

Goochelen met de cassatiebalie

Nieuwe eisen aan de civiele cassatiebalie moeten de Hoge Raad zaken besparen die er niet 'toe doen'. Maar die eisen houden een ongekende resultaatsverplichting voor advocaten in. Nog raadselachtiger is wat de fiscale cassatiepraktijk daarmee opschiet. Doordenken over plaats en rol van de Hoge Raad blijft nodig.

Jurriaan van Gelderen¹

Cassatie is een kwestie van werkbesparing. Het rechtsmiddel is gebaseerd op onderscheid tussen feit en recht: het één is niet onderworpen aan cassatiecontrole, het ander wel. Een van de vele diepe gedachten daarachter is dat rechtstoepassing een syllogisme is, met de rechtsregel als maior, de feiten als minor en het rechtsgevolg als conclusie. Probleem is alleen dat de rechtsregel en de feiten over en weer bij elkaar moeten worden gesprokkeld: 'Uit de hoed komt een konijn dat er vooraf is ingestopt.'²

Om hun werk te kunnen doen, hebben de cassatiegoochelaars bruikbare konijnen nodig. In civiele zaken moeten die worden aangeleverd door advocaten bij de Hoge Raad. Ondanks dat dit lang goed ging, kwamen er toch klachten over de geleverde waar en volgde reorganisatie van het gilde van konijnenfokkers.

Op 1 juli 2012 is de Wet versterking cassatierechtspraak (Wvc)³ in werking getreden. Het cassatietechnische pièce de résistance daarvan is de mogelijkheid om cassatieberoepen niet-ontvankelijk te verklaren 'wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat de partij die het cassatieberoep instelt klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep of omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot

Opvallend is de toename van het aantal zaken waarin zich voor één partij twee advocaten stellen van steevast één kantoor

cassatie kunnen leiden' (art. 80a, lid 1, Wet RO).

En passant is ook de Advocatenwet gewijzigd: van 'advocaat bij de Hoge Raad' blijkt voortaan sprake uit aantekening op het tableau op verzoek van de advocaat, mits die heeft voldaan aan allerlei nieuwe regels. De Wvc gaat ervan uit dat die regels op afzienbare termijn ook zullen gelden voor het optreden van een advocaat bij de Hoge Raad in belastingzaken.

Civiele regeling vanaf 1 juli 2012

De civiele cassatieprocedure is door de Wvc niet wezenlijk gewijzigd. Wel bepaalt een nieuw art. 9j Advocatenwet dat een 'advocaat bij de Hoge Raad' een aantekening als zodanig op het tableau moet hebben. Die aantekening kan iedere advocaat in Nederland op verzoek krijgen van de secretaris van de Nederlandse Orde van Advocaten, mits hij voldoet aan de daartoe bij verordening van de NOVA gestelde eisen.

De betreffende Verordening vakbekwaamheidseisen civiele cassatiead-

vocatuur⁴ (Verordening) vereist dat de advocaat voor 'voorlopige inschrijving' (van drie jaar) mondeling examen aflegt bij een 'Commissie vakbekwaamheidseisen civiele cassatieadvocatuur' van 'de kennis die nodig is voor de behoorlijke uitoefening van de civiele cassatiepraktijk' (art. 4). Vervolgens moet voor gewone inschrijving (van andermaal drie jaar) een 'proeve van bekwaamheid' worden gedaan bij de commissie. Deze bestaat uit toetsing aan de hand van tenminste twee cassatiedossiers van het vermogen om zelfstandig naar behoren cassatieadviezen, -middelen en -verweren op te stellen (art. 5).

Voor zowel inschrijving als verlenging daarvan (weer drie jaar) moet de advocaat in de drie jaar daarvoor zelfstandig tenminste twaalf civiele cassatiezaken hebben behandeld, waarvan tenminste zes tot een beoordeling door de Hoge Raad hebben geleid, anders dan niet-ontvankelijkverklaring ex art. 80a Wet RO (art. 6 Verordening). In de wandeling heet dit de vliegreis.

Bovendien vereist art. 3 Verordening j° art. 5 Reglement vakbekwaamheidseisen civiele cassatieadvocatuur dat jaarlijks gemiddeld minstens tien verplichte permanente opleidingspunten behaald worden 'op het gebied van de civiele cassatie'.

