

Rechtsvorming in het privaatrecht

Monografieën BW

Losdelig handboek over het burgerlijk recht

onder redactie van:

Prof. mr. I. Giesen

Hoogleraar privaatrecht Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch

Prof. mr. T. Hartlief

Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad en deeltijd-hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht

Prof. dr. V. Mak

Hoogleraar Nederlands en Europees Verbintenissenrecht Universiteit van Tilburg

Prof. mr. A.C. van Schaick

Advocaat te Tilburg, hoogleraar privaatrechtelijke rechtshandhaving en rechtsvergelijking Universiteit van Tilburg en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te Amsterdam

Prof. mr. drs. C.H. Sieburgh

Raadsheer in de Hoge Raad en hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen

Oud-redactieleden:

Prof. mr. C.J.H. Brunner †

Prof. mr. A.S. Hartkamp

Mr. P. Neleman

Mr. M.J.P. Verburgh †

Prof. mr. J.B.M. Vranken

De deeltjes van het 'losdelig' handboek Monografieën BW vormen gezamenlijk een compleet en onderling samenhangend commentaar op het (nieuwe) burgerlijk recht. Die volledigheid en onderlinge samenhang worden bewerkstelligd en bewaakt door de redactie van de reeks. Dit handboek blijft actueel doordat elk deeltje afzonderlijk herdrukt wordt zodra belangrijke nieuwe ontwikkelingen in het rechtsgebied in kwestie dit noodzakelijk maken. Behalve door deze opzet onderscheidt dit 'losdelig' handboek zich ook door zijn inhoud van andere series en handboeken over het (nieuwe) burgerlijk recht. Waar mogelijk wordt getracht door het verschaffen van kwantitatieve, sociaaleconomische en rechtssociologische gegevens inzicht te geven in de maatschappelijke betekenis van het beschreven complex van rechtsregels.

Daarnaast wordt aandacht besteed aan rechtsvergelijking, voornamelijk om reliëf en perspectief aan het eigen recht te geven, maar ook om de lezer die in het buitenlandse recht als zodanig geïnteresseerd is met zijn naspeuringen op weg te helpen.

MONOGRAFIEËN BW

A3 Rechtsvorming in het privaatrecht

Prof. mr. I. Giesen

 Wolters Kluwer

Deventer – 2020

Verkorte citeerwijze: Giesen, Rechtsvorming in het privaatrecht (Mon. BW nr. A3) 2020/[nummer]
Volledige citeerwijze: I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht (Monografieën BW nr. A3)*,
Deventer: Wolters Kluwer 2020.

ISBN 978 90 13 15859 5
ISBN 978 90 13 15860 1(E-book)
NUR 820-102

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.h2rplus.nl.

© 2020, Wolters Kluwer Nederland B.V.

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties.
Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.

^
Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator
v

NAVIGATOR

VOORWOORD

*“Nothing is stable.
Nothing absolute.
All is fluid and changeable.
There is an endless becoming.”*

Benjamin Cardozo (1921, p. 28)

Het thema van dit boek – rechtsvorming in het privaatrecht – wordt hierna benaderd vanuit de *relatie* tussen twee instituties: de (privaatrechtelijke) wetgever en de civiele rechter. Hoe past de civiele rechter het privaatrecht – of ruimer en beter: wet- en regelgeving en normstelling van privaatrechtelijke aard – toe? Wanneer kan hij daarvan afzien, als dat al mogelijk is? Hoe vrij is hij in de toepassing van die al dan niet wettelijke normen? Het gaat dus in de kern om de bekende, traditionele vragen van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming, de positie van de rechter daarbij, en om het rechtsvindingsdebat. Dat betekent ook dat in dit deel geen zelfstandige beschouwingen zullen worden gewijd aan de institutionele basis en grondbeginselen van ‘de wetgever’ en ‘de civiele rechter’ als twee aparte instituten. Hierna volgt dus geen beschrijving en plaatsbepaling van de rechter/de rechterlijke macht of van de wet en de wetgever in ons (constitutioneel) bestel. Dit boek gaat wel over rechtsvinding door de civiele rechter in de context van de bestaande (privaatrechtelijke) wet- en regelgeving en andere vormen van normstelling (zoals zelfregulering); mijn terrein is dus ruimer dan enkel het Burgerlijk Wetboek waarop de boekenreeks ‘Monografieën BW’ in eerste instantie ziet. Over dit thema is uiteraard al veel gezegd en geschreven en dat alles kan niet in de beperkte opzet van dit deel van de Monografieën-reeks terugkomen. Ik heb daarom keuzes gemaakt in wat wel en niet besproken wordt.

Het eerste idee voor de opzet van deze monografie stamt van vele jaren terug. Het (starten van het) werk aan de uitvoering ervan werd ‘opgehouden’ doordat in overleg met de uitgever en redactie van de serie besloten werd om eerst de *Asser Procesrecht/Giesen* te schrijven. Nadat die klus geklaard was, ben ik in 2016 gestart met het schrijven van deze monografie. De pauze in het denken over het thema van dit boek bleek de oorspronkelijke opzet niet wezenlijk geschaad te hebben, hetgeen meteen duidelijk maakt hoe tijdloos dit thema is, en dus kon van daaruit alsnog van start worden gegaan. Dezelfde pauze bleek bovendien niet onvoordelig te zijn geweest voor mijn denken over de verhouding wetgever-rechter, omdat enkele van de mogelijke thema’s die wellicht (meer) aandacht zouden verdienen inderdaad (zeer) belangrijke thema’s bleken te zijn geworden (denk

aan: interdisciplinariteit, Europese invloeden). Ook kon ik profiteren van het werk aan het genoemde *Asser Procesrecht*-deel, dat deels met deze monografie bleek te overlappen.

Gegeven dit alles is deze monografie opgebouwd uit drie delen. Deel I betreft de inleiding en afbakening, in Deel II staat de rechtsvinding in Nederland centraal, en in het meer opiniërende Deel III behandel ik, enigszins lossier ten opzichte van de stand van het geldende recht, enkele belangrijke (toekomstige) ontwikkelingen en thema's op het terrein van de verhouding tussen rechter en wetgever.

Als algemene disclaimer vooraf meld ik dat ik in het navolgende zeer regelmatig heb geput uit eigen eerder werk, deels met anderen geschreven; ik verwijs daarnaar op de betreffende plaatsen. Ik ben veel dank verschuldigd aan Harriët Schelhaas (voor onze fijne, vroegere samenwerking op het vlak van de privaatrechtelijke rechtsvorming voor *Ars Aequi*), aan Steven Bartels, Willem van Boom, Chris Jansen, Bart Krans en Siewert Lindenbergh (voor hun kritisch meedenken) en vooral aan Jan Vranken (voor het meelesen en meedenken in allerlei fasen van het totstandkomingsproces van dit boek). Uiteraard ben ik alleen zelf verantwoordelijk voor resterende omissies, fouten, verschrijvingen en andere onvolkomenheden. Ik houd mij aanbevolen deze onvolkomenheden van u te vernemen (I.Giesen@uu.nl).

Literatuur en rechtspraak die verschenen is voor 1 januari 2020, is waar nodig verwerkt; met nadien verschenen materiaal kon, op een enkele uitzondering na, geen rekening meer worden gehouden.

Utrecht, 29 januari 2020

Ivo Giesen

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van gebruikte afkortingen / X

Lijst van verkort aangehaalde literatuur / XIII

DEEL I – INLEIDING EN AFBAKENING

HOOFDSTUK 1

Inleidende beschouwingen / 3

- 1 Inleiding / 3
- 2 Nadere afbakening: gemaakte keuzes / 5
- 3 Rechtsvinding in de trias politica; taak en doel van de civiele rechtspraak / 9
- 4 Terminologie: rechtsvinding **versus** rechtsvorming / 12
- 5 Doel en mogelijke meerwaarde van dit boek / 14
- 6 Gehanteerde methode en aanpak / 16
- 7 Maatschappelijk belang / 18

DEEL II – RECHTSVINDING EN RECHTSVORMING IN NEDERLAND

HOOFDSTUK 2

De hoofdrolspelers: context, dialoog en samenwerking / 23

- 8 Inleiding en afbakening van dit deel / 23
- 9 De wetgever / 25
- 10 De wetgever verhoudt zich nadrukkelijk tot de rechter / 26
- 11 De rechter / 28
- 12 De rechter en het vinden (en vormen) van algemene regels / 31
- 13 De doctrine / 32
- 14 Een vorm van 'dialoog' met de doctrine? / 33
- 15 De invloed van de praktijk, met name de (cassatie)balie / 36
- 16 Procespartijen en betrokken derden: 'amicus curiae' / 38
- 17 Betrokken derden: zelfregulerende private actoren / 40
- 18 Samenwerking tussen deze hoofdrolspelers? / 42
- 19 Minder samenwerking als er beweging (nodig) is? / 44
- 20 Meer samenwerking nodig en mogelijk? / 46

- 21 Nogmaals: een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR) / 47
 22 Het POR in de praktijk gebracht / 48

HOOFDSTUK 3

De ‘tool kit’ van de rechter: interpretatiemethoden / 51

- 23 De methoden van interpretatie en hun rangorde / 51
 24 De grammaticale (taalkundige) uitleg / 53
 25 De systematische uitleg / 53
 26 De wetshistorische uitleg / 54
 27 De rechtshistorische uitleg / 58
 28 De teleologische uitleg / 59
 29 De anticiperende uitleg / 60
 30 De dynamisch-evolutive uitleg / 61
 31 De redelijke en praktische uitleg / 62
 32 De analogie en de a contrario-redenering / 63
 33 Rechtsbeginselen / 64
 34 Rechtsvergelijking / 65
 35 Precedenten / 66
 36 De Unieconforme uitleg / 69
 37 De belangenafweging / 70
 38 De vergelijkingsmethode / 71
 39 Multidisciplinaire uitleg / 72
 40 Afronding / 73

HOOFDSTUK 4

Kiezen en motiveren / 75

- 41 De balans: rechtspreken is kiezen en recht is een discursieve grootheid / 75
 42 De verantwoording: motivering / 76
 43 Discursief motiveren en ‘dissenting opinions’ / 79
 44 Omgaan door de Hoge Raad / 80
 45 Receptie van dit model (van ‘keuze’ en ‘motivering’) in de rechtspraak / 83
 46 Psychologie en motivering / 85
 47 Verschil in motiveringsstijlen en de mogelijke impact daarvan / 86

HOOFDSTUK 5

Rechtsvinding buiten het algemene vermogensrecht / 89

- 48 Toepassingsverschillen per rechtsgebied? / 89
 49 Procesrechtelijke rechtsvinding (hoofdlijnen) / 90
 50 Procesrechtelijke rechtsvinding (deelregels) / 91
 51 Procesrechtelijke rechtsvinding: verantwoording / 92
 52 Rechtsvinding in Europa / 93
 53 Rechtsvinding inzake het EU-recht / 94
 54 Rechtsvinding inzake het EVRM / 95

55 Afrondend / 97

DEEL III – DE RECHTSVINDINGSTHEMA'S VAN VANDAAG EN MORGEN

HOOFDSTUK 6

Rechtsvorming vandaag en morgen / 101

- 56 Inleiding / 101
- 57 Ontwikkelingen in de rechtsvinding sinds het begin van deze eeuw? / 101
- 58 Minder toeval, meer beleid in de rechtsvorming? / 102
- 59 Minder toeval, meer beleid in de rechtsvorming (2) / 106
- 60 Alternatieve regelgeving en rechtsvorming / 107
- 61 Prejudiciële vragen en rechtsvorming / 109
- 62 Meergelaagdheid in het vermogensrecht / 110
- 63 Een constitutioneel hof? / 112
- 64 Afronding / 113

Wetsartikelenregister / 115

Jurisprudentieregister / 119

Trefwoordenregister / 125

Monografieën BW / 131

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
ACM	Autoriteit Consument & Markt
ADR	Alternative Dispute Resolution
A-G	advocaat-generaal
Appl. No.	Application number (EHRM)
art.	artikel(en)
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
a.w.	aangehaald werk
Awb	Algemene wet bestuursrecht
bijv.	bijvoorbeeld
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Duitsland)
BW	Burgerlijk Wetboek
DLR	De Letselschaderaad
e.a.	en andere(n)
ECLI	European Case Law Identifier
ed.	editor
e.e.a.	een en ander
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
etc.	etcetera
EU	Europese Unie
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Fw	Faillissementswet
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
i.c.	in casu
i.h.b.	in het bijzonder
JZ	JuristenZeitung
m.n.	met name
m.nt.	met noot
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad

Lijst van gebruikte afkortingen

NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nl.	namelijk
NOvA	Nederlandse Orde van Advocaten
nr.	nummer
nrs.	nummers
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NVvP	Nederlandse Vereniging voor Procesrecht
o.a.	onder andere(n)
ODR	Online Dispute Resolution
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OK	Ondernemingskamer
p.	pagina
PG	Parlementaire Geschiedenis
POR	Periodiek overleg van rechtsvormers
RabelsZ	Rabels' Zeitschrift
Rb.	Rechtbank
RdW	Recht der Werkelijkheid
red.	redactie
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RO	Rechterlijke Organisatie (Wet op de)
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Rvdr	Raad voor de rechtspraak
RvdW	Rechtspraak van de Week
RW	Rechtskundig Weekblad
SER	Sociaal-Economische Raad
Sr	Wetboek van strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
TCR	Tijdschrift Civiele Rechtspleging
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TREMA	Tijdschrift voor de rechterlijke macht
Tvl	Tijdschrift voor Insolventierecht
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding van Personenschade
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
vgl.	vergelijk
VS	Verenigde Staten van Amerika
W.	Weekblad van het recht
WB	Wetenschappelijk Bureau (bij de Hoge Raad)

Lijst van gebruikte afkortingen

Wet AB	Wet houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk
Wft	Wet financieel toezicht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Asser 2000

W.D.H. Asser, *Fair, redelijk en billijk. Over deformalisering in het burgerlijk procesrecht* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2000

Asser 2005

W.D.H. Asser, 'Over rechtsvorming door de Hoge Raad', AA 2005, p. 223-234

Asser/Hartkamp 3-I 2018

A.S. Hartkamp, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht* (4^e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2018

Asser Procesrecht/Asser 3 2013

W.D.H. Asser, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 3. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013

Asser Procesrecht/Giesen 1 2015

I. Giesen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015

E. Korthals Altes & H.A. Groen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken* (5^e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2015

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016

A.C. van Schaick, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg* (2^e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2016

Asser/Scholten Algemeen deel* 1974

P. Scholten, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel** (3^e druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974

Asser/Vranken Algemeen deel 1995**

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Asser/Vranken Algemeen deel* 2005**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel***. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid: Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. KUB), Deventer: Kluwer 1992

Barendrecht 1998

J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998

Bell 1989

J. Bell, 'Policy Arguments in Statutory Interpretation', in: J. van Dunné (ed.), *Legal Reasoning and Statutory Interpretation. Rotterdam Lectures in Jurisprudence 1986-1988*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 55-79

Van Boom 2013

W.H. van Boom, 'Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *TPR* 2013-1, p. 7-84

Bydlinski 2005

F. Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wien: WUV 2005

Čapeta 2018

T. Čapeta, 'Ideology and legal reasoning at the European Court of Justice', in: T. Perišin & S. Rodin (eds.), *The transformation or reconstitution of Europe*, Oxford: Hart 2018, p. 89-119

Cardozo 1921

B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press 1921

Dickson 2007

B. Dickson, 'Comparing Supreme Courts', in: B. Dickson (ed.), *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford: OUP 2007, p. 1-18

Eggens 1946

J. Eggens, 'Transpositie en conversie', uit: *Eggens-bundel. Een selectie uit het werk van Jannes Eggens* (bezorgd door H.C.F. Schoordijk en J.M. Smits 1946), Overveen: Belvédère 1998, p. 264-284

Eggens 1962

J. Eggens, 'Iets over de verhouding van wet en recht, in verband met 'ongerechtvaardigde verrijking' en 'misbruik van dwangpositie'', uit: *Eggens-bundel. Een selectie uit het werk van Jannes Eggens* (bezorgd door H.C.F. Schoordijk en J.M. Smits 1946), Overveen: Belvédère 1998, p. 474-489

Enneking e.a. 2013



L.F.H. Enneking, I. Giesen & R. Rijnhout, 'Bewijswaardering en psychologische inzichten', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie*, Den Haag: BJu 2013, p. 1017-1085

Feteris 2016

M. Feteris, 'Voorwoord', in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: AAL 2016, p. 17-23

Gerards 2006

J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006

Gerards 2006a

J.H. Gerards, 'Rechtsvinding door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', *NJ-CM-Bulletin* 31 (2006), p. 93-123

Gerards 2019

J.H. Gerards, *General principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: CUP 2019

Van Gerven/Lierman 2010

W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel. Veertig jaar later*, Mechelen: Kluwer 2010

Giesen 2007

I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Monografieën Privaatrecht, nr. 8), Deventer: Kluwer 2007

Giesen 2011

I. Giesen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neveneffecten op de positie en de taak van de Hoge Raad', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: BJu 2011, p. 51-70

Giesen e.a. 2016

I. Giesen, F.G.H. Kristen, E.R. de Jong e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Den Haag: BJu 2016

Giesen/Schelhaas 2006

I. Giesen & H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming', *AA* 2006 p. 159-172

Giesen/Vranken 2003

I. Giesen & J. Vranken, 'Slotbeschouwing: de eerste resultaten van het experiment', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: BJu 2003, p. 171-176

De Graaff e.a. 2016

R. de Graaff, T. Keijzer, C. de Kluiver & M. Samadi (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: AAL 2016

Van de Griend/De Waard 1996

E.S.G.N.A.I. van de Griend & B.W.N. de Waard, *Rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Groenewegen 2006

T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming*, Den Haag: BJu 2006

De Groot 2014

G. de Groot, 'Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening', in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden*, Den Haag: BJu 2014, p. 113-178

De Groot 2019

J.F. de Groot, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', in: B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, ~~p. 361-387~~

Harris e.a. 2018

D. Harris e.a. (eds.), *Law of the European Convention on Human Rights* (4th ed.), Oxford: OUP 2018

Hartendorp 2008

R.C. Hartendorp, *Praktisch gesproken. Alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming* (diss. EUR), Rotterdam, eigen beheer 2008

Hartkamp 1992

A.S. Hartkamp, *Wetsuitlegging en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1992

Hartlief 2015

T. Hartlief, 'Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht', *AA* 2015, p. 914 e.v.

Heinze 2016

Chr. Heinze, 'Verfahrensrechtliche Aspekte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland', *RabelsZ* 2016 (80), p. 254-287

Hergenröder 1995

C.W. Hergenröder, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1995

Hesselink 2001

M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer: Kluwer 2001

Hondius 2001

E.H. Hondius, *Nieuwe methoden van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming in een Verenigd Europa* (KNAW. Mededelingen van de afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 64 no. 4), Amsterdam: KNAW 2001

Hondius 2006

E. Hondius, 'Rechtsvorming: een blik over de grenzen', *AA* 2006, p. 327 e.v.

Kramer 2010

E.A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* (3. Aufl.), Bern: Stämpfli Verlag 2010

Kuijer 2004

M. Kuijer, *The blindfold of Lady Justice* (diss. Leiden), Nijmegen: WLP 2004

Lankhorst 1992

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992

Larenz 1991

K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6. Aufl.), Berlin: Springer Verlag 1991

Larenz/Wolf 1997

K. Larenz & M. Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* (8. Aufl.), München: C.H. Beck 1997

Lenaerts 2018

K. Lenaerts, 'Discovering the law of the EU: the European Court of Justice and the comparative law method', in: T. Perišin & S. Rodin (eds.), *The transformation or reconstitution of Europe*, Oxford: Hart 2018, p. 61-87

Loth 2009

M.A. Loth, 'Beslissen te beslissen', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 211-226

Martens 2000

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 747-758

Maultzsch 2010

F. Maultzsch, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilproceß*, Tübingen: Mohr-Siebeck 2010

Ortlep 2015

R. Ortlep, 'Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep, A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: BJu 2015, p. 59-160

Polak 1953

J.M. Polak, *Theorie en practijk der rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953

Pontier 1998

J.A. Pontier, *Rechtsvinding* (4^e druk), Nijmegen: AAL 1998

De Poorter 2018

J. de Poorter, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe het bovenindividuele perspectief in de rechterlijke procedure te verankeren', *AA* 2018, p. 870-872

De Poorter/Van Roosmalen 2009

J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming*, Den Haag: RvS 2009

Posner 1990

R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge: HUP 1990

Posner 2008

R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge: HUP 2008

Posner 2013

R.A. Posner, *Reflections on Judging*, Cambridge: HUP 2013

Schlag 2018

P. Schlag, 'On textualist and purposivist interpretation (challenges and problems)', in: T. Perišin & S. Rodin (eds.), *The transformation or reconstitution of Europe*, Oxford: Hart 2018, p. 17-28

Schollen 2007

P. Schollen, *De greep van de wetgever op de rechter* (diss. KU Leuven, academiejaar 2006-2007; ook gepubliceerd in Brugge: Die Keure 2011)

Schoordijk 1988

H.C.F. Schoordijk, 'Hoe vat (te) de Burgerlijke kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op?', in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 3-63

Schoordijk 2014

H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding*, Oisterwijk: WLP 2014

Schulze/Seif 2003

R. Schulze & U. Seif, 'Einführung', in: R. Schulze & U. Seif (Hrg.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003, p. 1-23

Sieburgh 2005

C.H. Sieburgh, 'Het civiele parket bij de Hoge Raad. Het juiste midden?', *AA* 2005, p. 906-916

Sieburgh 2008

C.H. Sieburgh, 'L'art de la distinction', *NJB* 2008/3, p. 3-12

Smith 1998

C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm*, Maastricht: Shaker Publishing 1998

Smith 2007

C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding* (2^e druk), Den Haag: Bju 2007

Artikel 6 EVRM en de civiele procedure (BPP nr. 10) 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiel procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10; 2^e druk), Deventer: Kluwer 2008

Stolker 1993

C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht', in: M.G. Rood (red.), *Rechters en politiek – Nationale en internationale beschouwingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 53-83

Timmerman 2009

L. Timmerman, 'Hoe kan uitvoering worden gegeven aan rechtsvorming door de rechter?', in: G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Bju 2009, p. 25-36

Uzman 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstenen en de dialoog tussen rechter en wetgever* (Meijers-reeks; diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013

Verstijlen 2015

F.M.J. Verstijlen, 'Hoe om te gaan met omgaan?', *TvI* 2015/27, p. 174 e.v.

Vogenaer 2001

S. Vogenaer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001

Vranken 2000

J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000, p. 1-5

Vranken 2009

J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009/806, p. 1082 e.v.

De Waele 2012

H.C.F.J.A. de Waele, 'Traditioneel tekstueel of typisch teleologisch?', in: L.E. de Groot-Van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 53-66

Wiarda/Koopmans 1999

G.J. Wiarda (bew. door T. Koopmans), *3 typen van rechtsvinding* (4^e druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999

Wissink 2001

M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001

WRR 2002

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002

Zippelius 1971.

R. Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, München, 1971

Zonderland 1976

P. Zonderland, *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976

DEEL I – INLEIDING EN AFBAKENING



HOOFDSTUK 1

Inleidende beschouwingen

1 Inleiding

Het thema van dit boek – rechtsvorming in het privaatrecht en rechter – wordt hierna benaderd vanuit de relatie tussen twee instituties: de (privaatrechtelijke) wetgever en de civiele rechter, en daarmee vanuit de verhouding tussen twee van de drie staatsmachten binnen de ‘trias politica’, specifiek waar het gaat om (de toepassing van) het privaatrecht: hoe vormt de civiele rechter het privaatrecht – of ruimer en beter: wet- en regelgeving en normstelling van privaatrechtelijke aard – en hoe past hij dit toe? Hoe vrij is hij in de toepassing van die wetten, regels en normen? Welke belemmeringen zijn er? De hoofdvraag luidt: hoe is heden ten dage de verhouding tussen de civiele rechter en de privaatrechtelijke wet- en regelgever bij de uitleg, ontwikkeling en toepassing van privaatrechtelijke wet- en regelgeving (en dan met name het BW) en bij andere vormen van normstelling (zoals zelfregulering)?

Het gaat dus in de kern om de bekende, traditionele vragen van rechtsvinding en rechtsvorming, gegeven de verhouding tussen wetgever, rechter en andere mogelijke rechtsvormers, om de positie van de rechter en om het privaatrechtelijke rechtsvindingsdebat in de huidige tijd van meergelaagdheid van regelgeving.

Dat betekent dat ik, behoudens hetgeen ik in nr. [3] bespreek, geen zelfstandige beschouwingen zal wijden aan de institutionele basis en grondbeginselen van die twee aparte instituten. Hierna volgt dus geen uitvoerige beschrijving en plaatsbepaling van de rechter/de rechterlijke macht of van de wet/wetgever in ons constitutionele bestel. Voor dergelijke beschouwingen verwijs ik naar de (staatsrechtelijke) literatuur, waaronder E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Onafhankelijke rechtsvorming’, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1988, p. 211 e.v.; T. Koopmans, ‘De constitutionele kant van rechtsvinding’, in: Van de Griend/De Waard 1996, p. 1-8; J.C.A. de Poorter (red.), *De ordening van mechanismen van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat*, Den Haag: BJu 2014; Smith 2007, p. 21 e.v.; W.J.M. Voermans, ‘Legaliteit als middel tot een doel’, in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen NJV), Deventer: Kluwer 2011, m.n. p. 58 e.v. Zie ook Schollen 2007, nrs. 7 e.v., voor België, en voor Duitsland F. Kruse, *Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, Tübingen: MohrSiebeck 2019.

Wel komt de vraag naar nut en noodzaak van een constitutioneel hof nog aan de orde, zie nr. [63].

Dit boek gaat aldus over rechtsvinding door de civiele rechter in de context van de bestaande privaatrechtelijke wet- en regelgeving en andere vormen van normstelling (zelfregulering, etc.).

Met privaatrechtelijke wet- en regelgeving doel ik in beginsel op privaatrecht in de ruime zin van het woord, van Boek 1 BW tot Boek 8 BW, inclusief het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en andere privaatrechtelijke wetgeving (met dien verstande dat heel veel

nadruk zal liggen op het geschreven en ongeschreven vermogensrecht en de bestaande rechtspraak daarover), privaatrecht van niet-Nederlandse origine (denk: EU- en EVRM-recht) en privaatrecht van private origine (private regelgeving; zelfregulering). Het hier bestreken terrein is derhalve ruimer dan enkel het Burgerlijk Wetboek waarop de boekenreeks 'Monografieën BW' in eerste instantie ziet.

Daarover is uiteraard al veel gezegd en geschreven, en dat alles kan niet in de beperkte opzet van dit deel van de Monografieën-reeks terugkomen. Ik heb daarom eigen keuzes gemaakt in wat wel en niet besproken wordt, keuzes die hierna in nr. [2], en verder daar waar relevant, zullen worden toegelicht.

Sprekend over 'de (civiele) rechter' bedoel ik vooral, en richt ik mij met name op, de Hoge Raad, als eerst aangewezen onder de rechterlijke rechtsvormers in Nederland, maar mijn beschouwingen kunnen ook betrekking hebben op (civiele) feitenrechters en hun verhouding tot de wet, inclusief de rechter in kort geding. Ook zij doen aan rechtsvinding en rechtsvorming, zie bijvoorbeeld H.B. Krans, 'Rechtsvorming van onderaf', *NTBR* 2017, p. 173-175; (de oratie van) M. de Werd, *De derde staatsmacht*, <https://europeancourts.blogspot.com/2019/06/de-derde-staatsmacht-over-kracht-en.html>, en als voorbeeld de twee feitelijk instanties in de *Urgenda*-zaak (Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196 en Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591; AB 2018/417). Terughoudender daarover nog: J.B.M. Vranken en I. Giesen, 'Inleiding en verantwoording', in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Bju 2003, p. 5. Specifiek over de Ondernemingskamer in dit verband: C.D.J. Bulten & C.J.H. Jansen, 'Rechterlijk activisme: waar liggen de grenzen van rechtsvorming door de Ondernemingskamer?', *Ondernemingsrecht* 2015/20.

Dit boek gaat dus niet over rechtsvinding en -vorming, voor zover al aanwezig, door andere overheidsrechters (zoals buurrechters, spreekuurrechters, inloprechters, etc.), of door arbiters, bindend adviseurs, mediators, etc. Zie bijvoorbeeld J.B.M. Vranken, 'ADR en de gevolgen voor rechterlijke rechtsvorming: een verwaarloosde samenhang', in: E.-J. Broers & B. van Klink, *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Bju 2001, p. 241 e.v. Dit boek draait wel om de overheidsrechter die geschillen moet beslechten (los van de vraag of daarmee ook het onderliggende conflict opgelost wordt) en bij die geschilbeslechting aan rechtsvinding toekomt. Dat de civiele overheidsrechter ook kan bijdragen aan conflictoplossing (tijdens de comparatie bijvoorbeeld) en dat zulks gestimuleerd wordt (denk aan het centraal stellen van de mondelinge behandeling), staat buiten kijf, maar dat is niet het thema van dit boek (zie daartoe bijvoorbeeld J.M. Barendrecht, 'Het goede gesprek', *TREMA* 2008, p. 201 e.v.). Ik realiseer mij uiteraard dat succesvol comparerende en conflictoplossende feitenrechters in zoverre de rechtsvorming beïnvloeden, dat zij tegengaan dat geschillen in drie instanties worden uitgevochten en dan bij de Hoge Raad tot een baanbrekend arrest leiden.

Het is inmiddels overigens zeer wel denkbaar (hoewel dat lastig feitelijk vast is te stellen) dat de directe bijdrage van feitenrechters aan de rechtsvinding afneemt en verder afnemen zal, omdat de invoering van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad de feitenrechters sinds juli 2012 de mogelijkheid biedt om nieuwe rechtsvragen, die typisch een rechtsvindingselement in zich bergen, meteen aan de Hoge Raad voor te leggen. In een dergelijk geval is het dus de Hoge Raad die de rechtsvorming ter hand neemt, en niet de feitenrechter. Die wet is succesvol gebleken (zie nader Giesen e.a. 2016), zodat het voorgaande een reëel punt vormt; het is mijns inziens overigens geen slechte ontwikkeling, omdat partijen op deze wijze meteen antwoord krijgen van de hoogste rechter doch ook omdat de feitenrechter een rechtsvormende rol behoudt door de vragen voor te leggen (vgl. daarover in Europees verband: C. Mak e.a., 'De verwijzende rechter', *NJB* 2017/1329). Daarbij dient uiteraard bedacht te worden dat (het antwoord op) een rechtsvraag soms baat erbij heeft nog wat te mogen 'rijpen' (vgl. T. Hartlief, 'Snel antwoord op een belangrijke rechtsvraag, beter recht?', *TPR* 2011, p. 1335 e.v., m.n. p. 1352), en de beantwoording daarvan kan profiteren van het partijdebat in twee instanties. De vraag was dan nog niet 'beslisrijp'; in die gevallen is de feitenrechter (nog steeds) aan zet.

Uiteraard komen ook de supranationale hogere rechters (EHRM en HvJ EU) hierna nog aan bod, zie nrs. [52]-[54]. In de huidige meerlagige rechtsorde is dat onvermijdelijk, zie o.a. *Asser/Procesrecht Giesen 1* 2015/62, en nr. [62].

Deze monografie bestaat uit drie delen. Deel I, nrs. [1]-[7], betreft de inleiding en afbakening. In Deel II staat in vier hoofdstukken (het debat over) de rechtsvinding in Nederland (en Europa) centraal (nrs. [8]-[55]), en in het meer opiniërende Deel III behandel ik enkele specifieke rechtsvindingsthema's en (toekomstige) ontwikkelingen (nrs. [56]-[64]).

2 Nadere afbakening: gemaakte keuzes

In dit boek zal de focus liggen op de periode vanaf de invoering van de boeken 3, 5 en 6 BW in 1992. Het is interessant te zien hoe de rechter omgaat met de uitleg van het (sindsdien nieuwe) BW en de rechtsvindings(on)mogelijkheden die daaraan gekoppeld zijn.

