

# De toekomst van de derde meervoudige kamer

194

Prof. mr. G.J.M.E. de Bont<sup>1</sup>

In deze bijdrage aan het bijzondere nummer van *MBB* zal nader worden ingegaan op de uitdagingen waarvoor de derde meervoudige kamer zal komen te staan in de komende jaren. Deze turbulentie wordt veroorzaakt door het politieke compromis dat in 2014 is gesloten omtrent de toekomst van het bestuursprocesrecht en is vervat in een conceptwetsvoorstel dat via internetconsultatie aan de juridische goegemeente werd voorgelegd. Dit conceptwetsvoorstel wordt eerst besproken. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de consequenties die het conceptwetsvoorstel heeft op de belastingkamer van de Hoge Raad. Nu de voorstellen tot gevolg hebben dat er twee hoogste bestuursrechtshoven, te weten de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna ook: ABRvS) en de derde meervoudige kamer van de Hoge Raad, wordt het interessant te bezien op welke wijze een eventuele samenwerking tot stand gebracht zou kunnen worden. Deze bijdrage wordt afgesloten met conclusies.

## 1. Inleiding

Gedurende een bijzonder lange periode was de belastingkamer een rustig bezit. Uiteraard bracht ieder decennium wel een belangwekkend arrest dat nog steeds van waarde is, maar aan de mechaniek van belastingrechtspraak bij de Hoge Raad werd niet veel gewijzigd. Soms werd de formatie wat uitgebreid, dan weer verdween er een advocaat-generaal, maar echte wezenlijke wijzigingen zijn in de afgelopen jaren niet te onderkennen. Feit is dat de derde meervoudige kamer bekend staat als de Belastingkamer. Illustratief is in dat kader dat in het conceptwetsvoorstel dat in deze bijdrage centraal staat, wordt opgemerkt dat de cassatietaak van de Hoge Raad tot nog toe beperkt was tot belastingzaken. De

president en de procureur-generaal<sup>2</sup> wijzen de regering er fijntjes op dat de Hoge Raad ook thans reeds cassatierechter is voor een aantal andere bestuursrechtelijke zaken. Het is onwaarschijnlijk dat de bijnaam 'belastingkamer' zal blijven bestaan. Het bestuursrecht en de rechtspraak daarover in hoogste instantie zullen breder en prominenter aan de orde komen bij de Hoge Raad, waar het civiele en strafrecht lange tijd hebben gedomineerd.

## 2. Conceptwetsvoorstel van internetconsultatie

### 2.1. Tweestromenland

Reeds vele jaren wordt er met name vanuit het parlement aangedrongen op de voltooiing van het bestuursprocesrecht. Ongetwijfeld mede als uitloeijsel daarvan is in het regeerakkoord de volgende tekst opgenomen:

'De Raad van State wordt gesplitst in een rechtsprekend deel en een adviserend deel. Het rechtsprekend gedeelte van de Raad van State wordt samengevoegd met de CRvB en het CBb.'

Deze tekst blijkt op vele wijzen te kunnen worden uitgelegd. De regering heeft via een internetconsultatie het concept<sup>3</sup> van het wetsvoorstel tot 'Splitsing van de Raad van State en opheffing van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Wet splitsing RvS en opheffing CRvB en CBb)' kenbaar gemaakt. In dit conceptwetsvoorstel is van een daadwerkelijke splitsing van de Raad van State geen sprake. Zowel de adviserende als de rechtsprekende afdeling blijven bestaan binnen dit Hoog College van Staat. Voorts wordt alleen het CBb samengevoegd met de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De Centrale Raad van Beroep wordt 'opgeknijpt' en toegevoegd aan de vier gerechtshoven. Van belang voor de toekomst van de derde meervoudige kamer van de Hoge Raad is dat er tegen alle uitspraken die thans tot het domein van de CRvB behoren en veelal geschillen betreffen over sociale zekerheid, beroep in cassatie wordt opengesteld.

De conceptmemorie van toelichting bevat in bepaalde gevallen letterlijk passages uit eerdere brieven aan de Tweede Kamer<sup>4</sup> en het verslag van een schriftelijk overleg.<sup>5</sup> Als deze vanuit een fiscaal perspectief worden gelezen,

<sup>1</sup> Hoogleraar Formeel belastingrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en als advocaat verbonden aan De Bont Advocaten.

<sup>2</sup> Bijlage bij het Advies van de President en de Procureur-Generaal van de Hoge Raad d.d. 14 april 2015, bijlage bij Kamerstukken II, 29 279, nr. 231.

<sup>3</sup> Te vinden onder <http://www.internetconsultatie.nl/geslotenconsultaties>; zie ook: Wet Splitsing RvS en opheffing CRvB en CBb in consultatie, *NJB* 2015/84; 'Wetsvoorstel Splitsing Raad van State en opheffing CRvB en CBb in consultatie', *Bestuursrecht Actueel BA* 2015/1.

<sup>4</sup> Kamerstukken II, 2013-2014, 29 279, nr. 200; Kamerstukken I, 2014-2015, 30 585, M, Verslag van een schriftelijk overleg, p. 4 e.v.

<sup>5</sup> Kamerstukken II, 2014-2015, 29 279, nr. 220.

wekken ze soms de indruk dat het belastingrecht niet als bestuursrecht wordt aangemerkt. Veel wordt er over het belastingrecht of de gevolgen voor de belastingrechtspreekende instanties niet opgemerkt. In een brief van 26 juni 2014 merken de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Veiligheid en Justitie op dat met de in deze brief opgenomen plannen naar het oordeel van het kabinet 'op de meest verantwoorde wijze uitvoering (wordt) gegeven aan de opdracht die in het regeerakkoord besloten ligt, namelijk het terugbrengen van het aantal van drie bestuursrechtshoven tot één.' Aan de fiscale rechtspraak, die toch ook integraal tot het bestuursrecht behoort, wordt geen enkel woord gewijd. Dat kan slechts worden verklaard vanuit het feit dat het regeerakkoord op geen enkele wijze ingaat op de belastingrechtshoven.

