

Verwijzingsinstructies in verband met de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie

Supplement bij Omtrent verwijzing

Mr. L.J.A. Pieterse

 **Wolters Kluwer**

Deventer – 2019

Voorwoord

De verwijzingsprocedure is niet vrij van complicaties;¹ in het bijzonder de problematiek van de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie – een juridische microsfeer – is niet bepaald eenvoudig te noemen,² omdat na verwijzing talloze vragen kunnen rijzen, zoals: “Wat staat er onherroepelijk vast en wat is de taak en ruimte na verwijzing? Het kan aanbeveling verdienen dat het Hof begint met dit voor zichzelf vast te stellen en ook expliciet als uitgangspunt te vermelden”.³ Daarbij dient de niet altijd “kraakheldere”⁴ verwijzingsopdracht van de Hoge Raad, die geregeld geheel of ten dele “gedestilleerd” moet worden uit de overwegingen van het verwijzingsarrest,⁵ leidraad te

-
- 1 Vgl. A.O. Lubbers, *Belastingarresten lezen en analyseren*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 222.
 - 2 Deze problematiek is door W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018, “niet eenvoudig” genoemd (p. 131).
 - 3 Aldus P. den Boer in zijn noot bij HR 23 juni 1982, nr. 21 165, BNB 1982/235.
 - 4 Zie H. Schuttevâer in zijn lezenswaardige noot bij HR 6 september 1978, nr. 18 940, BNB 1978/271.
 - 5 De term “gedestilleerd” is gebezigd door M. Mees in het beroepschrift in cassatie, dat is opgenomen in BNB 2004/295, p. 3079.

zijn, omdat de taak van de verwijzingsrechter in principe niet verder strekt dan het uitvoeren van die opdracht. De verwijzingsopdracht vergt in voorkomende gevallen “grondige bestudering en interpretatie”,⁶ onder meer om te bepalen wat is beslist en geen deel meer uitmaakt van het geschil dat na verwijzing dient te worden beslist, en meer in het algemeen om vast te stellen “hoever de verwijzingsopdracht reikt”.⁷ Om te voorkomen dat in verband daarmee misverstanden ontstaan, kan de Hoge Raad die opdracht concretiseren door een of meer verwijzingsinstructies te formuleren. In dat kader heeft hij verschillende modaliteiten tot zijn beschikking om de verwijzingsrechter en partijen nader te instrueren.⁸ In deze studie, een supplement bij Omtrent verwijzing,⁹ wordt onder meer uitgewerkt hoe de Hoge Raad dit instrumentarium gebruikt, dan wel kan gebruiken in verband met de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie.¹⁰

-
- 6 J. Spaanstra, ‘Uitlokking tot cassatie. De grenzen van de rechtsstrijd in de belastingprocedure’, in: J.F.M. Giele e.a. (red.), *Van wet naar recht (Scheltens-bundel)*, Deventer: Kluwer 1984, p. 212.
 - 7 Aldus H.J. Hofstra in zijn noot bij HR 21 augustus 1985, nr. 22 930, BNB 1985/302.
 - 8 Zie Omtrent verwijzing, Deventer: Wolters Kluwer 2019. In dit verband zou van “de instruerende Hoge Raad” kunnen worden gesproken. Deze aanduiding is gebruikt door J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 87 e.v., zij het in een andere context.
 - 9 Deventer: Wolters Kluwer 2019.
 - 10 De ontwikkelde typologie is eerder gebruikt om het ‘gedrag’ van de Hoge Raad te beschrijven in de periode 1915-1952. Zie het opstel: *Omtrent verwijzingsinstructies (1915-1952)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Daarbij wordt ook ingegaan op de vraag in hoeverre verwijzingsinstructies de kwaliteit – in het bijzonder de effectiviteit – van verwijzingsopdrachten van de Hoge Raad kunnen bevorderen.

De kopij is in maart 2019 afgesloten.

L.J.A. Pieterse

I Inleiding

I.1 Karakter verwijzingsprocedure

Ingeval de Hoge Raad na cassatie de zaak niet afdoet, omdat die zich niet voor onmiddellijke afdoening leent, dan volgt verwijzing (of terugwijzing). Het is dan aan de rechter naar wie het geding is verwezen om de procedure die aanhangig is gemaakt in een of meer instanties vóór cassatie af te wikkelen.¹ De in de wet verankerde verwijzingsregel schrijft voor dat de verwijzingsrechter de behandeling van het geding voortzet (“verdere behandeling”) en de zaak beslist met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad.² Het mag dan ook niet verbazen dat de civiele kamer van de Hoge Raad het geding na verwijzing