Zie in verband met de invoering van het nieuwe BW vooral C.J.H. Brunner e.a., *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer: Kluwer 1992, en daarin met name de bijdrage van J.H.A. Lokin ('De plaats van Meijers in de legistische traditie', op p. 5-39), alsmede Hartkamp 1992.

Ik wijs nu reeds op P. Abas, 'De Hoge Raad als wetgever', *TREMA* 2008, p. 193 e.v., die aangeeft dat de Hoge Raad 'als rechtsvormer' niet is stilgevallen na de invoering van het BW. Zo ook T. Hartlief, 'Waarin een klein land groot kan zijn', *NJB* 2018/1237, p. 1776 (er is weinig te bespeuren van 'heilig ontzag voor de wettekst en toelichting') en C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht tussen 1940 en 1992*, Deventer: Kluwer 2016, p. 165. Dat lijkt me een juiste gedachte, die aansluit bij de voorspelling daaromtrent van Hartkamp 1992, p. 21-25 en p. 30 (geen grond voor de vrees voor hernieuwd legisme).

Het ontstaan en waar mogelijk gebruik van de methode van de anticiperende interpretatie in de periode rondom de totstandkoming van het nieuwe vermogensrecht, duidde er wellicht al op dat de rechter zichzelf een behoorlijke mate van vrijheid wilde (blijven) toedichten. Zie ook T. Hartlief, 'Waarin een klein land groot kan zijn', *NJB* 2018/1237, p. 1776. Vooruitlopend op hetgeen over anticipatie aan de orde wordt gesteld (in nr. [29]), moet dus ook worden nagegaan wat de wetgever zelf vindt van de verhouding tot de rechter. Zie daarover nrs. [3] en [9]-[10].

Noodzakelijkerwijs blijft daardoor veel interessant historisch materiaal over rechtsvinding en de verhouding wetgever-rechter in Nederland van voor die tijd, buiten beschouwing.

Zie daarover echter reeds Pontier 1998, p. 53 e.v.; F.W. Grosheide, *Recht op de man*, Amstelveen: deLex 2008, p. 62-88; (uitvoerig rechtsvergelijkend) Vogenauer 2001, p. 430-663, alsmede C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht in de lange 19e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, en C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht tussen 1940 en 1992*, Deventer: Wolters Kluwer 2016. Jansen beschrijft o.a. (in het eerste boek) hoe het debat is verlopen over (steeds vrijere) rechtsvinding tussen de beoefenaren van het privaatrecht in Nederland in de negentiende en begin twintigste eeuw en (in het tweede boek) tot aan 1992. Een voorbeeld van dat debat biedt bijvoorbeeld M.H. Bregstein, 'De betrekkelijke waarde der wet', in: *Verzameld werk*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1960, p. 1-34, en H.J. Hamaker, 'Wet en rechter', in: *Verspreide geschriften van H.J. Hamaker. VII. Algemeene rechtsgeleerdheid*, Haarlem: De erven F. Bohn 1913, p. 199-230. Vgl. ook nog G. Corstens & J.W. Fokkens, 'De Hoge raad en het parket', *NJB* 2013/2120, alsmede H.C.F. Schoordijk, 'De methode van rechtsvinding en haar geschiedenis', *TPR* 2003-2, p. 613-641, en Schoordijk 1988.

Hoe de rechtsvinding in Nederland in de toekomst zal gaan uitzien, laat zich uiteraard lastig voorspellen. Ik probeer dat dan ook niet, maar een enkele hint voor de nabije toekomst wordt wel gegeven in nr. [57] e.v.

Een belangrijk vertrekpunt is verder dat de civiele rechter, en dan met name de Hoge Raad, aan rechtsvinding en zeker ook aan rechtsvorming doet en dat ook mag doen, en dat hij zo de rechtsontwikkeling stuurt en beïnvloedt. Dit uitgangspunt wordt hierna niet meer in twijfel getrokken; het wordt overigens ook vrij algemeen erkend.

Zie bijvoorbeeld Feteris 2016, p. 17 en 18; Wiarda/Koopmans 1999, p. 131; P. Rijpkema, *Rechttersrecht*, Den Haag: Bju 2001, p. 11; J.B.M. Vranken en I. Giesen, 'Inleiding en verantwoording', in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Bju 2003, p. 6; Asser 2005, p. 223; Vranken 2009, p. 1085-1086; A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', *AA* 2009, p. 672 e.v.; Timmerman 2009, p. 27; F.B. Bakels, 'Rechtspraak in een veranderende samenleving', *AA* 2010, p. 431; Hartlief 2015, p. 916; (rechtsvergelijkend) Hesselink 2001, p. 12. Voor de VS, zie o.a. Cardozo 1921, p. 115 en 166; Posner 2008, p. 15 en 81 (de rechter is een 'occasional legislator'), en Posner 2013, p. 121, en voor België M. Adams, *Recht en democratie ter discussie*, Leuven: UP Leuven 2006, o.a. p. 129 en 132; E. Dirix, 'Rechterlijk overgangsrecht', *RW* 2008-09, nr. 42, juni 2009, p. 1760. Zie voor Engeland reeds (de derde druk van) M. Zander, *The Law-Making Process* (3rd ed.), London: Weidenfeld 1989, p. 347, en voor Duitsland o.a. Heinze 2016, p. 256; Maultzsch 2010, p. 1-4; Fischer, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, Tübingen: MohrSiebeck 2007, p. 561 ("Heute herrscht im Grundsatz Einigkeit darüber."). Ook in de EU wordt rechtsvorming door de rechter erkend, zie Schulze/Seif 2003, p. 1. Nog scherper ("Elke rechter heeft de plicht om van een bestaande lijn af te wijken als dat de gerechtigheid in het concrete geval dient.") is H. Tjeenk Willink, *Groter denken, kleiner doen* (4^e druk), Amsterdam: Prometheus 2019, p. 93. Dat rechtsvinding onvermijdelijk is, beoogde ook al Asser/Scholten* 1974, p. 1-3: "Iedere wet, ook de beste geredigeerde, heeft behoefte aan uitlegging." (zie p. 3).

De erkenning van de rechtsvormende functie van de (hoogste) rechter dateert in Nederland van ongeveer het derde kwart van de vorige eeuw, zie nader Martens 2000, p. 747-748. Barendrecht 1998, p. 16, noemt specifiek 1988 (het jaar waarin de Hoge Raad 150 jaar bestond). C. Fischer, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, Tübingen: MohrSiebeck 2007, p. 561, noemt voor Duitsland het jaar 1973.

Er wordt over dit alles echter nog wel anders gedacht, zie bijvoorbeeld P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming', *RM Themis* 2009, p. 145-153; C. Schutte, 'De 'rechtsvormende taak' van de rechter? Een kritische noot', *AA* 2009, p. 676 e.v.; en C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat*, Deventer: Kluwer 2009, en idem, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad en daad*, Nijmegen: AAL 2008, p. 31-37. Die (minderheids)opvatting stoelt hierop dat de Hoge Raad de bevoegdheid tot rechtsvorming zou ontberen. Uzman 2013, p. 157-163, bespreekt dit uitvoerig. Als dit waar zou zijn, *quod non*, aldus o.a. M. Bruning, 'Over redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het Nederlandse privaatrecht', in: De Graaff e.a. 2016, p. 83; A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', *AA* 2009, p. 674; P. Rijpkema, *Rechttersrecht*, Den Haag: Bju 2001, p. 19, zou dat ook stevig indruisen tegen de al jaren bestaande, andersluidende praktijk. Het *Jaarverslag 2018* van de Hoge Raad bevestigt dit wat mij betreft, waar in de Inleiding (o.a.) gesteld wordt dat het bijdragen aan de rechtsontwikkeling 'tegenwoordig de kerntaak' van de Hoge Raad is.

In dezelfde lijn: als de rechter bij rechtsvorming gehouden zou zijn de zgn. algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming te volgen (vgl. R. Ortlep, 'Het Hangmat-arrest en de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming', in: R. Ortlep e.a. (red.), *De rechter onder vuur*, Oisterwijk: WLP 2016, p. 299 e.v.), dan miskent men in feite dat de rechter rechtsvormend mag optreden; die extra eis beperkt immers die bevoegdheid en miskent zo de (ver)ander(d)e functie en rol die de rechter heeft te vervullen ten opzichte van de wetgever als die rechter als rechtsvormer optreedt. Zie ook, met veel nuances, over deze bevoegdheidsvraag Groenewegen 2006, p. 219-221. Zie verder nog over dit (soms semantische) debat P. Kop, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad?', *NJB* 2011/796, p. 1040 e.v.

Ook in het bestuursrecht wordt de rechtsvormende taak van de rechter inmiddels breed erkend, zie bijvoorbeeld De Poorter 2018, p. 870, en geaccentueerd (zie A.T. Marseille e.a., *Ruimte voor rechtsvorming*, Den Haag: Bju 2007, p. 3). Zie ook J.E.M. Polak, 'Rechtsvorming bij en de dialoog met de bestuursrechter', *NJB* 2014/4, p. 15 e.v. (die benadrukt dat de

rechtsvormende taak in het bestuursrecht beperkter is dan elders). Dezelfde erkenning zien we overigens ook in andere landen, zie hierboven en in het algemeen ook nog M. Feteris, 'Development of the Law by Supreme Courts in Europe', *Utrecht Law Review*, Volume 13, Issue 1, 2017, p. 156.

Enkele vragen van rechtsvorming bij en door het Hof van Justitie van de EU en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bespreek ik in nrs. [52]-[54].

Interessanter is dan ook de vraag waarom rechterlijke rechtsvorming gewenst is, en in welke mate. Gewenst is rechtsvorming vooral om het recht bij de tijd te (kunnen) houden, om in te kunnen spelen op de maatschappelijke actualiteit, om flexibel te kunnen zijn, zodat onrecht vermeden kan worden.

Ter toelichting veroorloof ik mij om slechts drie woorden (en een vindplaats) te gebruiken: de Zutphense juffrouw (HR 10 juni 1910, W. 9038).

Voor België: Schollen 2007, nr. 171.

Hoeveel ruimte er dan voor rechtsvorming nodig is, is lastiger en niet in zijn algemeenheid bij voorbaat te zeggen. Dat ligt heel algemeen eraan hoeveel flexibiliteit nodig is.

Vgl. o.a. G. Boogaard & J. Uzman, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd', *AA* 2015, p. 61 e.v., m.n. p. 67. Giesen/Schelhaas 2006, p. 159, wijzen erop dat er algemene onenigheid bestaat over de (gewenste) reikwijdte van rechtsvorming door de Hoge Raad. Een belangrijk meningsverschil betreft daarbij de vraag of en in hoeverre de hoogste rechter zich primair of louter over het specifieke geschil zoals dat voorligt, zou mogen uitspreken, dan wel of hij ook verder mag gaan of zou moeten gaan, en uitspraken zou moeten doen die bewust de grenzen van het geschil overstijgen. Zie tegen die laatste insteek Sieburgh 2005, p. 911.

Ik heb ooit een poging gewaagd om het (verplicht moeten) aanhaken bij een bestaand individueel *geschil* als het om rechtsvorming gaat, te doorbreken, zie I. Giesen, 'De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen', *WPNR* 6494/2002, p. 447 e.v., met reacties en naschriften in *WPNR* 6498/2002 en 6507/2002, en ook nadien aandacht gevraagd voor de problemen die de gerichtheid op individuele zaken met zich brengt, zie I. Giesen, 'Golvende rechtsontwikkeling', *AV&S* 2006, p. 1, alsmede Giesen 2011. Zie (in verband met strafrechtelijke prejudiciële vragen) ook G. Knigge, 'Rechter zonder zaak', *RM Themis* 2015, p. 93-94.

Een in verband met de omvang van dit deel noodzakelijke inperking is dat ik niet in zal gaan op de vraag hoe onze cassatierechtspraak precies functioneert, gegeven het gebruik en de valkuilen van cassatietechniek.

Ook het instrument 'cassatie in het belang der wet' komt als zodanig niet specifiek aan bod. Zie nader over e.e.a. Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015; W.D.H. Asser, *Civiele cassatie* (3^e druk), Nijmegen: AAL 2018; W.D.H. Asser, 'Cassatie in civiele zaken', in: A. de Moor van Vught e.a., *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Den Haag: Bju 2007; F.B. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *AA* 2015, m.n. p. 927-930; (rechtsvergelijkend) M. Loth & M. Kooijman, 'Cassatie in variaties', in: De Graaff e.a. 2016, p. 257 e.v.; L. Timmerman, 'vier cassaties in het belang der wet', in: De Graaff e.a. 2016, p. 321 e.v.; B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Dat betekent dat ook het debat over de feitelijke bepaaldheid van rechtspraak, inclusief de invloed van het stelsel van burgerlijk procesrecht daarop en het onderscheid 'feit' en 'recht', hierna niet zal worden besproken.

Zie daarover o.a. Asser/Vranken** 1995/7 e.v.; H.J. Snijders, 'Rechtsvinding door de burgerlijke rechter in (dood)gewone zaken', *TREMA* 1997, vooral p. 43-47; Pontier 1998, p. 23 e.v.; Smith 2007, m.n. p. 59 e.v.; Hartendorp 2008, p. 105 e.v.; Schlag 2018, p. 20 ('procedural posture'), en Van Gerven/Lierman 2010, p. 215 e.v. Voor Duitsland bespreekt Hergenröder 1995 uitvoerig de (on)mogelijkheden van procesrechtstelsels voor de rechtsvinding. Zie tevens Maultzsch 2010.

De inbedding van de rechtsvinding in een breder civielprocesrechtelijk kader door Vranken in diens (eerste) *Algemeen Deel* is vrijwel direct tot onze standaardkennis gaan behoren. Ik zal datzelfde hier niet trachten te herhalen, want dat zou ook enkel een (waarschijnlijk snel weer achterhaalde) update van het besproken procesrecht opleveren. Ik merk wel nog op dat het debat over de vraag hoe actief de civiele rechter kan en mag/moet zijn, zie Asser *Procesrecht/Giesen* 1 2015/496 e.v., hierbij een belangrijke factor (en mogelijk beperking) is voor de rechter (hoeveel feiten komen boven tafel?).

Terzijde, in het kader van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad zoals ingevoegd in art. 392 e.v. Rv – hetgeen een duidelijke wettelijke uitbreiding van de rechtsvormende speelruimte van de Hoge Raad vormt – speelt het onderscheid tussen rechtsvragen, feitelijke vragen en gemengde vragen ook nog een rol, zie nader Giesen e.a. 2016, p. 132-139.

Ook merk ik hier alvast op dat de Hoge Raad tegenwoordig vaker zelf de kern van het geschil voorop lijkt te stellen, zie nr. [58] waar ik dat 'casusdominantie' in plaats van 'casusgerichtheid' noem.

Ik vertrek in dit boek wel vanuit de breed erkende notie dat er in het kader van de rechtsvinding altijd een stevige wisselwerking plaatsvindt tussen de toe te passen norm en de aanwezig (vastgestelde) feiten, ook (zelfs) op het niveau van de Hoge Raad.

Zie nader A. Hammerstein, 'Beklemd tussen feit en recht', *TCR* 2015, p. 152: 'De feiten zijn altijd belangrijk. Ook in cassatie gaat het vooral over de feiten'. Vgl. ook Smith 1998; Schoordijk 1988, p. 58; en W.E. Haak, 'Rechtsvorming door de hoogste rechter, toeval of beleid?', *NJB* 2000, p. 713, en nr. [8]. De feiten bepalen welke normen van toepassing kunnen zijn, en daarmee welke beslissingen zich kunnen aandienen; die drie elementen zijn geen losse stappen, maar van elkaar afhankelijk en op elkaar betrokken. Zie o.a. H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen*, Deventer: Kluwer 1972, p. 8-11; Asser/Vranken** 1995/106-115; Schlag 2018, p. 20-21, en ook nog Posner 2013, p. 7: 'legal decisions are fact-driven, not theory-driven'.

Die drie stappen, en het 'Hin- und Herwandern' daartussen, zijn overigens ook weer afhankelijk van de 'Vorverständnis' bij degene die interpreteert: tekst en interpreteerder zijn verbonden. Ik werk dat hier niet uit, anderen deden dat beter dan (hier) voor mij mogelijk is, zoals Kramer 2010, p. 306-317, en J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 1978, m.n. p. 112 e.v., met verdere verwijzingen naar vooral Duitse literatuur. Vgl. ook H.J. Snijders, 'Door labyrinten en Gnossiennes', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 271-276.

Los van deze vorm van wisselwerking tussen feit en norm treedt de Hoge Raad overigens soms 'gewoon' op als ware hij feitenrechter. Zie bijvoorbeeld het tweede *Srebrenica*-arrest (HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223) waarin hij onderbouwt waarom hij dat doet, in r.o. 4.7.8:

"Voor het hof hebben beide partijen de argumenten aangevoerd op grond waarvan naar hun mening wel, respectievelijk geen causaal verband bestaat tussen het niet bieden van de keuze aan de mannelijke vluchtelingen om op de compound te mogen blijven, en het doden van deze mannen door de Bosnische Serven. (...) Geen van beide partijen heeft geklaagd dat het hof bepaalde feiten of omstandigheden ten onrechte niet in zijn beoordeling heeft betrokken.

Een en ander brengt mee dat de Hoge Raad zelf het causaal verband kan beoordelen op basis van de door het hof vastgestelde feiten en omstandigheden. *Hoewel daarvoor mede een feitelijke waardering nodig is*, ziet de Hoge Raad – met name gelet op *de lange tijd die inmiddels is verstreken* sinds de gebeurtenissen rond *Srebrenica* in 1995 en de lange duur van de procedure (vanaf juni 2007) tot nu toe – aanleiding om met inachtneming van de art. 420-421 Rv zelf de zaak op het punt van de causaliteit af te doen." (mijn curs., *IG*)

Omdat de feiten zoals vastgesteld, bepalend zijn voor de uitleg en invulling van de norm, is ook de thematiek van de waarheidsvinding direct te verbinden met het debat over rechtsvinding. Ik ga daar echter niet apart op in, zie nader R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2011; *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/71 e.v.; en *Asser/Procesrecht Giesen 1* 2015/77 e.v., met verdere verwijzingen, maar wijs wel nog erop dat als de kwalificatie van de feiten niet met zekerheid kan geschieden, het uiteindelijke, daarop gebaseerde oordeel ook geen 'zekerheid' vormt (Hartendorp 2008, p. 20). De rechtsvinding in de alledaagse praktijk, die vooral ook veel feitenvinding met zich brengt, staat hier dus ook niet centraal, zie nader nr. [8], alsmede uitvoerig Hartendorp 2008.

Daarbij aanhakend: ik ga niet in op het onderscheid tussen 'makkelijke' en 'moeilijke' gevallen; dat leidt tot afbakeningskwesaties (definitiedebatten) die ik niet interessant vind. Voor de liefhebber, zie o.a. Van Gerven/Lierman 2010, p. 263-266, met vele verwijzingen, ook naar de Nederlandse literatuur.

Dit alles laat onverlet dat de Hoge Raad soms zelf als feitenrechter opereren moet (daar is ook een wettelijke basis voor, bijv. in art. 77 RO) en dan dus bijvoorbeeld ook zelf een comparatie of bewijslevering kan gelasten, zie HR 19 januari 2007, NJ 2007/64 en HR 22 februari 2008, NJ 2008/125 (*Zwitsers testament*), alsmede het net besproken tweede *Srebrenica*-arrest (HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223).

3 Rechtsvinding in de trias politica; taak en doel van de civiele rechtspraak

Om de verhouding wetgever-rechter inzichtelijk te kunnen maken, zal hier eerst een enkel woord gewijd worden aan de context waarin die verhouding tussen wetgever en rechter functioneert. Ik doe dat vanuit de basisnoties inzake de 'trias politica'.

Zie hierover ook het debat dat gevoerd is na de *Urgenda*-uitspraak in eerste en tweede aanleg (Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196 en Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591; AB 2018/417), waarover ook nog nr. [7] hierna, de conclusie van Langemeijer en Wissink in de *Urgenda*-zaak (ECLI:NL:PHR 2019:887, m.n. nrs. 5.20-5.28) en bijvoorbeeld R. van Gestel & M. Loth, 'Voorbij de trias politica', AA 2019, 647 e.v.

Zie voor België bijvoorbeeld Schollen 2007, nrs. 7 e.v., die aldaar ook de overgang tussen 'machtenscheiding' en 'evenwicht van machten' laat zien (vgl. nr. [2]), alsmede M. Adams, *Recht en democratie ter discussie*, Leuven: UP Leuven 2006, p. 105 e.v.

In dit verband mag niet vergeten worden dat de rechtsontwikkeling ook 'gestuurd' kan worden of 'afkomstig' kan zijn van 'de markt' en bracheorganisaties, ofwel 'zelfregulerende private actoren' of private regelgevers; het gaat dan om zelfregulering of alternatieve regelgeving. Zie uitvoeriger hierna nr. [17].

Relevante verschillen tussen wetgever en rechter, beide onderdelen van deze trias (het bestuur blijft hier buiten beeld), zijn bijvoorbeeld de democratische legitimatie – die de direct verkozen wetgever uiteraard heeft – versus het ontbreken van dat specifieke type legitimatie als het om de niet-verkozen rechter gaat. Een tweede verschil is dat – algemeen gesproken – wetgeving een zekere, ingebakken (procedurele) starheid kent, terwijl de rechter, als zich eenmaal een zaak heeft aangediend, vrij flexibel kan opereren. Een derde verschil betreft dat de wetgever het initiatief kan nemen om tot nieuw recht te komen, hetgeen de rechter niet kan; deze dient te wachten op de zaak zoals die zich aandient, ook als het om een prejudiciële vraag van een feitenrechter gaat.

Wat er zij van deze verschillen, de kernvraag – gegeven het uitgangspunt dat de rechter het recht moet interpreteren en ook mag rechtsvormen – betreft natuurlijk de vraag hoe

ver de rechtsvormende taak van de rechter reikt ten opzichte van de andere rechtsvormer, de wetgever. Die vraag kan vanuit twee kanten benaderd worden.

Zo kan ten eerste de vraag gesteld worden wat de wetgever van die verhouding tot de rechter vindt. Daarbij geldt dat de stelling dat de wetgever de uitsluitend verantwoordelijke actor zou zijn voor de rechtsvorming, achterhaald is. Veeleer is sprake van een gedeelde verantwoordelijkheid of volgens sommigen zelfs van een goedgeleids naar de rechter verschoven taak.

Zie hierover en over het navolgende Giesen/Schelhaas 2006. Zie ook Asser 2005, p. 224. Zie verder nr. [2], en nrs. [9]-[10] en [16] hierna. Wel ligt de regie en (daarmee ook de) eindverantwoordelijkheid mijns inziens ook nu nog steeds in eerste instantie bij de wetgever, vgl. I. Giesen, '(Zelf) Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een ReL?', *NTBR* 2018/19, p. 135 e.v., ook al laat de wetgever het wel regelmatig afweten. Sieburgh noemt in dit verband de Wet bescherming bedrijfsgeheimen, zie C.H. Sieburgh, 'Van geen inbreuk op een recht naar inbreuk op geen recht', *RM Themis* 2019/1, p. 42, en Hartlief noemt de Wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie (WAMCA), zie T. Hartlief, 'Massaschaderecht in ontwikkeling', *TPR* 2019-2, p. 465 (noot 54).

Tot waar de macht van de rechter precies reikt, staat ter discussie. Staat het hem bijvoorbeeld vrij tegen bestaande wettelijke bepalingen in te gaan, en de (ratio der) wet opzij te zetten? Algemeen wordt erkend dat de rechtsvormende bewegingen van de Hoge Raad noodzakelijk en onvermijdelijk zijn, maar ook gevaren met zich brengen, vooral als een en ander resulteert in *contra legem*-jurisprudentie, rechtspraak die tegen de wet in gaat.

Echter, omdat de wetgever (vrijwel) altijd kan ingrijpen en dan het laatste woord heeft, is het interessant(er) – en dat gebeurt dan ook vrijwel standaard – om deze verhouding juist, en dat is dan de andere kant van de medaille, vanuit de (civiele) rechter te bezien. Zie nader nr. [11], alsmede nrs. [18]-[22]. Het thema van de verhouding tussen wetgever en rechter gaat daarmee dus vooral om rechterlijke rechtsvinding. Wat kan de civiele rechter in Nederland zich veroorloven ten opzichte van de wetgever als het om het vinden, en meer bepaald de vorming, van het privaatrecht gaat? Hoe ver kan en mag hij gaan, en hoe ver gaat hij in feite?

Zie ook al nr. [2]; Hartlief 2015, p. 916, en Stolker 1993. Is de grens daar gelegen, waar de wetgever 'stop' zegt en de rechter terugfluit, of moet de rechter zelf al (eerder) een grens in acht nemen (omdat handelen diens rechtsvormende taak te buiten zou gaan)? Of moet men die grens in onderlinge samenwerking bepalen en hoe doet men dat dan (vgl. nrs. [10] en [18])?

Uiteraard geldt bij dit alles nog steeds dat de wetgever – die ook in een veranderende wereld opereren moet, vgl. J. Groen e.a., 'Wetgeven in een veranderende wereld: uitdagingen en dilemma's', *RdW* 2015 (36) 2, p. 3 e.v. – uiteindelijk de hoogste regelgevende macht in onze rechtsstaat is, zodat hij formeel altijd het laatste woord heeft. Zie nr. [10] en bijvoorbeeld Martens 2000, p. 751, en Lord Dyson, 'Are the Judges Too Powerful', in: *Justice. Continuity and Change*, Oxford: Hart 2018, p. 56. Schollen 2007, nr. 174, beschrijft dit primaat van de wetgever als 'logisch' voortvloeiend uit de aard van de bevoegdheden die verdeeld worden in een moderne staat. Dat betekent ook dat bezwaren tegen rechtsvorming door de rechter, voor zover aanwezig, steeds te weerleggen zijn door erop te wijzen dat de wetgever altijd nog kan ingrijpen en de rechter kan 'overrulen', zie Martens 2000, p. 752; Schollen 2007, nr. 178. Genuanceerder op dit punt is T. Hartlief, 'Wie is er bang voor schrijvende rechters', *NJB* 2008/1562, en zeker ook Wiarda/Koopmans 1999, p. 132, die aangeeft dat de wetgever niet altijd kan corrigeren, bijvoorbeeld niet als de gewraakte rechtspraak haar grondslag vindt in het EVRM.

De vraag wat de rechter zich kan en vooral wil veroorloven, hangt mede af van de *taakopvatting* die deze rechter erop nahoudt en het *doel* dat door de rechter nagestreefd wordt. Dat kan en zal verschillen van rechter tot rechter, maar een algemeen gedeeld startpunt kan wellicht zijn dat de rechter tot taak heeft om recht te spreken, in een individueel geschil, binnen het mede door partijen bepaalde procesrechtelijke kader, met oog voor de bredere maatschappelijke context. Het doel dat met die taakopvatting komt, is, zo meen ik, om tot een 'juiste' (of: rechtvaardige, redelijke en billijke) uitkomst te komen, waarbij ik 'juiste' in het licht van het onderwerp van dit boek zou omschreven als 'een te verantwoorden en maatschappelijk aanvaardbare inhoudelijke keuze van de rechter, gegeven de aanwijzingen en argumenten die volgen uit het toepassen van de beschikbare interpretatiemethoden'.

Zie ook nrs. [41]-[42] hierna. Schatplichtig ben ik hier aan Asser/Vranken** 1995 ('te verantwoorden') en aan Schoordijk (aanvaardbaar; ofwel 'werfkracht' in zijn terminologie), zie o.a. H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen*, Deventer: Kluwer 1972, p. 30; en H.C.F. Schoordijk, De methode van rechtsvinding en haar geschiedenis, *TPR* 2003-2, p. 632 en 641. Vergelijkbare terminologie trof ik in het *Jaarverslag 2018* van de Hoge Raad (aan het einde van de bespreking van de *Opzetclausule*-zaak, HR 13 april 2018, *NJ* 2018/463). De notie van 'aanvaardbaarheid' ligt overigens ook al besloten in de motiveringsstandaard – zie HR 4 juni 1993, *NJ* 1993/659 (*Vredo/Veenhuis*) – die ook bij rechtsvormende oordelen geldt, zie nr. [42]. Ik volg hier dus niet de WRR die voorstelde om de taakverdeling in die zin aan te passen dat de Hoge Raad aan rechtsvorming doet en dat andere rechters inzetten op snelle en effectieve geschilbeslechting, zie WRR 2002, p. 14.

Gegeven het feit dat er een keuze te maken valt, en dat het daarmee om de overtuiging van de rechter gaat, zullen ook de persoon van de rechter, diens opleiding en ervaring (o.a. Sieburgh 2008, p. 12), alsmede de tijd en plaats (of: de cultuur; zie o.a. J.M. van Dunné, 'Rechtsvinding en cultuur', *TREMA* 2008, p. 423 e.v.) en de maatschappelijke functie van rechtspraak van belang zijn. Dat is een thema dat meer rechtsvergelijkende doordenking en onderzoek verdient dan dit boekje kan bieden: wat is de invloed van het moment waarop en de plaats waar van een zekere rechter (gegeven diens persoonskenmerken) een keuze wordt gevraagd? Zou het *Urgenda*-vonnis (Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196) vijf jaar eerder mogelijk zijn geweest, toen het klimaat minder prominent op de agenda stond? Zou het in 2015 in België geweest kunnen zijn? Zou het mogelijk zijn geweest zonder de betrokkenheid van een (bestuurlijk en inhoudelijk) zeer ervaren senior rechter aan de vooravond van zijn pensionering? Ik denk het niet; ik denk dat al die factoren relevant zijn geweest. Zie ook J.E.M. Polak, 'De menselijke factor bij de rechtsontwikkeling door rechters', *NJB* 2016, p. 387-394; Posner 2008, met name p. 7-11, doch ook diens hoofdstuk over negen theorieën inzake 'judicial behavior' (p. 19 e.v.), alsmede R.C. Hartendorp & H. Wagenaar, 'De praktische rechter', *R&R* 2004/1, p. 60 e.v., die ervoor pleiten de persoon van de rechter centraal te stellen (p. 87-88), hetgeen overigens ook al door J.M. van Dunné, *Riskante rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 1974, p. 12, gedaan was.

Met de 'persoon' en 'de overtuiging' van de rechter ('durft zij of hij haar of zijn nek uit te steken', vgl. Schoordijk 1988, p. 62) komt ook de vraag naar de invloed van diens ideologie of maatschappijvisie (diens persoonlijke overtuigingen, moraal en waarden) op de voorgrond. Zie daarover bijvoorbeeld Čapeta 2018, m.n. p. 96 e.v., die mede ingaat op de moeilijkheid om de individuele posities van verschillende rechters in een rechterlijk college te achterhalen (p. 101-104) en die oproept om daar onderzoek naar te doen (p. 107). Zij vraagt zich met name af waarom de rechters proberen te verbergen dat ideologie meespeelt, en komt dan uit bij de (fictie van de) machtscheiding (p. 108), en bij de gedachte dat persoonlijke 'polities' niet spelen maar dat het Hof via teleologisch interpreteren (zie nr. [53]) bij meta-rechtspolitieke antwoorden (en dus niet persoonlijke voorkeuren) uitkomt (p. 109-110). Zij pleit dan ook voor meer transparantie (p. 119). Zo ook W. Wijtvliet, 'De invloed van politiek-economische voorkeuren op de besluitvorming van het Gerecht inzake EU-mededingingsrecht', *AA* 2020, p. 37 e.v., m.n. p. 47, die ideologie (op het Europese niveau) een beperkte rol toedicht en voor meer openheid en meer onderzoek pleit. Uit Amerikaans onderzoek lijkt inderdaad

te volgen dat persoonlijke rechtspolitieke voorkeuren meespelen, als een persoon oordeelt over de betekenis van een wet of voorspelt wat een gerecht zal beslissen, zie W. Farnsworth et al, 'Implicit Bias in Legal Interpretation', 1 *Journal of Law and Courts* 115 (2013) (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1944273>). Vgl. ook Posner 2013, p. 1 en p. 129-130, en zie nr. [46].