Het conceptvoorstel bevat naar de opvatting van de Raad voor de rechtspraak<sup>6</sup> een keuze voor een bestuursrechtelijk 'tweestromenland' en voor een 'twin peaks'-model<sup>7</sup> met twee hoogste bestuursrechtshoven. De Raad had al eerder in een *position paper* uit 2013<sup>8</sup> een voorstel gedaan voor een nieuw op te richten bestuursrechtelijk gerechtshof. Tegen uitspraken van dit hof zou dan (eventueel geconditioneerd) beroep in cassatie open staan. Aldus werd in het voorstel van de Raad voor de rechtspraak de gehele bestuursrechtshoven geïncorporeerd in de rechterlijke macht. De wetgever<sup>9</sup> kiest nadrukkelijk voor een andere inrichting van het bestuursprocesrecht, als gevolg waarvan voor het gehele bestuursprocesrecht twee hoogste bestuursrechtshoven blijven bestaan, te weten de Afdeling bestuursrechtshoven van de Raad van State en de Belastingkamer van de Hoge Raad:

'Het voorgaande betekent overigens niet zonder meer dat alle bestuursrechtshoven die thans is opgedragen aan de rechtshoven die niet behoren tot de rechterlijke macht, moet worden opgedragen aan de ABRvS. In het bijzonder de geschillen die thans in hoogste aanleg tot de rechtshoven behoren van de CRvB – veelal tweepartijengeschillen over materiële aanspraken van individuele belanghebbenden – vertonen naar aard en inhoud meer verwantschap met fiscale geschillen, waarover in hoger beroep de gerechtshoven oordelen en waarbij de Hoge Raad de rol van cassatierechter vervult. Het ligt naar het oordeel van het kabinet dan ook meer in de rede om de rechtshoven in deze geschillen onder te brengen bij de gewone rechterlijke macht. De rechtshoven in geschillen die thans tot de competentie behoren van het CBB (veelal

oordelend in eerste en enige aanleg, in enkele gevallen als hogerberoeprechter) zal in de visie van het kabinet kunnen overgaan naar de ABRvS, aangezien deze geschillen naar aard en inhoud meer verwantschap vertonen met het domein van de ABRvS, dat ook wel pleegt te worden geduid als het "ordenende" bestuursrecht.'

Bij dit onderscheid zijn veel kanttekeningen geplaatst. Zo zijn er ook bij het huidige pakket van de ABRvS bijzonder veel tweepartijengeschillen zoals alle vreemdelingenzaken. Ook de Raad voor de rechtspraak merkt in het recente advies aan de regering op dat het voor de hand ligt om tweepartijengeschillen omtrent materiële aanspraken van individuele belanghebbenden over te hevelen van de ABRvS naar de gerechtshoven.

Uit het verslag van een schriftelijk overleg<sup>10</sup> bleek reeds dat de CRvB en het CBB de plannen van de regering verwerpen en slechts kunnen verklaren vanuit de noodzaak om tot een politiek compromis te komen. Ook het onderscheid tussen de zaken van de CRvB enerzijds en de CBB anderzijds is 'onvoldoende helder en niet overtuigend' om de voorgestelde verdeling van de rechtshoven over de gerechtshoven (belastingzaken en de huidige CRvB-zaken) enerzijds en de ABRvS (alle overige zaken) anderzijds te rechtvaardigen. Uit het verslag kan worden afgeleid dat de regering wederom wijst op het onderscheid tussen tweepartijengeschillen en het zogenoemde 'ordenende' bestuursrecht. Dit onderscheid meent de regering te kunnen rechtvaardigen met een beroep op het verschil dat wordt gemaakt bij de bevoegdheidsverdeling bij schadeverzoeken ter zake van onrechtmatig bestuurshandelen (titel 8.4 Awb). Op de voet van art. 8:89 Awb hangt deze er namelijk van af of de schade is veroorzaakt door een besluit waarover de CRvB of de Hoge Raad dan wel een andere hoogste bestuursrechter oordeelt.

Dat het conceptwetsvoorstel zal dienen te worden gewijzigd vloeit overigens wel voort uit het advies dat door de president van de Hoge Raad en de procureur-generaal werd uitgebracht.<sup>11</sup> In het huidige voorstel blijft immers het huidige pakket aan zaken onaangetast en krijgt de ABRvS er de zaken van het CBB bij. Er zijn echter uitspraken van het CBB waartegen beroep in cassatie openstaat. Als er behalve de overheveling van deze zaken aan de ABRvS niets zou gebeuren, ontstaat de mogelijkheid dat er in de toekomst tegen bepaalde uitspraken van de ABRvS beroep in cassatie openstaat. In het advies wordt daarover in zeer diplomatieke taal opgemerkt:

6 Advies van de Raad voor de rechtspraak over splitsing RvS en opheffing CRvB en CBB, bijlage bij Kamerstukken II, 2014-2015, 29 279, nr. 232.

7 Zie hierover ook: B.J. van Etekoven, "'One peak or twin peaks?"; het regeerakkoord en de toekomst van de bestuursrechtshoven', *NJB* 2013/495.

8 <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Nieuws/Pages/Naar-een-nieuw-bestuursrechtshoven.aspx>.