Civiele praktijk vanaf 1 juli 2012

Opvallend is de toename van het aantal zaken waarin zich voor één partij twee advocaten stellen van steevast één kantoor. Advocaten bovendien van wie men mag verwachten dat zij evengoed in staat zijn om die zaken alleen te behandelen. Ook is weinig waarschijnlijk dat

1 Mr. dr. J.H. van Gelderen is advocaat-belastingkundige in Den Haag. Dit is een ingekorte versie van de bijdrage van de auteur in: Th. Groeneveld en L.J.A. Pieterse (red.), *Met oog voor detail*, liber amicorum voor mr. J.W. van den Berge bij diens afscheid als vice president van de Hoge Raad, Sdu Uitgevers, Den Haag 2013.

2 D.J. Veegens, *Cassatie*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1971, p. 160.

3 *Stb.* 2012, 116.

4 *Stcrt.* 2011, nr. 20846.

de betreffende partijen graag opdraaien voor extra advocaatkosten. Het lijkt dan ook vooral te gaan om vliegreunen maken door middel van meeliften.

De vliegreuneis moet voorkomen dat advocaten bij de Hoge Raad na verloop van tijd cassatiezaken nog slechts te hooien en te gras en daardoor onder de maat behandelen. En dit ten koste van de spoeling voor serieuze cassatiepraktijken.⁵ Het fenomeen van de dubbele advocaatsstellingen demonstreert reeds dat niet perse het cliëntenbelang door die eis wordt gediend. Ook stelt deze eis een premie op positieve cassatieadvisering, wat in strijd is met de bedoeling om de Hoge Raad te vrijwaren van zaken die er niet 'toe doen'. Om zijn kansen op inhoudelijke uitspraken te vergroten, zal de cassatieadvocaat (onder het motto liever veilig dan heilig) geneigd zijn zo veel mogelijk beroepen in te stellen, ook al had eigenlijk negatief geadviseerd moeten worden. Dat is in dit verband nog slechts tot zes keer per drie jaar zinvol, want het levert verder toch geen vliegreunen meer op.

Zulke effecten duiden op een aspect van principiële aard. Van oudsher wordt het functioneren van advocaten niet afgemeten aan het aantal rechtszaken dat zij voeren, noch aan de uitkomsten daarvan. Advocaten dienen zich bovendien steeds 'voor ogen te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces'.⁶

Toch houdt de vliegreuneis in dat bepaalde advocaten in rechtszaken een zeker resultaat moeten behalen, op straffe van verlies van hun hoedanigheid. Dat is een novum voor de advocatuur. Helaas reikt de onderbouwing daarvan niet verder dan het innerlijk tegenstrijdige voorbeeld van advocaten die slechts zelden en daardoor onder de maat cassatiezaken behandelen. Incidentele ondermaatse cassatieberoepen zullen nu juist naar hun aard de Hoge Raad noch de cassatiebalie werkelijk last bezorgen. Een degelijker motivering van deze advocatuurlijke resultaatsverplichting is dan ook wenselijk.

Een degelijker motivering van de 'vliegreuneis' is wenselijk

Een verwante kwestie is die van de permanente opleidingsverplichtingen. De reglementgever ziet de cassatiepraktijk als 'een specialisme, waarvoor anders dan bij andere specialismen specifieke en aanvullende voorwaarden gelden'.⁷ Een mandarijnenwetenschap dus, behept met het soort ultraspecialisering dat ook wetenschap en onderwijs teistert.⁸ Dat strookt echter niet met de praktijk van de cassatieadvocaat bij uitstek, die 'niet een specialist, maar een generalist' is voor wie de cassatietechniek 'niet meer is dan een hulpmiddel dat ieder redelijk begaafde jurist kan leren te beheersen'.⁹

Nog een kwestieus neveneffect van eenzijdig op cassatie gerichte verplichtingen betreft de toetreding tot de cassatiebalie. Volgens de verordeninggever verdient voor aspirant-cassatieadvocaten een opleidingsplaats bij een bestaand cassatieadvocatenkantoor verre de voorkeur, maar is vooralsnog 'denkbaar' dat praktiserende of gewezen civiele cassatieadvocaten bereid zullen zijn als mentor of begeleider op te treden van niet-kantoorgenoten.¹⁰ Dat klinkt terecht niet bijster hoopgevend. Dit zal vermoedelijk voor slechts zeer weinigen zijn weggelegd, mede door de hoge kosten van die verplichtingen. De cassatiebalie dreigt dus een *closed shop* te worden.