Deze omschrijving omvat de specifieke wettelijk taakstelling voor de Hoge Raad zoals neergelegd in art. 80a en art. 81 Wet RO: rechtsbescherming, rechtseenheid en rechtsontwikkeling.

'Recht spreken in een individueel geschil' als taakstelling is echter wel iets anders dan 'het onderliggende conflict oplossen' of 'een minnelijke regeling treffen', die ik beschouw als een (gewenst) neveneffect en een nevendoeel, mede ingegeven door de herijkte procesrechtelijke regels (denk aan de mondelinge behandeling), maar niet als de hoofdtak van de rechterlijke macht (en zeker niet van de hier centraal staande Hoge Raad). Hier openbaart zich uiteraard ook al een verschil in taak tussen de Hoge Raad en de feitenrechter. Die feitenrechter zal minder gefocust (hoeven te) zijn op de rechtsvorming (al gebeurt dat op alle niveaus) en de rechtseenheid (al is dat voor de gerechtshoven zeker ook een belangrijk aspect) dan de Hoge Raad. Rechtsbescherming bieden is daarentegen een taak die elke rechter in gelijke mate aangaat.

4 Terminologie: rechtsvinding versus rechtsvorming

Rechtsvinding gaat om 'het vinden van oplossingen en antwoorden op basis van rechtsnormen die min of meer precies aangeven hoe op bepaalde typen van probleemsituaties dient te worden gereageerd'.

Aldus Pontier 1998, p. 9, na enige inleidende omschrijvingen waaruit blijkt dat het om 'vragen van uitleg en de toepassing van rechtsregels' gaat, almede om 'vragen over de betekenis van de feiten waarop het recht moet worden toegepast'.

Uitvoerig over rechtsvinding (versus rechtstoepassing en rechtsvorming) Asser/Scholten* 1974, p. 7-12.

Daarnaast ga ik er in dit boek van uit, maar dat is een keuze die ook anders had kunnen uitpakken, dat *rechtsvorming* gelijk is aan 'rechtsvinding in moeilijke(re) gevallen', waarbij er een nieuw element aan het bestaande recht wordt toegevoegd dat voor de toekomst van belang is, maar waarbij het dus wel nog steeds (ook) een vorm van rechtsvinding betreft.

Vgl. Uzman 2013, p. 163; Groenewegen 2006, p. 39-43. In de conclusie van Langemeijer en Wissink voor het *Urgenda*-arrest (zie ECLI:NL:PHR 2019:887, nrs. 5.22-23) wordt rechtsvorming omschreven als 'klassiek' waar het gaat om uitsluitel geven (over de betekenis van de wet) of aanvullen (van de wet), en wordt daarnaast het vullen van leemtes genoemd. Zie bij wijze van voorbeeld echter ook de (ruime) definitie van Timmerman 2009, p. 25:

'het wijzen van een arrest dat een betekenis heeft die boven het berechte geval uitstijgt en daarmee belang heeft voor toekomstig te berechten gevallen'.

In het merendeel van de civiele zaken, het gaat dan om (min of meer) eenvoudige gevallen, zal het rechtsvindingsarsenaal van de rechter (waarover nrs. [23] e.v. hierna) voldoende zijn om te achterhalen hoe het recht luidt, althans zou moeten luiden volgens de grootste gemene deler van argumenten en/of meningen. In de lastige(re) gevallen is dat niet steeds zo. Het '(juiste) antwoord' is dan niet evident of zelfs aanwezig, het kan niet zomaar 'gevonden' maar moet

veeleer 'gevormd' worden. In die gevallen komt de rechter en diens eigen positie, inclusief persoonlijke opvattingen, veel meer naar voren, noodgedwongen, zie nr. [41]. De rechter zal een keuze moeten maken, zo erkent de Hoge Raad expliciet in het *Hangmat*-arrest (HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief en het vervolg daarop in HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*X./Delta Lloyd Schadeverzekeringen*). Volgens Nieuwenhuis is rechtsvinding overigens 'zeer vaak' rechtsvorming, zie J.H. Nieuwenhuis, 'Hoe is begrip van burgerlijk recht mogelijk', *RM Themis* 2007-6, p. 233. Het 'nieuwe element' waaraan ik hierboven refereerde, zie ik overigens als een ruim begrip; het kan bijvoorbeeld ook een andere benaderingswijze en aanpak van een al bestaand probleem betreffen.

Uit (weliswaar beperkt) empirisch onderzoek lijkt overigens geconcludeerd te kunnen worden dat de term 'rechtsvorming' in de dagelijkse praktijk door vrijwel iedere betrokkene net even iets anders wordt ingevuld, zie Giesen e.a. 2016, p. 195-196, waarin respondenten uit advocatuur en rechterlijke macht gevraagd werd naar de betekenis van het begrip 'rechtsvorming' in het kader van de regeling van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.

Voor de Hoge Raad zelf is in elk geval helder wanneer er sprake is van 'rechtsontwikkeling'.

Zulks blijkt uit het *Jaarverslag 2017* van de Hoge Raad, onder het kopje 'De Hoge Raad in de rechtsstaat', alwaar dit omschreven wordt als de situatie dat er 'nog geen duidelijke regels bestaan of waarbij over bepaalde regels onduidelijkheid bestaat', zodat de Hoge Raad 'een knoop moet doorhakken'. Zie verder nog HR 14 december 2007, *NJ* 2008/12 (*Berusting*):

"3.4 De door [de vrouw] naar voren gebrachte stelling kan haar niet baten, reeds omdat in het onderhavige geval geen sprake is van een rechtsontwikkeling als door haar bedoeld. Het genoemde arrest kan niet worden aangemerkt als een arrest waarin de Hoge Raad een nieuwe regel formuleert of van koers verandert."

Ook lijkt hij te weten wat 'rechtsvorming' is, want er wordt, zo nu en dan, expliciet vastgesteld dat een bepaalde beslissing de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten zou gaan. Het is dan aan de wetgever om die kwestie op te pakken.

Een 'trigger' om die formule van stal te halen, kan zijn dat het om een ingrijpende inbreuk op het systeem gaat, en er (rechtspolitieke) keuzes nodig zijn ten aanzien van de vraag hoe de kwestie vervolgens geregeld moet worden. Ik wijs in dit verband op het arrest-*Arbeidskostenforfait* van de belastingkamer (HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170), r.o. 3.14-15, waarbij ik de dragende redenen gecursiveerd heb:

"In zodanige situaties dienen, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, twee belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve bescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past.

Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin *verschillende oplossingen denkbaar* zijn en de keuze daaruit mede *afhankelijk is van algemene overwegingen* van overheidsbeleid of belangrijke *keuzes van rechtspolitieke aard* moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in 3.14 bedoelde *staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid* van de rechter als wegens zijn *beperkte mogelijkheden* op dit gebied."

Een ander voorbeeld biedt de beantwoording van prejudiciële vragen in HR 19 januari 2018, *NJ* 2018/227 (*Erkenningsverbod*), r.o. 3.13.4. Zie verder nr. [10], en bijvoorbeeld HR

22 december 2017, NJ 2018/154 (*Boersen q.q./Pensioenfonds Levensmiddelenbedrijf*), r.o. 3.4.4., alsmede HR 11 november 2011, NJ 2011/597 (*TNT/Wijenberg*) en NJ 2011/598, m.nt. Hartlief (*Hagens/Rooyse Wissel*).

Voor het strafrecht wijs ik op HR 30 juni 2009, NJ 2009/349 (*Post-Salduz*) waar rechtsvorming afgehouden wordt in verband met beleidsmatige, organisatorische en financiële aspecten (maar waarna overigens alsnog enkele antwoorden gegeven worden).

Kritisch is Hartlief 2015, p. 925, omdat de Hoge Raad zijns inziens niet (voldoende) motiveert waarom een thema buiten zijn rechtsvormende taak valt, en ook niet aangeeft waarom een andere kwestie er wel binnen valt. Dat laatste gebeurt in elk niet, zo is ook mijn indruk. De rechtsvormende taak wordt (enkel) benut als signaal dat het gevraagde daarbuiten zal treden, om af te zien van rechtsvorming dus, zo ook Uzman 2013, p. 177.

Of voor de Hoge Raad de invulling van de begrippen 'rechtsontwikkeling' en 'rechtsvorming' verschilt, wordt uit het voorgaande niet direct helder. Voor Feteris (en met hem de wetgever) gaat het hier echter om synoniemen, zie Feteris 2016, p. 18.

Voor Kortmann (zie nr. [2]) is het verschil tussen rechtsvorming (dat mag niet) en rechtsontwikkeling (dat mag wel) essentieel. Voor mij wordt het dan echter een goochelspel met termen; ik acht dat niet erg zinvol.

Aldus C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad en daad*, Nijmegen: AAL 2008, p. 32-33: rechtsontwikkeling ziet voor Kortmann op iets uitbreiden, verfijnen, verklaren of bijsturen van iets dat al bestaat, en rechtsvorming ziet op iets creëren dat nog niet bestond. Het goochelen waar ik op doel, zit hem dan hierin dat de scheidslijn tussen iets scheppen (mag niet) en iets uitbreiden, verfijnen, etc. (mag wel) op die manier erg dun, en daarmee een woordenspel, wordt.

De bottom line (zie ook nr. [2]) is voor mij dat de rechter aan rechtsvinding en zeker ook aan rechtsvorming doet, en dat ook mag doen, en dat hij zo de rechtsontwikkeling stuurt.

Daarbij kan de rechter soms te ver gaan (en dus de fout in gaan), maar dat is een ander probleem dat niet door dit soort terminologische keuzes wordt opgelost.

Zie nog over de terminologie ook nog Uzman 2013, p. 149-157, en over terminologische verwisseling en verwarring in Europa, Hondius 2001, p. 11-13.

Tot slot, als ik hierna over 'uitleg' of 'interpretatie' spreek, doel ik op dezelfde activiteit, te weten het analyseren van de (wet)tekst en het bepalen wat daar wel of niet onder valt, wat dat (wettelijke) begrip dan wel of niet omvat.

5 Doel en mogelijke meerwaarde van dit boek

In eerste plaats beoogt deze monografie een gids te zijn voor het onderwijs en de praktijk, met name de rechter en de (cassatie)advocaat, getuige ook de opzet van Deel II. Daarnaast kan (vooral) in Deel III ook een enkele meer academische beschouwing aangetroffen worden, die voor de lezer interessante gezichtspunten zou kunnen bevatten. Datzelfde Deel III biedt dan tevens een plek voor enkele meer op de eigen meningsvorming gerichte onderdelen, zodat Deel I en II (grotendeels) neutraler van opzet en aard kunnen blijven.

Het is overigens niet helemaal gelukt om de op meningsvorming gerichte passages uit Deel I en II te houden.

Met de bestaande werken over rechtsvinding en rechtsvorming verschilt dit werk in de mate van aandacht ('iets meer') voor de Europese rechters, net als de methode die ik probeer te hanteren (zie nader nr. [6]), en de sterkere nadruk op andere spelers – de bredere context – in het spel der rechtsvorming en de wisselwerking tussen die andere spelers (trefwoorden zijn: samenwerking, terugkoppeling, dialoog) en de civiele rechter (zie hoofdstuk 2). Dat 'organisatieperspectief' is mijns inziens van belang omdat de Hoge Raad het ook niet allemaal alleen kan doen en moet werken in een bepaalde context.

Vgl. Schlag 2018, p. 19, die dit 'institutionally localised' noemt:

"The judge is constrained by a series of professional imperatives and restraints, such as heed the law, resolve disputes, preserve order, do justice, clear dockets, establish sensible regimes, respect litigants, and explain and justify decisions."

Vgl. ook Heinze 2016, p. 258. En daaraan kan dan nog de EU-context toegevoegd worden, vgl. Čapeta 2018, p. 92 en 97. Onderdeel van dit perspectief is bijvoorbeeld ook dat bij meer (rechterlijke) schikkingen en dus minder uitgeprocedeerde zaken, er minder ruimte voor rechtsvormende uitspraken over lijkt te zijn, vgl. over de problematiek van 'declining trial rates' in brede zin J. Landes, 'How much justice can we afford', *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2006 (1), p. 213 e.v.

Een vroeg voorbeeld van dit bredere (organisatie)perspectief op het werk van de Hoge Raad biedt Barendrecht 1998, waarin de civiele cassatiepraktijk gespiegeld werd aan ideeën uit de organisatietheorie. Zulks weerklinkt daarna in J.M. Barendrecht, 'Rechtsvorming naar behoefte', *NJB* 2000, p. 690 e.v., m.n. p. 696-698, en in J.M. Barendrecht, 'Wat als de civiele kamer van de Hoge Raad er niet meer zou zijn', *AA* 2005, m.n. p. 339 e.v. Ook in Vranken 2009 klinkt dit perspectief (iets minder sterk) door, en ook bij T. Spijkerboer, 'Voor een fundamentele rechtswetenschap', *NJB* 2010/491, p. 606 en 608 (roulatiesysteem, productienormen, registratie van verloop van zaken in hoger beroep). Mijn idee voor het instellen van het POR, zie nr. [21]-[22] hierna, past misschien ook wel in deze lijn.

Meerwaarde zit bovendien in het gegeven dat het nieuwe BW inmiddels ruim een kwart eeuw oud is, ook de maatschappij veranderd is, en dat dus zo langzamerhand een nieuwe stand van zaken opgemaakt kan worden.

Illustratief is wellicht dat deze boekenreeks niet meer Monografieën *Nieuw BW* heet maar Monografieën *BW*, en dat dit deel geschreven wordt door een auteur die alleen opgeleid is in het nieuwe *BW*.

Er is ook overigens veel veranderd in de maatschappij en dus voor de rechtspraak, vgl. F.B. Bakels, 'Rechtspraak in een veranderende samenleving', *AA* 2010, p. 427 e.v., en Van Gerven/Lierman 2010, p. 224-225, zeker ook sinds de introductie van het nieuwe *BW* in 1992. De 'oude' rechtspraak werd daarin gecodificeerd, net als de gedachte dat de rechter (als taak) de open normen verder invullen moet, hetgeen een terugval in legisme voorkomen heeft, zo meen ik (zie nr. [2], en over dat thema F.W. Grosheide, *Recht op de man*, Amstelveen: deLex 2008, p. 3 e.v., m.n. p. 24-26, met verwijzingen). Vervolgens is de zo bereikte coherentie en consistentie weer afgebrokkeld (T. Hartlief, 'Waarín een klein land groot kan zijn', *NJB* 2018/1237, p. 1777): Europa, en met name de consumentenbescherming, doch ook het mededingingsrecht, is binnen komen walsen en heeft het nationaal georiënteerde *BW* zichtbaar beïnvloed ('for better or worse'). Bovendien: we doen opeens aan, en moeten dus iets met, private regelgeving. Het nieuwste (Europese en nationale) privaatrecht is inmiddels ook buiten het *BW* te vinden (denk aan de vele regels van financieel recht). De civiele rechter staat onder druk, kan niet volstaan met interpretatie, maar wordt 'de politiek' ingetrokken (klimaatshade; historisch onrecht) om duidelijkheid te verschaffen waar de echte politiek daartoe niet in staat is, vgl. I. Giesen, 'Het privaatrecht als instrument in het

publieke domein', *NJB* 2018/1645, p. 2316 e.v. Dat vergt dan wel een nieuwe, modernere kijk op cassatierechtspraak met focus op die zaken die 'ertoe doen' (Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008). Tegelijkertijd echter wordt er ook aan het voortbestaan van de rechter getwijfeld; *here comes* de robotrechter op basis van artificiële intelligentie, algoritmes en 'machine learning' (zie bijv. H. Prakken, 'Komt de Robotrechter er aan?', *NJB* 2018/207, p. 269-274; T. Sourdin, 'Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-making', *UNSW Law Journal* 2018, 41(4) 1114). En dan heb ik het nog niet gehad over maatschappelijke veranderingen als individualisering, secularisering, verlies aan gezag van instituties, en de hedendaagse bedreigingen van de Rechtspraak als instituut, zie Rapport Visitatie Gerechten, *Goede rechtspraak, sterke rechtsstaat*, Den Haag 2019.

6 Gehanteerde methode en aanpak

Over de gevolgde wijze van onderzoek kan het volgende worden gezegd. Ik ga hierna vooral aan de slag met een juridische analyse. Dat wil zeggen dat ik werk vanuit de geijkte juridische bronnen, en dus schrijf aan de hand van vooral doctrine (literatuur) en (voorbeelden uit) rechtspraak. Die rechtspraak is vooral afkomstig van de Hoge Raad, maar een enkele keer ook van de feitenrechter.

Ik voeg daaraan, waar dienstig, een enkele intern-rechtsvergelijkende notitie toe, waarbij ik dan met name doel op relevante ontwikkelingen in het Nederlandse bestuursrecht en strafrecht.

Zie over rechtsvinding in het bestuursrecht o.a. J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving* (oratie TiU), 2013, en de bijdragen van Scheltema en De Waard in Van de Griend/De Waard 1996. Over verschillen (als het gaat om rechtsvorming en rechtsvinding) tussen de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de civiele kamer van de Hoge Raad, zie A. Hammerstein, 'De Afdeling bestuursrechtspraak als rechtsvormer', in: H.D. Tjeenk Willink e.a. (red.), *De Raad van State in perspectief*, Den Haag: Bju 2011, p. 325-339, en m.n. p. 326-330. Over beide terreinen handelt ook Groenewegen 2006.

Over rechtsvinding (en rechter en wetgever) in het strafrecht o.a. M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie, Handelingen NJV*, Deventer: Kluwer 2011, p. 103 e.v., die de nadruk legt op samenwerking en communicatie tussen de actoren; de bijdragen van Groenhuijsen en Cleiren in Van de Griend/De Waard 1996; B. van Klink, 'Rechtsvinding en rechtszekerheid in het strafrecht', in: E.-J. Broers & B. van Klink, *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Bju 2001, p. 197 e.v.; N. Rozemond, 'De rechtsvindingsleemte in het strafrecht', *RM Themis* 2008, p. 13 e.v.; K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht* (2^e druk), Nijmegen: AAL 2011; en K. van Willigenburg, 'De tongzoenjurisprudentie en wetsinterpretatie in het strafrecht', in: C. Mak e.a., *Congresbundel De Jonge Nederlandse Juristen-Vereeniging 2014*, Zutphen: Paris 2014, p. 29-39.

De juridische analyse is verder gedeeltelijk extern rechtsvergelijkend van aard en opzet, in die zin dat ik literatuur uit de *Common Law* (met name Engeland en de Verenigde Staten), en continentaal Europa (met name België, Frankrijk en Duitsland) bij de beschouwingen betrek. Er vindt echter geen structurele rechtsvergelijking plaats in die zin dat ik ook de verhouding tussen wet en rechter voor die specifieke landen analyseer. Daar is hier geen plaats voor.

Standaardwerken inzake de betreffende jurisdicties zijn: Vogenauer 2001, en D.N. Mac Cormick & R.S. Summers, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot: Dartmouth 1991. Zie verder introducerend (in het Nederlands) o.a. Pontier 1998, p. 93 e.v.; Hondius 2001, p. 32-39; en Hondius 2006. Zie uitvoeriger over het rechtsvindingsdebat in enkele van de ons omringende landen (Duitsland, Engeland, Frankrijk) en de VS ook Schoordijk 2014,

alsmede H.C.F. Schoordijk, 'De methode van rechtsvinding en haar geschiedenis', *TPR* 2003-2, p. 613-641, die daarin ook de studie van Vogenauer bespreekt. Voor een beschrijving van een vergelijking tussen negen Common law jurisdicties, zie B. Dickson (ed.), *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford: OUP 2007. De verhouding tussen wetgever-rechter in het Europees aansprakelijkheidsrecht staat centraal in W.H. van Boom, 'Torts, Courts and Legislatures', in: T.T. Arvind & J. Steele (eds.), *Tort Law and the Legislature*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 17-30.

Zie voor België verder W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen: Standaard 1974; M. van Hoecke, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1979 (die de vrijheid van de rechter benadrukt, zie o.a. p. 386); en Schollen 2007, alsmede voor Frankrijk: G. Cavinet, 'Activisme judiciaire et prudence interprétative', *Arch. phil. droit* 50 (2006), p. 9-29, die de argumenten voor en tegen een actieve(re) rechter bespreekt en de complementaire rol van wetgever en rechter benadrukt. Over rechtsvinding (via 'policy arguments') naar Engels recht, zie Bell 1989, p. 55 e.v. (die dit duidt als conservatief met een kleine 'c', en met 'limited creativity', maar niet zo negatief is als anderen, zie m.n. p. 77) en over het onderscheid tussen de uitleg van 'common law rules' en 'statute law' als het om interpretatie gaat, zie Posner 1990, p. 247 e.v.

Een echte rechtsvergelijkende exercitie zou bijvoorbeeld aandacht moeten schenken aan het strikte onderscheid dat in Duitsland en omgeving wordt gemaakt tussen 'Auslegung' en 'Rechtsfortbildung', zie bijvoorbeeld Bydlinski 2005 (de overgang ligt bij een 'Gesetzeslücke', zie p. 59); Vogenauer 2001, p. 142 e.v. en (kort) p. 1280-1282; Kramer 2010, p. 53; Hergenröder 1995, m.n. p. 137-139; Larenz 1991, p. 366 e.v.; Larenz/Wolf 1997, p. 113 e.v. Zie ook uitvoerig C. Fischer, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, Tübingen: MohrSiebeck 2007, p. 34-119. Voor de praktijk van alledag is dat onderscheid echter minder relevant, mede ook omdat de 'Grenzziehung zwischen beiden Bereichen unscharf ist', aldus Kramer 2010, p. 53-54, en Schulze/Seif 2003, p. 3. Ik zal er voor Nederland dan ook niet nader op ingaan.

Her en der zal ik tevens een poging doen om enige empirische gegevens te benutten ter ondersteuning van de juridische argumentatie. Ik zal bijvoorbeeld een enkele bron uit de psychologie raadplegen en verwerken, met name als het gaat over de vraag hoe mensen – en dus ook rechters – tot besluiten komen, zoals bij een rechtsvormende beslissing.

Het betreft hier een boeiend onderzoeksterrein dat in deze uitgave slechts sporadisch geëxploreerd kan worden. Relevante vragen betreffen bijvoorbeeld het onderscheid (vooral bij feitenrechters) tussen een unus-rechter en een meervoudige kamer en de mogelijke gevolgen daarvan (vgl. de aanbevelingen vanuit de feitenrechtspraak daarover, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/professionele-standaard-meervoudig-beslissen.pdf>). Denk echter ook aan de mogelijke invloed op een beslissing van verschillen in gender, leeftijd en afkomst. Zie (voor Common law landen) Dickson 2007, p. 8-9. Maar ook de individuele psyche van de alleen of meervoudig sprekende rechter, de valkuilen of biases bij zijn beslisproces, alsmede diens persoonlijkheidskenmerken en carrièreperspectief, leveren stof tot nadenken op, vgl. nr. [3] en nr. [46].

Zie over het nut en de noodzaak van de verbinding tussen empirie en rechtsvorming *Asser/Vranken**** 2005/39 e.v. Niettemin is empirisch onderzoek naar rechtsvinding en rechtsvorming zeer schaars, zeker in Europa. Een verkennend onderzoek, als empirisch gepresenteerd, maar gebaseerd op een in wezen juridische analyse van enkele leerstukken die *contra legem* ontwikkeld zijn in de Belgische rechtspraak, biedt Schollen 2007.

In de VS is er wel (al) meer onderzoek gedaan naar 'judicial behavior' en de determinanten ('incentives and constraints') voor rechterlijke beslissingen. Ik noem hier als belangwekkend voorbeeld L. Epstein, W.M. Landes & R.A. Posner, *The Behavior of Federal Judges*, Cambridge: HUP 2013, met daarin ook een overzicht van eerder empirisch werk (p. 65 e.v.). De auteurs noemen 'ideology' als determinant, maar ook 'leisure preference' en 'effort aversion', de kansen op promotie, en 'celebrity status', zie de conclusies vanaf p. 385. Een concreet voorbeeld inzake de taakverdeling wetgever-rechter betreft het idee dat de rechter meer dan de wetgever bloot staat aan de zgn. 'fundamental attribution error' (te kort: het onderschatten

van de omstandigheden en het overschatten van het belang van de betrokken persoon), zie nader W. Farnsworth, *The Legal Analyst*, Chicago: Chicago UP 2007, p. 242 (met verwijzingen), alsmede in breder verband (voor andere 'cognitive distortions'), p. 235-236.

De hier gehanteerde, multidimensionale methode betreft dus dezelfde werkwijze die ik in eerdere werken hanteerde.

Zie *Asser/Procesrecht Giesen 1* 2015/3-5, en I. Giesen, *Handle with care!*, Den Haag: BJu 2005, p. 18-19, met verdere verwijzingen. Zie ook al Van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu 2003.

7 Maatschappelijk belang

Omdat de civiele rechtspleging doordrenkt is met rechtsvindingsproblemen en -vraagstukken, niet alleen op het niveau van de Hoge Raad maar ook bij feitenrechters, en omdat dat type problemen in elk soort privaatrechtelijk geschil (van familierecht tot vervoersovereenkomst) kan opdoemen, is rechtsvorming en rechtsvinding bij uitstek van groot maatschappelijk gewicht.

Dat wordt niet alleen bewezen door het succes van de wettelijke regeling inzake prejudiciële vragen (art. 392 e.v. Rv; vgl. Giesen e.a. 2016), waaruit kan worden afgeleid dat de nodige rechtsvindingsvragen in de praktijk van alledag opkomen, maar zeker ook door de *Urgenda*-zaak, zie Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196 en Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, en HR 20 december 2019, *NJ* 2020/41. Daarin stond de al besproken 'trias politica' opeens pontificaal op de voorgrond, en vroegen velen zich af of de rechter in dat verband niet te ver was gegaan met zijn uitspraak. Dat alles speelde zich af tegen de achtergrond van heel wisselende (politieke) denkbelden over klimaatbeleid en de omgang met klimaatverandering. Dat rechtsvindingsvragen op privaatrechtelijk vlak maatschappelijk relevant zijn, en tot maatschappelijke discussie aanleiding kunnen geven, was daarmee voor eens en voor altijd bewezen, voor zover nodig nog.

Over de *Urgenda*-zaak werd meteen al het nodige geschreven, zie o.a. Schutgens, Bergkamp, en Fikkers in de *NJB-special* (*NJB* 2015, afl. 33) over die uitspraak, de reactie van R.A.J. van Gestel & M. Loth op die bijdragen ('Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *NJB* 2015, p. 2598 e.v.), alsmede de annotatie van E.R. de Jong, 'Urgenda: rechterlijke risicoregulering als alternatief voor risicoregulering door de overheid?', *NTBR* 2015/46, p. 319-32. Over het arrest in hoger beroep, zie o.a. T.R. Bleeker, 'Nederlands klimaatbeleid in strijd met EVRM', *NTBR* 2018/39, p. 289 e.v. en P. Lefranc, 'Het Urgenda-vonnis/arrest is (g)een politieke uitspraak (bis)', *NJB* 2019/474. Zie van voor de uitspraak al T.J. Thurlings, 'Aansprakelijkheid en klimaatverandering: de Nederlandse Staat handelt niet onrechtmatig', *AV&S* 2014/19, en J.M. van den Bergh & R.H.J. Cox, 'Is de staat aansprakelijk voor klimaatverandering?', *AV&S* 2014/2. Zie verder nog de bijdragen van Van Dijk, Huydecoper, Hengeveld en Kuiper aan de *Spier-bundel* (M. Faure & T. Hartlief (red.), *De Spier-bundel. De Agenda van het Aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016).

Daarnaast is meer in het algemeen de positie van de (civiele) rechter in ons staatsbestel een kwestie van groot maatschappelijk gewicht, zeker nu die rechter steeds meer onder politieke druk lijkt te staan, zie nr. [5], en er (daarmee) ook steeds meer van die rechter gevraagd lijkt te worden.

De WRR voorspelde overigens in 2002 al dat de rechter als staatsmacht belangrijker zou worden, en vond dat ook aanvaardbaar, zie WRR 2002, p. 10, 11, 13 en 14. Zie hierover



ook (hoofdstuk 5 in) H. Tjeenk Willink, *Groter denken, kleiner doen* (4^e druk), Amsterdam: Prometheus 2019, p. 83-95.



DEEL II – RECHTSVINDING EN RECHTSVORMING IN NEDERLAND



De hoofdrolspelers: context, dialoog en samenwerking

8 Inleiding en afbakening van dit deel

Het doel van dit Deel II is om een actuele stand van zaken te schetsen over (vooral) rechtsvinding en de rechtsvindingsmethoden en -technieken in het Nederlandse privaatrecht. Daarbij zal ook alvast aandacht worden besteed aan rechtsvorming.

Het vertrekpunt van de navolgende beschouwingen is dat rechtsvinding – en ons denken over rechtsvinding – vooral (denken over) een *proces* is, en dat de inhoud, de uitkomst van dat proces, daarmee niet ook meteen gevangen wordt.

Zie Van Boom 2013, nr. 19: 'rechtsvindingstheorieën geven instructies over hoe de civilist (lees: de rechter) tot de juiste beslissing moet komen, maar laten weinig los over hoe die beslissing er uit moet zien'. Het is vanuit een puur rechtsvindingsperspectief bezien dan ook niet nodig, om, zoals Van Boom 2013, nr. 18, eist, een 'normatief raamwerk' ten behoeve van de inhoudelijke uitkomst van de zaak te hanteren, zodat het ook niet vreemd is dat dit, zoals hij constateert, 'ontbreekt in veel privaatrechtelijke rechtsvindingsliteratuur'. Zie ook W.H. van Boom, *Norm en normativiteit in het vermogensrecht*, Zutphen: Paris 2019, p. 9-11 en 37 e.v. Ik meen niettemin in het voorgaande mijn 'normatief raamwerk' geschetst te hebben, zie nr. [3].

Dat proces van rechtsvinding wordt beheerst door een aantal hoofdrolspelers die hierna een voor een besproken worden in hoofdstuk 2, nrs. [9] e.v. (zie deels ook al Giesen/Schelhaas 2006), en die zich tot elkaar (moeten) verhouden – en moeten samenwerken – in een zekere institutionele of organisatorische context. De Hoge Raad is misschien feitelijk wel de hoofdverantwoordelijke voor de privaatrechtelijke rechtsontwikkeling (vgl. nr. [10]), maar kan het niet alleen doen en doet het niet in isolement.

Samenwerking tussen meerdere actoren is nodig, aldus F.B. Bakels, 'Rechtspraak in een veranderende samenleving', *AA* 2010, p. 431; M. Feteris, 'Development of the Law by Supreme Courts in Europe', *Utrecht Law Review*, Volume 13, Issue 1, 2017, p. 165.

Wat mij betreft, betreft dit dan niet alleen de (hoogste) rechter en de wetgever. De voorlichting aan de Hoge Raad door het Parket is – als bekend – cruciaal voor de werkwijze van de Raad, en daarmee is ook de rol van het voorbereidende werk door het Wetenschappelijke Bureau (WB) van groot gewicht. Zie nader A. Ancery & C. Avendano Canto, 'Een list van Themis', in: De Graaff e.a. 2019, p. 25-40. Daarvoor zit nog de invloed van de (inmiddels nationaal gespreide) gespecialiseerde cassatiebalie: die balie is (idealiter) een poortwachter (beperken van de instroom van (kansloze) zaken), maar ook het instituut dat elk detail uit elke zaak via een middel (moet) voordragen. Zodoende wordt vervolgens het WB bij de voorbereiding van het advies van het Parket gedwongen al die subonderdelen te adresseren, en rest de A-G weinig anders dan al die subonderdelen ook te behandelen in de uiteindelijke

conclusie. Daarmee dreigt dan wel het gevaar dat de kern van de zaak ondergesneeuwd raakt, zie nader nr. [58], ook voor een eerste idee over hoe deze 'race to the details' is te stoppen. Nader (empirisch-bestaurskundig) onderzoek naar de invloedssferen (van balie tot Raad) en de feitelijke mate en vormen van beïnvloeding door welke factoren in deze institutionele, organisatorische setting zou zeer welkom zijn. Vgl. ook Posner 2008, p. 10 en 11 (die salaris, carrière en werkdruk noemt). Volgens A. Vermeule, *Judging under Uncertainty*, Cambridge: Harvard University Press 2006, is 'institutional analysis' zelfs onmisbaar 'to any account of legal interpretation' (p. 1), maar voor deze auteur leidt dat tot een afwijzing van 'judicial interpretation' ten faveure van wetsinterpretatie door wetgevers en 'agencies', en die vorm van 'formalism' is voor het Nederlandse debat geen zinvolle positie.

