan nieuwe instrumenten om de groeiende werklast het hoofd te bieden. Dat wordt dan geïllustreerd aan de hand van enige cijfers.

Enkele cijfers

Zowel in het rapport Hammerstein als in het artikel van Loth worden de aantallen van 2007 afgezet tegen die van 1973 (voor de civiele kamer: 500 zaken in 2007 tegenover 150 in 1973) en die van 1987. Dat bepaald niet complete beeld heeft kennelijk bijgedragen aan het ontstaan van genoemde misverstanden. Zo schreven Bijloos c.s. onlangs in een redactioneel in *Trema* dat niet alle kamers van de Hoge Raad met een groei van het aantal zaken te maken hebben, maar dat dit met name de civiele kamer treft omdat daar het aantal ingediende zaken al jarenlang stijgt evenals de voorraad¹⁴.

De cijfers geven een ander, veel genuanceerder, beeld te zien¹⁵. Het aantal *uitspraken* dat de civiele kamer van de Hoge Raad per jaar doet beweegt zich vanaf 1989 binnen een bandbreedte van ruwweg 450 tot 500, met enkele uitschieters naar boven en beneden. Over een periode van niet minder dan 20 jaar geeft dat dus een vrij stabiel beeld en zeker niet een van een steeds toenemende belasting (van de civiele kamer). Dat geldt eens te meer indien men daarbij in aanmerking neemt dat van artikel 101a RO (de voorganger van 81 RO), dat op 1 juli 1988 in werking trad, in de eerste 9 jaar na de inwerkingtreding spaarzaam gebruik werd gemaakt, namelijk rond 15%. Vanaf 1999 klimt dat percentage dan flink op tot rond de 34%. In 2008 is sprake van een enorme stijging: niet minder dan 48% van het totaal aantal

¹¹ Zie diens eerder genoemde voordracht voor de NVvP.

¹² Loth, a.w., p. 5.

¹³ Loth, a.w., p. 3.

¹⁴ A.W.M. Bijloos, H.C.L. Hermans en H.F.M. Hofhuis, *De verslaglegging van de Hoge Raad over 2007 en 2008*, *Trema* september 2009, afl. 7, p. 272.

¹⁵ De cijfers zijn te vinden in de jaarverslagen van de Hoge Raad. Zij zijn gerubriceerd door C.E.C.J. Ponsioen, *Toepassing artikel 81 RO door de civiele kamer van de Hoge Raad. Een kwantitatief onderzoek tegen de achtergrond van het rapport Hammerstein*, in: *Het zwijgen van de Hoge Raad*, BWKJ 25, Deventer, 2009. p. 129 e.v.

uitspraken wordt met toepassing van 81 RO afgedaan, bijna de helft dus. De relatief sterke toename in dat jaar en het jaar 2007 van het aantal *ingekomen zaken* (585 in 2008 resp. 582 in 2007) ten opzichte van de daaraan voorafgaande jaren (2006: 542; 2005: 513; 2004: 500; 2003: 471; 2002: 440; 2001: 505) wordt gecompenseerd door het grote aantal afdoeningen met toepassing van art. 81 RO. Overigens lagen de aantallen ingekomen zaken in de jaren 1997 tot en met 2000 weer beduidend hoger dan in de daarop volgende jaren¹⁶. Er is dus niet sprake van een constant stijgende lijn.

Het *totale aantal afdoeningen* - dat wil zeggen uitspraken én royementen/ intrekkingen – geeft een soortgelijk beeld. Bezien we de periode van de afgelopen tien jaar, dan blijkt dat in de jaren 1999 tot en met 2004 vrijwel steeds (namelijk met uitzondering van het jaar 1999) *meer* zaken werden afgedaan dan er nieuw binnenkwamen. Eerst vanaf 2005 is er een kentering waar te nemen en ontstaat er een ‘tekort’ met één opvallende uitschieter in 2007. In 2008 werden echter weer bijna even veel zaken afgedaan als er in dat jaar binnenkwamen, terwijl het aantal ingekomen zaken in dat jaar bepaald fors was te noemen¹⁷. Een score die ongetwijfeld mede is toe te schrijven aan het toegenomen gebruik van art. 81 RO.

De cijfers geven dus wel een behoorlijke werklast te zien¹⁸ maar niet een beeld dat het voor de Hoge Raad op dit moment ‘pompen of verzuipen’ is. Uit de cijfers uit het jaarverslag 2007/2008 van de Hoge Raad over 2008 blijkt dat art. 81 RO kennelijk nog steeds soelaas biedt om het aantal afdoeningen per jaar in de pas te laten blijven lopen met het aantal ingekomen zaken.