9 Kamerstukken II, 2013-2014, 29 279, nr. 200.

10 Kamerstukken II, 2014-2015, 29 279, nr. 220.

11 Advies van de President en de Procureur-Generaal van de Hoge Raad d.d. 14 april 2015, bijlage bij Kamerstukken II, 2014-2015, 29 279, nr. 231.

‘De mogelijkheid dat de Hoge Raad in deze beperkte groep zaken als cassatierechter oordeelt over uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, wijkt af van de wijze waarop de rechtseenheid in andere zaken onder de voorgestelde regeling wordt bevorderd.’

De Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State<sup>12</sup> is minder terughoudend in zijn kritiek op dit manco in het conceptwetsvoorstel. In een stelsel van twee gelijkwaardige hoogste rechters past een dergelijke cassatiemogelijkheid niet. Deze is zijns inziens onaanvaardbaar en past niet bij de positie van de Raad van State als Hoog College van Staat nu dit principieel niet onder ‘toezicht’ kan staan van enig ander orgaan binnen het Nederlandse Staatsbestel. Aangenomen mag worden dat het uiteindelijke wetsvoorstel op dit punt (wel) zal worden aangepast.

Nu de keuze van de regering weinig principieel is en niet steunt op rechtsbeginselen, principes of logische uitgangspunten, blijft de indruk bestaan dat de keuze van de regering vooral is gebaseerd op (budgettair) pragmatisme.<sup>13</sup> Nadrukkelijk noemt de regering ook de relatief korte doorlooptijden bij de rechtspraak van de ABRvS en de ‘aanzienlijke hogere maatschappelijke kosten’ waartoe een wijziging zou leiden.<sup>14</sup>

## 2.2. Wijziging in AWR

Het conceptvoorstel van wet is wettechnisch boeiend, aangezien nagenoeg alle regels omtrent de cassatieprocedure van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) worden overgeheveld naar de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Met de titel ‘Beroep in cassatie’ wordt een nieuwe titel 8.5a ingevoegd in de Awb. Slechts de regels voor cassatie in belastingzaken die afwijken van de algemene regels in de Awb resteren in de AWR. In tegenstelling tot het Awb kan niet het bestuursorgaan dat partij was bij de procedure bij het hof beroep in cassatie indienen, maar blijft dat voorbehouden (in ieder geval voor de Rijksbelastingen) aan ‘Onze minister’. Specifiek voor fiscale zaken is het van overeenkomstige toepassing verklaren van de regels in art. 24a, lid 2, art. 26a, lid 3 en art. 26b, lid 1, AWR. Deze artikelen zien op de voorschriften over de reikwijdte van het beroepschrift, de mogelijkheid in één schriftuur beroep aan te tekenen tegen meerdere uitspraken en de verplichting van de inspecteur de appellant in cassatie in specifieke omstandigheden van nadere informatie te voorzien. Ten slotte blijven art. 29i (over de teruggaaf van ingehouden of

afgedragen belastingen) en art. 30 AWR (over het verstrekken van afschriften aan anderen dan partijen) in stand. De uitzonderingen in de fiscaliteit op de cassatie-bepalingen in de Awb zijn dientengevolge marginaal te noemen. De *lex specialis* in de artikelen 28a tot en met 29h AWR wordt *lex generalis*.

## 3. Consequenties voor de ‘belastingkamer’

### 3.1. De invloed van de Hoge Raad op het bestuursrecht

In het eerder aangehaalde advies van de president en de procureur-generaal van de Hoge Raad naar aanleiding van het conceptwetsvoorstel dat via internetconsultatie bekend is gemaakt, wordt kort ingegaan op de ideale voltooiing van het bestuursprocesrecht in de visie van de Hoge Raad:

‘In de huidige situatie bestaan in Nederland op het gebied van het bestuursrecht vier hoogste rechters. Deze structuur is historisch zo gegroeid, maar met het oog op het waarborgen van rechtseenheid is het geen ideale situatie. De rechtseenheid zou institutioneel het beste zijn gewaarborgd in een stelsel waarbij er ook in het bestuursrecht één hoogste rechter is.’

Na de politieke keuze die ten grondslag ligt aan het conceptwetsvoorstel als uitgangspunt te hebben genomen, wordt benadrukt dat vanuit het perspectief van de Hoge Raad het belang van de rechtseenheid zwaar weegt: ‘Daarom gaat onze voorkeur ook in het bestuursrecht uit naar een – tot de rechterlijke macht behorende – cassatierechter als hoogste rechter.’

In het advies wordt – met instemming – geconstateerd dat de Hoge Raad als cassatierechter in een aanzienlijk groter deel van het bestuursrecht de rechtseenheid zal kunnen waarborgen. De Hoge Raad zal – indien het wetsvoorstel wordt aangenomen – in iets minder dan de helft van alle bestuursrechtelijke zaken als hoogste bestuursrechter optreden. Deze getallen maken dat de Hoge Raad daadwerkelijk evenwicht kan bieden aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

### 3.2. Waken over de rechtseenheid

Eén van de onbetwiste taken en verantwoordelijkheden van de Hoge Raad is het bewaken van de rechtseenheid. Niet alleen de rechtspraak van de belastingrechters omtrent de uitleg van het recht dient op lijn te worden gebracht, ook van belang is de eenheid met de wetstoepassing door de collega's van de eerste en tweede meervoudige kamer.

Met name in verband met het opsplitsen van de CRvB over de vier gerechtshoven wordt opgemerkt dat de rechtseen-

<sup>12</sup> Advies van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 14 april 2015, bijlage bij Kamerstukken II, 2014-2015, 29 279, nr. 231.

<sup>13</sup> R.J.N. Schlössels, ‘De kracht van gelegenheidsargumenten’, *NJB* 2014/1578.