Consequenties voor de fiscale cassatiepraktijk

Uit betrouwbare bron heb ik begrepen dat tegenwoordig hooguit een tiental

advocaten regelmatig in fiscale cassaties optreedt. Dat strookt met mijn ervaring als gerechtsauditeur in de jaren negentig bij het belastingparket van de Hoge Raad: ook toen waren advocaten *rarae aves*, zeker zij die kennelijk echt iets afwisten van belastingrecht.

Daarin manifesteert zich de typisch Nederlandse tweedeling tussen enerzijds de klassieke civiele advocatuur en de strafadvocatuur en anderzijds de relatieve nieuwlichterij van het belastingrecht. Ook al stamt de belastingkamer van de Hoge Raad reeds van 1915, advocaten hebben daar steeds weinig van zich laten horen, net zoals zij elders zelden zijn opgevallen door hun belangstelling voor belastingrecht.

Toch voorziet art. IV, lid 2, Wvc in regels voor het optreden van een advocaat bij de Hoge Raad in belastingzaken, die op – uiterlijk bij Koninklijk Besluit te bepalen – termijn bovendien kunnen worden vastgesteld. De wetgever denkt daarbij aan 'het optreden in die belastingzaken bij de Hoge Raad waarvoor procesvertegenwoordiging verplicht is gesteld', onder verwijzing naar art. 29c AWR. Dit doelt dus op pleidooien of schriftelijke toelichtingen door advocaten in belastingzaken, waarmee overigens niet is 'beoogd om de huidige verplichte procesvertegenwoordiging in zaken bij de Hoge Raad uit te breiden'.¹¹

Een en ander komt er op neer dat alleen advocaten bij de Hoge Raad die pleiten of schriftelijk toelichten op grond van art. 29c AWR daarbij aan bijzondere regels onderworpen zullen zijn. Dat geldt dan niet voor andere advocaten die pleiten of schriftelijk toelichten, noch trouwens voor advocaten bij de Hoge Raad die in cassatie niet pleiten of schriftelijk toelichten, maar bijvoorbeeld ontstaan met indiening van een cassatieberoepschrift – zoals iedereen dat in belastingzaken kan doen, advocaat of niet.

Het is een raadsel wat de wetgever hiermee denkt te bereiken. Wat voor zin heeft het om alleen de zeldzame advocaat bij de Hoge Raad die een keertje pleit of schriftelijk toelicht te reguleren en verder niemand anders die in belastingzaken

5 Vgl. het betreffende advies van de zgn. Commissie-Fleers aan de NOV, toelichting p. 5.

6 Gedragsregels 1992, regel 3.

7 Toelichting Verordening, onder 'Toelating als advocaat bij de Hoge Raad'.

8 Vgl. W.H. van Boom, 'Waarom hoogleraren geen vaste leeropdracht behoren te hebben', *NTBR* 2010/4, p. 117-118.

9 C.D. van Boeschoten, 'De advocatuur bij de Hoge Raad', in: J. van Soest (red.), *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988. Een portret*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1988, p. 242-243.

10 Toelichting Verordening, onder 'Te stellen eisen; routebeschrijving'.

11 MvT Wvc, p. 5.

optreedt? Wellicht stelt men zich meer voor van ‘die belastingzaken met verplichte procesvertegenwoordiging’ dan strookt met het huidige fiscale cassatieprocesrecht. Of men dacht simpelweg ‘beter mee verlegen dan om verlegen’. Hoe dan ook, mochten er werkelijk regels komen voor het optreden van een advocaat bij de Hoge Raad in belastingzaken dan zal de fiscale cassatiepraktijk daar zo zonder meer weinig van merken.