Over een dergelijk formeel middel beschikt de advocaat-generaal niet. Vaak wordt dan ook in de discussie over de werklast gewezen op de werklast bij het parket¹⁹. Op zich begrijpelijk want conclusies in serieuze zaken zijn vaak breed opgezet en zeer diepgravend²⁰. Maar in zaken waarin een ‘kansloos cassatieberoep’ is ingesteld, kan het ook anders. Daar ziet men steeds vaker dat de advocaat-generaal voorop stelt dat een zaak zich voor afdoening met toepassing van art. 81 RO leent en er dus ook aanleiding bestaat voor het nemen van een verkorte conclusie. Deze werkwijze is geoorloofd en praktisch en zou wellicht vaker kunnen worden toegepast bij die zaken die volgens de Hoge Raad (en het parket) niet ‘thuis horen’ bij de Hoge Raad²¹. Er bestaan meerdere varianten. De advocaat-generaal constateert bijvoorbeeld dat de zaak zich leent voor afdoening met toepassing van art. 81 RO en *dus* ook voor een verkorte conclusie en er volgt een conclusie die uiterst beknopt is²², of de advocaat-generaal adviseert afdoening met toepassing van art. 81 RO maar er sprake van een ‘gewone’ beknopte conclusie²³. Derde mogelijkheid is dat de conclusie beknopt is zonder advies over

¹⁶ 1997: 531; 1998: 565; 1999: 594; 2000: 522.

¹⁷ Het eerste cijfer geeft het aantal ingekomen zaken weer, het tweede het totaal aantal afdoeningen. 1999: 594/506; 2000: 522/529; 2001: 505/541; 2002: 440/518; 2003: 471/539; 2004: 500/510; 2005: 513/494; 2006: 542/504; 2007: 582/499; 2008: 585/579.

¹⁸ Dat geldt trouwens ook – voeg ik er dan aan toe – voor de andere rechterlijke colleges. Met name bij de hoven is het aantal uitspraken in verzoekschriftprocedures enorm toegenomen (6800 in 2008 ten opzichte van 3500 in 2002). Cijfers ontleend aan Rechtspraak in Nederland 2007 te vinden op de site van het CBS.

¹⁹ Zie W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken *Uitgebalanceerd : eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Bju, 2006, p. 165 en voorts W.H.D. Asser, *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Bju, 2007, p. 228 en voetnoot 144.

²⁰ Ook Asser wijst daarop in het in de vorige voetnoot genoemd preadvies (p. 189). Hij constateert dat de conclusie in de loop der tijd een gedaanteverandering heeft ondergaan van een korte beschouwing die tot doel had de Raad ten aanzien van de uitkomst van de zaak te adviseren naar een vaak uitputtende wetenschappelijke verhandeling over de (rechts)vragen die in de zaak spelen.

²¹ Zie ik het goed dan sluit deze werkwijze enigszins aan bij het voorstel dat Asser c.s. in hun eindrapport ‘Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht’ doen om zaken af te doen met een dubbele art. 81 RO. Zie a.w., p. 164-165.

²² Zie bijv. HR 22 december 2009, LJN; BK3572.

²³ Zie bijv. HR 18 december 2009, LJN; BK6877.

de wijze van afdoening maar de Hoge Raad zelf kiest voor afdoening door middel van art. 81 RO²⁴. Deze wijze van afdoening leidt tot werklastbesparing voor het parket. Een verlofstelsel heeft men daarvoor niet nodig.

Zaken die ertoe doen

Het gaat zoals gezegd kennelijk niet om de werklast van de Hoge Raad maar om de (rechts)politieke opvatting²⁵ omtrent de taak van de Hoge Raad²⁶. Aanleiding voor de herbezinning zou zijn dat de betekenis van supranationale gerechten, zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europese Hof van de Rechten van de Mens, toeneemt en er sprake is van een nieuw zelfbewustzijn van de feitenrechters met rechterlijke samenwerkingsverbanden. De Hoge Raad is in verband daarmee op zoek naar meer externe relevantie²⁷. De normstellende rol van de Hoge Raad zou daartoe voorrang moeten krijgen op de rechtsbescherming in het individuele geval. Het is niet zo zeer de zaak die telt, maar de rechtsvraag die voor de oplossing van een zaak beantwoording verdient, aldus Loth. Het ingevoerde verlofstelsel heeft volgens hem tot doel te bereiken dat de Hoge Raad zich kan beperken tot de zaken ‘die er toe doen, en dat zijn niet noodzakelijk de zaken die kansrijk zijn). In laatste instantie gaat het natuurlijk om de vraag waartoe de Hoge Raad op aarde is.²⁸

Dit lijkt mij veel meer dan de accentverschuiving waarvan in het rapport Hammerstein en in het artikel van Loth wordt gesproken. Gegronde beroepen kunnen immers volgens het voorontwerp in de toekomst niet-ontvankelijk worden verklaard indien er geen interessante rechtsvragen aan de orde zijn. De term aardverschuiving lijkt meer op zijn plaats.

Tegen deze sterke focus op rechtsontwikkeling en ‘zaken die ertoe doen’, teneinde de normstellende rol van de Hoge Raad meer uit de verf te laten komen, kan het nodige worden ingebracht.

Dat geldt bijvoorbeeld²⁹ voor de in dat kader veel geuite klacht over de eindeloze reeks van motiveringsklachten waarmee de Hoge Raad ten onrechte zou worden lastig gevallen. Er zijn immers weinig zuivere rechtsoordelen. Veel vaker is sprake van gemengde beslissingen³⁰ die in cassatie met gemengde klachten bestreden dienen te worden. Verder hebben motiveringsklachten een belangrijke functie, omdat deze de Hoge Raad ruime mogelijkheden bieden om het werk van de feitenrechter in een individuele zaak te corrigeren.

²⁴ Zie bijv. HR 4 december 2009, LJN; BJ9438.