<sup>14</sup> Kamerstukken I, 2014-2015, 30 585, M, Verslag van een schriftelijk overleg, p. 4 e.v.

heid in gevaar zal komen. De regering<sup>15</sup> heeft daarop al gereageerd met de stelling dat de cassatiefunctie bij de Hoge Raad de eenheid zal bewaren zoals dat voordien door het CRvB werd gedaan. De regering vindt in de gestelde achteruitgang van de rechtseenheid in ieder geval geen argument de CRvB als een 'vijfde' gerechtshof binnen de rechterlijke macht in stand te laten. De regering merkt daarover op (p. 11):

'Met de herziening van de gerechtelijke kaart, waarbij de positie van de gerechtshoven is versterkt door onder meer een uitbreiding van de mogelijkheden voor specialisatie in een robuust stelsel waarin in beginsel alle gerechtshoven de meest voorkomende terreinen van rechtspraak behartigen, is een goede basis gelegd om nu op een verantwoorde wijze de CRvB-rechtspraak naar de gerechtshoven te kunnen overhevelen. Van een verdere fragmentarisering van delen van de bestuursrechtspraak door de rechtsmacht in hoogste feitelijke instantie per deelterrein op te dragen aan één specifiek gerechtshof, hetgeen de gerechtshovengadering van de CRvB als alternatief naar voren brengt, is het kabinet geen voorstander. Een dergelijke inbreuk op het stelsel van relatieve bevoegdheid heeft alleen al uit het oogpunt van de toegankelijkheid van rechtspraak voor de burger niet de voorkeur.'

In de reactie van de CRvB<sup>16</sup> op het internetconsultatiewetsvoorstel wordt benadrukt dat van het beroep in cassatie niet meer dan een beperkt uniformerende werking kan worden verwacht. Dit vloeit naar het oordeel van de CRvB voort uit het feit dat veel beslissingen in het bestuursrecht een gemengd karakter hebben en een discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan betreffen waardoor een toetsing in cassatie niet goed mogelijk is. De ABRvS sluit zich hierbij aan in een reactie op het conceptwetsvoorstel.<sup>17</sup>

Hoe dan ook zal de taak van de derde meervoudige kamer een nadere invulling krijgen door de rechtseenheid te bewerkstelligen op de rechtsgebieden die voordien door de CRvB in hoogste instantie werden afgedaan. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad in reactie op het wetsvoorstel gewag maakt van het tijdsverloop totdat de Hoge Raad 'zijn oordeel kan geven over belangrijke rechtsvragen op het gebied van de sociale zekerheid, belastingen en ambtenarenrecht'. In dat kader wordt – een beetje ten overvloede en daarom met name interessant – opgemerkt dat dit tijdsverloop kan worden bekort 'door aan rechtbanken en gerechtshoven ook op deze gebieden de mogelijkheid te geven tot het stel-

len van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Die mogelijkheid bestaat onder de huidige wettelijke regeling alleen in burgerlijke zaken (zie de artikelen 392 e.v. Rv.)'

### 3.3. Operationele uitwerking van het conceptwetsvoorstel op de belastingkamer

In het jaarverslag 2013 van de CRvB is te vinden dat in niet minder dan 8.240 zaken uitspraak werd gedaan. Als het conceptwetsvoorstel wordt aangenomen, kan tegen al die uitspraken beroep in cassatie bij de Hoge Raad worden ingesteld. Om dit in perspectief te plaatsen: in 2014 deden de belastingkamers van de gerechtshoven 5.610 keer uitspraak. Aangezien thans (nagenoeg) geen beroep in cassatie kan worden aangetekend tegen uitspraken van de CRvB, kan slechts worden geschat wat het conceptwetsvoorstel voor gevolgen zal hebben voor de instroom van zaken bij de derde meervoudige kamer van de Hoge Raad. De percentages in belastingzaken kunnen worden afgeleid uit de verschillende jaarverslagen en worden gebruikt als 'benchmark'. Wanneer eenvoudshalve de instroom bij de Belastingkamer van de Hoge Raad wordt gedeeld door het aantal uitspraken van de belastingkamers van de gerechtshoven, zijn de percentages afgerond in 2010 (1.009/3.660 =) 28%, 2011 (1.026/4.130 =) 25%, 2012 (1.112/3.620 =) 30% en in 2013 (1.083/4.030 =) 27%. Over die jaren is het gemiddelde percentage dan te stellen op 27,5%.

In 2013 was de instroom bij de derde meervoudige kamer bij de Hoge Raad 1.083. Als het wetsvoorstel al was aangenomen en in werking was getreden, was de instroom met de hiervoor beredeneerde percentages in totaal 3.349. Een fenomenale stijging die niet gemakkelijk met de huidige bezetting kan worden 'weggewerkt'. Het initiatiefwetsvoorstel 'Normalisering rechtspositie ambtenaren' (32 550) zou voor enige verlichting kunnen gaan zorgen nu die wetswijziging ertoe zal leiden dat veel ambtenarengeschillen onder de competentie van de burgerlijke rechter zullen worden gebracht.