1 In theorie kan de verwijzingsrechter – bij wijze van tussenbeslissing – een prejudiciële rechtsvraag stellen aan de Hoge Raad, “indien een antwoord op deze vraag nodig is om op het beroep te beslissen” (art. 27ga, lid 1, AWR). De noodzaak om een dergelijke vraag te stellen zal doorgaans ontbreken, omdat de Hoge Raad in zijn verwijzingsarrest het relevante rechtskader zal hebben uiteengezet en – door middel van een verwijzingsinstructie – eventueel na verwijzing aan de orde komende vragen zal hebben beantwoord. Voor zover dat niet het geval is, zou de verwijzingsrechter een prejudiciële rechtsvraag kunnen stellen.

2 Art. 29e AWR.

heeft getypeerd als een “onvoltooide appèlinstantie”,³ en later – zuiverder – als een “onvoltooide instantie”.⁴ Deze typering geldt ook in belastingzaken, zo heeft de belastingkamer bevestigd.⁵ Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat de procedure na verwijzing niet een zelfstandige, nieuwe instantie is, maar de voortzetting van een onvoltooide instantie die vooraf is gegaan aan het geding in cassatie.⁶ Dat de zaak wordt voortgezet volgt reeds uit het in NJ 1919, p. 805,⁷ gepubliceerde arrest, waarin de civiele kamer van de Hoge Raad oordeelde “dat (...) indien een uitspraak van den appèlrechter wordt gecasseerd en de zaak naar dezen wordt teruggewezen, de zaak niet, zooals verzoeker meent, komt in den stand *vóór* dat hooger beroep is ingesteld, maar de rechter de zaak op het *bestaande* beroep verder moet behandelen en afdoen”.⁸ En in een arrest uit 1927 spreekt de belasting-

-
- 3 Zie HR (civiele kamer) 10 augustus 1983, nr. 12 131, NJ 1984/182 en HR (civiele kamer) 21 oktober 1994, nr. 15 481, NJ 1995/398. Zie voorts HR (civiele kamer) 13 oktober 2006, nr. C05/246HR, NJ 2006/562.
 - 4 HR (civiele kamer) 17 december 2010, nr. 09/01893, NJ 2012/57, r.o. 3.5.
 - 5 Zie HR 26 september 2014, nr. 14/01474, BNB 2015/3, r.o. 2.3.
 - 6 Vgl. W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018, p. 131. In deze zin ook: M.W.C. Feteris, *Beroep in cassatie in belastingzaken*, Deventer: Kluwer 2014, p. 458.
 - 7 HR (civiele kamer) 20 juni 1919, NJ 1919, p. 805.
 - 8 Verwijzing heeft “geenszins het gevolg”, aldus ook de belastingkamer (HR 13 mei 1931, B. 4979), dat de zaak voor de verwijzingsrechter wordt gebracht, “alsof het onderzoek nog een aanvang moest nemen”, omdat “de opdracht tot verdere behandeling en beslissing slechts beoogde een voortzetting van het onderzoek binnen de grenzen, door het arrest getrokken”.

kamer van de Hoge Raad van een “voortzetting van het onderzoek” (binnen de grenzen, door de Hoge Raad getrokken in het arrest, waarbij het geding is verwezen);⁹ in 2014 heeft zij – onder verwijzing naar NJ 2012/57,¹⁰ een arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad – geoordeeld dat de procedure na verwijzing “de voortzetting van de onvoltooide instantie (vormt) die voorafging aan het cassatiegeding”.¹¹

I.2 Onderzoeksvragen en verantwoording opzet

De voortzetting van het onderzoek na verwijzing is “een geordende strijd ten overstaan van een onpartijdig en kundig derde. Die strijd zal – ligt in de aard van de zaak – zijn *eigen* wetten hebben, met alle eigenaardige nadelen daarvan”.¹² Zo worden, om op de “*eigen* wetten” die gelden voor dat onderzoek in te gaan, de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie bepaald door wat de Hoge Raad in

9 HR 19 januari 1927, B. 3986. Zie tevens HR 31 oktober 1935, B. 5953 en HR 5 maart 1958, nr. 13 493, BNB 1958/152, alsmede HR 5 december 1979, nr. 19 369, BNB 1980/87 (“voortgezette onderzoek”). In HR 10 april 2009, nr. 43 747, BNB 2009/194, heeft de Hoge Raad het over “de voortgezette behandeling” (r.o. 3.4). H. Schuttevâer gebruikt in zijn noot bij HR 28 november 1979, nr. 19 522, BNB 1980/29, de niet geheel zuivere formulering “nieuwe behandeling van de zaak”.