²⁵ De adviescommissie BPR van de NOvA merkt op dat de eenzijdige samenstelling van de commissie (alleen vertegenwoordigers van de Hoge Raad of het ministerie van Justitie) in dat licht bezien nogal ongelukkig is.

²⁶ Rapport Commissie Hammerstein, p. 25. Ik kies ervoor om met Groen (zie *Selectie aan de Poort*, Trema 2008, p. 343) de haakjes anders te plaatsen dan de Commissie Hammerstein in haar rapport doet. De commissie heeft het over (rechtspolitieke) opvattingen.

²⁷ Loth, a.w., p. 5.

²⁸ Loth, a.w. p. 10.

²⁹ Ook vanuit staatsrechtelijk oogpunt zijn bij de ambities van de Hoge Raad om zich meer toe te leggen op rechtsvorming kanttelingen geplaatst. Zie bijv. Maurice Adams, *Toekomstmuziek bij de Hoge Raad: waarom geen jaarverslag á la Française?* NJB 2009, p. 1439 e.v. en Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann in het interview met Caroline Lindo in NJB 2009, p. 2868 e.v. Hartlief wijst er verder op dat in het bijzonder partijen, de mensen die gezicht geven aan het recht er echt op zitten te wachten dat hun zaak vooral als rechtsvraag wordt gezien. Zie, *Gevangen in een verrukkelijk arrest, Vooraf*, NJB 27 november 2009, afl. 41, p. 2074. Zie van Hartlief voorts: *Vooraf, ‘Den Haag, let op Uw saeck!’*, NJB 2009, p. 1073.

³⁰ Over de vraag in hoeverre gemengde beslissingen in cassatie toetsbaar zijn, bestaat geen eenstemmigheid. De ene auteur bepleit een veel minder terughoudende toetsing dan de ander. Zie P. Memelink in: *Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten*, in: *Het zwijgen van de Hoge Raad*, BWKJ 25, Deventer, 2009, p. 129 e.v. Interessant is de zienswijze van Asser (a.w. p. 214-216) dat de rechtsontwikkeling misschien een impuls zou krijgen indien de Hoge Raad deze beslissingen ruimer gaat toetsen, zodat meer ruimte ontstaat om de kern van de rechterlijke beslissing in het licht van de rechtstoepassing goed ter discussie te stellen en de Hoge Raad meer inzicht kan verschaffen in de ‘kwalificatiekunst’ (van de feiten) en zo op dit terrein leiding kan geven aan de ontwikkeling van het recht.

Aldus ook Asser³¹. Dat motiveringsklachten *niet per definitie* kansloos zijn, blijkt ook uit de cijfers van gegrond verklaarde beroepen³². De advocaat die dus zegt voortaan ‘geen motiveringsklachten meer te formuleren, omdat de Hoge Raad daar niet van houdt’ – dergelijke stoere geluiden heb ik recentelijk wel eens opgevangen – doet daarmee zijn cliënten tekort.

Verder komt het mij voor dat de normstellende rol slechts een bijproduct is en het partijbelang de motor van de rechtsontwikkeling. Het gaat (in deze context) om een niet te scheiden begrippenpaar en uitdrukkelijk niet om een tegenstelling. Aanhakend bij de woorden van Bakels³³ in zijn bespreking van het Baby Kelly arrest is het zo dat ‘het geval zelf mede de beslissing bepaalt’³⁴. Een zelfde geluid is te horen bij Groen, die niet nalaat (en terecht) om te beklemtonen dat de feiten bij de Hoge Raad van groot, soms van doorslaggevend, belang zijn³⁵. En ook Asser benadrukt dat het recht onbestaanbaar is zonder de feiten en de beoordeling van feiten in het kader van de rechtstoepassing niet is uit te sluiten, ook niet in cassatie, waaraan hij toevoegt: ‘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’³⁶.

Kortom: feiten en recht zijn niet te scheiden, ook niet in cassatie³⁷ en dat geldt ook voor de zaak en de daarin gegeven rechterlijke beslissing. Maar als de individuele belangen in een concrete zaak bepalend (kunnen) zijn voor het vormen van rechtersrecht, hoe kan men dan volhouden dat de rechtsvraag telt en niet de zaak? De zaak bepaalt toch de beslissing en initieert daarmee een rechtsontwikkeling daar waar die niet (zonder meer) te voorspellen was?³⁸

Selectie criterium: sommige rechtsvragen en andere zaken van voldoende gewicht

In het voorontwerp wordt voorgesteld om art. 79 RO aan te passen door achter het woord beschikkingen toe te voegen ‘slechts’. Daarmee wordt volgens de toelichting verduidelijkt dat het niet gaat om een *verplichting* van de Hoge Raad om te vernietigen maar om een aanduiding van de gronden waarop de Hoge Raad tot vernietiging *kan* overgaan. De Hoge Raad heeft dus als het aan het voorontwerp ligt voortaan een *discretionaire bevoegdheid* om te vernietigen indien een van de klassieke cassatiegronden (zoals schending van het recht) aanwezig is. Dat is een ingrijpende wijziging. Het complement van dit aangepaste art. 79 RO wordt gevormd door art. 80a lid 1 RO van het Voorontwerp. Dat artikel bepaalt dat de Hoge Raad een beroep in cassatie niet-ontvankelijk *kan* verklaren indien: a. de aangevoerde klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of

³¹ Asser, a.w., p. 224.