Het is mijns inziens opmerkelijk dat er in de reactie van de president en procureur-generaal van de Hoge Raad op het conceptwetsvoorstel met geen woord wordt gerept over deze toename van het aantal zaken en de uitdagingen die daarmee samenhangen. Slechts bij het voorstel om het overgangsrecht aan te passen in het conceptwetsvoorstel en beroep in cassatie eerder mogelijk te maken dan thans voorgesteld, wordt opgemerkt op pagina 5 dat dit leidt tot 'een vervroeging (...) van het tijdstip waarop de Hoge Raad geconfronteerd zal worden met een toename van het aantal cassatieberoepen in sociale zekerheidszaken en met de daaruit voortvloeiende eisen voor de inrichting van zijn organisatie'. Op welke wijze de inrichting van de organisatie zal worden aangepast, is volstrekt onduidelijk. Er zijn

15 Kamerstukken II, 2014-2015, 29 279, nr. 220.

16 Advies van de Centrale Raad van Beroep d.d. 15 april 2015, bijlage bij Kamerstukken II, 2014-2015, 29 279, nr. 232.

17 Advies van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 14 april 2015, bijlage bij Kamerstukken II, 2014-2015, 29 279, nr. 231.

twee kwesties die aandacht verdienen: de benodigde specialistische kennis en de aanpak van de sterk toenemende instroom van zaken.<sup>18</sup>

Ten aanzien van de specialistische kennis geldt dat de hoeveelheid wetten waarop de CRvB toeziet aanzienlijk is en bij het conceptwetsvoorstel drie volle pagina's omvat. Deze wetten zijn door de CRvB ingedeeld in drie verschillende werkstromen: Bijstand, Sociale Verzekeringen en Ambtenaren en Pensioenen. Uiteraard is het (veelal financieel) bestuursrecht, maar toch zal dat van de huidige raadsheren een aardige bijscholing vergen om op het allerhoogste niveau recht te kunnen spreken. Uiteraard niet vanwege intellectuele problemen, maar wel als gevolg van het feit dat de huidige raadsheren nagenoeg allemaal een fiscale achtergrond hebben. Zonder materiedeskundigen die enige richting kunnen geven, kunnen zich allicht aanvangsproblemen gaan voordoen. Nu enige uitbreiding van de formatie bij inwerkingtreding van het conceptwetsvoorstel wel in de rede ligt, zal deze ruimte dienen te worden benut om niet-fiscale bestuursraadsheren bij de Hoge Raad te introduceren. Het is een vanzelfsprekendheid dat in de toekomst vrijkomende plaatsen zullen worden opgevuld met specialisten van buiten het belastingrecht.

Het 'verwateren' van het fiscale karakter van de derde meervoudige kamer leidt ertoe dat minder fiscale raadsheren de huidige output van 1.000 arresten, waarvan iets minder dan de helft inhoudelijk, zal moeten realiseren. Deze ontwikkeling levert geen bijdrage aan de kwaliteit van de fiscale rechtspraak van de Hoge Raad. Aangenomen mag worden dat de werkdruk tot puntigere uitspraken aanleiding zal geven. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State staat bekend om de, overigens met een veel omvangrijker ondersteunend juridisch gekwalificeerd personeelbestand tot stand gebrachte, hoeveelheid uitspraken, die kort en bondig zijn. Een dergelijke ontwikkeling zal juist voor het belastingrecht de juridische gemeenschap teleurstellen nu daar al jaren wordt gediscussieerd over de vraag of de Hoge Raad zijn arresten niet breder dient uit te werken om richting te geven aan de rechtsontwikkeling op een wijze die tevens toegevoegde waarde heeft voor andere zaken dan degene die in het arrest concreet voorlag.

Ten aanzien van de verwerking van de instroom zijn verschillende opties denkbaar:

(i)

Het meest eenvoudige is natuurlijk om een nieuwe C-kamer aan de derde meervoudige kamer toe te voegen. De bestaande A- en B-kamer blijven zich dan met gepaste voorliefde en interesse inzetten voor de ontwikkeling,

gelijkheid en bescherming van het belastingrecht, terwijl de nieuwe C-kamer dan alle cassatieberoepschriften behandelt ten aanzien van de zaken die vallen onder het (huidige) domein van de CRvB. De vraag is echter of dat realistisch is. De A- en B-kamer wezen tezamen in 2014 1.000 arresten, waarvan 433 inhoudelijk en de overige met behulp van art. 80a en 81 Wet RO. De C-kamer zou dan jaarlijks circa 2.000 cassatieberoepen dienen te behandelen. De werkbelasting in deze C-kamer zou dan veel hoger zijn dan in de overige kamers. Voorts is het (kennelijk) zo dat wordt gewaakt voor een 'uitdijning' van de Hoge Raad, nu de eenheid binnen de Raad moeilijker te realiseren is als het aantal raadsheren toeneemt.

De uitbreiding van de formatie ligt ook niet voor de hand als een vergelijking wordt gemaakt met de Strafkamer van de Hoge Raad. Deze kamer wijst met een formatie die vergelijkbaar is met de huidige derde meervoudige kamer 920 inhoudelijke arresten en doet overigens 1.803 zaken af onder verwijzing naar art. 80a en 81 Wet RO. Deze cijfers rechtvaardigen niet dat de 'belastingkamer' aanzienlijk in formatie zal worden uitgebreid.

(ii)

Een tweede 'oplossing' zou zijn om niet alle uitspraken van de CRvB cassabel te maken.<sup>19</sup> Er zou dan in de wet veranderd moeten worden welke uitspraken wél aan de Hoge Raad voorgelegd kunnen worden. Dit zou echter betekenen dat de rol van de Hoge Raad als een van de twee hoogste bestuursrechters wordt beperkt. Desalniettemin zouden categorieën uitspraken kunnen worden aangewezen, waarin de toegevoegde waarde van een toets in cassatie evident is. Dergelijke ideeën zijn eerder gelanceerd in de literatuur<sup>20</sup> en werden met name bekritiseerd<sup>21</sup> vanwege het feit dat een werkelijke categorisering moeilijk realiseerbaar is en de cassatieberoepschriften zo zullen worden opgesteld dat deze passen binnen een categorie waartegen de gang naar de Hoge Raad openstaat.