Een tweetal zeer belangrijke spelers, te weten het Hof van Justitie van de EU en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, worden overigens niet al in dit hoofdstuk besproken maar pas in nrs. [52]-[54]. Ondanks hun grote (wederzijdse) invloed staan die twee internationale rechters op organisatorisch-institutioneel vlak wat verder weg van de civiele rechter dan bijvoorbeeld de wel hier besproken doctrine en cassatiebalie, hoewel zeker het HvJ EU de context waarin de Hoge Raad en de feitenrechters (als mede-EU-rechter) werken moeten, mede bepaalt. Bovendien is eerst een bespreking van de nationale interpretatiemethoden nodig om de werkwijze van die twee Europese rechterlijke colleges in vergelijking daarmee (kort) te kunnen schetsen (in nr. [52] e.v.).

Het rechtsvindingsproces wordt tevens beheerst door de bekende lijst van interpretatie- of uitlegmethoden die de civiele rechter ten dienste staan. Ze worden besproken in hoofdstuk 3, nrs. [23] e.v.; het gaat hier om de 'gereedchapskist' van de rechter, maar wellicht moeten we tegenwoordig over diens 'tool kit' spreken.

Zie Asser/Vranken** 1995/116-117. Die 'gereedchapskist' ziet overigens vooral op de uitleg, de interpretatie, van de betrokken rechtsregels, en niet op de interpretatie van het daaraan ten grondslag liggende feitencomplex. In de civielrechtelijke praktijk van alledag is dat laatste, het 'zoeken' naar de feiten, onnoemlijk veel belangrijker, zoals Hartendorp 2008, heeft laten zien. De meeste civiele zaken gaan immers over de vraag wat er feitelijk precies gebeurd is, en niet over hoe regel X of Y precies geïnterpreteerd zou moeten worden. Zie Hartendorp 2008, p. 20. Hoe belangrijk dat thema inderdaad ook is, het is niet het onderwerp van dit deel in de Monografieën-reeks (zie nr. [2]) dat vooral de verhouding tussen privaatrecht en rechter en daarmee vooral de uitleg van die privaatrechtelijke wet- en regelgeving door de rechter betreft.

Nadat de inhoud van de gereedchapskist besproken is, gaat hoofdstuk 4, nrs. [41] e.v., in op het model van rechtsvinding dat momenteel leidend is in Nederland: recht is een discursieve grootheid, en rechtspreken is kiezen. Vervolgens wordt in hoofdstuk 5, nrs. [48] e.v., nog gezien of de wijze van rechtsvinding buiten het algemene vermogensrecht, en dan met name in het burgerlijk procesrecht, soms (deels) anders verloopt, bijvoorbeeld omdat daar wellicht andere waarden (zoals de rechtszekerheid) sterker op de voorgrond treden. In Deel III, hoofdstuk 6, nrs. [56] e.v., komen bij wijze van afronding enkele thema's aan bod die tezamen gelegenheid bieden om een kijkje in de nabije toekomst van het debat inzake rechtsvorming te nemen.

Gegeven het thema van deze monografie is het gekozen perspectief dat van de (verhouding tussen de) wetgever en de rechter, maar er is in de loop der tijd nog een derde belangrijke actor betrokken geraakt bij de vorming van ons privaatrecht, te weten de zelfregulerende private actor die (allerlei vormen van) zelfregulering tot stand brengt. Die actor wordt

hierna ook in de beschouwingen betrokken, zie o.a. nr. [17], doch zonder de centraal staande verhouding tussen rechter en wetgever te overvleugelen.

Ter illustratie nu reeds: de wetgever kan ervoor kiezen om de markt de benodigde (materiële) regelgeving te laten ontwikkelen; er komt dan geen of slechts in beperkte mate wetgeving tot stand. Dat zal onvermijdelijk de dynamiek in het veld en de verhoudingen tussen de hoofdrolspelers veranderen. De keuze voor zelfregulering plaatst vervolgens de rechter (die de zelfregulering in rechte beoordelen moet en die daaraan de bindende kracht kan verschaffen waardoor die zelfregulering de rechtsontwikkeling stuurt) in een centrale(re) positie. Daarbij is dan ook nog van belang dat het er alle schijn van heeft, hoewel cijfers moeilijk te vergaren en leveren zijn, dat zelfregulering meer en meer voorkomt. Zie nader I. Giesen, '(Zelf) Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een ReL?', *NTBR* 2018/19, p. 135 e.v., verwijzend o.a. naar Giesen 2007.

9 De wetgever

Het behoeft geen betoog dat de wetgever (in elk geval) van oorsprong de belangrijkste rechtsvormer is. Hij heeft de wetten, zoals het Burgerlijk Wetboek, en het wettelijk systeem ontworpen en zo het kader aangegeven waarbinnen de rechter mag en kan opereren. Nieuwe wettelijke bepalingen komen niet dan na (een uitgebreide) parlementaire controle en discussie tot stand.

De meeste rechtsvorming verloopt ook via de wetgever ('circa 90 procent', aldus W.J.M. Voermans, 'Waarom is er zo weinig wetgevingsonderwijs in de universitaire rechtenopleiding?', *RegelMaat* 2015 (30) 2, p. 68). Er was niettemin aanleiding voor de Raad van State om in het jaarverslag over 2018 op te roepen het wetgevingsproces en de wet te versterken (ten opzichte van het bestuur en maatschappelijke groeperingen) en de terugtred van de wetgever te keren, zie <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2018/>.

Behalve de puur nationale wetgever is de laatste decennia de Europese Nieuwetgever steeds belangrijker geworden. Europa bepaalt daarmee ook voor een steeds aanzienlijker deel de rechtsvormende agenda. Op het gebied van het privaatrecht zijn o.a. de regels over algemene voorwaarden, productaansprakelijkheid, e-commerce, (consumenten)koop, oneerlijke handelspraktijken, en timeshare afkomstig van de Europese rechtsvormer. Zie Giesen/Schelhaas 2006, p. 162, doch vooral nader nrs. [52]-[53] hierna.

Soms zijn nieuwe regels van de wetgever echter niet werkelijk 'nieuw' te noemen, en is de rechtsvorming vooral te danken aan een andere actor. Zo is een aantal uitspraken van de Hoge Raad omgezet in een artikel in het nieuwe BW, zodat de wetgever niet werkelijk het recht 'vormde', maar slechts bestaande regels codificeerde. Als voorbeeld moge het arrest *Lindenbaum/Cohen* (HR 31 januari 1919, *NJ* 1919/161) dienen, op grond waarvan de maatschappelijke betamelijkheid als onrechtmatigheidsgrond haar intrede in het nieuwe BW (art. 6:162) deed.

In de woorden van J.H. Nieuwenhuis, 'De kunst van het zaklopen', *NJB* 2000, p. 687: "De hoogste staat van genade die een arrest van de Hoge Raad kan bereiken, is te worden verheven tot wet." Als voorbeelden noemt Nieuwenhuis de overwegingen uit *Lindenbaum/Cohen* (HR 31 januari 1919, *NJ* 1919/161), *Damhof/Staat* (HR 5 mei 1950, *NJ* 1951/1) en *Eelman/Hin* (HR 11 december 1959, *NJ* 1960/230, m.nt. LEHR), die allemaal een plek in het nieuwe BW hebben gevonden. Men kan daar het arrest van *De Goudse Bouwmeester* (HR 12-03-1926, *NJ* 1927/777) aan toevoegen, doch er zijn ongetwijfeld nog andere voorbeelden. Uit deze eeuw noem ik HR 5 oktober 2007, *NJ* 2008/57, m.nt. M.M. Mendel (*Winterthur/TROS*), r.o.

4.2, inzake art. 7:491 lid 4 BW (een ‘vastlegging van een reeds naar oud recht gegroeide rechtsovertuiging’).

Dat de kernoverweging uit het arrest *Lindenbaum/Cohen* gebaseerd werd – zoals bekend – op een bestaand wetsvoorstel, laat goed zien hoe dynamisch de verhouding tussen wetgever en rechter kan zijn, zie nader nrs. [10]-[11].

Voor zover wettelijke bepalingen werkelijk nieuwe regels of tendensen vastleggen, is sprake van rechtsvorming door de traditionele ‘wetgevende’ rechtsvormer.

10 De wetgever verhoudt zich nadrukkelijk tot de rechter

De wetgever realiseert zich terdege dat hij niet de enige civielrechtelijke rechtsvormer is. Nadrukkelijk heeft de wetgever op diverse plekken in het Burgerlijk Wetboek vage normen opgenomen, om de rechtsontwikkeling te faciliteren, en om ruimte te geven aan rechterlijke rechtsvorming.

Vgl. Martens 2000, p. 748, en Wiarda/Koopmans 1999, p. 131, wijzend op art. 81 RO. Van een wettelijke regeling voor de precontractuele goede trouw heeft de wetgever bijvoorbeeld expliciet afgezien, om de ‘rechtsontwikkeling’ ruim baan te geven, zie *PG Boek 6 (Inv.)*, p. 1448. Bovendien worden baanbrekende, en dus rechtsvormende, rechterlijke uitspraken nauwlettend gevolgd en wordt ook gereageerd op tendensen in de jurisprudentie.

Die geste richting rechter vindt niet altijd goedkeuring bij eenieder. Herhaaldelijk wordt naar aanleiding van een uitspraak van de Hoge Raad de vraag gesteld of de rechtsvormende Hoge Raad bij bepaalde kwesties niet een halt moet worden toegevoerd ten faveure van de wetgever, om zo ongewenste rechtsvormende ontwikkelingen in de rechtspraak tegen te gaan.

Ik wijs op de *Baby Kelly*-zaak (HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken) over de toelaatbaarheid van *wrongful life*-vorderingen, die ook al in feitelijke aanleg aanleiding had gegeven tot Kamervragen. Toenmalig D66-Kamerlid Dittrich vroeg naar aanleiding van de uitspraak van het Hof Den Haag of art. 6:110 BW van stal gehaald zou moeten worden om een claim van *wrongful life* uit te sluiten, zie *Kamerstukken II 2002/03*, 1205, p. 2513. Moest de wetgever de rechtsvormende Hoge Raad niet corrigeren, en zelf sturend te werk gaan? Nee, zo wordt van de zijde van de regering gerepliceerd in *Kamerstukken II 2004/05*, 29 323, nr. 11, p. 4:

“De uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Kelly vormt voor de Minister van Justitie en mijzelf geen aanleiding om maatregelen te nemen.”

De Franse wetgever deed dat overigens wel. Naar aanleiding van de erkenning van een *wrongful life*-vordering door de *Cour de Cassation* in de zaak-*Perruche* van 17 november 2000, reageerde de wetgever door op 4 maart 2002 een nieuwe wet aan te nemen die *wrongful life*-vorderingen onmogelijk maakte. De rechtsvorming door de hoogste Franse rechter heeft hier dus het onderspit gedolven ten opzichte van het primaat van de Franse wetgever. Zie ook G. Cavinet, ‘Activisme judiciaire et prudence interprétative’, *Arch. phil. droit* 50 (2006), p. 29. Ook in België staat het primaat van de wetgever fier overeind, zie Schollen 2007, nr. 174.

Datzelfde geldt in Zuid-Afrika, maar daar kent men ook de interessante figuur dat de rechter die een constitutionele norm geschonden acht, de verplichting aan het parlement kan opleggen om wetgevend te handelen (en zo bestaande regels te vervangen of veranderen), zie daarover M. Dafele, *The Constitutional Rebuilding of the South African Private Law: A Choice Between*

Judicial and Legislative Law-Making (University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 1/2019), 2018, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3289103>.

De privaatrechtelijke wetgever is echter niet erg actief en laat de civiele rechter begaan. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de brief die de minister aan de Tweede Kamer stuurde naar aanleiding van vragen over het *bewijsbeslag*-arrest: de wetgever gaat ook na dit arrest die materie niet nader ter hand nemen.

Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 184 en HR 13 september 2013, *NJ* 2014/455 voor het desbetreffende arrest. Zie ook Hartlief 2015, p. 916 ('houdt zich... tamelijk koest').

Ook interessant in dit verband zijn de Kamervragen naar aanleiding van een arrest van het Hof Arnhem, dat oordeelde dat een vrijwilliger ook gebruik kan maken van de aansprakelijkheidsregel voor een werkgever in geval een werknemer schade heeft geleden. De politiek vreesde dat door dreigende schadeclaims de evenementen die drijven op vrijwilligers, in gevaar werden gebracht; zie T. Hartlief, 'Kroniek aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *NTBR* 2005, p. 459. Er is nadien niets meer van vernomen.

Uzman 2013, p. 161, laat zien dat als de wetgever, zoals in deze voorbeelden, zwijgt en blijft zwijgen, de rechtsstatelijke legitimatie voor de rechter om op te treden, groeit. Kritisch over de soms (te) weinig actieve wetgever was ook al W.L.P.A. Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*, Haarlem: De erven F. Bohn 1885, p. 18-19 en 20-21, alsmede Schoordijk 1988, p. 54.

De Hoge Raad ziet echt niet altijd voor zichzelf een (hoofd)rol weggelegd, maar moet dus soms noodgedwongen aan de bak omdat de wetgever niet thuis geeft; rechtsweigering is immers niet toegestaan (art. 23 Rv).

Ik denk hierbij opnieuw aan de *bewijsbeslag*-zaak van de Hoge Raad (HR 13 september 2013, *NJ* 2014/455) waarin de spreekwoordelijke 'hete aardappel' als het gaat om de vorming van nieuw recht – waar de praktijk dringend om verlegen zat – aanvankelijk op en neer geschoven werd tussen wetgever en rechter, en de Hoge Raad vervolgens, met frisse tegenzin, alsnog de knoop heeft doorgehakt. In r.o. 3.5 leest dat als volgt:

"Omdat de wetgever, blijkens het hiervoor in 3.4.1 vermelde citaat, kennelijk de voorkeur eraan geeft de ontwikkelingen in de praktijk af te wachten, zal de Hoge Raad de noodzakelijke afwegingen en keuzes ten dele zelf maken."

De gekozen bewoordingen ('kennelijk de voorkeur') hebben iets stekeligs. En daar bleef het niet bij. In het *redelijke termijn*-arrest (HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser) gebeurt namelijk iets soortgelijks, zie r.o. 3.13:

"Nu aangenomen moet worden dat niet binnen afzienbare tijd wetgevingsinitiatieven voor vergoeding van schade wegens overschrijding van de redelijke termijn in civiele procedures zijn te verwachten (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder nrs. 4.39 en 4.40), rijst de vraag of een gelijksoortige voorziening [als in het bestuursrecht, *JG*] dient te worden opengesteld binnen procedures voor de burgerlijke rechter – waaronder de onderhavige procedure –, in de plaats van of naast de reeds thans bestaande mogelijkheid om in een afzonderlijke procedure tegen de Staat schadevergoeding uit onrechtmatige daad te vorderen."

Blijkbaar vindt de Hoge Raad dat de wetgever hier (eerder) actief had moeten worden, en enkel en alleen omdat dat toch niet is gebeurd, is de Hoge Raad bereid de kwestie zelf aan te pakken.

Dat laat onverlet dat, als gezegd, de Hoge Raad niet per se zelf de hoofdrol wil en ook geregeld kwesties niet regelt: die gaan 'de rechtsvormende taak te buiten', zie ook nr. [4] en

[19], en bijvoorbeeld HR 21 maart 2014, *NJ* 2015/167 (*Coface/Intergamma*), in r.o. 3.3.2 (het is niet de taak van de rechter om te kiezen uit mogelijke alternatieven), alsmede het antwoord op de prejudiciële vragen in HR 19 januari 2018, *NJ* 2018/227 (*Erkenningsverbod*), r.o. 3.13.4. Over wie wanneer aan zet is, of zou kunnen zijn, uitvoerig Stolker 1993, p. 60 e.v., die de civiele rechter twaalf redenen aanreikt voor terughoudendheid als het om rechtsvorming gaat. Zie ook de conclusie van Langemeijer en Wissink voor het *Urgenda*-arrest (ECLI:NL:PHR 2019:887, nrs. 5.24-5.28), en Lord Dyson, 'Are the Judges Too Powerful', in: *Justice. Continuity and Change*, Hart: Oxford 2018, p. 55-56. In HR 23 januari 2004, *NJ* 2005/15 (*Ponteecen/Stratex*) komt in r.o. 3.3 bijvoorbeeld naar voren dat de Hoge Raad afziet van rechtsvorming omdat de benodigde uitzondering op de hoofdregel niet goed te formuleren is voor de gevallen waarin er behoefte aan zou bestaan. En in HR 18 mei 2018, *NJ* 2018/376 (*X/Allianz*), r.o. 3.11 en 3.1.4, is bepalend of er objectieve maatstaven beschikbaar zijn om de regel (een aansprakelijkheidslimiet) aan te passen.

"De conclusie kan zijn", zo citeer ik P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming', *RM Themis* 2009, p. 152, "dat in de verhouding tussen wetgever en rechter eerstgenoemde vanuit een rechtsstatelijk perspectief bezien zonder twijfel het primaat behoort te houden op het terrein van rechtsvorming en rechtsontwikkeling." Zo bijvoorbeeld ook W.J.M. Voermans, 'Waarom is er zo weinig wetgevingsonderwijs in de universitaire rechtenopleiding?', *RegelMaat* 2015 (30) 2, p. 75; M. Adams, 'Toekomstmuziek bij de Hoge Raad: waarom geen jaarverslagen à la française', *NJB* 2009/1098, p. 1442.

Samenvattend: de wetgever is traditioneel de rechtsvormer bij uitstek, hetgeen de civiele rechter ruiterlijk toegeeft. De wetgever erkent echter dat ook de Hoge Raad aan rechtsvorming doet.

Over die eerste zinsnede ook P. Neleman, 'Huib Drion en de verhouding wetgever-rechter', in: *Van, over en met Huib Drion (1917-2004)*, Den Haag: BJu 2005, p. 208-211, waarin Neleman het rijke gedachtegoed van Drion op dit punt bij elkaar zet.

De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (zie art. 392-394 Rv) is het levende bewijs van het tweede deel van de samenvatting hierboven, want die wet is nu juist gecreëerd om de rechtsvorming door de Hoge Raad te stimuleren. Art. 81 RO erkende voordien uiteraard, zij het meer indirect, ook al de rechtsvormende taak van de civiele hoogste rechter.

De wetgever vraagt zich daarbij wel soms af of bepaalde rechtsvormende acties van de Hoge Raad, in de zin van baanbrekende jurisprudentie, bijstelling behoeven, terwijl die rechter zich soms afvraagt waarom de wetgever niet zelf regulerend optreedt.

Dit brengt direct het spanningsveld tussen de beide rechtsvormers aan het licht. Zo meent de wetgever dat de rechtsvormende taak van de rechter niet nog verder versterkt hoeft te worden, zo blijkt uit de beraadslagingen over het invoeren van een (nieuwe) algemene bepaling in de Grondwet ('De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat'), zie *Kamerstukken I* 2017/18, 34 516, G, p. 2:

"Voorts zouden dergelijke extra elementen ter uitwerking van de nu voorgestelde formulering [van die algemene bepaling, *JG*] de rechter in voorkomende gevallen in een sterkere rechtsvormende positie brengen. Dat zou kunnen bijdragen aan een verschuiving van de onderlinge verhouding tussen rechter en wetgever, wat niet het doel is van dit voorstel."

11 De rechter

Met het voorgaande ben ik vanzelf bij die andere civiele rechtsvormer, de rechter, aanbeland. De traditionele rol van de rechter is die van geschillenbeslechter in een concrete zaak. Voor de Hoge Raad ligt dit wellicht enigszins anders, omdat hij zich geregeld met abstractere

rechtstvragen bezighoudt, maar ook die rechtstvragen vloeien uit concrete zaken voort, zodat ook op het hoogste niveau het individuele geval de toon zet.

Vgl. Sieburgh 2005, p. 906 e.v.; A. Hammerstein, 'Beklemd tussen feit en recht', *TCR* 2015, p. 154. Dat is zelfs het geval als het om prejudiciële vragen gaat. Anders: G. Knigge, 'Rechter zonder zaak', *RM Themis* 2015, p. 93-94, die bepleit om bij prejudiciële vragen (in het strafrecht) die binding aan een specifieke zaak helemaal los te laten. Daartegen: Giesen e.a. 2016, p. 321, en inmiddels ook de strafwetgever, die de prejudiciële vraagprocedure wel in het strafrecht wil invoeren, maar vasthoudt aan een specifieke zaak waarin zo'n vraag opkomt, zie *Kamerstukken II* 2016/17, 32 612, nr. 9, p. 5; art. 6.2.3.1-6.2.3.3, Boek 6, Titel 2.3 nieuw Sv, alsmede F.G.H. Kristen & E. Sikkema, 'Naar een prejudiciële procedure in het strafrecht', *Strafblad* 2017/59.

In nr. [2] kwam al naar voren dat inmiddels ook breed erkend wordt dat de (civiele) rechter, en dan met name de Hoge Raad, zich in zijn uitspraken niet beperkt tot individuele gevallen, maar aan algemene rechtsvorming doet, en de rechtsontwikkeling in abstracto stuurt.

Zo bijvoorbeeld ook het *Jaarverslag 2017* van de Hoge Raad, onder het kopje 'Rechter en wetgever'. Die rechterlijke rechtsvorming is inmiddels al in zodanige mate geaccepteerd dat, als er over rechtsvorming wordt gesproken, het in het privaatrechtelijke discours vrijwel automatisch over de rol en positie van de civiele rechter gaat.

Echter, en ook dat kwam al naar voren, we zien tevens dat er vervolgens discussie bestaat over *hoe ver* de rechtsvormende taak van de Hoge Raad dan reikt of zou mogen, dan wel moeten, reiken. Daarmee betreden wij een spanningsveld: aan de ene kant gaat het bij rechterlijke rechtsvinding om uitspraken in concrete zaken, en aan de andere kant om rechtsvorming op een algemeen niveau, via algemene(re) regels.

Te dien aanzien heeft de Hoge Raad in het *Kindertaxi*-arrest (HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken) laten doorschemeren, voor zover dat mogelijk is in één arrest, hoe hij hier zelf tegenaan kijkt. Hij overweegt eerst nog vrij concreet naar aanleiding van het voorliggende geval (het betrof de vraag in hoeverre shockschade naar Nederlands recht voor vergoeding in aanmerking kon komen):

"De rechter kan daarover [over vormen van compensatie en erkenning van leed, *JG*] niet een allesomvattend oordeel geven, doch mag slechts beoordelen welke vergoeding binnen het stelsel van de wet voor toewijzing in aanmerking komt."

Waarna ten aanzien van dat stelsel van de wet overwogen wordt:

"Hoewel deze bepaling [art. 6:108 BW, *JG*] van tamelijk recente datum is, kan er grond bestaan om de redenen die tot de daarin neergelegde regeling van de schadevergoeding hebben geleid, te heroverwegen. Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij – zoals hier – in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen."

Maatschappelijk gevoelde behoeften kunnen derhalve van dien aard zijn dat ook recente keuzes van de wetgever alsnog bij de Hoge Raad ter discussie komen te staan. Dat lijkt een gezonde houding die onnodige starheid kan voorkomen. Maar, daarmee is zeker niet gezegd dat alle remmen losgaan:

“Het gaat echter de rechtsvormende taak van de rechter te buiten te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen. In de eerste plaats zou immers opnieuw een, aan de wetgever voorbehouden, afweging moeten worden gemaakt van de voor- en nadelen die aan het huidige stelsel verbonden zijn. Voorts vergt een herziening van het bestaande stelsel een afbakening van de gevallen waarin een vergoeding passend wordt gevonden en een concrete aanwijzing van de personen aan wie een dergelijke vergoeding toekomt. Ten slotte is het ook aan de wetgever te beoordelen of, en zo ja in hoeverre, aan de toekenning van een dergelijke vergoeding financiële grenzen gesteld moeten worden in verband met de consequenties die daaraan kunnen zijn verbonden.”

Dezelfde terughoudende insteek bij rechtsvorming (zie ook G. Corstens & J.W. Fokkens, ‘De Hoge raad en het parket’, *NJB* 2013/2120, p. 2498, alsmede het *Arbeidskostenforfait*-arrest, zie HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170, en nr. [4] hiervoor), blijkt ook uit HR 18 mei 2018, *NJ* 2018/376 (*X./Allianz*), r.o. 3.9.1 en 3.10.4, waarna overigens de in cassatie bestreden regel wel nog wordt ‘aangepast’ (het bedrag van de aansprakelijkheidslimiet wordt aangepast aan de geldontwaarding, omdat dit naar objectieve maatstaven is te bepalen). Zie ook *WRR* 2002, p. 14; F.B. Bakels, ‘Rechtspraak in een veranderende samenleving’, *AA* 2010, p. 431. Minder terughoudend was de Hoge Raad echter in HR 3 juni 2016, *NJ* 2018/56 (*GIA Systems*), waarin hij zelf algemene regels geeft over het intrekken van een kort geding.

Dit maakt al met al dat de grenzen aan de rechterlijke (rechtsvormende) taak lastig in algemene termen te vatten zijn (recent zo ook R. de Graaff, ‘Zestig jaar Quint/Te Poel: ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht’, *NTBR* 2019/2, p. 10), hetgeen onderstreept wordt door de wetenschap dat Stolker 1993 wel twaalf verschillende grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter benoemde.

Het is blijkens het *Kindertaxi*-arrest aan de wetgever – en derhalve niet aan de rechter, aldus die rechter zelf – om na te denken en te beslissen over het *systeem* van het recht, de *afbakening* van gevallen en de *gevolgen* van bepaalde besluiten (de rechtspolitieke grenzen daarvan). De hoogste rechter meent – om de daarmee genoemde drie redenen onder één noemer te scharen – dat hij recht moet doen in *een individueel geschil*.

Zie bijvoorbeeld een van de eerste jaarverslagen van de Hoge Raad: A.E.M. van der Putt-Lauwers e.a. (red.), *Verslag 2003 en 2004 in woord, cijfer en beeld*, Den Haag 2005, p. 8. Als dat nog steeds het uitgangspunt is (en zou moeten zijn), dan is het inderdaad niet aan de rechter om het systeem, de afbakening en de gevolgen van bepaalde keuzes door te rekenen; de wetgever kan zich immers (beter) breed oriënteren, hetgeen voor regelgeving belangrijk is (Stolker 1993, p. 72). Maar *waarom* dat zo is of zou moeten zijn, bespreekt de Hoge Raad verder niet. De Hoge Raad postuleert zijn drie redenen namelijk in wezen als dogma’s: eeuwigdurend, onveranderlijk en niet bespreekbaar.

De focus op het individuele geschil lijkt inmiddels overigens wel wat bijgeschaafd, zie uitvoerig nrs. [59]-[60], op initiatief van de Hoge Raad zelf trouwens, die immers initieerde en bewerkstelligde dat bijvoorbeeld de Wet Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (zie nr. [61]) werd ingevoerd. De regeling betreft, uit de aard van die regeling, enkel rechtsvragen die het individuele geval overstijgen. Het is tenslotte een voorwaarde voor het gebruik van de regeling dat de rechtsvraag in kwestie er een is die in ‘talrijke’ vergelijkbare zaken een rol speelt (art. 392 lid 1 Rv). Dat de Hoge Raad die ingangseis vooralsnog soepel (‘welwillend’) hanteert (Giesen e.a. 2016, p. 78), maakt dat niet anders. Sterker, dat betekent met name dat er meer zaken met een ‘gevalsoverstijgend belang’ hun weg naar de Hoge Raad vinden en de Raad dus beleidsmatiger zal moeten gaan werken, zie Giesen 2011. Zie nader over deze kwestie, nr. [12] en nrs. [60]-[61]. In het bestuursrecht speelt dit overigens ook, aldus De Poorter 2018, p. 870.

12 De rechter en het vinden (en vormen) van algemene regels

De tegenwoordig steeds vaker gestelde vraag is echter of dit een wenselijke situatie is: zou de rechter zich inderdaad moeten beperken tot rechtspreken in een concreet, individueel geschil in plaats van zich mede te richten op regels in meer abstracte zin?

Ontkennend: I. Giesen, 'Golvende rechtsontwikkeling', *AV&S* 2006, p. 1; J.B.M. Vranken en I. Giesen, 'Inleiding en verantwoording', in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Bju 2003, p. 11-12; C.E. Drion, 'De civiele kamer van de Hoge Raad: een paar observaties vanaf de wal', *NJB* 2009/268. Anders echter bijvoorbeeld Sieburgh 2005, p. 906 e.v., en Asser 2005, p. 227:

'(...) de voeten van het recht staan in de modder van de feiten, waarmee ten minste geïmpliceerd is dat het individuele geval allesbepalend is'.

In dat kader is mijns inziens niet zonder belang dat de Hoge Raad tegenwoordig zeer geregeld 'vooropstelt' hoe de stand van zaken ten aanzien van een bepaald leerstuk luidt, zodat hij onvermijdelijk ook meer en meer algemene gezichtspunten (of zelfs regels) formuleert.

Zie uitvoeriger nr. [58]. Zie, van enige tijd geleden, bijvoorbeeld HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005/467 (CBB/JPO), waarin de Hoge Raad in r.o. 3.6 'vooropstelt' hoe het leerstuk over afgebroken onderhandelingen er (op dat moment) voor staat. Legio andere voorbeelden zijn echter te noemen, waaronder (de oogst voor, willekeurig gekozen, januari en februari 2016): HR 26 februari 2016, *NJ* 2017/350 (*Lidl/Achmea*); HR 19 februari 2016, *NJ* 2016/200 (*Verzoek afgifte proces-verbaal getuigenverhoor ex. art. 66 Fw*); HR 19 februari 2016, *NJ* 2016/295 (*Be-roepsaansprakelijkheid notaris*), en HR 15 januari 2016, *NJ* 2017/382 (*Productie in vreemde taal*).

Dat de rechter zelf rechttoe rechtaan regels formuleert, wordt ook los hiervan meer en meer gebruikelijk, aldus ook B.T.M. van der Wiel, 'Motivering door de Nederlandse cassatierechter', *TCR* 2018, p. 69, mede onder invloed van de prejudiciële vragenregeling in art. 392 e.v. Rv die daartoe de ruimte geeft. In dit verband noem ik hier slechts de uitspraken in HR 12 februari 2016, *NJ* 2017/282 (*Telefoonabonnementen II*) en HR 3 juni 2016, *NJ* 2018/56 (*GIA Systems*). Een voorbeeld van 'regelgeving' in een 'gewoon' cassatiearrest is HR 27 februari 2017, *NJ* 2018/141 (*Heusden*), waarin (ten overvloede) opgemerkt wordt hoe een onrechtmatigedaadsactie kan worden gekoppeld aan en worden opgezet na een voltooide verkrijgende verjaring (te kwader trouw) van een strook grond ex art. 3:105 BW.

De Hoge Raad overschrijdt dus zelf steeds vaker de grenzen van het individuele geschil door abstractere uitgangspunten, regels, te formuleren.

Zie bijvoorbeeld HR 3 juni 2016, *NJ* 2018/56 (*GIA Systems*), waarin de Raad algemene regels geeft over het intrekken van een kort geding. De feitenrechter volgt regelmatig dat voorbeeld, soms ook daartoe uitgenodigd door de opzet van de procedure en de betrokken procespartijen. Ik noem hier bij wijze van voorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618 (*NAM/WAG c.s.*) over de mogelijkheid van abstracte schadeberekening bij waardedaling van woningen in Groningen. Die uitspraak is overigens achterhaald na de *Aardbeving*-uitspraak (HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278).