³² Ik heb op zeer bescheiden schaal onderzoek verricht naar de inhoudelijke afdoeningen uit het eerste kwartaal van 2008. Enkele rara aves buiten beschouwing latend, telde ik 37 verwerpingen en 23 vernietigingen. Binnen die laatste categorie ging het om 11 rechtsklachten, 8 motiveringsklachten en 4 gemengde klachten. Samen leveren de motiveringsklachten en gemengde klachten dus evenveel slagende beroepen op als de zuivere rechtsklachten. Dat is niet zo vreemd omdat zuivere rechtsoordelen in de minderheid zijn en dat geldt zeker voor rechtersterreinen die ‘er toe doen’ zoals het aansprakelijkheidsrecht.

³³ Bakels plaatst deze opmerking overigens niet in het kader van een bespreking van het verlofstelsel.

³⁴ F.B. Bakels, *Baby Kelly en het ernstig gehandicapte leven*, in: Ex libris Hans Nieuwenhuis, Deventer 2009, p. 427 e.v.

³⁵ H.A. Groen, *Selectie aan de Poort*, Trema 2008, p. 343.

³⁶ W.H.D. Asser, a.w., p. 209.

³⁷ Het feit dat de Hoge Raad de vaststelling van de feiten niet op juistheid toetst is een geheel andere kwestie. Zie daarover ook Asser, a.w., p. 208-209 en 214-216.

³⁸ De vier zaken die centraal staan in *Vier kinderen en hun lotgevallen in het aansprakelijkheidsrecht*, NJB 27 november 2009, afl. 41, p. 2074 van Sieuwert Lindenbergh, vormen daarvan een treffende illustratie.

rechtsontwikkeling; en b. de aangevoerde klachten vanuit het belang van de rechtsbescherming en het belang van de bewaking van de kwaliteit van de rechtspraak van *onvoldoende gewicht* moeten worden geoordeeld voor een behandeling in cassatie.

Significant nadeel is de term die in verband met het laatste in de toelichting wordt gebezigd. Dit criterium is in civiele zaken niet goed bruikbaar. Aldus ook Von Schmidt auf Altenstadt die weliswaar begrip toont voor de wens van de Hoge Raad om tot een beperking van de instroom van zaken te komen, maar invoering daarvan niet aanvaardbaar acht als voor het redresseren van niet-significante fouten geen deugdelijk alternatief gevonden wordt³⁹. Van der Wiel heeft zich onlangs in soortgelijke bewoordingen uitgelaten⁴⁰. Ook Groen heeft kritiek op een verlofstelsel in de vorm zoals dat thans ter tafel ligt⁴¹.

De pijn van het voorstel uit het voorontwerp zit zowel in het *discretionaire* karakter van het aangepaste art. 79 RO als in de *combinatie* van (a) de *vaagheid van het criterium* uit het eerste lid van art. 80a RO en (b) de *eisen die aan een verzoek* aan de selectiekamer worden gesteld. Die eisen houden volgens het tweede lid van art. 80a RO in dat bij dagvaardingsprocedures de toelatingsbeslissing wordt genomen op grond van: dagvaarding en conclusie van antwoord en bij verzoekschriftprocedures op grond van het verzoekschrift en het verweerschrift. Incidenteel beroep moet ook meteen al worden ingesteld bij antwoord of bij verweerschrift. Dit terwijl zowel de eisende/ resp. verzoekende partij als de verwerende partij slechts kunnen varen op het kompas van het eerste lid van art. 80a RO. Aan de cassatiemiddelen worden door het strikte selectiecriterium volgens de Commissie Hammerstein ‘vanzelfsprekend’ hoge eisen gesteld. Het gaat er volgens de Commissie om ‘duidelijk over het voetlicht te brengen dat en waarom in de desbetreffende zaak een door de Hoge Raad te beantwoorden rechtsvraag aan de orde is en/of dat significant nadeel is geleden en waarin dit nadeel bestaat.⁴²

Het kompas van art. 80a RO biedt echter te weinig richting aan de cassatieadvocaat om zijn cliënt te kunnen adviseren. Voor dat probleem is al eerder aandacht gevraagd – door vertegenwoordigers van de cassatiebalie, ook door ondergetekende⁴³ - tijdens de bijeenkomst op 27 november 2008. Deze kritiek wordt, zonder in te gaan op de aangevoerde argumenten, terzijde gesteld. Zo betoogt Loth dat een nadere invulling van het criterium vanuit rechtsvindingperspectief geen vruchtbare discussie is, nu het veel beter is om met open criteria te werken en gaandeweg *met het groeien van de ervaring* deze criteria nader in te vullen⁴⁴. En tijdens zijn voordracht voor de NVvP merkte Corstens op: ‘Zeker *in grote lijnen* is wel duidelijk welke zaken de Hoge Raad inhoudelijk zal blijven beslissen, maar mede om in dit opzicht een ontwikkeling mogelijk te maken in de loop van de tijd, stelt de Commissie voor de precieze invulling van de selectiecriteria aan de desbetreffende kamers van de Hoge Raad te laten. Ook Vranken lijkt dat verstandig. Daarover wordt binnen de Hoge Raad *nog intensief nagedacht*, zodat het voor mij ook niet opportuun is daarop nu in detail in te gaan⁴⁵.’ Deze uitlatingen zijn dan wat mij betreft weer niet zo goed te rijmen met wat Corstens over dit onderwerp in zijn interview met Caroline Lindo in het NJB naar voren heeft gebracht. Daar sprak Corstens immers nog de *intentie* uit om de criteria voor de inwerkingtreding naar