10 HR (civiele kamer) 17 december 2010, nr. 09/01893, NJ 2012/57.

11 HR 26 september 2014, nr. 14/01474, BNB 2015/3, r.o. 2.3.

12 Aldus S. Gerbrandy in zijn inleiding, gehouden voor de vergadering van de Vereniging voor Wijsbegeerte des Rechts: Het waarheidsprobleem in het burgerlijk procesrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961, p. 36.

zijn verwijzingsarrest heeft beslist en door de stand waarin het geding verkeerde toen de gecasseerde uitspraak werd gedaan (zie voor dat laatste: par. II.3).¹³ Waar die grenzen liggen moet van geval tot geval worden beoordeeld, door uitleg van het verwijzingsarrest en van de gecasseerde uitspraak (zie par. II.2.2).¹⁴ Er is steeds, in de woorden van H.J. Hofstra, “een nauwkeurige inventarisatie nodig van hetgeen (...) onherroepelijk feitelijk is komen vast te staan, en van wat de HR met betrekking tot de juridische gezichtspunten heeft beslist”.¹⁵ De regels (“*eigen wetten*”)

-
- 13 Zie over de grenzen van de rechtsstrijd na verwijzing ook het proefschrift van B. Winters, *De procedure na cassatie en verwijzing in civiele zaken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, besproken door Th.B. ten Kate in WPNR 1993/6082, p. 150 e.v. en E. Korthals Altes in RM Themis 1993, p. 298-301, die meent dat Winters “met name de rechtspraktijk een grote dienst heeft bewezen door het niet gemakkelijk toegankelijke terrein van de verwijzingsprocedure na cassatie in kaart te brengen” (p. 301).
- 14 Uiteindelijk is het aan de Hoge Raad om te bepalen hoe zijn (verwijzings)arrest moet worden uitgelegd (vgl. M.W.C. Feteris, *Beroep in cassatie in belastingzaken*, Deventer: Kluwer 2014, par. 15.2.5). Zie bijv. HR 31 maart 1999, nr. 33 427, BNB 1999/221 (“Partijen hebben de verwijzingsopdracht (...) terecht aldus opgevat dat (...)”, r.o. 5.2); HR 13 juli 2012, nr. 12/00846, BNB 2012/270; HR 9 augustus 2013, nr. 12/03439, BNB 2013/215, r.o. 4.3.3; HR 24 januari 2014, nr. 13/02896, BNB 2014/48, r.o. 3.1.3. Zie bijv. ook HR (civiele kamer) 27 januari 1984, nr. 12 172, NJ 1984/546.
- 15 H.J. Hofstra in zijn noot onder HR 22 februari 1984, nr. 22 303, BNB 1984/142. In onderdeel 6.1 van zijn conclusie voor HR 17 augustus 1994, nr. 29 207, BNB 1995/1, omschrijft A-G Van Soest het anders: “De rechtsstrijd na verwijzing wordt bepaald door de rechtsstrijd vóór cassatie in verband met hetgeen daarvan na de eerste uitspraak en de vernietiging daarvan overblijft”.

die voor deze inventarisatie gelden, worden besproken in hoofdstuk II van deze studie (zie de par. II.2 en II.3, alsmede de schematische weergave daarvan in par. II.4),¹⁶ waarin de vraag wordt behandeld waar de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie liggen en waardoor zij worden bepaald. Deze vraag – de *eerste* van de drie onderzoeksvragen – zal mede worden behandeld aan de hand van de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad en andere civielrechtelijke inzichten die van oudsher van belang zijn voor het processuele deel van het belastingrecht;¹⁷ de invloed van het civiele recht op het belastingrecht is deels terug te voeren op de inbreng van civilisten die – ten faveure van de eenheid van het recht – in de belastingkamer plegen te zitten.¹⁸ De rechtspraak

16 Een beknopt overzicht van de hierna te bespreken regels is te vinden in de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor HR (civiele kamer) 24 december 2010, nr. 09/01392, NJ 2011/16. Zie in het bijzonder onderdeel 2.3-2.10, ook – nagenoeg helemaal – opgenomen in onderdeel 4.5 van de conclusie van A-G IJzerman voor HR 11 november 2011, nr. 10/03793, BNB 2011/300.

17 Zo houdt de belastingkamer van de Hoge Raad zich bijv. aan de wijze waarop het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) de zogenoemde “feitelijke grondslag” aanduidt (art. 419 Rv). Zie A.O. Lubbers, *Belastingarresten lezen en analyseren*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 177 e.v. Opgemerkt zij dat niet alle civielrechtelijke leerstukken zonder meer op het fiscale terrein kunnen worden toegepast wegens de specifieke karakertrekken van het belastingrecht, aldus P. Meyjes e.a., *Fiscaal procesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 239.