Daarbij is niet onbelangrijk dat het ook wel voorkomt dat 'gelet op het belang voor de praktijk van de daarin aan de orde gestelde vraag' een cassatiemiddel wél wordt behandeld waar dat cassatietechnisch niet nodig was.

Zie bijvoorbeeld HR 12 augustus 2005, *NJ* 2009, 341, m.nt. F.C.B. van Wijmen (*X/Univé*), r.o. 3.4.5:

“Het vorenoverwogene brengt mede dat de bestreden uitspraak niet in stand kan blijven en de onderdelen geen behandeling behoeven. De Hoge Raad zal niettemin onderdeel 4b bespreken, gelet op het belang voor de praktijk van de daarin aan de orde gestelde vraag.”

De Hoge Raad voelde hier kennelijk de behoefte om, nu de kans er lag, een regel te stellen. Voor de individuele rechtszoekende was dat niet nodig, maar dat was het volgens de Hoge Raad wel ‘gelet op het belang voor de praktijk’. De dieperliggende, lastig te beantwoorden vraag is echter waarom in dit geval de behoefte niet alleen gevoeld wordt, maar er ook daarnaar gehandeld wordt, waar dat in andere gevallen niet gebeurt, ook als de behoefte op zich duidelijk is. Wat dat betreft, zijn en blijven de wegen van de Hoge Raad vooralsnog ondoorgrondelijk.

In dezelfde lijn, en met dezelfde vervolgvraag, past dat de Hoge Raad ook wel ‘ten overvloede’ oordeelt. Zie bijvoorbeeld HR 25 november 2005, *NJ* 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (*Rohde Nielsen/De Donge*), een zaak over de toepassing van de regels inzake onge-rechtvaardigde verrijking, en vooral r.o. 3.5 in vervolg op r.o. 3.4, waarin vastgesteld werd dat de cassatieklacht feitelijke grondslag miste.

Deze ontwikkelingen, ook tezamen, zijn nog niet van dien aard dat nu al gezegd kan of zou moeten worden dat de Hoge Raad het uitgangspunt verlaat dat uitspraken louter op het individuele geval toegespitst worden. Wellicht nuanceert de Hoge Raad dit uitgangspunt door zijn handelwijze zo nu en dan, maar meer ook niet.

Zie echter wel nog nr. [58]-[59] hierna over een meer beleidsmatig ingerichte insteek die de Hoge Raad ook wel kiest en (vaker) zou kunnen kiezen, en daarover Giesen 2011.

13 De doctrine

Zijn wetgever en rechter de enige rechtsvormende krachten in het Nederlandse stelsel? Rechtsvorming en rechtsvinding vinden, in de woorden van Vranken, plaats binnen het ‘schema wetgeving-rechtspraak’. Dat wil zeggen dat elke beoogde verandering in het recht uiteindelijk door de een (de wetgever) of de ander (de rechter) ‘geaccordeerd’ moet worden om enige ‘bindende kracht’ te verwerven, om daadwerkelijke helderheid over de juridische stand van zaken (‘wat is rechtens?’) te verschaffen. Om werkelijk iets te kunnen veranderen, is dus steeds de een of de ander nodig; elke wijziging zal ‘door’ dit ‘schema’ of denkraam moeten.

Zie Asser/Vranken*** 2005/70-77; Giesen 2007, p. 64; M-C. Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-layered Dutch Private Law* (diss. UvT), 2016. Dat betekent derhalve dat voor directe rechtsvorming door anderen dan de wetgever of rechter geen plek is, zodat de doctrine, maar ook de praktijk (zie nr. [12]) en zelfregulerende private actoren (nr. [17]), niet als *directe* rechtsvormers te boek kunnen komen te staan.

Een en ander laat echter onverlet dat er wel een *indirecte vorm van invloed* en daarmee van (indirecte) rechtsvorming, door bijvoorbeeld de doctrine (en zelfregulerende actoren) mogelijk is. Dat wordt ook erkend.

Zie onder meer Asser/Vranken***2005/71, waarin de wetenschap expliciet bij de rechtsvorming betrokken wordt (‘in samenwerking met de juridische literatuur’). Zo ook W. van der Burg, *Dynamisch recht* (oratie UvT), Den Haag: Bju 2001, p. 7. Uit de rechtspraak noem ik

als voorbeeld HR 5 oktober 2007, *NJ* 2008/57, m.nt. M.M. Mendel (*Winterthur/TROS*), r.o. 4.2, waarin de (meerderheid van de) rechtsgeleerde literatuur via de A-G benut wordt. T. Hartlief, 'Het aansprakelijkheidsrecht anno 2004: wat doet de Hoge Raad?', *AV&S* 2004, p. 240, laat zien dat de positie van de doctrine als rechtsvormer vooralsnog niet zodanig is dat van een zelfstandige rol gesproken kan worden, en Van Dijken analyseert het zeer schaarse gebruik van literatuur in de rechtspraak (R. van Dijken, 'Expliciet gebruik van de literatuur door de Hoge Raad: een typologie', *AA* 2019, p. 755 e.v.). Over de (voor de schrijver ervan: slechte) invloed van de doctrine op de ontwikkeling van het Amerikaanse recht, zie S.B. Presser, *Law Professors*, St. Paul: West 2017.

Daarnaast is er sprake van indirecte invloed op de rechtsvorming door zelfregulerende private actoren, zie nader nr. [17]. De normen die 'de markt', de private actoren op een bepaald terrein van het maatschappelijk leven, onderling opstelt, krijgen (potentieel) via de toepassing ervan in rechte (dus via de rechter) zowel bindende als rechtsvormende kracht. Een alternatief is dat de wetgever die kracht verleent door in wetgeving (enkel die bepaling) op te nemen dat er een private gedragscode is die de regels stelt. Zie nader Giesen 2007, p. 60-62. Uiteraard hebben die regels van private zelfregulering een meer directe invloed op wat voorlopig 'rechtens' is tussen de betrokken partijen voor zover die partijen zelf die normen onderling accepteren, toepassen en handhaven ('self compliance'). Zodra er daarover echter een geschil rijst, is het weer 'gewoon' aan de civiele rechter om te bepalen wat de juridische stand van zaken is (tenzij er een geschillencommissie of een vorm van ADR of ODR is ingevoerd, uiteraard, gegeven de kosten en duur van civiele procedures).

Immers, door de doctrine kunnen oplossingen, ideeën, suggesties, etc., worden aangereikt aan wetgever en/of rechter, die deze vervolgens kan omzetten in nieuw (gewijzigd) recht.

Voorbeelden betreffen de omgang met de korte verjaringstermijn in het arrest HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112, m.nt. C.E. du Perron (*Saelman/AZVU*), welk arrest sterk geënt lijkt te zijn op een net daarvoor verschenen artikel van Smeehuijzen (L. Smeehuijzen, 'Het aanvangsmoment van de relatieve verjaringstermijn I en II', *WPNR* 6549 en 6550, p. 759-766 en 781-786) en de invulling van de 'omkeringsregel' in de *November*-arresten van de Hoge Raad (HR 29 november 2002, *NJ* 2004/304 (*TFS/NS*) en *NJ* 2004/305, m.nt. DA (*Achtkarspelen*)), die gebaseerd lijken te zijn op de oratie van Akkermans (A.J. Akkermans, *De omkeringsregel bij onzeker causaal verband*, Den Haag: Bju 2002). Ook de uitspraak van de Hoge Raad in HR 30 januari 2015, *NJ* 2016/76, m.nt. Jac. Hijma (*Portsight*) is een voorbeeld van de (redelijk directe) invloed van de doctrine, zie nr. [14].

Een algemene lijn mag echter niet uit deze voorbeelden worden geput. Immers, zoals de Hoge Raad bepaalde in HR 26 februari 2016, *NJ* 2016/438, m.nt. M.M. Mendel (*ASR*):

"Opmerking verdient (...) dat de omstandigheid dat een bepaalde wetsuitleg door de meerderheid van de feitenrechters en de literatuur wordt aanvaard, gewicht in de schaal legt, maar niet steeds beslissend gewicht."

Bovendien overweegt de Hoge Raad ook wel expliciet dat de (kritische) literatuur niet tot een heroverweging van de eerdere rechtspraak leiden kan, zie HR 21 maart 2014, *NJ* 2015/167 (*Coface/Intergamma*), bijvoorbeeld omdat die rechtspraak strookt met de wettekst en de wetsgeschiedenis en het niet de taak van de rechter is om te kiezen uit mogelijke alternatieve oplossingen (r.o. 3.3.2).

14 Een vorm van 'dialogoog' met de doctrine?

De hiervoor gegeven voorbeelden zijn slechts enkele markante staaltjes van – kortweg – wisselwerking tussen de doctrine en (in dit geval) de rechter. Er is echter veel vaker sprake van een (begin van een) dialoog tussen beide, hoewel de institutionele setting een echte dialoog, met hoor en wederhoor, tussen Hoge Raad en literatuur feitelijk onmogelijk maakt.

De Hoge Raad laat dan bijvoorbeeld weten dat in de literatuur vragen gerezen zijn, dat een eerdere uitspraak niet helemaal goed gelezen of begrepen is, of laat weten dat de kritiek in de literatuur aanleiding was voor een heroverweging.

Een voorbeeld van het eerste zien wij terug in de net al genoemde arresten inzake de omkeringsregel. In HR 29 november 2002, *NJ* 2004/304 (*TFS/NS*) en *NJ* 2004/305, m.nt. D. Asser (*Achtkarspelen*) wijst de Hoge Raad immers expliciet op de vragen die in de literatuur gerezen zijn als reden om het leerstuk (nogmaals en opnieuw) uit de doeken te doen. Er werd als volgt overwogen:

“Deze met de omkeringsregel aangeduide rechtspraak behoeft, blijkens daar over in de doctrine gerezen vragen, verduidelijking. Ter toelichting en verduidelijking (...) diene het volgende.”

Dat de Hoge Raad zelf de lijnen voordien niet glashelder had uitgezet, werd gevoelig verzwezen. Het betreft hier overigens wel uitzonderingen; in beginsel treedt de Hoge Raad niet direct in discussie met welke schrijver dan ook (vgl. R. van Dijken, ‘Expliciet gebruik van de literatuur door de Hoge Raad: een typologie’, *AA* 2019, p. 757 en 760); er wordt van uitgegaan dat de A-G dat in diens conclusie doet. In HR 22 november 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1830*, *RvdW* 2019/1210 (*ABN AMRO/SDB*), r.o. 3.6, zien we dan ook dat de Raad een eerdere eigen uitspraak gaat uitleggen (‘moet als volgt worden begrepen’) zonder daarbij aan enig debat in de doctrine of elders te refereren.

In HR 6 april 2012, *NJ* 2016/196 (*ASR/Achmea*) laat de Hoge Raad, als voorbeeld van de tweede vorm van dialoog, droogjes weten dat zijn eerdere arresten niet goed gelezen zijn door de doctrine:

“Daarom moet, anders dan wel is afgeleid uit een aantal eerdere uitspraken van de Hoge Raad (HR 3 juni 1994, *LJN* ZC1386, *NJ* 1995/340, HR 3 mei 2002, *LJN* AD9618, *NJ* 2002/393, en HR 9 juli 2004, *LJN* AO7575, *NJ* 2004/618), tot uitgangspunt dienen dat de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar pas ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.”

Iets vergelijkbaars zien wij ten aanzien van (een deel van) de literatuur in HR 28 september 2018, *NJ* 2019/446 (*Eigen Haard*), r.o. 3.5, en in HR 26 februari 2016, *NJ* 2017/214 (*X./Trudo*), r.o. 3.4.2:

“Deze beslissing [bedoeld is HR 13 september 2013, *NJ* 2014/274 m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*), *IG*] is in de literatuur verschillend opgevat.”

Ten derde kan nog het omgaan door de Hoge Raad in HR 30 januari 2015, *NJ* 2016/76, m.nt. Jac. Hijma (*Portsight*) als voorbeeld van (redelijk directe) invloed van de doctrine genoemd worden. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.6.1:

“In de literatuur is kritiek geuit op de aldus geformuleerde maatstaf om te bepalen of sprake is van een ‘bijzondere’ last of beperking, omdat deze formulering te ruim en onbepaald zou zijn en onwenselijke gevolgen kan hebben (zie de literatuur vermeld in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 12 en 13, alsmede de rechtspraak aldaar weergegeven onder 15). De Hoge Raad ziet mede hierin aanleiding tot heroverweging van de in genoemd arrest gegeven invulling van het vereiste dat het moet gaan om een ‘bijzondere’ last of beperking.”

Daarnaast staat dan natuurlijk nog de invloed die via de conclusies van het Parket loopt; daarvan is duidelijk dat die invloed (tot op zekere hoogte) bestaat, doch voor het overige is de (mate van die) invloed lastig te duiden. Als een A-G gevolgd wordt terwijl die A-G op zijn of haar beurt weer een deel van de literatuur volgt, dan is er potentieel, doch slechts op

getrapte wijze, enige invloed van de doctrine aanwijsbaar. Maar het zou in dit type gevallen evengoed het gezag van de A-G kunnen zijn dat de doorslag geeft voor de Hoge Raad.

Een voorbeeld van die getrapte invloed biedt HR 29 maart 2019, *NJ* 2019/324 (*De 4 Jaargetijden*), r.o. 3.5.3, 3.6.2 en 3.6.3.

Soms lijkt de Hoge Raad overigens van zins om echt in gesprek te gaan. De Raad treedt dan naar buiten doordat een raadsheer buiten zijn arresten om de pen oppakt. Zo schreef toenmalig vicepresident Bakels eind 2015 in *Ars Aequi* een zeer openhartig stuk over de werkwijze van de Hoge Raad, waarin ook de relatie tot en de invloed van de literatuur aan de orde kwam, zie F.B. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *AA* 2015/11, p. 927 e.v. Iets minder openhartig maar nog steeds leerzaam en zeker als dialoog te duiden, is de bijdrage van C.A. Streefkerk, 'De prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *TREMA* 2015, p. 248 e.v., over de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad zoals opgenomen in art. 392 e.v. Rv.

Dat er een zekere (indirecte) invloed van de doctrine op de rechtsvorming bestaat, valt alleen maar toe te juichen. De doctrine is immers bij uitstek in staat om een bepaalde kwestie van een afstand, objectief en (in beginsel) zonder vooraf gegeven beleidsdoelen in het achterhoofd te beschouwen, om oplossingen aan te reiken, en om een wijziging van het systeem, een nieuwe afbakening en de verdere gevolgen van een veranderde opvatting te doordenken.

Intellectueel kunnen zowel wetgever als rechter dat natuurlijk ook, maar die hebben daar niet altijd de menskracht en de tijd voor, of lopen anderszins tegen te veel beperkingen (de rechter acht zich nu eenmaal nog steeds gehouden om recht doen in een individueel geval, zoals wij al zagen in nr. [11]) of natuurlijke remmingen aan (in verband met hun taak, hun politieke kleur, etc.).

In dit verband wijs ik er nog op dat de doctrine de rechter ook anderszins kan bijstaan, bijvoorbeeld door (feitelijke) gegevens aan te dragen die dienstbaar (kunnen) zijn aan de beslissing in een zaak of over een bepaald thema. Ik denk dan in eerste instantie aan meer empirische gegevens en gegevens die een bepaald probleem op macroschaal benaderen, want die informatie zal niet altijd van partijen of de rechter zelf (kunnen) komen, zie nader E.R. de Jong en T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten?', *NTBR* 2017, p. 4-16, en nr. [47] en [59]. De vraag is dan wel nog hoe die gegevens in een specifiek geschil in de procedure ingebracht kunnen worden, als het niet om een prejudiciële vraagprocedure gaat (want daarin maakt art. 393 lid 2 Rv de inbreng door derden mogelijk). Zie in dit verband ook E. R. de Jong, 'De alles overziende rechter', in: M. Faure & T. Hartlief, *De Spierbundel. De agenda voor het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 51 e.v., alsmede voor Duitsland: Heinze 2016, p. 269-271.

Wat hier echter van zij, in de regel treedt de Hoge Raad niet openlijk in discussie met enig schrijver: er wordt van uitgegaan dat de A-G dit in zijn conclusie doet.

Iets positiever ('enige regelmaat') is De Groot 2014, p. 137. Als de spreekwoordelijke uitzondering die de regel bevestigt, noem ik hier HR 1 december 2017, *NJ* 2019/137 (*Irak/X.*), waarin de Raad expliciete verwijzingen naar (buitenlandse) literatuur opneemt in een van de dragende rechtsoverwegingen. In de *Urgenda*-uitspraak werd in een voetnoot literatuur vermeld, zie HR 20 december 2019, *NJ* 2020/41.

Overigens, ook de organen die bij de wetgeving betrokken zijn (ministers, Kamerleden, etc.), gaan vrij weinig in discussie met de literatuur.

Dat is wel anders wanneer een Kamerlid naar een bepaalde publicatie verwijst en daarover of naar aanleiding daarvan vragen stelt. Verder volstaat men echter met een blik op wat de rechtspraak brengt of gebracht heeft op het terrein in kwestie en wordt soms een enkele schrijver genoemd zonder dat altijd duidelijk is waarom wel naar de een en niet naar een ander wordt verwezen.

15 De invloed van de praktijk, met name de (cassatie)balie

De volgende vraag is of in het rijtje van rechtsvormers ook de praktizijn kan of zou moeten worden opgenomen. Deze vraag spitst zich doorgaans toe op de rol van cassatieadvocaten. Zij zijn het immers die door hun cassatiepraktijk voorzetten geven aan de Hoge Raad; de Hoge Raad is bij zijn rechtsvormende taak dus – mede – afhankelijk van de cassatieadvocatuur.

Zowel M.V. Polak, 'Zeven, sluizen en incasseren: wat cassatieadvocaten bijdragen aan rechtsvorming door de Hoge Raad', *AA* 2005, p. 423 e.v., als M. Ynzonides, 'De Hoge Raad is natuurlijk netter dan net, keuriger dan keurig' (interview), *AA* 2005, p. 467, beiden voormalig cassatieadvocaat, geeft een bevestigend antwoord op de vraag of de cassatieadvocatuur ook als rechtsvormer moet worden beschouwd. De cassatieadvocaat bepaalt immers welke zaak voor de Hoge Raad wordt gebracht (in de woorden van Polak: de 'zeeffunctie van de cassatiebalie') en lokt door de formulering van het cassatiemiddel een inhoudelijke uitspraak van de Hoge Raad uit (Polak, *t.a.p.*, p. 427-429). De belangrijke rol van de cassatiebalie is in 2015 nogmaals aan de orde gesteld, mede in het licht van de Wet versterking Cassatierechtspraak uit 2012, door Vranken, in diens Jaarrede voor de NJV, zie J.B.M. Vranken, 'Omdat in deze zaak, naar mijn overtuiging, nog geen recht is gedaan', *NJB* 2015/1324, p. 1827 e.v.

Een ontwikkeling die voor de cassatiebalie ook nog speelt, is die van de prejudiciële vragen. In dat verband is indringend aan de orde gesteld of het nodig is om in dergelijke procedures verplicht gebruik te maken van de diensten van een als cassatieadvocaat ingeschreven raadsman. Na ampele afweging besloot het onderzoeksteam dat de evaluatie van de regeling ter hand nam, dat de cassatiebalie ook hier zijn meerwaarde heeft, maar daarbij mag niet vergeten worden dat door anderen openlijk aan het nut ervan getwijfeld werd. Zie de conclusies in Giesen e.a. 2016, p. 226-227, alsmede de kritiek bij S. van Zijl, 'Inspraak in de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', in: M.R. Hebly e.a. (red.), *Schaalvergroting in het privaatrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 309 e.v.

Zijn andere practici ook rechtsvormend bezig? Voor de feitenrechter kan dat zeker gelden, en zal dat ook regelmatig het geval zijn.

Ik noem hier alleen de *Urgenda*-zaak (Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196; Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591; *AB* 2018/417) als meest markante voorbeeld uit de afgelopen tijd. De reeks van uitspraken die de Rechtbank Den Haag deed in zaken betreffende de handelingen van Nederlandse militairen in voormalig Nederlands-Indië net na de Tweede Wereldoorlog, kan echter evenzeer genoemd worden, zie o.a. Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:701 (*verkrachting tijdens zuiveringsactie*) als voorbeeld daarvan. Zie nader H.B. Krans, 'Rechtsvorming van onderaf', *NTBR* 2017, p. 173-175, en de Ucall Blog uit 2016 van Giesen, Van der Linden en Ortlep, 'Rechtsvorming door feitenrechters: vooralsnog meer vragen dan antwoorden' (<http://blog.ucall.nl/index.php/2016/06/rechtsvorming-door-feitenrechters-vooralsnog-meer-vragen-dan-antwoorden/>).

Voor het overige is deze vraag moeilijk (feitelijk) te beantwoorden, maar in ieder geval kunnen die practici (ook bedrijfsjuristen) wel enige invloed hebben, en niet alleen door hun bijdragen aan de rechtsgeleerde literatuur.

Een voorbeeld: de vraag of een risico (nog) verzekeraar is, kan van invloed zijn op het oordeel van de Hoge Raad over bijvoorbeeld de houdbaarheid van een exonatieclausule. Zie HR 18 juni 2004, NJ 2004/585 (*Kuunders/Swinkels*). In die zin heeft de verzekeringsbranche dus potentieel invloed op het recht en acties vanuit de verzekeringspraktijk kunnen zo wellicht indirect de oordeelsvorming aan de zijde van de Hoge Raad beïnvloeden.

In de wereld van de financieringspraktijk komt het wel voor dat de Hoge Raad een uitleg kiest die passend is voor die praktijk. Daar wordt de gang van zaken in die praktijk dus een soort van interpretatiemethode. Zie nader nr. [31], en bijvoorbeeld HR 29 juni 2001, NJ 2001/662, m.nt. W.M. Kleijn (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*):

“Een redelijke, op de praktijk afgestemde, uitleg van het in de art. 3:239 lid 1, 3:236 lid 2 en 3:94 lid 1 bedoelde vereiste van een akte voor de levering onderscheidenlijk verpanding van vorderingen brengt mee dat, anders dan waarvan deze klacht uitgaat, voldoende is dat de verkrijger van de vordering, of van een recht van pand erop, redelijkerwijs uit de akte heeft mogen begrijpen dat zij tot levering of tot vestiging van pandrecht was bedoeld.”

Diezelfde bewoordingen zijn terug te vinden in diverse andere arresten van de Hoge Raad. Ik noem hier slechts HR 1 oktober 1999, NJ 2000/207 (*Geurtzen/Kampstaal*); HR 6 april 2001, NJ 2002/385 (*VNP Parkeersystemen*), en HR 11 februari 2011, NJ 2011/571 (*First Data/KPN*), over de uitleg van de algemene voorwaarden-regeling, en verder HR 21 oktober 2011, NJ 2013/23, m.nt. H.J. Sniijders (*Hasfeld/Cohen*), alsmede HR 21 februari 1992, NJ 1992/354 (*Dupree/Nieuwkoop*) over de uitleg van de Woonwagewet.

Ook de advocatuur, los van de cassatieadvocatuur, beïnvloedt de rechtsontwikkeling. Zo hebben de inspanningen van onder meer de Nederlandse Orde van Advocaten ertoe geleid dat de eventuele invoering van een *no cure no pay*-systeem in het aansprakelijkheidsrecht prominent op de politieke rechtsvormende agenda is geplaatst.

Dat was overigens in eerste instantie tevergeefs: zie *Kamerstukken II* 2004/05, 2988 VI, nr. 114 en 132: de minister handhaafde het verbod op het *no cure no pay*-systeem. Nadien is een experiment met de regeling toegestaan, zie daarover *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/186, verwijzend naar de (gewijzigde) verordening van de NOvA die dit experiment met resultaatgerichte beloningen mogelijk heeft gemaakt, zie *Stcrt.* 2013, nr. 20779, 25 juli 2013, en *Kamerstukken II* 2013/14, 31 753, nr. 65, p. 1-3. Vgl. verder W.H. van Boom, M. de Jong, 'Het Experiment resultaatgerelateerde beloning – verwachtingen over werking en doelbereiking', *TVP* 2014, p. 69 e.v.

De invloed die zich hier deed gelden, is echter vooral invloed die als 'lobbywerk' kan worden geboekstaafd. En langs die lijnen bestaat er uiteraard heel vaak en vanuit vele kanten invloed op de rechtsvorming. Zo heeft ook de Raad voor de rechtspraak langs die weg invloed, alleen al omdat men over (vrijwel alle) wetsvoorstellen kan adviseren.

Omdat tegenwoordig veelvuldig van internetconsultaties gebruik wordt gemaakt als nieuwe wetten worden gelanceerd, is dit type invloed niet langer voorbehouden aan institutionele partners van de wetgever, zoals de NOvA, de Rvdr en allerlei staats- en adviescommissies, maar kan eenieder zijn zegje doen. En dat gebeurt ook wel. Een voorbeeld is de pluriformiteit aan reacties die het toenmalige (maar later sterk herziene) conceptwetsvoorstel over de afwikkeling van massaschades via collectie acties oproep, waarover *Asser/Procesrecht Giesen 1* 2015/208. Een ander voorbeeld biedt de toenmalige internetconsultatie van de regeling voor de franchiseovereenkomst, met 359 reacties. Vgl. H.N. Schelhaas, 'Een dynamisch verbintenissenrecht?', *NTBR* 2018/10, p. 69-71.

Maar in al deze gevallen is het nog steeds de wetgever en/of de rechter (lees: de Hoge Raad) die uiteindelijk de regels stelt, en dus zijn zij ook degenen die werkelijk rechtsvormend te werk gaan. Het al eerder (nr. [13]) genoemde schema of denkraam van 'wetgeving/rechtspraak' moet doorlopen worden: voor de bindende kracht van een regel moet uiteindelijk de rechter of wetgever zijn akkoord geven.

Van een wezenlijke rechtsvormende positie voor de praktijk lijkt zodoende geen sprake te zijn. Dat is ook ten dele te verklaren door het feit dat praktijkjuristen altijd de belangen van een der partijen behartigen en dus altijd een gevaltypische en minder objectieve inbreng hebben. Zie R.S. Meijer, 'Kanttekeningen bij Vranken's privaatrechte(r)lijke methode', in: Van de Griend/De Waard 1996, p. 72. Van echte rechtsvormende invloed kan ook daarom nauwelijks sprake zijn.

16 Procespartijen en betrokken derden: 'amicus curiae'

Wanneer de Hoge Raad recht vormt via de cassatieprocedure zijn de procespartijen uiteraard ook betrokken in dat proces. In die zin hebben zij dan ook, mogelijk, invloed op het rechtsvormings- of rechtsvindingsproces: hun cassatiemiddelen en toelichting bepalen immers mede de ruimte die de rechter heeft.

Omdat de invloed in deze procedure via de advocatuur loopt, behoeft dit punt hier geen nadere bespreking, zie nr. [12].

Naast de procespartijen kunnen tegenwoordig echter ook buitenstaanders ten opzichte van het specifieke geschil, derden dus, bij de afwikkeling van een zaak betrokken raken als 'meedenkers', als *amicus curiae*. Dat speelt bijvoorbeeld bij de beantwoording van door een feitenrechter gestelde prejudiciële vragen (art. 393 lid 2 Rv), en, in navolging daarvan, bij cassatie in het belang der wet.

Zie over dat laatste aspect HR 6 juni 2014, NJ 2014/300 (*Vakantiegelduitkering*), waarin de Hoge Raad de inspraak door derden in een cassatie-in-belang-der-wetprocedure toestaat, geïnspireerd door art. 393 lid 2 Rv inzake de prejudiciële vraagprocedure:

"Gelet op een en ander ziet de Hoge Raad aanleiding om gelegenheid te geven tot het maken van schriftelijke opmerkingen, overeenkomstig het in art. 393 lid 2 Rv bepaalde. Weliswaar betreft deze zaak geen prejudiciële vraag als bedoeld in art. 392 e.v. Rv, maar de functie van een vordering tot cassatie in het belang der wet en die van de beantwoording van prejudiciële vragen is dezelfde, namelijk het beantwoorden van rechtsvragen die voor de praktijk van belang zijn, mede in verband met de rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Daarom bestaat grond de mogelijkheid tot het maken van schriftelijke opmerkingen ook toe te passen bij de behandeling van een cassatieberoep in het belang der wet, ingeval dat daartoe naar het oordeel van de Hoge Raad aanleiding bestaat."

Voor die prejudiciële vraagprocedure als zodanig geldt dat genoemd artikel het mogelijk maakt dat een derde, een buitenstaander, informatie aandraagt inzake de beantwoording van de aan de Hoge Raad gestelde vraag. Zie [De Groot 2019](#), p. 378-379. Uit het evaluatieonderzoek dat het WODC liet verrichten over de eerste periode waarin die wetgeving gold, bleek dat er in twaalf van de 25 op dat moment afgewikkelde zaken door externe betrokkenen opmerkingen werden gemaakt; de regeling voorziet dus blijkbaar in een zekere behoefte, zo concludeerden Giesen e.a. 2016, p. 111. Aldaar blijkt echter ook dat de mogelijke invloed van de *amicus curiae* niet tot nauwelijks concreet is vast te stellen, mede omdat hun schrifturen niet gepubliceerd worden. Kritisch over dat laatste ook E. Bauw, blijkens het verslag van de

NVvP-vergadering van 2018 (J. Dammingsh & M. van den Berg, 'Inspraak in de rechtspraak; de rol van derden in de procedure', *TCR* 2018, p. 150). Kritiek is overigens ook anderszins mogelijk, bijvoorbeeld op de verplichting een cassatieadvocaat in te zetten, zie Giesen e.a. 2016, p. 112-116, alsmede S. van Zijl, 'Inspraak in de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', in: M.R. Hebly e.a. (red.), *Schaalvergroting in het privaatrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 309 e.v.

Op grond van art. 44a Rv zijn de ACM en de Europese Commissie nu al bevoegd om als *amicus curiae* op te treden in (kort gezegd) mededingingsrechtelijke procedures. En art. 810 Rv maakt de Raad voor de Kinderbescherming ook nu al tot een potentiële *amicus*. Bepleit wordt om dat instrument breder in te zetten.

Zo bijvoorbeeld WRR 2002, p. 14; M. Feteris, 'Development of the Law by Supreme Courts in Europe', *Utrecht Law Review*, Volume 13, Issue 1, 2017, p. 167; Giesen 2011, p. 68-69; Vranken 2009, p. 1089-1092; J.B.M. Vranken, 'Omdat in deze zaak, naar mijn overtuiging, nog geen recht is gedaan', *NJB* 2015/1324, p. 1832; H.B. Krans, 'Voorlichting in cassatie', *NTBR* 2013/23; M.V. Polak, 'Van Kazernestraat naar Korte Voorhout: tijd voor een nieuw arsenaal?', in: De Graaff e.a. 2016, p. 285; M. Overheul & K. van Vught, 'De Hoge Raad als vrije rechtsvinder', *AA* 2016, p. 323, en E. Bauw, blijkens het verslag van de NVvP-vergadering van 2018 (J. Dammingsh & M. van den Berg, 'Inspraak in de rechtspraak; de rol van derden in de procedure', *TCR* 2018, p. 149). Zeer voorzichtig positief zijn F.F. Langemeijer, J.E. van de Bunt & S. Sierksma, 'Het raadplegen van externe deskundigen in burgerlijke zaken door de Hoge Raad of het parket', *TREMA* 2009, p. 129-135. Over de mogelijkheden voor de inzet van '*amici*' in Duitsland, zie bijvoorbeeld Heinze 2016, p. 277-279.

Een verruiming van de mogelijkheid (hier: voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State) om derden te horen, is inmiddels voorzien in art. 17 van het wetsvoorstel 'Tijdelijk wet Groningen' dat begin 2020 bij de Eerste Kamer is ingediend om de schadeafwikkeling naar aanleiding van de aardbevingen door gaswinning in Groningen vlot te trekken. Zie *Kamerstukken I* 2019/20, 35 250, nrs. A. Zie ook De Poorter 2018, p. 872. In het belastingrecht kennen we ook de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen, en (daarmee) ook het inschakelen van derden, zie art. 27gc lid 2 Algemene wet rijksbelastingen.