³⁹ Zie P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *Wat moet de Hoge Raad*, in: J.F. de Groot en H.M. Slaghekke (red.) Frank en Vrij, Thunnissen-bundel, IBR Den Haag, 2009, p. 9. e.v. Hij denkt daarbij aan een ruimere toepassingsmogelijkheid van de artikelen 31 en 32 Rv (herstel en aanvulling).

⁴⁰ Bart van der Wiel, *Selecteren in plaats van afserven?* Ars Aequi december 2009, p. 855. e.v.

⁴¹ Zie Groen, a.w., p. 340 e.v.

⁴² Rapport Commissie Hammerstein, p. 43.

⁴³ Zie ‘*Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*’, Recht en Samenleving, N.J.H. Huls (red.), Den Haag 2009, verslag plenair gedeelte, p. 41 e.v.

⁴⁴ Loth, a.w., p. 10

⁴⁵ Zie voetnoot 8.

buiten te brengen, zij het dat hij niet met zekerheid kon zeggen dat dit ook zou lukken⁴⁶. Uit de hiervoor weergegeven citaten opgetekend uit de monden van een raadsheer bij de Hoge Raad respectievelijk de president van ons hoogste rechtscollege, blijkt dat de Hoge Raad over de invulling van de criteria nog geen uitontwikkelde gedachten heeft en, als ik de laatste geluiden goed begrijp, ook niet de ambitie heeft zich daarover thans reeds uitgewerkte gedachten te vormen, maar dat men er voor kiest een en ander al werkend in te vullen. Vanuit de positie van de Hoge Raad is deze opvatting misschien te begrijpen, maar de vraag rijst of men daarbij wel voldoende oog heeft voor de gevolgen voor de rechtsbedeling. Verlangt de Hoge Raad van de cassatieadvocaat niet iets waartoe hij zelf kennelijk niet in staat is, te weten het van tevoren een inschatting maken van de zaken die wel en die niet *van voldoende gewicht* moeten worden beoordeeld voor een behandeling in cassatie? Let wel, dat inzicht kan de cassatieadvocaat zich ook op den duur niet verwerven omdat de selectie zich buiten zijn gezichtsveld afspeelt en de gronden voor een niet-ontvankelijk verklaard beroep niet naar buiten worden gebracht. Bij de huidige art. 81 RO afdoeningen is dat door de conclusie van de advocaat-generaal wezenlijk anders.

Tijdens eerder genoemde voordracht merkte Corstens nog op dat geruststellende woorden passen bij de geuite vrees dat onduidelijke selectiecriteria de advisering door advocaten zal bemoeilijken en de selectiemogelijkheid impliceert dat foute beslissingen in stand blijven. Die geruststelling bestaat uit een beroep op de balie om enig vertrouwen te hebben in de Hoge Raad. Met vertrouwen heeft de door Corstens bedoelde, door mij gedeelde, vrees echter niets te maken. Het gaat om zaken als hanteerbaarheid, voorspelbaarheid en daarmee rechtszekerheid. En zo lang de wetgever of de Hoge Raad over het selectie criterium niet meer kwijt wil dan dat het om rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling moet gaan of om andere zaken van voldoende gewicht voor een behandeling in cassatie, zijn deze niet gewaarborgd. Dat geldt temeer nu de wetgever en/of de Hoge Raad zich (thans) weliswaar niet op een nadere invulling van het selectie criterium wil vastleggen, maar op dit moment door individuele deelnemers aan het debat al wel verschillende signalen worden uitgezonden over de te verwachten invulling en de verdere toekomstige ontwikkelingen.

Anders gezegd, er dreigt nú al spraakverwarring. De minister heeft zich over het begrip ‘significant nadeel’ aldus uitgelaten dat ‘het moet gaan om een fout die tot een onjuiste beslissing heeft geleid of die het proces negatief kan hebben beïnvloed’ waarbij als voorbeelden van situaties waarin aan die voorwaarde niet is voldaan worden genoemd ‘een schrijffout in een civiel vonnis, het vermelden van een onjuist wetsartikel, een omissie in een proces-verbaal, een niet geheel sluitende motivering bij een *evident juiste beslissing*.⁴⁷ Groen⁴⁸ constateert terecht dat dit voor civiele zaken geen drastische breuk met de bestaande situatie oplevert. Iedere (vakbekwame) cassatieadvocaat wijst zijn cliënt er op dat kleine rimpelingen en oneffenheden in een uitspraak van de feitenrechter door de Hoge Raad worden gladgestreken indien duidelijk is dat de beslissing als zodanig juist is⁴⁹.