(iii)

Als de derde meervoudige kamer niet wezenlijk zal worden uitgebreid is het na het codificeren van het voorstel dat via internetconsultatie wereldkundig is gemaakt, alle hens aan dek.

19 B.J. van Eettekoven, 'De Hoge Raad in 2025: met of zonder cassatie in de bestuursrechtspraak?', in: *Hoge Raad in 2025, Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, red. A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kristen, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2010, p. 265.

20 J.L. Verbeek, 'Bestuursrechtelijke rechtseenheid vergt cassatie', *NJB* 2013/496; T. Barkhuysen, 'Naar één hoogste rechter', *NJB* 2013/195; B.J. Schueller, 'Waar zit de bestuursrechter van de toekomst', *NJB* 2012/1217.

21 R.J.G.M. Widdershoven, 'Cassatie in bestuursrechtspraak?', in: *Hoge Raad in 2025, Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, red. A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kristen, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2010, p. 275.

Onmiskenbaar zal de werkdruk er ook toe leiden dat in toenemende mate zal worden gegrepen naar de 'oplossing' in art. 80a Wet RO. Deze bepaling vormt de facto een bestrijding van de symptomen van een onbeperkte toegang tot de Hoge Raad. Het is de vraag of de ontwikkelingen die aanstaande zijn, geen herijking rechtvaardigen van de afwezigheid van verplichte procesvertegenwoordiging bij de derde meervoudige kamer, als daarmee een bijdrage wordt geleverd aan het indammen van kansloze beroepschriften. De Commissie-Hammerstein<sup>22</sup> schreef daarover in 2008 al:

'Invoering daarvan stuit evenwel voorshands af op bezwaren van principiële en praktische aard. Een principieel bezwaar is dat op het terrein van het bestuursrecht verder nergens verplichte procesvertegenwoordiging is voorgeschreven en zulks, vanwege de financiële belemmering die ervan uitgaat om rechtsbescherming bij de rechter te zoeken, ook niet passend wordt geacht in de – veelal ongelijkwaardige – verhoudingen tussen de overheid en de burger, die het bestuursrecht regelt. Voor het belastingrecht komt daar nog bij dat het vrijwel steeds gaat om een gedwongen rechtsbetrekking met de overheid (een belastingaanslag waarom de burger niet heeft gevraagd). Een praktisch bezwaar is dat de advocatuur nog steeds onvoldoende is toegerust om in alle belastingzaken als vertegenwoordiger op te treden, en vooral dat er geen wettelijke regeling van het beroep van belastingadviseur met daaruit voortvloeiende garanties voor een goede procesvertegenwoordiging bestaat.'

Feit is echter dat ook in het strafrecht bij de rechtbank en het gerechtshof geen verplichting bestaat een advocaat in de arm te nemen. Ook daar zijn de verhoudingen ongelijkwaardig en geldt dat de verdachte veelal niet om de dagvaarding verlegen zat. Toch kan slechts een advocaat een cassatieschriftuur bij de Hoge Raad indienen in een strafzaak. Deze principiële bezwaren lijken uiteindelijk niet bestand tegen een aanbod van zaken dat niet met de huidige formatie kan worden afgewikkeld. Dat er onvoldoende gekwalificeerde advocaten zijn, is tevens te wijten aan het feit dat er geen verplichte procesvertegenwoordiging is, zodat ook dit argument betrekkelijk is. Overigens is niet gezegd dat slechts advocaten een cassatieberoepschrift zouden kunnen indienen; die gespecialiseerde groep zou breder kunnen zijn samengesteld, als het niveau maar wordt gewaarborgd. Daarbij is nog van belang dat de cassatiegemachtigde geen materiedeskundige behoeft te zijn, doch bekend dient te zijn met de procedure in cassatie. De essentie van zijn rol is het bekwaam formuleren van de middelen, waarbij hij zich kan laten voorlichten door de specialisten die werkzaam zijn in het belastingrecht. Ver-

plichte procesvertegenwoordiging is daarmee een manier om de wezenlijke taak van de Hoge Raad te waarborgen. De Commissie-Hammerstein stelde al vast dat de huidige situatie waarin iedere belastingplichtige (ook) in cassatie zelf kan procederen, tot gevolg heeft dat de belastingkamer soms zelf op zoek moet naar de geschonden rechtsregel. Daarbij wordt in bepaalde gevallen het juridische debat tussen rechtskundig onderlegde vertegenwoordigers van partijen gemist. De Commissie-Hammerstein concludeerde: 'Verplichte procesvertegenwoordiging zou de kwaliteit en de doelmatigheid van de taakvervulling door de Hoge Raad ten goede kunnen komen.'

In het licht van de waarschijnlijk onwerkbaar instroom van nieuwe zaken, zullen gepaste maatregelen genomen dienen te worden om het huidige niveau van de cassatierechtspraak te kunnen handhaven. Als een serieuze uitbreiding van de capaciteit bij de Hoge Raad niet realiseerbaar of zelfs wenselijk is, kan art. 80a Wet RO niet worden aangegrepen als noodzakelijke panacee. Nu verplichte procesvertegenwoordiging geldt bij de eerste en tweede meervoudige kamer van de Hoge Raad, past deze oplossing bij cassatierechtspraak zoals wij die reeds kennen.