Uit de evaluatie van de Wet prejudiciële vragen (die het – als gezegd – mogelijk maakt voor derden om hun zegje te doen over de rechtsvraag die is voorgelegd aan de Hoge Raad) bleek dat de Hoge Raad ruimhartig is in het verlenen van toestemming voor inspraak, maar dat de Hoge Raad die derden niet zelf benaderen zal, en dat de regeling (voor de markt) in een behoefte voorziet, zie Giesen e.a. 2016, p. 110-111, hoewel de invloed van die inbreng op de uitkomst van de zaak niet te bepalen is (*idem*, p. 112-114). Geïnterviewde betrokkenen oordelen positief en zien ook de behoefte, doch constateren dat verwachte *amici* (bijv. de Consumentenbond) niet altijd thuis geven (*idem*, p. 186-187). Discussie bestaat over de juiste term (meedenkers, *amicus curiae*, derden, inbrengers) en over de vraag of de rechter die meedenkers openbaar en/of juist gericht zou moeten uitnodigen, vgl. het verslag van de NVvP-vergadering van 2018 (J. Dammingsh & M. van den Berg, 'Inspraak in de rechtspraak; de rol van derden in de procedure', *TCR* 2018, p. 153, resp. p. 147 en 150). Over dat laatste item bevelen J. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd*, Den Haag: Raad van State 2018, p. 132-133, voor het bestuursrecht een open consultatie en openbaarmaking van stukken aan.

Zie over dit thema echter ook F.M. Köhne, 'Informatie als rechtvaardigende factor voor rechtsvorming: de *amicus curiae*', *AA* 2006, p. 252 e.v., die geen voorstander is (omdat deze figuur voor de casusgerichte informatie die hij wezenlijk acht voor rechtsvorming, niets toevoegt; hij denkt dus sterk vanuit 'casusgerichtheid', vgl. nr. [58]).

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft daaraan inmiddels gevolg gegeven door bij wijze van experiment in een drietal zaken, alvorens uitspraak te doen, om inlichtingen te vragen aan, in mijn woorden, 'vrienden van het hof' ('meedenkers'). Het is de bedoeling die mogelijkheid wettelijk te verankeren.

Het betreft de zaken ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:903 (*Barneveld*-zaak), ABRvS 12 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449; AB 2018/224 (*waarschuwing*-zaak) en een zaak (de *exceptieve toetsing*-zaak) waarin er nog geen uitspraak ligt (maar wel een conclusie van staatsraad A-G Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557). Zie hierover verder de (positieve: ga door met dit experiment) evaluatie van dit experiment door J. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd*, Den Haag: Raad van State 2018. De wettelijke grondslag voor de 'amicus' werd (noodgedwongen) gevonden in art. 8:45 Awb, maar er komt een aparte nieuwe grondslag voor, zo is inmiddels aangekondigd (*Kamerstukken II* 2018/19, 29 279, nr. 498), nadat zulks ook was aanbevolen in de al genoemde evaluatie (a.w., p. 134).

De betrokken partijen zijn in de gelegenheid gesteld om te reageren op het conceptverzoek aan de 'meedenkers' en op de nadien ontvangen inlichtingen. De reden voor dit verzoek was dat beantwoording van de omstreden rechtsvraag (in de *Barneveld*-zaak bijv. over de herziening van een exploitatieplan en de waardering van de grondverwervingskosten) en de daaruit volgende vervolgvragen potentieel vele andere (rechts)personen (gemeenten, ontwikkelaars en grondeigenaren) raakt. De Afdeling omschrijft het doel van het verzoek (inzicht in de maatschappelijke gevolgen), dat bestond uit vragen op basis van een aantal fictieve situaties, geeft aan dat daarvoor specifieke deskundigheid en ervaring nodig is, en laat zien dat via de zes meedenkers alle mogelijke belangenposities vertegenwoordigd zijn: publieke en private belangen, de betalende kant en de verhalende kant. De gevraagde *amici* hebben allemaal antwoord gegeven, en die antwoorden worden in de *Barneveld*-zaak bijvoorbeeld benut in de uitspraak (onder r.o. 10 en 11). In de zaak over exceptieve toetsing werd enkel het ministerie aangezocht, maar in de *waarschuwing*-zaak werden de meedenkers via een openbare oproep aangezocht.

De beoogde wettelijke verankering vindt, op sobere wijze, plaats in de Awb, via het conceptartikel 8:12b Awb, aldus het voorontwerp dat in het najaar van 2019 voor consultatie open stond (via <https://www.internetconsultatie.nl/bestuursrechtspraak>). Uit de bestuursrechtelijke literatuur noem ik hier nog de bijdrage van J. de Poorter, 'Het belang van de amicus curiae voor de rechtsvormende taak van de bestuursrechter', *NTB* 2015/7, p. 40-49, die toen het experiment met '*amici*' voorstelde dat nadien dus uitgevoerd is, en T. Barkhuysen, 'Beter rechtsvorming door amicus curiae', *NJB* 2014/519.

17 Betrokken derden: zelfregulerende private actoren

Er werd in het voorgaande al enkele malen op gepreludeerd: tegenwoordig staat er regelmatig een derde 'regelvormende' macht naast de privaatrechtelijke wetgever en de civiele rechter op het speelveld van de rechtsontwikkeling. Ik noem deze groep hier (bij gebrek aan een beter begrip) 'zelfregulerende private actoren'.

Het gaat dan om die private actoren (als in: de markt, de brancheorganisaties) die bij het uitvaardigen van 'regelgeving' (zelfregulering of alternatieve regelgeving) betrokken zijn. In mijn *NJV*-preadvies uit 2007 hanteerde ik daarbij de navolgende, ruime definitie (Giesen 2007, p. 77):

"Alternatieve regelgeving houdt in dat maatschappelijke partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of doen uitvoeren en/of handhaven van de regels, indien nodig binnen een wettelijk of rechterlijk kader."

Het betreft hier dus alle vormen van regelgeving die niet van de formele of materiële wetgever afkomstig zijn, dus inclusief zelfregulering. Zie Giesen 2007, p. 73. Dit fenomeen staat in de belangstelling omdat het als 'moderne' vorm van regulering (i.p.v. klassieke overheidsregulering) vele handen op elkaar krijgt. In relatie tot het thema van dit boek zou men ook van 'maatschappelijke rechtsvorming' kunnen spreken, naar de gelijknamige bundel (H. Gribnau (red.), *Maatschappelijke rechtsvorming*, Den Haag: BJu 2005).

Twee voorbeelden van (de omgang met) zelfregulering kunnen het belang van dit fenomeen onderbouwen. Het eerste voorbeeld betreft de franchiseovereenkomst in het BW. De wetgever is hier in eerste instantie de kant van zelfregulering op gaan koersen en koos er dus voor om via de wet enkel het kader aan te reiken. Die wetgever liet het verder aan de branche om dat kader inhoudelijk in te vullen via een gedragscode. In Boek 7, titel 6 BW zouden, blijkens de toenmalige consultatieversie van het voorstel (zie <https://www.internetconsultatie.nl/franchise/details>), twee bepalingen over franchiseovereenkomsten worden opgenomen. Na enkele definities in art. 7:399f, gaf art. 7:399g lid 1 ontwerp-BW aan dat er bij algemene maatregel van bestuur een gedragscode kan worden aangewezen, indien in die gedragscode bepaalde voorschriften zijn vervat. Vervolgens bepaalde lid 2 van dat artikel dat franchisegevers en franchisenemers de in het eerste lid bedoelde gedragscode toepassen, tenzij in hun specifieke overeenkomst anders is voorzien en die andere aanpak wordt uitgelegd. De beoogde code was er uiteraard ook al, namelijk de Nederlandse Franchise Code. Na 359 reacties in de consultatieronde volgde in oktober 2017 echter het bericht dat 'Met het oog op de vermelding van franchise in het regeerakkoord, (...) de lopende activiteiten op dat gebied vooralsnog [zullen] worden aangehouden'. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/franchise/berichten>. En in dat regeerakkoord is alsnog wetgeving aangekondigd. Zie 'Vertrouwen in de toekomst', p. 35 (<https://www.kabinetformatie2017.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst>), hetgeen inderdaad uitmondde in een wetsvoorstel dat in juli 2019 naar de Raad van State is gestuurd en dat naar verwachting in het eerste kwartaal van 2020 naar de Tweede Kamer zal gaan (zie het overzicht in *Kamerstukken II 2019/20, 35 300 XIII*, nr. 9, p. 4). Over dit alles ook J. Teunissen, 'Franchisewet nu of nooit', *NJB 2019/1562*.

Als tweede voorbeeld noem ik een geval waarin 'de markt' de wetgever 'tegemoet' kwam toen de wetgever zich terugtrok. Het betreft de Handreiking Zorgschade, tot stand gebracht in november 2017 onder auspiciën van De Letselschaderaad (DLR). Dat gebeurde nadat het plan van de wetgever om het thema 'zorgschade' samen met die vermaledijde vergoeding van affectieschade in het BW te regelen, was gestrand in de consultatiefase vanwege groeiende kritiek op de regeling van zorgschade. DLR is toen namens de branche de uitdaging aangegaan om langs private weg, en zelf gefinancierd, alsnog tot een regeling te komen die recht doet aan de uitgangspunten en doelstellingen van het plan van de wetgever.

Hierbij verdient nog aantekening dat er op internationaal vlak ook heel veel speelt als het om zelfregulering gaat (bijv. in 'supply chains', waarover o.a. L. Vytupil, *Contractual Control in the Supply Chain*, The Hague: Eleven 2015). Ik focus hier echter op het nationale spectrum.

Dit fenomeen zelfregulering roept onder andere, voor zover in dit verband relevant, de vraag op: wanneer moet de wetgever zelf optreden en wanneer kan deze de private actoren zelf aan het roer laten?

De twee zojuist genoemde voorbeelden laten bijvoorbeeld zien dat de wetgever zich soms afzijdig houdt of zich terugtrekt. Is dat wel verantwoord, is dan de vraag. Er zijn redenen voor zowel een positief als een negatief antwoord op die vraag, maar daar gaat het nu niet om. Zie nader I. Giesen, '(Zelf) Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een ReL?', *NTBR 2018/19*, p. 135 e.v., waarop dit onderdeel is gebaseerd.

Ik vermeld hier slechts één goede reden om te verdedigen dat wetgevend terugtrekken *niet* (altijd) te verantwoorden is. Namelijk deze, dat de wetgever op die manier de *regie* kwijtraakt. Als men de private partijen zelf aan zet laat, staat de wetgever buitenspel. En dat, terwijl het in elk geval tot de verantwoordelijkheid van de wetgever behoort om eindverantwoordelijk voor het complete wetgevingsproces te zijn, en dat begint bij regie voeren. Ik realiseer mij uiteraard dat hier meestal een beleidsmatige keuze in het spel is (en ook dat dit bij Europese regelgeving nog lastiger zal zijn). Daarbij geldt dat kiezen prima is, mits de keuze bewust gemaakt wordt. Zo staat het ook in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Maar het voorbeeld van de Handreiking Zorgschade laat zien dat er wel degelijk gevallen zijn waarin er *geen* bewuste keuze is gemaakt. De taak van de wetgever is hier in feite overgenomen door een ambitieuze brancheorganisatie, in casu De Letselschaderaad. Belangrijker is echter dat de keuze steeds per individueel wetsvoorstel wordt gemaakt. Het

gevolg daarvan is dat het totale beeld niet eenvoudig compleet te krijgen is. Met andere woorden: wie heeft eigenlijk het complete overzicht van de immense reeks van afwegingen tussen 'zelf doen' en 'uitbesteden'? Dat ligt erg lastig, zeker als we daarbij betrekken dat het ook om voorstellen van de andere ministeries gaat; zo is de eerdergenoemde regeling van de franchiseovereenkomst afkomstig van het Ministerie van Economische Zaken.

Een ander perspectief hierop is uiteraard dat van de civiele rechter. Die rechter zal rechtsvormend meer vrijheid genieten als zelfregulering breder ingang vindt.

Zie al nr. [8] en hierna nog nr. [61]. Immers, de rechter geeft, door deze toe te passen, binding aan de zelfontworpen normen, en regelt de rechtsvorming, zie Giesen 2007, en heeft ten opzichte van die zelfregulerende private actoren dus de leiding over de rechtsvorming.

Ik voeg daaraan nog toe dat de wetgever het in de praktijk vaak ook niet nodig vindt om actief te worden; de civiele rechter vormt het privaatrecht toch wel, en dat gaat eigenlijk al jaren prima, vgl. I. Giesen, 'De Hoge Raad versus de wetgever: wie hoedt het privaatrecht', *NTBR* 2014/26, p. 217-218. Het voordeel van een regienemende en betrokken wetgever is wel dat dan tegenover die sterke rechter, en die private actoren, ook een sterke wetgever staat. Door het spel van 'kracht' en 'tegenkracht' zijn al die machten vervolgens ook bewuster bezig met hun eigen positie, rol en taak.

18 Samenwerking tussen deze hoofdrolspelers?

In het voorgaande is een beeld geschetst van de diverse rechtsvormers. Maar hoe verhouden zij – en dan vooral wetgever en rechter – zich tot elkaar?

Zie hierover recentelijk ook de Amsterdamse oratie van M. de Werd, *De derde staatsmacht*, <https://europeancourts.blogspot.com/2019/06/de-derde-staatsmacht-over-kracht-en.html>.

De verhouding tussen de wetgever en zelfregulerende private actoren, en die tussen de rechter en diezelfde zelfregulerende private actoren, werd al kort gekenschetst in nr. [17].

Rijden wetgever en rechter elkaar wellicht ook weleens in de wielen, al dan niet opzettelijk, om iets gedaan te krijgen? Daarvan blijkt niets; de verhoudingen tussen de twee belangrijkste rechtsvormers, wetgever en rechter, zijn over het algemeen te karakteriseren als zeer voorkomend. Er valt geen onvertogen woord. De rechter is immers gehecht aan een goede verstandhouding met de wetgever, en andersom geldt hetzelfde.

Vgl. o.a. Wiarda/Koopmans 1999, p. 133 ('zelden grote problemen'); F.B. Bakels, 'Rechtspraak in een veranderende samenleving', *AA* 2010, p. 431 (een kwestie van samenwerking), en zie ook het *Jaarverslag 2017* van de Hoge Raad, onder het kopje 'Rechter en wetgever':

"Het beeld van staatsmachten die geheel los van elkaar functioneren is daarbij niet passend. Daarvoor zijn er te veel verbindingen tussen hun taken. Een goede werkrelatie, een goede communicatie tussen rechterlijke en wetgevende macht, is daarvoor noodzakelijk. En zulke contacten hoeven niet af te doen aan ieders bevoegdheden en eigen verantwoordelijkheden. Het is dus misschien beter te spreken van een evenwicht in de machten dan van een scheiding der machten. Het gaat om een situatie waarin de wetgever, het bestuur en de rechterlijke macht elkaar in zekere mate controleren."

Eenzelfde beeld wordt geschetst in het *Jaarverslag 2018* van de Hoge Raad (onder 'Contact met de wetgever'): 'geen concurrentieslag' (zo ook reeds Feteris 2016, p. 22). En dus zijn de (door de hoogste rechter noodzakelijke geachte) wijzigingen in de rol en taak van diezelfde hoogste rechter keurig via een adviescommissie, inspraak en invoering via de wetgever gespeeld, zoals het voorbereidende werk van de commissie-Hammerstein bij de totstandkoming van

de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (art. 392-394 Rv) en art. 80a RO laat zien. Over die geschiedenis (en dat samenspel) G.J.M. Corstens, 'Versterking van de cassatierechtspraak', in: G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Bju 2009, p. 13 e.v.; Giesen e.a. 2016, p. 43-46.

Als uitzondering op het voorgaande beeld van voorkomendheid geldt wellicht de *Bewijbsbeslag*-zaak, besproken in nr. [10].

Het voorgaande is in zoverre ook vanzelfsprekend dat de rechter die wordt gevraagd zich uit te spreken over de producten van de wetgever, zich heeft te houden aan in elk geval één heldere grens: art. 120 Gw, dat het rechterlijk toetsingsverbod van wetten in formele zin bevat.

Zie recent nog HR 18 mei 2018, *NJ 2018/376 (X./Allianz)*, r.o. 3.8.1, voor de huidige stand van het recht in dezen, alsmede r.o. 3.9.1, waarin de Hoge Raad aangeeft terughoudend te willen zijn, ook als het om (wel te toetsen) lagere regelgeving gaat, gegeven de aard van de wetgevende functie en de positie van de rechter. Aan het EVRM wordt echter wel getoetst, zie bijvoorbeeld HR 20 maart 2009, *NJ 2009/233 (Pluimveerechten)*.

Art. 120 Gw voorkomt overigens niet dat er afbakeningsperikelen en competentiegeschillen ontstaan indien de Hoge Raad zich rechtsvormend opstelt. Tot directe botsingen komt het echter weinig tot niet, want meestal komt men er niet aan toe zich echt uit te spreken over wat de ander doet of gedaan heeft en of dat dan terecht was of niet. Zie hierna.

De verhoudingen tussen de diverse rechtsvormers zijn derhalve van dien aard dat elk van de betrokkenen vanuit de eigen positie het rechtsvormingsveld overziet, een eigen standpunt inneemt en dan afwacht. Voor de rechter geldt dit, logischerwijs gezien de constitutionele verhoudingen, het sterkst: als een botsing dreigt, dan trekt de rechter zich meestal terug; hij moet wel.

Over de constitutionele vraag naar de verhoudingen in een democratie, zie bijvoorbeeld Wiarda/Koopmans 1999, p. 133-135.

Een voorbeeld van de rechter die zich 'terugtrekt', is te vinden in het al besproken *Kindertaxi*-arrest, waarin de Hoge Raad de kwestie van (de soms onjuiste uitkomsten van) het systeem van ons schadevergoedingsrecht, en met name art. 6:107 en art. 6:108 BW daarin, niet aanpakt.

Zie HR 22 februari 2002, *NJ 2002/240*, m.nt. JBMV (*Kindertaxi*), besproken in nr. [11]. Dat het inhoudelijk ook anders had gekund, blijkt o.a. uit R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken*, Den Haag: Bju 2012, alsmede I. Giesen, 'Baby Joost', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Bju 2003, p. 15-30. Vgl. inzake het niet tot rechtsvorming overgaan ook HR 18 mei 2018, *NJ 2018/376 (X./Allianz)*, r.o. 3.8.1-3.8.4, waarin de Hoge Raad art. 8:983 lid 1 BW niet buiten toepassing laat. Hetzelfde was enige jaren geleden zichtbaar bij de omgang met art. 8 EVRM (recht op familieleven) in het Nederlandse personen- en familierecht, waarbij de Hoge Raad een aantal malen niet thuis gaf: werkelijk doorvoeren van hetgeen art. 8 EVRM zou vergen, zou zijn rechtsvormende taak te buiten gaan, zie J.H. Nieuwenhuis, 'De kunst van het zaklopen', *NJB* 2000, p. 688-689. In algemenere zin over het eventueel 'te buiten gaan' van die rechtsvormende taak: Stolker 1993. Vgl. ook nog HR 21 maart 2014, *NJ 2015/167 (Coface/Intergamma)* en HR 13 juni 2014, *NJ 2015/477 (Telefoonabonnementen I)*, r.o. 3.7 (generieke uitzonderingen op een wettelijke regeling zijn aan de wetgever).

Hetzelfde mechanisme van 'terugtrekken' speelde dertig jaar geleden overigens ook al, zie Schoordijk 1988, p. 53-54:

“(...) de Hoge Raad wacht zich er angstvallig voor om de wetgever voor de voeten te lopen en een politieke rol te spelen door zonder dat zijn rechtsprekende taak hiertoe dwingt algemeen bindende regels te geven.”

Anderzijds grijpt de wetgever ook eigenlijk liever niet in als de hoogste rechter eenmaal iets besloten heeft. Los van de vele voorbeelden die te putten zijn uit de geschiedenis van ons nieuwe BW, waarbij de wetgever met regelmaat verwees naar de onderhanden zijnde rechtsontwikkeling in de rechtspraak – die zich dan nog verder zou moeten uitkristalliseren – noem ik hier nogmaals de *wrongful life*-zaak.

Zie HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*) en nr. [10]. Direct na die uitspraak werd geopperd dat niet de Hoge Raad het laatste woord zou moeten hebben, maar dat wellicht de wetgever zich nader daarover zou moeten uitlaten. De Minister van Justitie liet echter weten dat niet nodig te achten. Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 323, nr. 11, p. 4. Zoals in nr. [10] al aangestipt, houdt de wetgever, althans het parlement, de rechtsvormende Hoge Raad in de gaten, zeker bij in het oog springende kwesties. Tot een interventie van de wetgever om een uitspraak van een rechter om te buigen en te corrigeren door een wet, komt het echter zelden tot nooit.

Ook de door de Hoge Raad geëntameerde invoering van een verzekeringsplicht voor werkgevers ten behoeve van hun werknemers op grond van art. 7:611 BW, is nooit teruggefloten door de wetgever, terwijl dit toch materie was en is, die de wetgever aangaat, aldus ook T. Hartlief, ‘Belangrijke mensen in het recht: Lucia de B., Hammerstein en Kooiker’, *NJB* 2008, p. 869 (‘opgepakt door het verkeerde Haagse instituut’), en idem, ‘Wie is er bang voor schrijvende rechters’, *NJB* 2008/1562. Later heeft de Raad wel zelf de rem op deze ontwikkeling gezet, zie HR 11 november 2011, *NJ* 2011/597, m.nt. T. Hartlief (*Wijenberg/TNT Post*).

19 Minder samenwerking als er beweging (nodig) is?

Dat men over en weer niet (altijd) ingrijpt en elkaar niet (vaak) corrigeert, laat onverlet dat er aan alle kanten veel in beweging is dat de verhouding tussen de hoofdrolspelers raakt. De rechter moet immers meer dan regelmatig de wet op zijn minst verduidelijken, uitleggen wat er staat, althans vertellen wat er in de wet gelezen zou moeten worden.

“De rechter vult liever aan dan dat hij onbevredigend recht spreekt”, om het met Schoordijk te zeggen, Schoordijk 1998, p. 54, ook als dat het ‘verwijf’ van het zijn van ‘wetgever-plaatsvervanger’ oplevert.

Het beroemde *Des*-arrest (HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/535) en de daarin gekozen uitleg van art. 6:99 BW (inzake alternatieve causaliteit), die menigeen wellicht verbaasde, maar die op zich wel binnen de grenzen van het wetsartikel bleef, kan hier als voorbeeld genoemd worden. Dit past echter nog, als gezegd, binnen het ‘gewone’ patroon van wetgever en rechter die op elkaar reageren en elkaar bijsturen, het spel van ‘uitleg van de wet’.

Uiteraard gebeurt het ook met enige regelmaat dat de rechter de wetgever echt ‘aanvult’, of eigenlijk: diens keuze aanpast of vervangt. Dat zijn de gevallen waarin ‘enkel uitleggen’ van de wet verwordt tot ‘recht vormen’.

Waar de wetgever bijvoorbeeld in art. 3:310 BW bewust koos voor een (combinatie van een) tweetal scherpe verjaringstermijnen voor schadevergoedingsvorderingen, heeft de civiele rechter beide termijnen inmiddels ofwel vatbaar voor doorbreking gemaakt (de lange termijn) ofwel van een nieuw, in het geheel niet in de wettekst terug te vinden criterium voorzien (de korte termijn). Zie HR 28 april 2000, *NJ* 2000/430 (*Van Hese/De Schelde*) waaruit blijkt dat toepassing van de lange termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

onaanvaardbaar kan zijn, resp. HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112, m.nt. C.E. du Perron (*Saelman/AZVU*), waaruit blijkt dat de verjaringstermijn begint te lopen op moment dat de benadeelde 'daadwerkelijk in staat' is een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen.

Interessant is daarbij overigens dat de Hoge Raad zich inzake deze verjaringskwesities ten dele gesteund wist door een toen aanhangig wetsvoorstel (Vgl. inmiddels art. 3:310 lid 5 BW; het wetsvoorstel had nummer 26 824), dat ook de strekking had de meest scherpe kantjes van die termijnen af te slijpen. Daarmee stond wel vast dat de rechter een vergelijkbare koers ging varen als de wetgever, en qua rechtsvorming bij het gebruik van art. 6:2 lid 2 BW dus niet tegen de schenen van de wetgever zou (kunnen) schoppen. Men zou ook kunnen zeggen dat wetgever en rechter hier elkaar op afstand ondersteunden.

Terzijde: ik ben mij uiteraard zeer bewust van de vloeiende overgang tussen uitleg en aanvulling. Beide kunnen wel onderscheiden, maar slechts zeer lastig gescheiden worden. Dat is overigens ook niet nodig, zolang men – zoals in dit boek – de rechtsvormende taak van de Hoge Raad aanvaardt, zie nr. [2].

Slechts een enkele keer wordt de verhouding tussen de rechtsvormende partijen écht op scherp gezet.

Een bekend voorbeeld betreft een belastingkwestie waarin de wetgever te horen kreeg van de Hoge Raad dat, als er nu niet 'met de nodige spoed' een wet ontworpen zou worden om de strijd met het discriminatieverbod op te heffen, de Hoge Raad dan een volgende keer alsnog zelf zou gaan ingrijpen door een eigen keuze te maken. Zie r.o. 3.15 *in fine*, en 3.18 in HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*), en daarover uitvoerig Martens 2000, p. 750; Uzman 2013, p. 165-167. Alvorens daartoe over te gaan had de hoogste rechter al bedacht dat het zelf voorzien in een regeling weliswaar direct effectieve rechtsbescherming zou kunnen bieden, maar dat daarbij, gegeven de staatsrechtelijke verhoudingen, terughoudendheid zou passen. Ook de verzuchting van de Hoge Raad in de *bewijsbeslag*-zaak, zie HR 13 september 2013, *NJ* 2014/455 en nr. [10], hoe stevig ook, haalt het bij lange niet bij dit voorbeeld.

Als dat een enkele keer gebeurt, waarom dan? Denkbaar is ten eerste dat de Hoge Raad in dat geval besloten heeft te trachten de wetgever 'scherp' te houden. Er liggen immers, ook op het terrein van het privaatrecht, kwesities voor die wetgevend ingrijpen nodig hebben, blijkbaar ook volgens de Hoge Raad.

De bewijsbeslag-zaak (HR 13 september 2013, *NJ* 2014/455) betrof zo een kwestie, maar denk ook aan de herziening van de Faillissementswet, en het ontwerpen van een nieuwe regeling voor personenvennootschappen. En dan vergeet ik ongetwijfeld heel veel belangrijke andere kwesities.

Minder voor de hand liggend, maar interessant, is de gedachte dat de Hoge Raad (bewust) wat meer afstand wenst te nemen van de traditionele verhoudingen als het om rechtsvorming gaat. Op grond van art. 80a RO en de regeling van prejudiciële vragen kan de Hoge Raad immers eerder en vaker gelegitimeerd 'zijn rechtsvormende taak' vervullen, hetgeen wellicht tot een (licht) gewijzigde taakopvatting aanleiding kan geven.

Zie hieromtrent I. Giesen, 'De Hoge Raad versus de wetgever: wie hoedt het privaatrecht?', *NTBR* 2014/26, p. 218. Het idee van Drion om een Grote Kamer bij de Hoge Raad in te richten, zou dit nog versterken, zie C.E. Drion, 'Een Grote Kamer voor de Hoge Raad?', *NJB* 2016/591.

Maar staat daarmee dan niet ook de trias politica onder druk? Zeker wel, althans in theorie. Maar laten we eerlijk zijn: in de civielrechtelijke praktijk is die triasleer al jaren (grofweg in elk geval sinds 1992) verwaterd tot een nogal slap aftreksel van wat deze ooit aan afbakening te bieden had. Zie bijvoorbeeld R. van Gestel, 'The 'Deparliamentarisation' of Legislation: Framework Laws and the Primacy of the Legislature', *Utrecht Law Review* 2013,

Vol. 9(2), p.106-122. De wetgever is gewoon niet erg actief of laat de rechter begaan. Het indertijd om onverklaarbare redenen bevrozen van de beoogde wijziging van de exhibitieplicht van art. 843a Rv getuigt van het eerste. Vanaf januari 2012 tot november 2017 lag deze toch vooral technische wijziging in wetsvoorstel 33 079 gewoon stil, en toen werd het ingetrokken (*Kamerstukken II 2017/18*, 33 079, nr. 7), omdat een grotere modernisering van het bewijsrecht eraan zat te komen. En dat de wetgever de rechter soms gewoon laat begaan, blijkt uit de brief die de minister aan de Tweede Kamer stuurde naar aanleiding van vragen over het genoemde *bewijsbeslag*-arrest: de wetgever gaat ook na het arrest die materie niet nader ter hand nemen, Zie *Kamerstukken II 2013/14*, 29 279, nr. 184.

Als de wetgever op deze wijze met de verdere uitbouw en verbetering van het privaatrecht wenst om te gaan, dan vraagt hij er in feite om dat de rechter – die nu nog 'slechts' sneren uitdeelt en vervolgens gewoon zelf knopen doorhakt – de wetgever straks helemaal negeert. Het voordeel daarvan zou zijn dat dan ook meteen de werkverdeling qua rechtsvorming duidelijk is. De wetgever regelt het publiekrecht, en de Hoge Raad hoedt het privaatrecht.

20 Meer samenwerking nodig en mogelijk?

Tot nu toe gaan de twee belangrijkste rechtsvormers dus betrekkelijk 'onderscheiden' door het juridische leven. Er zijn soms wat spanningen en bevoegdheidsproblemen te onderkennen, maar nu beide rechtsvormers dat inzien en (mede daarom wellicht) verder betrekkelijk solitair opereren, leidt dat niet tot wezenlijke problemen. Hierin zou wat mij betreft echter verandering moeten komen, ook om zelfreguleringsinitiatieven (meer) te kunnen betrekken. Voor de rechtsvorming geldt namelijk dat 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' als nieuw inzicht en als dé manier om mogelijke problemen aan te pakken, een steeds steviger voet aan de grond krijgt.

In die zin P. Rijpkema, *Rechtensrecht*, Den Haag: Bju 2001, p. 18 en 219; Asser 2005, p. 224; Martens 2000, p. 757-758 (noot 104); Vranken 2000, p. 5 (sprekend over 'partners in law business'), alsmede K. Dijkhoff, W. Keukens en S. Reynaers, 'De Hoge Raad en zelfregulering in het privaatrecht', *AA* 2006, p. 12, en Feteris 2016, p. 18 ('coproductie'). Vgl. ook reeds J.M. Polak, 'Theorie en praktijk der rechtsvinding', *AA* 1985, p. 737, pleitend voor een 'terugkoppeling' tussen rechter en wetgever (waarover hieronder meer), en Schollen 2007, nr. 190.

Rechtsvorming is wat mij betreft een gezamenlijke verantwoordelijkheid (zie al Giesen/Schelhaas 2006, waarop het voorgaande en navolgende is gebaseerd) omdat daarmee een algemeen en publiek belang gediend wordt: de staat van het recht op orde en bij de tijd houden door te zorgen voor verdere rechtsontwikkeling waar nodig. Dit is van wezenlijk belang om onze rechtsstaat aan de maat te houden. Ten aanzien van die publieke taak hebben zowel de wetgever als de rechter een rol te vervullen.

Dat betekent ook dat de Hoge Raad de ruimte moet krijgen voor algemene bespiegelingen wanneer dat in een bepaald geval aangewezen is. En natuurlijk blijft de wetgever bij uitstek degene die de grote lijnen uitzet en knopen moet doorhakken bij gevoelige kwesties, net zoals nog steeds geldt dat de wetgever formeel het laatste woord heeft. Zie Martens 2000, p. 751, en nrs. [3] en [10].