Wat Corstens tijdens zijn voordracht voor de NVvP over het begrip ‘voor cassatie ongeschikte zaken’ naar voren heeft gebracht is daarmee echter niet in overeenstemming. Na eerst een opsomming te hebben gegeven van de aantallen zaken die in de verschillende kamers met toepassing van art. 81 RO worden afgedaan, merkt hij op dat deze aantallen een

⁴⁶ Vergelijk ook het eerder genoemde interview met Corstens, NJB 2009, p. 1076.

⁴⁷ Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 78, p. 8. Cursivering is toegevoegd, dzz.

⁴⁸ Groen, a.w., p. 345. Von Schmidt auf Altentadt (a.w., p. 17-19) signaleert dezelfde tegenstrijdigheid tussen de uitlating van de minister en tekst en toelichting van het voorontwerp.

⁴⁹ Het fenomeen van ‘inlezen’ is bekend. Kleine plooien worden gladgestreken met de overweging dat de rechter ‘kennelijk’ bedoeld heeft te oordelen zoals de Hoge Raad meent dat hij had moeten oordelen en dat aan een kennelijke vergissing die verder geen rol heeft gespeeld, geen gevolgen worden verbonden. Zie ook Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen (2005), nr. 167.

treffende illustratie vormen van het zeer forse aantal voor cassatierechtspraak ongeschikte zaken dat wordt voorgelegd en dat deze zaken aan de poort geweigerd dienen te worden. Daaruit maak ik op dat Corstens kennelijk de mening is toegedaan dat *alle* zaken die op dit moment met toepassing van art. 81 RO worden afgedaan niet aan de Hoge Raad hadden mogen worden voorgelegd en in de toekomst, na invoering van het verlofstelsel, in de afvalbak van art. 80a RO terecht moeten komen. Dat is een forse trendbreuk met wat tot nu toe door de Hoge Raad over toepassing van art. 81 RO wordt geleerd, te weten dat de verwerping met een verkorte motivering betekent dat de Hoge Raad zich op hoofdlijnen kan vinden in de (tot verwerping strekkende) conclusie van de advocaat-generaal en het gebruik van art. 81 RO de zaak dus *niet zonder meer* oormerkt als een zaak die niet aan de Hoge Raad had mogen worden voorgelegd. De uitspraak van Corstens wekt ook verbazing omdat *alle* cassatieadvocaten, dat wil zeggen ook degenen die door hun collega's en ver daarbuiten tot de fine fleur van de cassatieadvocatuur worden (of werden) gerekend en zelf inmiddels tot de hoogste rechterlijke ambten zijn geroepen, wel eens een art. 81 RO aan hun broek hebben gekregen.

Ook de toekomstvisie van Loth geeft weinig reden om gerust te zijn. Op korte termijn zal volgens Loth het negatieve verlofstelsel overheersen en zullen de selectiekamers de kansloze beroepen 'weg' selecteren, te beginnen met de art. 81 RO zaken maar mogelijk ook met andere zaken waarin het belang van de rechtsbescherming in de individuele zaak niet opweegt tegen dat van een adequate inzet van de cassatierechtspraak. Mogelijk, aldus Loth, blijft het daarbij, maar een ander scenario is denkbaar bij een grote instroom van zaken. De druk op afdoening aan de poort of met toepassing van art. 81 RO zal in dat geval toenemen, zodat ook zaken afvallen die wel tot cassatie zouden kunnen leiden maar waarbij geen grote belangen op het spel staan. Loth voorziet in dat geval een groei naar een positief verlofstelsel en zal er ruimte komen voor de Hoge Raad om meer aandacht te besteden aan die zaken 'die ertoe doen.'

Alles kan dus, en wat het uiteindelijk wordt is mede afhankelijk van het aanbod van het aantal zaken. Is het dan vreemd dat Von Schmidt auf Altenstadt opmerkt dat de *enkele mogelijkheid* dat de Hoge Raad een discretionaire bevoegdheid krijgt om *kenbaar foute beslissingen* niet te vernietigen en de *enkele gedachte* dat het gebruik daarvan zal kunnen variëren al naar gelang het werkaanbod, afbreuk zal doen aan het gezag van de Hoge Raad en (daarmee) aan het vertrouwen dat burgers hebben in de rechtstaat?⁵⁰.

Gevolgen voor de rechtspraktijk en de rechtzoekenden

Niet alleen de Hoge Raad wordt geconfronteerd met de gevolgen van een steeds mondiger wordende – en steeds vaker claimedgedrag vertonende – burger. Ook de advocatuur heeft daarmee te maken. Zo komt het voor dat men weigert de (volledige) rekening te betalen, omdat het eigen cassatiemiddel (geheel of gedeeltelijk) is verworpen met art. 81 RO of omdat het beroep van de wederpartij met toepassing van art. 81 RO is verworpen. In het laatste geval is de redenering dat het verweer dus niet nodig was. Een waarschuwing in het cassatieadvies dat het cassatieberoep van de wederpartij misschien zal worden verworpen met toepassing van art. 81 RO en/of dat het eigen cassatieberoep mogelijk met verkorte motivering kan worden verworpen indien een bepaalde lezing van de uitspraak van het Hof, die in het middel (naar de cassatieadvocaat meent op goede gronden) tot uitgangspunt is genomen, niet door de Hoge Raad wordt gevolgd, helpt soms, maar niet altijd. Het laat zich raden dat deze geschetste problemen veel erger zullen worden als het verlofstelsel wordt ingevoerd met het criterium zoals dat thans in art. 80a RO van het voorontwerp is geformuleerd.