18 Vgl. W.E. Haak, ‘Grensverkenningen binnen de Hoge Raad’, WFR 2001/863.

van de strafkamer heb ik niet in de beschouwingen betrokken.

De civiele rechtspraak speelt ook een rol in hoofdstuk III. Daarin staat een andere (de *tweede*) vraag centraal, die niet altijd even gemakkelijk te beantwoorden is, namelijk in hoeverre na verwijzing nog nieuwe feiten en omstandigheden kunnen worden aangevoerd en/of nieuwe stellingen kunnen worden betrokken. Ook bij de behandeling van dit onderwerp worden civielrechtelijke noties en door de civiele kamer van de Hoge Raad gegeven rechtsregels betrokken.

In deze studie wordt getracht de systematiek, die in een deel van het recht besloten ligt, aan het licht te brengen.¹⁹ Om dat te doen, volg ik de methode van rationale reconstructie;²⁰ zij komt voort uit de analytische wijsbegeerte.²¹ Rationale reconstructie is een methode om de rationalisatie te verhelderen

-
- 19 Zij bouwt, ook conceptueel, onder meer voort op de in MBB 2015/5-6, p. 177-184, gepubliceerde beschouwing ('Verwijzing na cassatie in belastingzaken') die ik met E.B. Pechler heb geschreven.
- 20 "Methoden zijn doordachte manieren om met dingen om te gaan", aldus Thomas Keating, een cisterciënzer monnik die al meer dan zestig jaar in een klooster in de Rocky Mountains verblijft, opgetekend door Lucette Verboven in haar boek: *Wereld zonder einde. Reflecties op mijn leven als monnik*, Utrecht: Kok 2017, p. 40.
- 21 Zie J.W.A. Fleuren, 'Rechtswetenschap en rationale reconstructie. Een bijdrage aan het debat over methoden van rechtsgeleerd onderzoek', in: Y. Buruma e.a. (red.), *Op het rechte pad* (Taktbundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 25.

van kennis die in meer of minder ongerefecteerde vormen aanwezig is. Ook het resultaat van deze werkwijze is een rationele reconstructie, namelijk een zo logisch mogelijke uitbeelding van – in dit geval – de in de rechtspraak ontwikkelde regels die de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie bepalen. “Een rationele reconstructie is idealiter een verbeterde versie van haar origineel”,²² een weergave die zoveel mogelijk vrij is van innerlijke tegenspraak. Dat ideaal kan ook anders worden uitgedrukt: een stelselmatige bewerking van de rechtspraak op het onderzoeksterrein die ertoe leidt dat in het resultaat daarvan meer besloten ligt dan het positieve recht uitdrukt.²³ Daarbij laat ik mij leiden door het “beginsel” van integriteit, dat voorschrijft het recht op zoveel mogelijk coherente wijze uit te leggen, dan wel te construeren als coherentie lijkt te ontbreken.²⁴ Uit de door mij uitgevoerde reconstructie zal blijken dat er veronderstellingen zijn aan te wijzen, waarvan het – in het kader van deze verhandeling

-
- 22 Aldus J.W.A. Fleuren, ‘Rechtswetenschap en rationele reconstructie. Een bijdrage aan het debat over methoden van rechtsgeleerd onderzoek’, in: Y. Buruma e.a. (red.), *Op het rechte pad* (Tak-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 27. Volgens hem is rechtsdogmatiek een vorm van rationele reconstructie (p. 41).
- 23 Vgl. G.E. Langemeijer, *Juridische dogmatiek*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij 1962, p. 23.
- 24 Vgl. R. Dworkin, die dit principe – *law as integrity* – heeft geformuleerd in *Law’s Empire*, een boek dat in 1986 is verschenen (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press). Dworkin’s theorie (van “constructive interpretation”, p. 52) beweegt zich in een enigszins andere, zij het verwante context

relevante – procesrechtelijke rechtsgebied uitgaat;²⁵ een voorbeeld daarvan is het onuitgesproken beginsel dat aan rechtsgedingen eens een einde behoort te komen – *lites finiri oportet*²⁶ –, zij het dat dit beginsel in voorkomende gevallen moet worden afgewogen tegen het beginsel dat moet worden voorkomen dat de rechter op een ondeugdelijke grondslag uitspraak doet;²⁷ zie par. III.3.1. Deze afweging kan in concrete gevallen leiden tot regels die te kenschetsen zijn als voorrangregels, dat wil zeggen normen “aan de hand waarvan in een geval van botsing van beginselen kan worden uitgemaakt welk beginsel het meeste gewicht in de schaal legt,

(“constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object of practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong”, p. 52). De door mij geraadpleegde editie van *Law's Empire* dateert uit 1998, uitgegeven door Hart Publishing. Zie over de frase *law als integrity* ook: M. Adams en K. Meijer, ‘Ronald Dworkin (1931-2013) en de democratische rechtsstaat’, *NJB* 2013, afl. 9, p. 552-553.