Zulks heeft soms een spanningsveld en een competentieprobleem tot gevolg, maar (en eigenlijk mede) juist daarom blijft rechtsvorming een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Deze vaststelling is niet zonder belang, want leidt als vanzelf tot de conclusie dat samenwerking tussen de rechtsvormers wenselijk, onvermijdelijk en zelfs noodzakelijk kan zijn. Voor Duitsland in die zin Hergenröder 1995, p. 6. Dit past overigens in een bredere 'samenwerkingstrend' die op diverse terreinen speelt, althans speelde. Eenzelfde soort gezamenlijke verantwoordelijkheid werd bijvoorbeeld ook voor het burgerlijk proces tussen twee procespartijen (en de rechter) gepropageerd. Zie W.D.H. Asser e.a., *Een nieuwe balans*, Den Haag: Bju 2003, m.n. p. 77-79; Asser *Procesrecht/Giesen 1* 2015/514. Bovendien is voor het vermogensrecht al lang geleden bepaald dat partijen in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding staan, met als gevolg dat men soms bijvoorbeeld moet (door)

onderhandelen (en dus samenwerken). Deze en andere verplichtingen om zich iets aan de tegenpartij gelegen te laten liggen, worden gebaseerd op het arrest *Baris/Riezenkamp* (HR 15 november 1957, NJ 1958/67, m.nt. LEHR).

Rechtsvorming wordt via zo'n samenwerkingsverband uit het isolement van ófwel het parlement/de regering ófwel de raadkamer gehaald; gezocht wordt naar een wijze om gezamenlijk verder te komen. De hiervoor in nr. [18] genoemde belastingzaak waarin de Hoge Raad de wetgever een duidelijke hint gaf om nu eens op te treden, zet de onderlinge verstandhouding niet alleen op scherp – waarbij blijft staan dat dreigementen de samenwerking meestal niet versoepelen –, maar kan ook een 'duwtje' zijn om een bijdrage te leveren aan de bedoelde samenwerking, bijvoorbeeld doordat de Hoge Raad een voorzet geeft over hoe hij de zaak zelf zou willen aanpakken (via 'prospective overruling').

Als rechtsvorming tot op zekere hoogte en voor een deel een gezamenlijke verantwoordelijkheid is, dan is het niet meer dan logisch om ook *samen te werken* aan die rechtsvorming. Door intensievere samenwerking tussen beide rechtsvormers kan de rechtsvorming bovendien een positieve impuls krijgen.

Het voordeel? Is in de voorfase van een rechtsvormend traject samengewerkt, dan is een afwijkende opvatting van de rechter in een later stadium veel minder snel aanwezig, zodat het aantal gevallen van problematische (*contra legem*) rechterlijke uitspraken zeer beperkt zal zijn. En als zo'n soort uitspraak er al komt, zal die gebaseerd zijn op nieuwe inzichten en daarmee goed (beter) te ver(ant)woorden zijn en dus minder een probleem vormen. Bovendien kan via samenwerking proactiever tot rechtsvormend opgetreden gekomen worden en kan de rechtsvorming ter hand worden genomen zonder per se te hoeven wachten op die toevallige procespartij die *all the way* naar de Hoge Raad wil en kan stappen. Zie Vranken 2000, p. 3.

Als belangrijk onderdeel van de hier bepleite samenwerking zie ik nog de broodnodige terugkoppeling tussen rechter en wetgever van gesignaleerde problemen rondom bepaalde wetten. Het is dan ook belangrijk dat die terugkoppeling ('signalen geven') steeds breder geaccepteerd en benut wordt. Dat gebeurt zowel door de Hoge Raad (blijkens het *Jaarverslag 2018* van de Hoge Raad, onder 'Contact met de wetgever', waarin zeven civiele arresten gemeld worden waarin dit is gebeurd) als door de wetgever (zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35 175, nr. 3, p. 1 ('dat op verzoek van de Hoge Raad (...) enkele urgente aanpassingen worden voorgesteld om gebleken kleine omissies te herstellen'). Zie nader F.J. van Ommeren, 'Terugkoppeling door de rechter aan de wetgever', *RegelMaat* 2018 (33) 6, p. 345-348, als inleiding op een themanummer over deze materie, met bijdragen van o.a. M. Feteris, A.G. van Dijk en J.J. van Eck & R.K. Visser. Van voordien al E. Bauw, 'Onbekend maakt onbemind', *RegelMaat* 2013 (28) 4, p. 216 e.v., en, inzake toetsing aan grondrechten, J.H. Gerards, 'Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?', in R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: WLP 2008, m.n. p. 185 e.v. Zoals hiervoor al bleek, gaat het hier wel nog om kleine omissies, technicaliteiten, en dus niet om kwesties van grotere importantie; daar is dus nog wel wat winst te boeken.

Vgl. voor België nog Schollen 2007, nr. 188-195, en over samenwerking, dialoog en terugkoppeling reeds M. van Hoecke, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1979, m.n. p. 364 e.v.

21 Nogmaals: een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)

Hoe zou zo'n vorm van samenwerking te bereiken zijn? Ik schets hier nogmaals (in verkorte vorm) de contouren van een instituut dat die samenwerking zou kunnen bewerkstelligen: het 'Periodiek Overleg van Rechtsvormers' (POR).

Samenwerking is te bereiken door een zogenoemd 'Periodiek Overleg van Rechtsvormers' ('POR') te installeren, zie daarover Giesen/Schelhaas 2006, p. 168-172, herhaald in Giesen 2007, p. 119. Inzake de naam POR verwijst ik naar I. Giesen, *Handle with care!* (oratie UU),

Den Haag: BJu 2005, p. 12-13. Hiermee bedoel ik een overleg- en beslisstructuur, bestaande uit (leden van de) wetgevende macht, rechterlijke macht én doctrine, eventueel nog aangevuld met practici, waarin de genoemde partijen met elkaar rond de tafel gaan zitten teneinde de rechtsvorming gezamenlijk ter hand te nemen. Algemene juridische kwesties die geregeld moeten worden, worden ter tafel gebracht. Vervolgens wordt besloten of regelgeving inderdaad aan de orde is, en, zo ja, in welke richting. Denk aan een model à la dat van de Sociaal-Economische Raad (SER), waarin vertegenwoordigers van werkgevers en van werknemers overleg voeren met onafhankelijke Kroonleden. Ook kan hierbij aansluiting worden gezocht bij het instituut van de Engelse *Law Commission*, een invloedrijk college met hoog aanzien (uitvoerig: M. Dyson e.a. (ed.), *Fifty Years of the Law Commissions*, Oxford: Hart 2016). Zie voor vergelijkbare ideeën ook Vranken 2000, p. 5; W.D.H. Asser e.a., *Een nieuwe balans*, Den Haag: BJu 2003, p. 247 e.v.; J.M. Barendrecht, 'Rechtsvorming naar behoefte', *NJB* 2000, p. 690 e.v., m.n. p. 698; J.M. Barendrecht, 'Wat als de civiele kamer van de Hoge Raad er niet meer zou zijn', *AA* 2005, m.n. p. 342; en C.E. Drion, 'De gerechtelijke afwikkeling van massazaken', *NJB* 2005, p. 937.

Er is ook al eerder gepleit voor een Europese variant daarop, zie bijvoorbeeld M.J. van Laarhoven, 'Onder Ondernemers', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: BJu 2003, p. 89. 'POR'-achtige instanties worden ook geopperd door A.J. Verheij, 'Wie is verantwoordelijk voor hanteerbaar privaatrecht?', in: A.L.M. Keirse e.a. (red.), *Beter Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 179-190 (aanhakend bij de net genoemde Engelse *Law Commission*); A.J. Verdaas, 'Wetgever, besteed meer aandacht aan ons vermogensrecht!', *NTBR* 2010/47, p. 397 e.v.; H.B. Krans, 'De druk van de ketel', *NTBR* 2014/15 (een Unierechtelijke commissie voor implementatievraagstukken); *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/57 (een BPR-raad); en De Poorter 2018, p. 872 ('landelijke commissie rechtsvorming bestuursrecht').

Dit 'POR' (of hoe die dan ook zou moeten heten) zou kunnen bestaan uit vertegenwoordigers van de drie eerdergenoemde kringen: wetgever, rechterlijke macht en wetenschap. Specifiek als leden zou men dan kunnen denken aan, afhankelijk van het aantal leden, raadsheren uit de Hoge Raad, aan mensen van de Raad voor de rechtspraak, een enkele secretaris-generaal van een ministerie, waaronder dat van Justitie en Veiligheid, en een aantal wetenschappers. Voor zover de practici ook een rol zouden krijgen toebedeeld, zou men bijvoorbeeld kunnen denken aan lokale dekens of de Algemene Deken van de Nederlandse Orde van Advocaten. Ik twijfel overigens eraan practici een formele rol binnen het POR te geven, omdat die practici gericht zijn op één kant van de zaak, hetgeen nu juist niet de lijn is die in het POR gewenst is. Anderzijds is inbreng van de praktijk ook wel weer gewenst, omdat op deze wijze juridische problemen die in de praktijk leven, snel kunnen worden opgepakt.

22 Het POR in de praktijk gebracht

Het POR heeft weinig weerklank gevonden (zie Vranken 2009, p. 1092). Niettemin kan ter ondersteuning van de gedachte aan de introduceren van een POR worden gewezen op enkele ontwikkelingen in de praktijk waarbij, zonder institutionele inbedding, al op een vergelijkbare wijze gewerkt is.

Ik noem hier bijvoorbeeld de ontwikkeling van de collectieve schadevergoedingsactie, via de per 1 januari 2020 in werking getreden Wet afwikkeling massaschade (*Stb.* 2019, 130; WAMCA), waarmee voorzien is in wijziging en aanvulling van art. 3:305a BW, waarover bijvoorbeeld T. Hartlief, 'Massaschaderecht in ontwikkeling', *TPR* 2019/2, p. 451 e.v., en van voordien Asser *Procesrecht/Giesen 1* 2015/200-209. Een eerste consultatievoorstel van het ministerie werd kritisch ontvangen, waarna een groep experts uit de praktijk ('de Juristengroep') met het thema aan de slag is gegaan, en de minister van een alternatief plan heeft voorzien,

dat vervolgens grotendeels door de wetgever in het wetsvoorstel en de uiteindelijke wet is overgenomen. Zie nader *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, nr. 3, p. 5:

“De reacties op het voorontwerp in de internetconsultatie waren divers en aanleiding voor het organiseren van een stakeholdersbijeenkomst op 9 april 2015. (...) Tijdens deze stakeholdersbijeenkomst bleek er een breed gedragen consensus over een aantal onderwerpen dat geregeld zou moeten worden. (...) Een groep van juristen die deels in de regel opkomen voor aangesproken partijen deels juist voor gedupeerden, zag in de stakeholdersbijeenkomst voldoende aanleiding om aan te bieden deze onderwerpen verder te doordenken. Ik heb dit aanbod aanvaard. Deze Juristengroep heeft tussen juli en oktober 2015 gewerkt aan een set Aanbevelingen. (...) Over de Aanbevelingen is op 3 november 2015 een tweede stakeholdersbijeenkomst gehouden. Daar bleek dat de in de Aanbevelingen gekozen richting op brede steun kan rekenen. In het wetsvoorstel heb ik ervoor gekozen om de Aanbevelingen van de Juristengroep zoveel mogelijk te volgen en slechts op een beperkt aantal punten af te wijken, waar ik dat in het kader van de goede rechtsbedeling noodzakelijk acht.”

De modernisering van het civiele bewijsrecht is, op vergelijkbare, maar net iets minder vervlochten wijze, ingezet door een door de minister ingestelde Adviesgroep (bestaande uit (voormalige) leden van de rechterlijke macht, uit de wetenschap, en ambtenaren van het ministerie) de opdracht te geven om een nieuwe koers uit te zetten, waarna in diverse expertmeetings vele experts en belanghebbenden (stakeholders) geconsulteerd zijn, zodat vervolgens een rapport over de wenselijk richting van de modernisering aan de wetgever kon worden aangeboden. Zie Advies van de Expertgroep Modernisering burgerlijk bewijsrecht, april 2017, p. 7. Inmiddels is het daaruit volgende conceptwetsvoorstel in 2018 in consultatie geweest (<https://www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht>) en is een wetsvoorstel (nog steeds) in voorbereiding (aldus de minister in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Herziening van het beslag- en executierecht van juni 2019, zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35 225, nr. 3, p. 33. Het wetsvoorstel wordt verwacht in het eerste kwartaal van 2020, zie p. 15 van de bijlage (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-918530.pdf>) bij *Kamerstukken II 2019/20*, 35 300-VI, nr. 100.

Bij de groots opgezette modernisering van het Wetboek van Strafvordering is, naar het schijnt, deels op vergelijkbare wijze gewerkt, via de inbreng vanuit het Bestuurlijk ketenberaad strafrechtketen. Vgl. G. Knigge, ‘De modernisering van de strafvordering’, *RM Themis* 2017, p. 277.



HOOFDSTUK 3

De ‘tool kit’ van de rechter: interpretatiemethoden

23 De methoden van interpretatie en hun rangorde

Nadat besproken is wie de hoofdrolspelers op het rechtsvindingsveld zijn en hoe deze zich tot elkaar verhouden, is het tijd om de vraag te beantwoorden welke instrumenten de voor het privaatrecht belangrijkste van de rechtsvinders/rechtsvormers – de rechter – dan tot zijn beschikking heeft. Welke ‘interpretatiemethoden’, in de ruimste zin van het woord, zijn van belang in de rechtspraktijk bij de uitleg van wetten, regels en private normen?

Dat laatste verdient enige aandacht. Als het om de uitleg door de rechter van private regelgeving gaat, dan heeft die rechter daarbij naar mijn overtuiging in beginsel hetzelfde arsenaal aan uitlegmethoden tot zijn beschikking staan, uiteraard voor zover overeenkomstige toepassing mogelijk is. Een ‘parlementaire geschiedenis’ van een norm van zelfregulering laat zich niet eenvoudig denken, maar een blik op de manier van totstandkoming van die normstelling via verslagen (van vergaderingen), rapportages, e.d. kan evenwel mogelijk zijn, en dan ook zeer nuttig zijn.

Als de volgende lijst van rechtsvindingsinstrumenten doorgenomen is, wordt verder nog besproken dat ten principale, niettegenstaande deze waslijst aan hulpmiddelen, het (privaat) recht een discursieve grootheid is en dat, mede daarom, rechtspreken uiteindelijk kiezen is.

Zie nader nr. [41] hierna, met verwijzingen. Ik sluit mij dus aan bij de rechtsvindingsleer van Jan Vranken (zie Asser/Vranken** 1995), opnieuw (zie ook al I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag: Bju 2001, p. 485-486). Dat is overigens geen keuze tegen Scholten of Wiarda of wie dan ook, maar Vranken heeft m.i. de betere (want modernere c.q. bredere) papieren.

Een belangrijk vraagpunt voorafgaand aan de nadere bespreking hierna van de lijst van bekende en deels minder bekende interpretatiemethoden, is echter nog of er ook een *rangorde* naar mate van belangrijkheid (of anderszins) is aan te brengen in die lijst. De vrijwel unaniem gedeelde opvatting (in Nederland) is dat een dergelijke rangorde niet bestaat.

Zie (uitvoerig gemotiveerd) Groenewegen 2006, p. 187-192; Pontier 1998, p. 39; Barendrecht 1992, p. 217; Hartkamp 1992, p. 28-29; Polak 1953, p. 37, 53 en 72; Eggens 1946, p. 265; Smith 1998, p. 62 en 147; Larenz 1991, p. 344; Larenz/Wolf 1997, p. 105 (doch anders op p. 106 en 115); en Vogenauer 2001, p. 1282. Voor Zwitsers recht expliciet Bundesgericht 25 april 1995, BGE 121 III 219, p. 225. Het belang van bepaalde methoden hangt immers mede af van tijd en plaats; de wetsgeschiedenis is kort na afkondiging van de wet belangrijker dan decennia nadien, terwijl anticipatie alleen mogelijk is voor inwerkingtreding van de nieuwe wet, etc.

Smith 2007, p. 165 e.v., gaat wel uit van een *volgorde* die de rechter zou hanteren bij het gebruik van de beschikbare hulpmiddelen.

Dat laatste sluit aan bij een gedachte in het Duitse taalgebied dat er een gewoonlijk gebruikte (en daarmee nauwkeurig bepaalde) *volgorde* is, welke dan tevens voor sommige auteurs een 'Rangordnung' behelst, zie Bydlinski 2005, p. 83; Kramer 2010, p. 170 (die een lijst van auteurs voor en tegen deze stelling opsomt in voetnoot 501, p. 171). Zonder zo'n rangorde, welke is terug te voeren op Von Savigny (aldus Kramer 2010, p. 56), zou de overtuigingskracht van de 'Juristischen Methodenlehre' ontbreken, aldus Kramer 2010, p. 170-171. Maar, zo wordt dan toegevoegd, deze bestaat 'nur in abstracto' (Bydlinski 2005, p. 84, uitgewerkt op p. 85). Vogenauer 2001, p. 1262, concludeert voor Engeland en het continent dat er wel voorrangregels ontwikkeld zijn, doch dat die nooit absoluut of strikt een rangorde vestigen, doch slechts een *volgorde*.

Dat er in Nederland geen rangorde bestaat, wordt geadstrueerd doordat in vele uitspraken een keur van interpretatiemethoden (en argumenten) naast en door elkaar worden gebruikt. Een schoolvoorbeeld daarvan, ook volgens annotator Bloembergen, vormen de arresten HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (*Van Hese/De Schelde*) en NJ 2000/431 (*Rouwhof/Eternit*), waarin geschiedenis, systeem, doctrine, rechtsvergelijking, anticipatie en grondrechten hun opwachting maken. Dat laat uiteraard onverlet dat vaak genoeg de in feite voor de hand liggende *volgorde* (taal, systeem, geschiedenis) gevolgd wordt, vgl. ook nr. [25], maar juist in de lastige(re) gevallen biedt die triptiek te weinig houvast.

Een aardige onderzoeksvraag zou zijn om dit vraagstuk op meer empirische wijze (plat gezegd: 'turvend') te onderzoeken door de arresten van de Hoge Raad over zekere periodes hierop te analyseren. Inspiratie is te vinden in Barendrecht 1998, die arresten van de Hoge Raad 'scoorde' op de taken rechtseenheid, rechtsvorming en rechtsbescherming, en bij H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter*, Deventer: Kluwer 1978.

Voor het EU-recht is die rangorde er wel, aldus Asser/Hartkamp 3-I 2018/98, alsmede M.P. Maduro, 'Interpreting European Law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism', *European Journal of Legal Studies*, 2007 Vol. 1, No. 2, p. 141 ('prevailing technique'). Voor het EHRM geldt dat ook, zie Gerards 2006a, p. 111: "Een teleologische, evolutieve interpretatie is daarmee de leidende methode van het Hof." Zie ook nrs. [53]-[54] hierna.

Mede omdat een dergelijke rangorde niet bestaat, worden de hierna besproken argumentatietechnieken in betrekkelijk willekeurige *volgorde* behandeld.

Zie over de diverse interpretatiemethoden nrs. [24] e.v. hierna, alsmede o.a. Polak 1953, p. 19-53; H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter*, Deventer: Kluwer 1978; Bydlinski 2005; Kramer 2010; Smith 2007, p. 156-164. In het Duitse taalgebied gaat men echter wel uit van een gewoonlijk gebruikte (en daarmee nauwkeurig bepaalde) *volgorde*, aldus Bydlinski 2005, p. 83, zoals hiervoor al uitgewerkt. De Zwitserse rechter doet dat niet, en zet diverse interpretatiemethoden (taal, teleologie, historie, etc.) naast elkaar, zie Bundesgericht 25 april 1995, BGE 121 III 219, p. 224-225.

Dat ik de diverse methoden hierna apart bespreek, betekent – als gezegd – niet dat deze niet in allerhande combinaties voorkomen in de rechtspraktijk. Voor een voorbeeld, zie HR 6 april 2018, NJ 2019/169 (*Conservatrix/DNB*), waarin bijvoorbeeld het doel van de wet, het systeem, en de analogie aan de orde waren.

Niet apart besproken worden de doctrine en de feitenrechtspraak, hoewel de rechter ook daaraan uiteraard argumenten kan ontleen. De Hoge Raad lijkt immers niet al te zwaar daarop te willen leunen, zie HR 26 februari 2016, NJ 2016/438, m.nt. M.M. Mendel (ASR): dat een bepaalde wetsuitleg door de meerderheid van de feitenrechters en de literatuur wordt aanvaard, legt weliswaar gewicht in de schaal, maar niet steeds beslissend gewicht.

Ook de zogenoemde 'rechtsverfijning' (vgl. Asser/Scholten* 1974, p. 61-62) bespreek ik niet apart, omdat de verfijning (verbijzondering; beperking) van een algemene(re) regel in principe voortvloeit uit de uitleg ervan, op grond van de technieken (vaak: teleologie, zie Polak 1953, p. 47) die ik wel bespreken zal.

Volledigheidshalve en om transparant te zijn, wijs ik erop dat ik hierna op diverse plaatsen teksten en bronnen geput heb uit eigen eerder werk, met name uit mijn proefschrift (I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag: Bju 2001).

24 De grammaticale (taalkundige) uitleg

Het startpunt van de rechtsvinding is vaak de grammaticale uitleg van de wettelijke regeling in kwestie. De rechter, geroepen om een wetsbepaling en dus een tekst uit te leggen, gaat op zoek naar de betekenis naar gewoon spraakgebruik of naar de gangbare juridisch-technische betekenis van een (set van) woord(en), mede gelet op het zinsverband. Wat zegt de tekst van de wet zelf eigenlijk?

Zie nader Pontier 1998, p. 31; Groenewegen 2006, p. 79-99, en de special in *RM Themis* 2009-2, p. 57-90, met bijdragen van Westerman, Feteris, Smith, Kloosterhuis en Van den Hoven, en vele nadere verwijzingen. Zie ook C. Smith, 'De betekenis van de prototypische gevallen voor de rechtsvinding: taalkundige interpretatie', *TREMA* 2009, p. 336 e.v., en Schlag 2018, p. 23-25.

Taalkundige uitleg is in rechtssystemen die uitgaan van de wet als belangrijk(st)e gezagsbron (zoals in een *civil law*-land als Nederland) van groot belang en een natuurlijk vertrekpunt bij de zoektocht. "De taal, de betekenis der woorden naar spraakgebruik, staat voorop onder de gegevens voor de rechtsvinding", aldus Asser/Scholten* 1974, p. 36. Echter, omdat uitleg geen echt 'issue' zal worden als de tekst van de wet helder is, of gangbaar taalgebruik evident naar een bepaalde oplossing wijst, is enkel de taalkundige uitleg vaak niet genoeg om tot een oplossing te geraken, aldus ook Pontier 1998, p. 32. In Asser/Vranken** 1995/116 wordt, wellicht daarom, de grammaticale uitleg niet gezien als belangrijke attribuut voor de rechter en niet apart besproken, doch enkel genoemd.

Een voorbeeld van de rol die de grammaticale uitleg speelt in het huidige vermogensrecht, biedt het *Hangmat*-arrest. Eerst nadat als vertrekpunt is vastgesteld dat de tekst van de wet geen duidelijkheid verschaft (en overigens het systeem van de wet en de wetsgeschiedenis dat evenmin doen) over de vraag of art. 6:174 ook bescherming biedt aan de medebezitter van een onroerende zaak of alleen aan derden (welk woord niet in de wettekst is opgenomen), staat de zaak pas echt op scherp en gaat de Hoge Raad recht vormen. Zie HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*) en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*X./Delta Lloyd Schadeverzekeringen*), waarover nader o.a. nr. [45]. De *Lindenbaum/Cohen*-uitspraak (HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161) vormt een soortgelijk voorbeeld, zoals ook Asser/Scholten* 1974, p. 3 laat zien, want ook daarin stond de grammaticale uitleg wel voorop maar werd deze niet bepalend geacht.

Ook in Asser/Scholten* 1974, p. 37-40, wordt al met klem en overtuiging de opvatting bestreden dat de letter van de wet beslissend zou zijn en dat aan andere interpretatiemethoden pas zou kunnen worden toegekomen als de uitleg naar de letter tekort zou schieten. Dan dreigt immers 'letterknechterij'. Woorden zijn dus ook niets anders dan een hulpmiddel, waaraan soms meer (bij bevelen, bij dwingend recht, bij recente wetgeving) en soms minder gezag moet worden toegekend (*t.a.p.*, p. 40-41): "Het gezag van de taal is groot – doch het is niet het enige."

Ik wijs in dit verband ook nog op HR 9 december 2011, *NJ* 2013/273, m.nt. Jac. Hijma (*Schriftelijkheidseis*), r.o. 3.5, waarin de Hoge Raad op dit punt kraakhelder is:

"De formulering van de wet is echter niet steeds beslissend voor de uitleg daarvan, ook niet als deze wet van recente datum is."

25 De systematische uitleg

Soms wordt de betekenis van een (wettelijke) term of rechtsnorm bepaald door die term of norm in het systeem van het recht te plaatsen. De plaats van die term of norm in dat

systeem, in zijn context dus, geeft betekenis daaraan; de samenhang van de uit te leggen term of norm met andere termen of normen elders in de wet, kan leidend zijn.

Zie Pontier 1998, p. 32-33; Asser/Scholten* 1974, p. 44-45; Groenewegen 2006, p. 135 e.v. Pontier wijst er aldaar op dat wetgeving een eenheid vormt, idealiter, en dat die eenheid het gezag van de wet vergroot. Aan het systeem komt dus gezag toe, aldus ook Polak 1953, p. 28, en (dus) is het systeem hulpmiddel bij de rechtsvinding. Dat 'het systeem' gezag heeft, volgt ook uit de bekende formule uit *Quint/Te Poel* (HR 30 januari 1959, NJ 1959/548), door De Graaff recent nog uitdrukkelijk in de sleutel van de wetssystematische interpretatie gezet (R. de Graaff, 'Zestig jaar Quint/Te Poel: ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht', *NTBR* 2019/2, p. 4; vgl. ook HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *RvdW* 2019/786 (*Rentederivaat ABN AMRO*), r.o. 3.6.8). Maar ook dit middel heeft geen absolute waarde, is niet in zichzelf beslissend (Asser/Scholten* 1974, p. 48; kritisch ook T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 782). Polak 1953, p. 28-29, is zelfs vrij negatief over de bruikbaarheid ervan.

Een voorbeeld van een lijn in de rechtspraak waarin de invloed van het systeem (wel) naar voren komt, betreft het gebruik van de termen 'opzet en bewuste roekeloosheid' in het (arbeidsrechtelijke) aansprakelijkheidsrecht (art. 7:658 en 7:661 BW), zie daarover o.a. S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (3^e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 31, en o.a. HR 20 september 1996, NJ 1997/198 (*Pollemans/Hoondert*).

Asser/Vranken** 1995/118-130 bespreekt, met vele voorbeelden, de rol van het systeem en onderscheidt drie functies: i) het waken voor en bevorderen van draaglijk en hanteerbaar recht (rechtszekerheid), hetgeen zich manifesteert als de rechter harde data ('1 januari 1975') of harde normen ('50% en 100%-norm') formuleert, ii) de onderlinge afstemming van bepalingen (o.a. door tegenstrijdigheden te vermijden of door lijnen door te trekken naar andere rechtsvragen), en iii) het stellen van grenzen (lijnen dus niet doortrekken). Hier heeft dat systeem dus een bredere, ruimere taak dan bij Pontier.

Werpen we een blik op de rechtspraak van de laatste jaren, dan zien we dat de Hoge Raad zeker bereid is om argumenten ontleend aan het systeem mee te wegen (vgl. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *RvdW* 2020/88 (*Schorsing tenuitvoerlegging*), r.o. 5.5.1), dat systeem soms ook bepalend te achten, zie bijvoorbeeld HR 3 juni 2016, NJ 2016/290 (*Rabobank/Reuser*) over – kort gezegd – voorwaardelijke eigendom bij koop onder eigendomsvoorbehoud; HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1784, *RvdW* 2019/1169 (*Steinweg-Handelsveem/HDI-Gerling*) over de uitleg van art. 6:107a BW; en HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909, *RvdW* 2020/4 (*ING/Thielen q.q.*) inzake de vraag of een assurantieportefeuille een goed is (art. 3:1 BW), quod non, omdat zulks niet past in het wettelijk stelsel.

Tevens zien we terug dat systeemargumenten zeker niet zomaar doorslaggevend zijn. In de meermaals genoemde *Hangmat*-jurisprudentie (HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief) wordt de plaats van art. 6:174 BW in relatie tot de daaraan voorafgaande art. 6:169-172 BW nadrukkelijk in de beschouwing betrokken, maar wordt het argument van de verzekeraar 180 graden gedraaid. Dat die artikelen wel uitdrukkelijk zien op schade aan derden en zijn opgenomen in dezelfde afdeling als art. 6:174 BW, zoals de verzekeraar betoogde, pleit volgens de Raad 'eerder tegen de opvatting dat ook art. 6:174 alleen derden op het oog heeft dan ervoor'. Die overweging laat ook zien dat 'het systeem' als argument 'manipuleerbaar' is, want als de Hoge Raad de verweerder hier wel gevolgd had, was dat eveneens (misschien zelfs wel beter) begrijpelijk geweest.

26 De wethistorische uitleg

"De wet is wilsuiting van bepaalde met wetgeving belaste organen van de Staat", aldus Asser/Scholten* 1974, p. 41. En dus is het logisch om bij de uitleg van de wet de bedoeling van die organen op te sporen door de (geschiedenis van de) totstandkoming van de wet te benutten: wethistorische interpretatie. Daarbij geldt, onomstreden, dat uitlatingen in de parlementaire geschiedenis van groot belang, maar niet bindend zijn.

Zie Pontier 1998, p. 34. En uit Asser/Scholten* 1974, p. 42: "Niet de wetgever, maar de wet bindt ons." Maar de wetshistorische uitleg is wél een hulpmiddel (Asser/Vranken** 1995/141), waarbij een specifieke toelichting van de minister om een knelpunt op te lossen belangrijker is dan losse opmerkingen van een Kamerlid, en ook de autoriteit van degene die spreekt, gewicht in de schaal legt (Asser/Scholten* 1974, p. 42 en 43).

Scholten (*t.a.p.*, p. 44) wijst ook nog op het tijdsaspect: "De wet wordt steeds losser van haar makers, ook haar interpretatie ontwikkelt zich. Met het gezag der woorden, ja meer dan dat, verbleekt ook dat van de wetsgeschiedenis." Dat speelt bij het BW, met zijn lange totstandkomingsgeschiedenis, uiteraard extra sterk, vgl. Asser/Vranken** 1995/144. Vgl. ook W. Snijders, 'Parlementaire geschiedenis: zin en onzin', *WPNR* 6774 (2008), p. 843 e.v., en zie ook het *Stierkalf*-arrest (HR 7 maart 1980, *NJ* 1980/353, m.nt. G.J. Scholten) waarin expliciet wordt aangegeven dat zoveel jaar na dato het rechts- en wetshistorische argument aan kracht verliest.

Asser/Vranken** 1995/142 e.v., bespreekt uitvoerig waarom de wetshistorische methode omstreden is (vgl. ook B. Wolthuis, 'Parlementair debat en wetshistorische interpretatie', *AA* 2008, p. 611 e.v., die juist een lans breekt voor deze methode; positiever is ook Hartkamp 1992, p. 15 en 16), door zowel praktische en principiële daartegen bezwaren aan te dragen, waarbij het punt van (het gebrek aan) binding het meest pregnant naar voren komt (nrs. 149-154: "De wetsgeschiedenis is op zichzelf beslissend noch irrelevant." (p. 99) en 'heeft nooit het laatste woord' (p. 101). Vranken ziet de wetsgeschiedenis als een eerste commentaar op de wet, waarbij het gezag ervan afhankelijk is van de kracht van de gebruikte argumenten (p. 100). Ook Snijders haakt aan bij de overtuigingskracht van de tekst, zie W. Snijders, 'Parlementaire geschiedenis: zin en onzin', *WPNR* 6774 (2008), p. 849, net als W.H.M. Reehuis, 'De wil van de wetgever', in: C.J.H. Brunner e.a., *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer: Kluwer 1992, p. 57-72. Zie in het algemeen over deze methode ook nog Groenewegen 2006, p. 100 e.v.