#### 4. Samenwerking tussen de resterende hoogste bestuursrechters

Nu is gekozen voor een stelsel waarin twee hoogste bestuursrechters blijven bestaan, het zogenoemde 'twin peak'-stelsel, resteert de vraag op welke wijze de ABRvS en de derde meervoudige kamer van de Hoge Raad gaan samenwerken om de rechtseenheid in het bestuursrecht te waarborgen. Nu de wetgever toch aan zet is, mag een geïnstitutionaliseerde rechtseenheidsvoorziening worden verwacht. De regering is echter een fervent voorstander van een informele samenwerking. Desgevraagd is daarover van de zijde van de regering<sup>23</sup> nog het volgende ter rechtvaardiging opgemerkt:

'Bij wettelijke institutionele voorzieningen overheerst naar ons oordeel het nadeel dat zij gemakkelijk tot formalisering en verstarring kunnen leiden en bovendien procedures kunnen vertragen. De praktijk van de afgelopen jaren laat zien dat rechtseenheid binnen het bestuursrecht en rechtseenheid tussen het bestuursrecht en andere rechtsgebieden even goed en misschien wel beter kan worden bewerkstelligd langs informele wegen, waarbij de rechtspraak zelf de ruimte kan nemen om daarvoor de meest geëigende oplossingen te kiezen.'

Dat een geïnstitutionaliseerde rechtseenheidsvoorziening (zelfs) gemakkelijk zou kunnen leiden tot verstarring en

<sup>22</sup> Versterking van de cassatierechtspraak, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, februari 2008, p. 37.

<sup>23</sup> Kamerstukken II, 2014-2015, 29 279, nr. 220, p. 22.

vertraging begrijp ik niet. Dat het een formalisering is, vloeit uit het wettelijke karakter voort en behoeft niet per definitie als iets ongewenst te worden aangemerkt.

De regering<sup>24</sup> heeft gelijk als wordt gewezen op rechts-eenheid die in korte tijd is bereikt door het informeel samenwerken tussen de hoogste bestuursrechters en de Commissie rechtseenheid bestuursrecht: 'die bestaat uit leden van de Hoge Raad, de ABRvS, de CRvB en het CBB. In deze commissie participeren ook vertegenwoordigers van de civiele kamer en de strafkamer van de Hoge Raad. Deze informele rechtseenheidsvoorziening heeft de afgelopen jaren duidelijk haar waarde bewezen en haar neerslag gevonden in de rechtspraak van de verschillende hoogste bestuursrechters, met name waar het algemene bestuursrechtelijke kwesties betreft. Wij gaan er vanuit dat ook in de nieuwe situatie deze commissie een belangrijke rol zal blijven vervullen, met dien verstande dat het dan een overlegorgaan zal zijn tussen de Hoge Raad en de ABRvS.'

Toch plaatsen de president en procureur-generaal in hun reactie op het conceptwetsvoorstel een kanttekening bij de informele wijze van samenwerking:

'In de huidige situatie wordt rechtseenheid in het bestuursrecht in veel gevallen bereikt door onderling overleg tussen de verschillende hoogste rechters. Hoewel dat overleg goede resultaten oplevert doordat alle betrokken colleges grote waarde hechten aan het bereiken van rechtseenheid, zijn wij van oordeel dat de rechtseenheid in een structuur met één hoogste rechter beter geborgd is dan in een stelsel waarin uniforme rechtspraak afhankelijk is van de uitkomsten van dergelijk overleg tussen de verschillende hoogste gerechten.'

In het kader van een wettelijke herziening van de organisatie van de bestuursrechtspraak in hoogste instantie, was het voor mij een vanzelfsprekendheid dat in de wet wordt verankerd op welke wijze de rechtseenheid kan worden bereikt. Thans wordt voornamelijk gehamerd op de informele samenwerking en voorts gewezen op de mogelijkheid een grote kamer te vormen. In de reactie van de ABRvS wordt de informele samenwerking onmisbaar geacht. Uit de reactie komt overigens tevens naar voren dat formele rechtseenheidsinstrumenten tot gevolg hebben dat er een verticale verhouding ontstaat tussen Hoge Raad en ABRvS en dat zou onaanvaardbaar zijn, aangezien de RvS als Hoog College van Staat niet onder enige vorm van toezicht van de Hoge Raad zou kunnen komen te staan.

In de reactie van de ABRvS wordt veelvuldig verwezen naar de rede van de president van de Hoge Raad. Het is juist dat Feteris in zijn rede bij zijn installatie tot president van de Hoge Raad<sup>25</sup> heeft benadrukt dat 'langs informele weg' veel is bereikt in het kader van de rechtseenheid. Deze informele weg wordt bewandeld binnen de Commissie rechtseenheid bestuursrecht. Buiten het feit dat hieromtrent niet veel bekend is, laat staan wettelijk verankerd, rijst de vraag of het wenselijk is dat rechtsregels, die direct van toepassing zijn op voorliggende zaken, worden geformuleerd door anderen dan de rechters die een zaak behandelen. In de reactie van de president en de procureur-generaal wordt – in een ander verband – aandacht besteed aan het onmiddellijkheidsbeginsel 'dat inhoudt dat slechts leden van een kamer meewerken aan de beslissing die zelf de zaak ter zitting hebben behandeld en hun eigen waarneming aan hun beoordeling van de zaak ten grondslag leggen (vgl. de conclusie van A-G IJssink bij HR 21 april 1999, nr. 33.359, BNB 1999/232).

Ofschoon voornoemde Commissie ongetwijfeld ook rechtsregels zal formuleren 'los' van concreet voorliggende zaken, mag worden verwacht dat er een rechtseenheidsvoorziening wordt gecreëerd die recht doet aan de beginselen van een goede procesorde, waaronder het onmiddellijkheidsbeginsel.