⁵⁰ P.J.M. Von Schmidt Auf Altenstadt, a.w. p. 20. Ook Ponsioen (a.w. p. 152) en Van der Wiel (a.w. p. 858) signaleren het probleem.

De cassatieadvocaat – ondernemer als hij (ook) is - zal naar ik inschat zijn knopen tellen en een kosten/baten analyse maken. Velen deden dat al eerder bij de behandeling van toevoegingen, een bezigheid die immers vanuit commercieel oogpunt is af te raden. De vergoedingen zijn namelijk (veel te) laag, de administratieve rompslomp vaak omvangrijk en de voortdurende aandacht die particulieren voor hun zaak vragen is, vanwege de (begrijpelijke) emotionele betrokkenheid bij ‘hun’ zaak soms erg groot. Dergelijke cliënten ‘eisen’ als het ware cassatie en als de zaak verloren wordt staan sommigen van hen klaar om een klacht in te dienen. Het is de vraag of serieuze cassatieadvocaten die daar op dit moment nog wel overheen zien – vanuit een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor het waarborgen van goede rechtsbijstand aan rechtzoekenden, óók in cassatie - dat ook nog zullen doen na invoering van een verlostelsel (in de thans voorgestelde vorm). Ik waag het te betwijfelen. Dat betekent dan echter dat een bepaalde categorie rechtzoekenden verder in het nauw kan komen. De hiaten in het zaaksaanbod zullen toenemen. Ook het middensegment van kleine(re), betalende zaken, komt denk ik snel in de gevarezone, afgaande op de huidige ervaringen met dit segment. En het is juist dit segment waarin de Commissie Hammerstein een leemte constateert in het zaaksaanbod⁵¹. Toch zullen er in beide marktsegmenten zaken aanwezig zijn die ‘er toe doen’ in de optiek van de selectiekamers. Probleem is alleen dat dit voor de advocaat niet te voorspellen is, dus die brandt er mogelijk liever zijn vingers niet aan. En de grotere zaken, die met een fors financieel belang (en wellicht ‘mooie rechtsvragen’) zullen die altijd hun weg naar de Hoge Raad weten te vinden, of zullen partijen in dergelijke zaken wellicht in de toekomst eerder kiezen voor arbitrage of een bindend advies? Het zijn vragen waaraan de voorstanders van een verlostelsel naar mijn mening niet voorbij kunnen gaan. De invoering van een verlostelsel (in de thans voorgestelde vorm) zou anders wel eens ongewenste neveneffecten kunnen hebben die de Commissie Hammerstein niet heeft beoogd.

Verder rijst de vraag of men zich bij het redigeren van de tekst van het voorontwerp wel voldoende rekenschap heeft gegeven van de positie van de verweerder in cassatie. Richt deze zich op de inhoud van het middel, of gaat hij (moet hij) in zijn conclusie van antwoord of verweerschrift ook, of zelfs primair, een betoog houden dat is gericht op de niet-ontvankelijkheid van het beroep van eiser, en zo ja, welke houvast, heeft hij daarvoor?

Dit alles overziende, rijst de vraag of, als toch wordt vastgehouden aan de (niet nader ingevulde) vage norm ‘zaken van voldoende gewicht’ toch niet zou moeten worden gekozen voor een veel lichtere vorm van toegang tot het voorportaal van de selectie. Zoals ik hiervoor al opmerkte zit de pijn óók (en vooral) in de combinatie van enerzijds de vaagheid van het criterium uit het eerste lid van art. 80a RO en anderzijds de eisen die aan een verzoek aan de selectiekamer worden gesteld. Van Staden ten Brink deed tijdens het symposium op 27 november 2008 het voorstel van een toegangskaartje in de vorm van een A4tje. Deze suggestie is overgenomen door Vranken die in overweging geeft te beginnen met een korte notitie waarin eiser/verzoeker uitleg dat en waarom er vragen aan de orde zijn die er in cassatie toe doen, en welke dat zijn. Dat bespaart tijd en geld, aldus Vranken⁵². Dat was ook het argument van Van Staden ten Brink. Expliciet gevraagd naar zijn mening over deze suggestie van Vranken antwoordt Corstens in het al meermalen genoemde interview dat hij wel het voordeel van aanzienlijke kostenbesparing ziet voor de rechtzoekende, maar dat als dat systeem ertoe zou leiden en er meer zaken worden aangebracht de Hoge Raad van de regen in de drup komt. Verder wijst hij er op dat het werkelijk formuleren van een middel de

⁵¹ Rapport Commissie Hammerstein, p. 23-24. De CDA-fractie heeft naar aanleiding van deze door de Commissie in haar rapport gesignaleerde leemte ook vragen aan de Minister gesteld. Zie Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 78, p. 2.

⁵² Jan Vranken, *Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk en divers en soms vergaand*, NJB 2009, p. 1085.

zaak wat scherper uit de verf doet komen⁵³. Enerzijds begrijp ik die reactie, en wel op beide punten. Anderzijds ook niet: als het er (vooral nog) om gaat de ‘kansloze beroepen’ er uit te halen, dan moet het toch mogelijk zijn om daarover zonder uitvoerig cassatiemiddel een oordeel te geven? De kosten van de werklasterbesparing respectievelijk gewijzigde taakopvatting van de Hoge Raad worden anders wel erg gemakkelijk op de rechtzoekende afgewenteld.