Op het eerste gezicht meer voor de hand ligt het idee van Van den Berge tezamen met Th. Groeneveld¹² om verplichte procesvertegenwoordiging toe te vertrouwen aan een afzonderlijk ‘korps van deskundigen’ in belastingcassatie. Een korps, gevormd uit leden van beroepsorganisaties van belastingadviseurs en dergelijke, met bijbehorende wettelijke regeling van dat beroep. Op het tweede gezicht staan tussen die droom en daad wetten in de weg en praktische bezwaren.

Hoe men het beestje verder ook noemt, zo’n wettelijk korps van fiscale cassatiedeskundigen zou neerkomen op een zelfstandige extra balie bij de Hoge Raad, in zoverre vergelijkbaar met de *Ordre des Avocats* bij de Franse en die bij de Belgische cassatierechters en de *Rechtsanwaltskammer* bij het Duitse Bundesgerichtshof, maar dan wel met daarnaast ook nog de ‘gewone’ advocatuur bij de Hoge Raad. Het laat zich raden dat zo’n advocatuurlijk waterhoofd per saldo meer problemen oproept dan oplost.

12 J.W. van den Berge en Th. Groeneveld, “‘Hammerstein’ in belastingzaken – Naar een verplichte procesvertegenwoordiging en middelenplicht in cassatie?”, in: L.J.A. Pieterse (red.), *Draaicirkels van formeel belastingrecht*, Sdu Uitgevers, Amersfoort 2009.

De Hoge Raad rekt het eigenlijke rechterlijke handwerk van geschiloplossing blijkbaar niet meer tot zijn kerntaak

Tot de praktische bezwaren behoort niet in het minst – genoemde schrijvers signaleerden het ook al – dat in de praktijk óók belastingadviseurs zelden ervaring met de procesgang in cassatie hebben. Die schrijvers denken dat te kunnen onderwerpen met scholing, opleiding en praktijkervaring, maar gaan daarmee voorbij aan het kip-of-eiprobleem dat ook een fiscale cassatiepraktijk pas uit de hoed kan komen als hij er vooraf is ingestopt.

Uitleiding

Tegenwoordig laat de Hoge Raad tot slot van begeleidende brieven bij art. 81a Wet RO-uitspraken weten dat hij zich dankzij de tijdsbesparing die zulke uitspraken opleveren beter kan ‘toeleggen op zijn kerntaak: zorgen voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling in Nederland’. Ondanks eerdere sussende bezweringen van het tegendeel, rekt hij blijkbaar ‘rechtsbescherming’, oftewel het eigenlijke rechterlijke handwerk van geschiloplossing niet meer tot zijn kerntaak.

Daarmee slaat de Hoge Raad dan een potentieel heilloos pad in, immers ‘zonder partijen en hun raadsliden, zonder concrete zaken en optimale verdediging van de daarin in te nemen standpunten, zou het cassatie-instituut snel ter ziele gaan en daarom is het private belang van de cassatie minstens van evenveel gewicht als het publieke belang’.¹³

Zo is ook het nieuwe paard van de cassatieadvocatuur meer achter dan voor de cassatiewagen gespannen. Terugkijkend lijken de recente ontwikkelingen in cassatieland meer te danken aan een toevallige samenloop van zeer diverse omstandigheden (zoals de chronische overbelasting van de strafsector van de Hoge Raad, de afschaffing van het procureaat en de verhuizing van een groot Haags cassatiekantoor naar de Zuidas) dan aan werkelijk dóórdenken over plaats en rol van de Hoge Raad als hoogste rechter.

Zulk doordenken zou kunnen beginnen met bezinning op het syllogistisch cassatiemodel. Dit logisch onmogelijke uitgangspunt kan zijn werkbesparende pretenties niet waarmaken, want dwingt de Hoge Raad om telkens zelf te bepalen ‘hoe ver hij kan gaan. Deze beleidsbeslissing kan steeds weer anders zijn en daarom is *vooraf* nooit zekerheid te geven over de vraag of iets al of niet feitelijk *is*. De vraag is namelijk eigenlijk of iets al of niet feitelijk *zal* worden genoemd’.¹⁴

13 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Kluwer, Deventer 2007, p. 58.

14 J. van Schellen, *Wat heeft cassatie ons te bieden?*, Kluwer, Deventer 1981, p. 9.