- 25 Vgl. P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 64.
- 26 Zie daarover onder meer par. II.2.2.
- 27 “Procedures moeten eens tot een eind komen. Dit beginsel van een goede rechtspleging kan soms op gespannen voet komen te staan met het belang van een procespartij volledig zijn recht te krijgen”, aldus R.H. Happé in zijn noot bij HR 28 april 1999, nr. 31 427, *BNB* 1999/312.

c.q. voorrang heeft”.²⁸ Die regels vormen de neerslag van de (impliciete) afweging van beginselen die op gespannen voet met elkaar staan;²⁹ zie daarover par. III.3, waarin verschillende regels worden beschreven die het – meestal onuitgesproken – resultaat zijn van voornoemde afweging van beginselen.³⁰ Het streven naar een systematische beschrijving van de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie (en het signaleren van eventuele tekortkomingen in het recht dat die grenzen beheerst; par. III.2 geeft daarvan voorbeelden),³¹ komt niet alleen voort uit een zekere

-
- 28 R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming*, Deventer: Kluwer 1996, p. 80, die zich bij de ontwikkeling van dit concept heeft laten inspireren door R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1978, p. 22 e.v. Zie over voorrangsregels ook: M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2009, par. 3.5.4.
- 29 Vgl. J. van Soest, *Beginselen van formeel belastingrecht*, Amsterdam: FED 1966, p. 21.
- 30 “Voor een belangrijk deel vormen de procesregels zich uit de ontwikkeling van de rechtspraak. Dit maakt in schijn het procesrecht bezwaarlijk te overzien; in werkelijkheid is een goede beoefening niet zo moeilijk, wanneer men eenmaal de beginselen, die het fundament van de jurisprudentie zijn, heeft verstaan”, aldus P. Meyjes in het Woord vooraf van de eerste druk van *Fiscaal procesrecht*, Deventer: Kluwer 1964.
- 31 P.W. Brouwer, ‘Systematisering van recht’, in: P.W. Brouwer e.a. (red.), *Drie dimensies van het recht. Rechtstheorie, rechtsgeleerdheid, rechtspraktijk*, Den Haag: Boom juridisch 1999, p. 219-237, spreekt in dit verband van een equivalente systematisering van (een deel van) het recht: een zo nauwkeurig mogelijke beschrijving van niet alleen de inhoud, maar ook de gebreken van het positieve recht.

drang tot ordenen, maar is ook voor de praktijk van belang. Zo kan een systematische beschrijving van bedoelde grenzen van de rechtsstrijd een bijdrage leveren aan de kenbaarheid van dit deel van het recht.³² Verder kan zij leiden tot een betere toepassing daarvan; de systematisering van dit deel van het recht vormt (bovendien) de grondslag voor de oplossing van concrete gevallen.

Voornoemde twee vragen staan in dienst van de *derde* vraag die in deze studie, een supplement bij Omtrent verwijzing,³³ aan de orde komt. Die vraag heeft een enigszins ander karakter. In verwijzing ligt, om de vraag, die op de volgende bladzijden wordt uitgewerkt, in te leiden, een opdracht aan de feitenrechter besloten.³⁴ Die (algemene) opdracht de verwezen zaak tot “volkomenheid” te brengen³⁵ – door mij aangeduid als de verwijzingsop-

32 Vgl. M. Scheltema, ‘Hoe belangrijk is systematiek in het recht?’, NTB-special 1994, p. 3.

33 Deventer: Wolters Kluwer 2019.

34 Vgl. HR 9 augustus 2013, nr. 12/03439, BNB 2013/215. Volgens P. Meyjes e.a., Fiscaal procesrecht, Deventer: Kluwer 1997, betekent verwijzen, dat de Hoge Raad “*met een bepaalde opdracht* de zaak in handen stelt van de feitelijke rechter ter verdere behandeling en beslissing” (p. 252). Deze passage is ook opgenomen in de eerste druk van dit handboek (Deventer: Kluwer 1964, p. 181), maar (het gecursiveerde deel) ontbreekt in de jongste editie van deze uitgave, die in 2014 is verschenen.

35 Vgl. HR 5 december 1979, nr. 19 369, BNB 1980/87.