Conclusie

De mogelijkheid om aan de poort (al) die zaken te selecteren waarin rechtsvragen spelen die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling, zal mogelijk een illusie blijken te zijn.

En wat de beperking van werklaster betreft, is het de vraag of de Hoge Raad een selectiestelsel wel nodig heeft. De Hoge Raad beschikt ook nu al over een middel om ‘zijn eigen bevoegdheid te bepalen’, te weten door de vage grens tussen recht en feit te verschuiven, waardoor, aldus Loth⁵⁴, de instroom van zaken groeit dan wel juist krimpt⁵⁵. Voorts wordt de ‘geen belang, geen actie’ leer door de Hoge Raad al lange tijd zeer strikt gehandhaafd. De Hoge Raad kan bovendien, evenals de advocaat-generaal, een cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaren op de grond dat het cassatiemiddel niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet. Het scheiden van het kaf van het koren – als het gaat om de kwaliteit van de cassatiemiddelen – is dus ook nu al mogelijk⁵⁶. Als dát de bedoeling is van het thans voorgestelde verlostelsel, dan mag dat best hardop gezegd worden. Het debat met de ketenpartners zou daarmee aan transparantie winnen. Ook zouden de plannen van de commissie Neleman voor een gespecialiseerde cassatiebalie dan weer uit de kast gehaald kunnen worden.

Een verlostelsel met een open selectie criterium zoals dat op dit moment in het voorontwerp wordt voorgesteld acht ik in ieder geval onwenselijk. Een dergelijke open maatstaf is onwerkbaar voor de rechtspraktijk, leidt tot rechtsonzekerheid en kan daardoor bovendien negatieve gevolgen hebben voor de toegang tot de cassatierechter, met name voor rechtzoekenden in het lagere of middensegment. Een gevolg daarvan zou (kunnen) zijn dat er een groter hiaat in het zaakaanbod ontstaat in deze segmenten, een hiaat dat de Commissie Hammerstein nu juist door de invoering van het door haar voorgestelde selectiestelsel zou willen dichten.

Tenslotte laat zich de vraag stellen of een niet-ontvankelijkverklaring, zijnde toch ook een rechterlijke beslissing, op basis van een zó open criterium wel voldoet aan de eis dat *iedere* rechterlijke beslissing zodanig moet zijn gemotiveerd dat deze voor partijen (en de hogere rechter) controleerbaar en aanvaardbaar is⁵⁷. Zou niet, juist omdat toegang tot een inhoudelijke beoordeling in cassatie openstaat (zoals de commissie Hammerstein beklemtoont) en het voorontwerp van wet dus geen ‘echt verlostelsel’ behelst, de niet-ontvankelijkverklaring als een ‘*determination*’ in de zin van artikel 6 EVRM moeten worden gezien, zodat – waar het Nederlandse stelsel (onverplicht) nu eenmaal voorziet in een cassatie-instantie - aan de motivering van een dergelijke rechterlijke beslissing *enige*

⁵³ NJB 2009, p. 1076.

⁵⁴ Loth, a.w., p. 7. Die mogelijkheid maakt trouwens ook dat de voorstelling van zaken als zou iedere verwerping van een cassatieberoep (al dan niet met toepassing van art. 81 RO) vanwege de verwevenheid van het in cassatie aangevallen oordeel met een waardering van feitelijke aard een bewijs van onvermogen van de cassatieadvocaat zijn, onjuist is. Waar de Hoge Raad de grenzen trekt, is immers niet altijd vooraf te voorspellen

⁵⁵ De instroom zelf neemt daardoor niet (onmiddellijk) af. Loth zal hier dus ofwel doelen op het effect op de langere termijn ofwel op de mogelijkheid om art. 81 RO toe te passen.

⁵⁶ Aldus ook Van der Wiel, a.w.

⁵⁷ Dat deze algemene (in HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 geformuleerde) motiveringseis voor rechterlijke uitspraken ook geldt voor uitspraken van de cassatierechter staat buiten kijf. Aldus ook Asser, a.w. p. 216.

eisen⁵⁸ dienen te worden gesteld? Aan die eisen is volgens het EHRM in geval van afdoening met de toepassing van art. 81 RO nog wel voldaan⁵⁹, kennelijk omdat uit een dergelijke uitspraak volgt dat de Hoge Raad (inhoudelijk) van oordeel is dat het beroep dient te worden verworpen en de lagere rechter dus geen fouten heeft gemaakt en een voldoende motivering óók kan bestaan uit het aansluiten bij de gronden die door de lagere rechter aan zijn beslissing ten grondslag zijn gelegd. Ten aanzien van selectiebeslissingen kan een dergelijke redenering echter niet worden gevolgd.

⁵⁸ Zie P. van Dijk ... et al., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (red, Y. Arai ... et al.) Antwerpen Intersentia, 4e dr. 2006, p. 563-564 met verwijzingen naar rechtspraak van het EHRM.

⁵⁹ EHRM 4 juli 2000, NJ 2001, m.nt Knigge.