De regering wijst in het kader van de samenwerking tussen de hoogste bestuursrechters nog op de mogelijkheid in art. 8:12a Awb om een lid van (straks uitsluitend) de ABRvS een conclusie te laten nemen over een onderwerp dat voor de rechtseenheid van belang is. Staatsraad in buitengewone dienst belast met het nemen van conclusies is de heer Widdershoven. A-G Keus is tevens tot staatsraad in buitengewone dienst benoemd, teneinde een brug te kunnen slaan tussen het Parket bij de Hoge Raad en de overige drie bestuursrechtelijke colleges. Als het conceptwetsvoorstel ongewijzigd in werking treedt, zal het hoogste bestuursprocesrecht verdeeld zijn tussen de Hoge Raad en de ABRvS. Evenals voor de Hoge Raad geldt voor het Parket van de procureur-generaal dat het werkterrein aanzienlijk is uitgebreid. Ongetwijfeld zal dat er toe dienen te leiden dat er één of meer advocaten-generaal komen met een bestuursrechtelijke achtergrond en expertise. Deze zullen met name dienen te worden benut voor bestuursrechtelijke vraagstukken die zowel bij de ABRvS als de Hoge Raad aan de orde zijn.

Minder informeel en thans maar ook in de toekomst bruikbaar, is de bepaling in art. 8:10a Awb ingevolge waarvan een meervoudige kamer van de ABRvS, het CBB en de

24 M.W.C. Feteris, *De Hoge Raad tot 2020*, installatierede van 5 november 2014, rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/Nieuws/Pages/Van-nieuwe-president-Hoge-Raad-mag-het-minder-plechtstatig.aspx.

CRvB een zaak kan verwijzen 'naar een grote kamer, indien haar dit met het oog op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling geraden voorkomt'. Deze mogelijkheid staat niet open voor gerechtshoven en (dus) evenmin voor de Hoge Raad. Nu er raadsheren van de Hoge Raad staatsraad in buitengewone dienst zijn bij de ABRvS wordt op die wijze een mogelijkheid gecreëerd dat raadsheren van de belastingkamer of strafkamer aan een dergelijke grote kamer kunnen deelnemen. De regering<sup>26</sup> benadrukt dat de mogelijkheid blijft bestaan van de praktische invulling van de grote kamer van de ABRvS:

'Bij de ABRvS zal deze mogelijkheid blijven bestaan, zodat de praktijk kan worden voortgezet dat ook in die grote kamer een of meer raadsheren van de Hoge Raad als staatsraden in buitengewone dienst zitting hebben. Langs deze wegen kan zowel rechtseenheid binnen het bestuursrecht als de rechtseenheid tussen het bestuurs(proces)recht en andere rechtsgebieden straf(proces)recht en burgerlijk (proces)recht worden bevorderd.'

Deze praktische oplossing heeft echter wel een ongewenst gevolg voor de Hoge Raad. Als er een voor de rechtseenheid belangwekkende uitspraak wordt gedaan, dan is dat door de ABRvS en niet door de Hoge Raad. De ABRvS vormt immers het gremium waarin raadsheren van de Hoge Raad (als staatsraad in buitengewone dienst) tezamen met de leden van de Afdeling bestuursrechtspraak uitspraak kunnen doen. Thans kunnen leden van de Afdeling bestuursrechtspraak niet worden benoemd tot raadsheer in buitengewone dienst. Teneinde deze onevenwichtigheid weg te nemen stellen zowel de president van de Hoge Raad als de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in hun reactie op het conceptwetsvoorstel voor om de wet te wijzigen en te bewerkstelligen dat leden van de Raad van State als raadsheer in buitengewone dienst tot een zetel van de Hoge Raad deel kunnen uitmaken. Daarmee zou dan de gelijkwaardigheid van de hoogste bestuursrechters een voldongen feit zijn.

## 5. Epiloog

Er staat dus veel te gebeuren in de komende jaren voor de derde meervoudige kamer van de Hoge Raad, thans nog de belastingkamer. Het is voor de aanhangers van casatierechtspraak werkelijk een opsteker dat het aanbod van bestuursrechtelijke zaken aanzienlijk zal toenemen, waardoor de Hoge Raad ook zijn rol van hoogste bestuursrechter waar kan maken. Theoretisch is het mogelijk dat het conceptwetsvoorstel integraal wordt getorpedeerd en deze gehele bijdrage op losse schroeven komt te staan. In dat verband kan worden gewezen op de reactie van de voorzit-

ter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het conceptwetsvoorstel waarbij hij de regering toch in overweging geeft de opheffing van de CRvB uit te stellen, met de kanttekening dat ook over de verdeling van de zaken van de CRvB te gelegener tijd nog maar nader gedacht moet worden. Hieruit kan wel worden afgeleid dat de ABRvS nog steeds haar zinnen heeft gezet op het gehele niet-fiscale bestuursrecht. Ofschoon op het conceptwetsvoorstel wel het nodige kan worden afgedongen, als gevolg van het feit dat het een politiek compromis is, lijken de contouren voor de bestuursrechtspraak mijns inziens wel vast te liggen.

De derde meervoudige kamer van de Hoge Raad zal de handschoen wel moeten kunnen en durven oppakken. De ABRvS kent korte doorlooptijden en maar twee (feitelijke) instanties, waardoor de mogelijkheid bestaat dat de Afdeling in bepaalde gevallen vanzelfsprekend het voortouw neemt. De mogelijkheid van prejudiciële vragen door met name de rechtbanken aan de Hoge Raad zou de Raad een kans bieden zich daadwerkelijk te manifesteren. Daarmee zou de maatschappelijke relevantie en de normstellende rol van de derde meervoudige kamer van de Hoge Raad fors kunnen toenemen.

<sup>26</sup> Kamerstukken II, 2014-2015, 29 279, nr. 220.