Naar Engels recht kijkt de rechter helemaal niet naar de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de wet; men zoekt niet naar de intentie van de wetgever, maar naar wat een redelijk burger naar verwachting zou moeten begrijpen dat die wet betekent, zie Bell 1989, p. 57. Interessant is daarbij dat uit Amerikaans onderzoek volgt dat de invloed van 'implicit biases' bij juridische interpretatie vermindert als niet gevraagd wordt hoe de aangesprokene een wet zou interpreteren maar aan deze persoon gevraagd wordt hoe een 'ordinary reader' dat zou doen. Men doet dan aan 'debiasing'. Zie W. Farnsworth e.a., *Implicit Bias in Legal Interpretation* (October 14, 2011; U of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 577), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1944273>.

In de rechtspraak zien wij regelmatig terug dat de wetsgeschiedenis wordt aangehaald ten faveure van een bepaalde oplossing.

Ik noem hier, bij wege van voorbeeld, HR 17 mei 2019, *NJ* 2019/389 (*Conservatrix/DNB*), waarin sterk op de parlementaire geschiedenis van de Wft wordt geleund, en HR 30 maart 2018, *NJ* 2018/353 (*Dräger Nederland*), een arbeidsrechtelijke zaak (zie nader H. Bennaars e.a., 'De wetsgeschiedenis als bron van rechtsvinding in het arbeidsrecht', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2017, nr. 3, p. 118 e.v.); HR 24 maart 2017, *NJ* 2018/225 (*Pluraliteit schuldeisers*), r.o. 3.3.2; en HR 22 maart 2019, *NJ* 2019/388 (*Parkeergarage Zandvoort*), r.o. 3.5.2 (de Hoge Raad nuanceerde daarmee een eerdere eigen uitspraak en het gebruik van de parlementaire geschiedenis in dat eerdere arrest).

Zie ook nog HR 5 januari 2018, *NJ* 2018/420 (*Chemours/Stedin*), r.o. 3.5.2:

"Het onderdeel betoogt terecht dat de Ew van belang is voor het antwoord op de vraag wie eigenaar is van de transformatoren. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 5:20 lid 2 BW volgt dat de vraag wat behoort tot een net waarvan een definitie in een bijzondere wet is opgenomen, dient te worden beantwoord aan de hand van die definitie in die bijzondere wet. Deze definitie geeft in zoverre uitdrukking aan de heersende verkeersopvatting betreffende de vraag wat als bestanddeel van een net aangemerkt moet worden. Zie *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 834, nr. 9, p. 7, *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 834, nr. 12, p. 2, 5 en 15, en *Kamerstukken I* 2006-2007, 29 834, C, p. 2-3."

Hoewel soms ook blijkt dat die wetsgeschiedenis geen of onvoldoende houvast biedt.

Opnieuw zijn HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*) en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*X/Delta Lloyd Schadeverzekeringen*), waarover nader nr. [45], instructief. Of een medebezitter een aanspraak toekomt of niet, is niet uit die wetsgeschiedenis te halen; deze zwijgt op dit punt. Zo'n stilzwijgen over de kern van de zaak wordt ook geconstateerd in HR 11 januari 2008, *NJ* 2009/342 (*Hartendorp/Kooij*).

Zie verder nog HR 9 december 2011, *NJ* 2013/273, m.nt. Jac. Hijma (*Schrijftelijkheidseis*), waaruit bleek dat de totstandkomingsgeschiedenis beide zijden van het dispuut ondersteunen kan ("Aan de parlementaire geschiedenis van art. 7:2 vallen aanwijzingen in uiteenlopende zin te ontlenen."). In andere gevallen is er te veel tijd verstreken sinds de wetgever in beeld was, zie expliciet HR 7 maart 1980, *NJ* 1980/353, m.nt. G.J. Scholten (*Stierkalf*) en kan de memorie van toelichting niet afdoen aan de duidelijke bewoordingen van de wet, zie HR 23 november 2018, *NJ* 2018/467 (*Onteigening Peel en Maas*).

De rechter schroomt ook niet om contrair te oordelen aan hetgeen in de parlementaire geschiedenis opgenomen is, als dat om andere redenen nodig wordt geacht.

Ik noem hier, bij wijze van voorbeeld, HR 1 juni 2012, *NJ* 2013/172, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq Apotheken*), waarin de Hoge Raad overweegt in r.o. 4.4:

"Weliswaar is art. 3:40 BW in de T.M. nog aldus toegelicht dat indien een prestatie waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht, door de wet is verboden, de overeenkomst volgens het eerste lid nietig is (Parl. Gesch. Boek 3, blz. 191). Maar zoals in de verdere wetsgeschiedenis ligt besloten (zie de citaten in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.13.3 en 3.13.4), en ook in de rechtspraak is aanvaard (zie HR 7 april 2000, *LJN* AA5401, *NJ* 2000/652 en HR 11 mei 2001, *LJN* AB1555, *NJ* 2002/364), kan niet langer worden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, meebrengt dat zij een verboden strekking heeft en dus nietig is, ook niet als beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van dat wettelijk verbod."

In dit geval wordt die afwijking overigens wel mede gebaseerd, niet onbelangrijk, op andere passages in de wetsgeschiedenis.

Er is aldus sprake van een betrekkelijk complexe verhouding tussen de rechter en (het gebruik van) de wetsgeschiedenis, welke van geval tot geval nader bepaald wordt.

Zie voor rechtsvergelijkende gegevens (Duitsland, Engeland, VS) o.a. H. Fleischer, 'Comparative Approaches to the Use of Legislative History in Statutory Interpretation', *American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, No. 2, p. 401-437, Spring, 2012.

Ik wijs verder op HR 26 februari 2016, *NJ* 2016/438, m.nt. M.M. Mendel (*ASR*), waarin in r.o. 3.7.2 wordt aangegeven dat de parlementaire geschiedenis een bepaalde oplossing steunt, waarna in r.o. 3.9.1 wordt opgemerkt dat die wetsgeschiedenis niet doorslaggevend is, als blijkt dat een ander deel van die geschiedenis een andere kant op wijst.

Een ander voorbeeld biedt HR 28 november 2014, *NJ* 2015/194 (*Anderzorg/London*), waarin de Hoge Raad eerst uiteenzet wat er in de wetsgeschiedenis over de strekking van het ter discussie staande art. 7:962 lid 3 BW is gesteld, het arrest van het Hof mede daarom wordt vernietigd, maar als uitsmijter nog wel wordt medegedeeld dat er wellicht aanleiding is om in actie te komen, gegeven de gewijzigde omstandigheden, maar dat de wetgever dat dan zal moeten doen, daarmee tevens implicerend dat die wetsgeschiedenis niet veel langer nog leidend kan zijn, zie r.o. 3.8:

“Opmerking verdient nog het volgende. De arbeidsmarkt heeft zich ten opzichte van die ten tijde van de totstandkoming van art. 7:962 lid 3 BW in die zin ontwikkeld, dat thans meer werkzaamheden dan voorheen worden verricht op flexibele basis in uiteenlopende gedaanten. Voor zover deze ontwikkeling uitbreiding van het subrogatieverbod wenselijk maakt met betrekking tot buiten arbeidsovereenkomst tewerkgesteld personeel, is dit een kwestie die zozeer losstaat van de achtergrond van art. 7:962 lid 3 BW dat het aan de wetgever is om daarin te voorzien.”

In het strafrecht lijkt de verhouding tussen rechter en wetsgeschiedenis wat ‘inniger’ te zijn, ongetwijfeld mede ingegeven door het legaliteitsbeginsel en de *lex certa*-gedachte. Ik verwijs naar de kritische beschouwing van M.J. Borgers, ‘Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak’, in: M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Glijdende Schalen. Liber Amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: WLP 2003, p. 51 e.v. Voor het bestuursrecht lijkt te gelden dat de daar ter discussie staande relatie tussen overheid en burger maakt dat een vrij strikte afbakening van de wet en de daarin gelegen bevoegdheden nodig is, en daarbij kan de geschiedenis van de totstandkoming van de wet helpen.

Een zelfstandig fenomeen, gerelateerd aan de wetshistorische uitleg, is dat organen die bij de totstandkoming van wetgeving betrokken zijn, *na* die totstandkoming en de afkondiging van een wet uitspraken doen over de vraag welke betekenis moet worden gehecht aan die reeds bestaande wetgeving, zonder die eerdere wet daadwerkelijk via een wetsvoorstel te wijzigen. De gedachte is dan dat de uitlating als zodanig volstaat. De vraag is natuurlijk of dat zo is: is de rechter daaraan gebonden?

Volgens Borgers, die dit thema agendeerde voor het strafrecht, gaat het hier om een signaal waarvan het gewicht afhankelijk is van meerdere factoren, waaronder het draagvlak voor de geponeerde invulling, zie M.J. Borgers, *Bij nader inzien*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, m.n. p. 51-52.

Voorbeelden uit civielrechtelijke hoek zijn ook te geven, maar dat is in feite weinig zinvol, want te dien aanzien heeft naar geldend recht te gelden dat aan die (latere) uitlatingen bij de uitleg van een andere of eerdere wettelijke bepaling geen ‘bijzondere betekenis’ kan worden gehecht:

“Opmerking verdient dat aan uitlatingen van de zijde van de regering anders dan in de totstandkomings-geschiedenis van de desbetreffende wet of wetsbepaling, geen bijzondere betekenis toekomt.”

Zie HR 26 februari 2016, *NJ* 2016/438, m.nt. M.M. Mendel (*ASR*), waarover C. Modderman & R. Ortlep, ‘De betekenis van uitlatingen van de zijde van de regering bij wetsinterpretatie’, in: R. Ortlep e.a. (red.), *De rechter onder vuur*, Oisterwijk: WLP 2016, p. 139 e.v., i.h.b. p. 148 e.v. Deze auteurs verwijzen ook nog naar HR 9 december 2011, *NJ* 2013/273, m.nt. Jac. Hijma (*Schriftelijkheidseis*), r.o. 3.6.3:

“Over de vraag of art. 7:2 ook de verkoper beschermt zijn, nadat deze bepaling kracht van wet had verkregen, in de Tweede Kamer nog aanvullende vragen gesteld. Aan de beantwoording daarvan door de minister komt voor de uitleg van deze bepaling echter geen bijzondere betekenis toe aangezien deze uitlating van de minister geen onderdeel heeft uitgemaakt van de totstandkomingsgeschiedenis van de wet.”

Dat is op zich helder, maar laat dus wel onverlet dat er in een specifiek geval toch wel (enige) betekenis aan wordt gehecht, en dus zijn we terug bij mijn bespreking van Vrankens visie hiervoor: de kracht van het argument zal de doorslag geven.

27 De rechtshistorische uitleg

De rechtshistorische uitlegmethode betreft de – nog weinig benutte – werkwijze die hierop ziet dat bij de uitleg van een rechtsbegrip of regel (mede) rekening wordt gehouden met de geschiedenis, in de ruimste zin van het woord, van dat begrip of leerstuk, door terug te vallen op de maatschappelijke context of gezaghebbende schrijvers uit het verleden.

Zie over e.e.a. Pontier 1998, p. 35; en zie Groenewegen 2006, p. 131-134. De kijk op het verleden gaat dus verder dan de enkele blik op de wetsgeschiedenis van de specifieke wettelijke bepaling die ter discussie staat, de in nr. [26] besproken wetshistorische uitleg. Het gaat hier bijvoorbeeld om het invoeren van regels uit het Romeinse recht of het oudvaderlandse recht, op basis van rechtshistorisch onderzoek. Over het onderscheid: Asser/Scholten* 1974, p. 35 en p. 77-78. Aldaar, op p. 35, blijkt dat Scholten veel belang hechtte (doch ook deze methode niet alleen beslissend achtte, *t.a.p.*, p. 82) aan deze werkwijze (en taak der rechtswetenschap), die omschreven wordt als 'de uitlegging naar herkomst'. We moeten het recht in ontwikkeling zien en dus ook terugkijken naar het verleden.

Het belang ervan is tegenwoordig echter beperkt (in Asser/Vranken** 1995 wordt de methode niet genoemd), omdat deze uitlegmethode nog maar weinig benut wordt, en dat geldt nog sterker als er veel tijd verstreken is sinds de invoering van de wettelijke bepaling, aldus het *Stierkalf*-arrest (HR 7 maart 1980, *NJ* 1980/353, m.nt. G.J. Scholten), waarin expliciet wordt aangegeven dat het rechts- en wetshistorische argument na verloop van tijd aan kracht inboet.

Als 'uitzondering' hierop noem ik HR 20 februari 2015, *NJ* 2016/209, m.nt. H.J. Snijders (*13e penning*), maar dat arrest ging dan ook over heel oude wetgeving. De methode heeft overigens haar waarde wel bewezen in het verleden, o.a. in HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*), waarin (i.c. tevergeefs overigens) een beroep werd gedaan op een (voortlevende) traditie uit het Franse recht en ook het Romeinse recht in de overwegingen werd betrokken. Zie daarover overigens ook Asser/Scholten* 1974, p. 81. En ook in *Lindenbaum/Cohen* (HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161) werd de Franse achtergrond en historie van art. 1401 oud BW betrokken. Die afnemende waardering hangt wellicht samen met de huidige, afkalvende status van de rechtsgeschiedenis als subdiscipline binnen de rechtswetenschap en de juridische opleidingen, maar veel meer dan speculatie is dit niet. Zie nader J.M. Milo, 'Hang naar heden. Over het verleden in het geldende recht', *AA* 2017, p. 240 e.v.

Het hiervoor genoemde arrest HR 20 februari 2015, *NJ* 2016/209, m.nt. H.J. Snijders (*13e penning*) laat overigens zien dat er, gekoppeld aan de rechtshistorische interpretatie, ook ruimte kan zijn om de gewoonte (hoewel eigenlijk meer een rechtsbron, aldus HR 3 maart 1972, *NJ* 1972/339 (*Marings boerderij*), dan een uitlegmethode) in de beschouwingen te betrekken. Vgl. ook Polak 1953, p. 44-45 (weinig zelfstandige betekenis). De Hoge Raad voegt daar wel meteen aan toe dat gewijzigde rechtsregels en maatschappelijke opvattingen zeker ook van belang zijn:

“Oude zakelijke rechten als dat van de dertiende penning worden, bij gebreke van een wettelijke regeling, beheerst door het gewoonterecht. Weliswaar moeten deze rechten krachtens art. 1 van de Wet van 16 mei 1829, Stb. 29, worden geëerbiedigd, maar dit betekent niet dat de sedertdien ingevoerde algemene regels van het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van die rechten niet van belang zijn. Voorts lenen die rechten zich voor verdere ontwikkeling op grond van zich wijzigende maatschappelijke omstandigheden. Ingeval onzekerheid bestaat omtrent wat gewoonte is, kan aansluiting worden gezocht bij hetgeen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld met betrekking tot de daadwerkelijke uitoefening van het recht gedurende de meest recente periode (vgl. onder meer HR 1 juli 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1414, *NJ* 1995/547 en HR 20 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2394, *NJ* 1999/302).”

28 De teleologische uitleg

Bij teleologische uitleg gaat het om uitleg van een regel of norm naar het doel en de strekking daarvan. De nadruk ligt op het gegeven dat er een doel aan de regel ten grondslag ligt, dan wel dat deze regel een bepaalde functie heeft, en dat dit doel of deze functie vervolgens bepalend is; de uitleg geschiedt in het licht van dat doel of die functie.

Aldus Pontier 1998, p. 35. Zie ook Asser/Scholten* 1974, p. 119-120; Lankhorst 1992, p. 119; Groenewegen 2006, p. 166 e.v.; M. Meirlaen, 'Teleologische interpretatie', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2019, nr. 405; Schlag 2018, p. 25-28; Bydlinski 2005, p. 26 e.v.; Kramer 2010, p. 146 e.v.; Polak 1953, p. 41 e.v.; alsmede Eggens 1962, p. 483, die de teleologie zeer centraal plaatste, net overigens als Cardozo 1921, m.n. p. 98 e.v. (die dit 'the method of sociology' noemt). Asser/Vranken** 1995/118, noemt de ratio als instrument doch gaat er – verrassend wellicht – verder niet op in, zo constateerde ook J.M. Barendrecht, 'Pragmatische argumenten', in: Van de Griend/De Waard 1996, p. 33.

Het HvJ EU maakt veelvuldig gebruik van deze denkwijze, aldus reeds Pontier 1998, p. 36. Zie nader nr. [53]. Naar Engels recht is 'purposive interpretation' de 'basic judicial approach', aldus Bell 1989, p. 59.

De actuele of objectieve betekenis van een tekst staat hier centraal, zodat via deze interpretatiemethode goed rekening kan worden gehouden met 'tijdsverloop' sedert het opstellen van de norm, omdat daarbij het veranderde doel van de norm goed naar voren kan komen.

Vergelijk Pontier 1998, p. 36. Zie ook HR 16 juni 2006, *NJ* 2007/462 (*Gouman/Van Steijn*), r.o. 3.2.2: door een wetwijziging is de ratio van art. 335 lid 2 (oud) Rv verzwakt, hetgeen aanleiding is te kiezen voor een restrictieve toepassing van dat artikel.

Het belang van deze methode springt te meer in het oog, indien men Barendrecht 1992, p. 215, volgt en ervan uitgaat dat deze vorm van interpretatie niets anders is dan het rechtstreeks zoeken naar een rechtvaardige oplossing. In die zin ook Eggens 1962, p. 483.

Volgens Larenz 1991, p. 336, wordt de teleologische uitleg bepaald door rechtsethische principes, zoals vertrouwensbescherming.

Teleologische uitleg is ook volgens de wetgever van belang, zie *PG Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1022, en over dat belang verder onder anderen E.M. Meijers, *De algemeene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 23, 33, en 67; Eggens 1946, p. 266; Lankhorst 1992, p. 124 en 143; Wiarda/Koopmans 1999, p. 36 en 38.

In het kader van de teleologische uitleg worden soms twee varianten onderscheiden. De *objectieve* variant van die uitlegmethode komt hierop neer dat het doel en de strekking van de norm gezocht wordt, onafhankelijk van de (toenmalige) wil van de wetgever, terwijl de *subjectieve* variant nu juist het doel en de strekking probeert te achterhalen aan de hand van die (toenmalige) wil van de wetgever.

In deze laatste variant speelt daarmee de (totstandkomings)geschiedenis van de norm een overwegende rol, met als gevolg dat deze een nogal statisch karakter heeft en dicht aanschuurt tegen de wetshistorische uitleg. Voor een recent voorbeeld zie HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1907, *RvdW* 2020/2 (*Coniferenhaag*), r.o. 3.1.4. De objectieve teleologie is dynamischer. Deze houdt rekening met gewijzigde omstandigheden. Omdat er ook tussenvormen van beide bestaan, en beide van belang kunnen zijn bij de bepaling van de strekking van de norm, dienen mijns inziens in beginsel beide varianten in het oog te worden gehouden. Zie hierover Lankhorst 1992, p. 125 e.v., die op p. 129-130 als stelregel

meegeeft dat de subjectieve variant belangrijker is bij normen van recente datum. Zie ook nog Zippelius 1971, p. 58-59; Larenz 1991, p. 332 en 333 e.v.; en Larenz/Wolf 1997, p. 103-104.

Ik ga er bijgevolg van uit dat bij de bepaling van het doel en de strekking van een regeling ook de wetshistorie als uitlegmethode van belang is. Zie bijvoorbeeld Hartkamp 1992, p. 14; Zippelius 1971, p. 58. Daarbij past dan wel de kanttkening dat de strekking van een regeling in de loop der tijd kan veranderen. Alsdan wordt de wetsgeschiedenis minder relevant, zie bijvoorbeeld Polak 1953, p. 9, en nr. [26] hiervoor.

Het is overigens niet verstandig om het doel van een norm enkel en alleen uit die norm zelf af te leiden, omdat dat proces al snel verzandt in een cirkelredenering: het doel wordt dan uit de norm afgeleid, waarna die norm weer naar dat doel uitgelegd wordt.

Zie reeds W. Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970, p. 41 en 42. Men dient derhalve niet alleen acht te slaan op de norm zelf. Zoals gezegd, bij de bepaling van het doel en de strekking van de norm speelt ook de wetsgeschiedenis een rol, maar ook andere interpretatiemethoden kunnen daarbij gebruikt worden. Zo komt bijvoorbeeld ook een, op nationaal niveau, wat minder courante methode van rechtsvinding, de *dynamisch-evolutieve* interpretatie, zie nr. [30], voor toepassing in aanmerking.

29 De anticiperende uitleg

Anticiperende uitleg gaat om het betrekken van toekomstige (nog niet in werking getreden) wetgeving bij de uitleg van de (bestaande) wet in een concreet, nu opkomend geschil (dat dus speelt onder die oudere wetgeving).

Zie o.a. Asser/Vranken** 1995/155-157, die aldaar wijst op de bijzonderheid van deze methode in Europa, en op de bezwaren (nieuw recht vervangt geldend recht, steunend op een rechterlijke beslissing; het overgangsrecht voor de nieuwe wet is achterhaald). Zie ook Schoordijk 1988, p. 50-51; Groenewegen 2006, p. 127-131; Smith 2007, p. 158-159; en Stolker 1993, p. 59-60. Gegeven (en tijdens) de langdurige introductieperiode van het nieuwe vermogensrecht in het BW was het mijns inziens echter helemaal niet zo vreemd dat anticipatie veelvuldig voorkwam; er was zelfs een Monografie Nieuw BW aan gewijd (A.M.J. van Buchem-Spapens, *Anticipatie*, Deventer: Kluwer 1986). Waarom immers niet de nieuwste inzichten, indien voorradig, benut bij de uitleg van de huidige stand van het recht waar er onzekerheden bestaan? Vgl. Asser/Vranken** 1995/158-161, die daarbij onderscheidt tussen aanvullende, ondersteunende en informerende anticipatie. Dan is, kort gezegd, het recht meteen bij de tijd, en dat voorkomt bijvoorbeeld ook weer overgangsprikelen na de daadwerkelijke invoering van de nieuwe regel (welke reeds in het verschiep ligt) die bij niet-anticiperen zou afwijken van de oude regel.

Het voorgaande vergt echter wel dat (vrijwel) zeker is dat de nieuwe wetgeving het *Staatsblad* ook haalt. Dat de Hoge Raad niet (toen al) anticeerde op de introductie van de regeling voor vergoeding van affectieschade in het *Kindertaxi*-arrest (HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240) is wat dat betreft verstandig geweest. Vgl. Asser/Vranken** 1995/165. Maar uitzonderingen worden ook hier gemaakt, zie HR 28 september 2018, *NJ* 2019/70 (*Organik/Dow Chemical*), r.o. 6.2.4., waarin een voorontwerp van wet benut wordt als een argument.

Verder zal men, met Vranken (*a.w.*, nrs. 166-167, met verwijzingen) anticipatie als techniek moeten afwijzen als het komende recht (te) sterk afwijkt van het geldende. De betrokken burgers zijn daarop niet voorbereid of afgegaan. Vrankens vuistregels voor het bepalen van de grens van wat te sterk afwijkend is (mate van verschil; wetgevingsfase; urgentie; complexiteit; stand van de doctrine; mate van verwerpelijkheid van oud recht; eerdere aanwijzingen voor anticipatie), zijn nog steeds leidend.

Anticiperende interpretatie is overigens niet beperkt tot wetgevingsoperaties zoals die van het nieuwe BW. Markant is natuurlijk – Asser/Vranken** 1995/156, wijst daar ook op – dat ook *Lindenbaum/Cohen* (HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161) een voorbeeld daarvan

is. Niettemin mag verwacht worden dat het belang ervan tegenwoordig geringer is, nu de instroom van naar oud recht te beoordelen zaken is opgedroogd en er momenteel geen grote hercodificatie meer in de wacht staat (hoewel de procesrechtwijziging via *Kel* in potentie als zodanig kon worden gekwalificeerd). Volgens Pontier 1998, p. 37, is anticipatie sowieso nogal zeldzaam. Dat laat echter onverlet dat het nog steeds gebeurt, zie bijvoorbeeld HR 24 maart 2017, *NJ* 2018/225 (*Pluraliteit schuldeisers*), r.o. 3.3.2, waarin zelfs op een wetgevingsprogramma wordt gesteund ('mede van belang'). Zie ook HR 28 september 2018, *NJ* 2019/70 (*Organik/Dow Chemical*), waarin vooruitgekeken wordt naar (het voorontwerp inzake) de modernisering van het bewijsrecht.

Belangrijk in de veellagige rechtsorde die Nederland is, is dat anticipatie ook kan zien op de aanstaande omzetting van een Europese richtlijn in het nationale recht. Een voorbeeld is HR 8 juli 2016, *NJ* 2017/262 (*Tennet/ABB*), waarin in r.o. 4.3.4 wordt uitgesproken dat anticipatie op een EU-richtlijn (en het bijbehorende wetsvoorstel) die een half jaar later omgezet moet zijn in het nationale recht, wenselijk is.

In verband hiermee verdient ook de zogenoemde *retrocipatie* nog kort vermelding. Deze figuur, zo genoemd door Snijders, ziet hierop dat bij de uitleg van (inmiddels) oud recht vanuit het huidige recht en de aanwijzingen die daarin schuilen, moet worden teruggeredeneerd.

Zie H.J. Snijders, *Retrocipatie* (oratie Leiden), 1995; Asser/Vranken** 1995/161-162. Deze richting op gaat HR 24 maart 2017, *NJ* 2018/225 (*Pluraliteit schuldeisers*), maar de nieuwe wetgeving waarop geleund wordt voor de uitleg was in dat geval nog geen geldend recht.

30 De dynamisch-evolutionaire uitleg

Bij de dynamisch-evolutionaire uitlegmethode gaat het erom dat bij de uitleg van een norm (mede) betekenis wordt toegekend aan de (rechts)ontwikkelingen, de wijzigingen van de maatschappelijke opvattingen en omstandigheden, die plaats hebben gevonden nadat de regel in de wet werd neergelegd. Het betreft wat mij betreft in de kern een uitlegregel die uitgaat van een 'update' van hetgeen de wetshistorische uitleg met zich zou brengen, in het licht van die nieuwe, gewijzigde omstandigheden.

Vergelijk Pontier 1998, p. 38-39, die aldaar aangeeft dat deze methode in Nederland weinig benut wordt, maar dat het EHRM er vaker mee werkt, vgl. nr. [54]. Deze methode lijkt sterk op wat Eggens 1946, p. 264 e.v., *transpositie* noemt. Zie ook al Polak 1953, p. 45 e.v., die wijst op het gevaar dat in strijd met de bedoeling van de wetgever wordt gehandeld.

Een nationaal voorbeeld biedt de zaak, in nr. [27] al genoemd, inzake het recht van de 13^e penning, zie HR 20 februari 2015, *NJ* 2016/209, m.nt. H.J. Snijders (*13e penning*): "Voorts lenen die rechten zich voor verdere ontwikkeling op grond van zich wijzigende maatschappelijke omstandigheden."

De aanhangers van de leer van het 'Originalism' bij de uitleg van de Amerikaanse Grondwet, onder wie voormalig opperrechter Scalia, zullen deze methode niet in de gereedschapskist terug willen vinden. Te kort geschetst: zij focussen enkel op de historische betekenis van een tekst in de context van de tijd waarin die tekst geschreven werd. Latere omstandigheden meewegen, is daarbij niet toegestaan. Zie nog nr. [63].

In de Duitstalige rechtsvindingsliteratuur wordt dit onderscheid ook wel gemaakt, zie Kramer 2010, p. 147. Men onderscheidt dan de 'subjektiv-teleologische Methode' (welk doel had de historische wetgever voor ogen?) van de 'objektiv-teleologische Methode' (welk doel heeft de norm in het hier en nu?), waarbij beide varianten dan relevant kunnen zijn voor de uitleg. In Nederland zullen beide elementen kunnen terugkomen onder de noemers 'wetshistorie' en 'teleologie', zie nr. [29], en dat lijkt mij wel zo verstandig (waarom zou je een van beide willen uitsluiten als je zoekt, vgl. nr. [3], naar de 'juiste' uitkomst?).

31 De redelijke en praktische uitleg

In de literatuur minder besproken is de wijze van uitleg waarbij bij het bepalen van de inhoud van een regel teruggegrepen wordt op een 'redelijke, op de praktijk afgestemde' uitleg. Daarmee verwordt de feitelijke gang van zaken in een bepaalde praktijk een (soort van) interpretatiemethode.

Zie hiervoor nr. [14], en bijvoorbeeld HR 29 juni 2001, *NJ* 2001/662, m.nt. W.M. Kleijn (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*):

“Een redelijke, op de praktijk afgestemde, uitleg van het in de art. 3:239 lid 1, 3:236 lid 2 en 3:94 lid 1 bedoelde vereiste van een akte voor de levering onderscheidenlijk verpanding van vorderingen brengt mee dat, anders dan waarvan deze klacht uitgaat, voldoende is dat de verkrijger van de vordering, of van een recht van pand erop, redelijkerwijs uit de akte heeft mogen begrijpen dat zij tot levering of tot vestiging van pandrecht was bedoeld.”

Dezelfde bewoordingen zijn terug te vinden in diverse andere arresten van de Hoge Raad. Ik noem slechts HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000/207; HR 6 april 2001, *NJ* 2002/385; en HR 11 februari 2011, *NJ* 2011/571, m.nt. Jac. Hijma (*X/X*), over de uitleg van de algemene voorwaarden-regeling; HR 21 oktober 2011, *NJ* 2013/23, m.nt. H.J. Snijders (*Hasfeld/Cohen*); alsmede HR 21 februari 1992, *NJ* 1992/354 (*Dupree/Nieuwkoop*) over de uitleg van de woonwagenwet. Een behoefte die gevoeld wordt in de praktijk is echter zeker niet steeds leidend, zie bijvoorbeeld HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909, *RvdW* 2020/4 (*ING/Thielen q.q.*), r.o. 3.6.

In vroeger tijden ging het hier om 'de eisen van het verkeer', zie daarover Asser/Scholten* 1974, p. 117-119.

Ook los van deze specifieke gevallen, wordt er bij de interpretatie van het recht wel teruggegrepen op die uitleg die 'redelijk' of het 'meest redelijk' is; het gaat dan om het vinden van een 'aanvaardbare oplossing' of het vermijden van 'onrechtvaardige resultaten'.

Zie Polak 1953, p. 51-53. Een voorbeeld van een zaak waarin de Hoge Raad (mede) aansluiting zoekt bij datgene wat het 'meest redelijk' is, is HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*), r.o. 4.3.4, en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*X/Delta Lloyd Schadeverzekeringen*). In de eerste zaak wordt vervolgens de beperking van de schadevergoeding tot 50% (na aftrek van het aandeel van de eiseres in de gebrekkige opstal) verantwoord door erop te wijzen dat dit het resultaat van 'een redelijke wetsuitleg' is. Zie ook al Pontier 1998, p. 44-45. Recentelijk heeft de Hoge Raad, in lijn hiermee, de norm van het 'redelijk en maatschappelijk aanvaardbaar resultaat' benut. Zie nr. [3] hiervoor, en HR 13 april 2018, *NJ* 2018/463 (*Opzetclausule*), maar het ging hier wel om de uitleg van een contractvoorwaarde. In HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, *RvdW* 2019/1015 (*Rentederivaat ING*), r.o. 4.5.2, werd een 'onrechtvaardig resultaat' voorkomen.

De insteek dat de rechter moet komen tot een beslissing die 'werkkracht' heeft, zoals Schoordijk (o.a. Schoordijk 2014, p. 55) bepleitte (zie ook Ortlep 2015, p. 118 en 119-122), zou wellicht ook onder deze categorie geplaatst kunnen worden. Lees maar 'redelijk is' waar er nu 'werkkracht' staat, en het beeld lijkt helder. Schoordijk zou echter hebben tegengeworpen dat werkkracht staat voor de maatstaf waaraan getoetst moet worden of de langs andere interpretatiewegen bereikte uitkomst 'juist' is, zo ongeveer zoals het bij Scholten (Asser/Scholten* 1974, p. 133 en 135) ging om de in het geloof wortelende gewetensbeslissing.

Het probleem met deze manier van werken is dat het concept van de 'aanvaardbare oplossing' of 'redelijke wetsuitleg' als interpretatiemethode eigenlijk een lege huls is, althans enkel het resultaat van het rechtsvindingsproces door een specifieke rechter betreft en niet de weg erna. Het is veeleer een conclusie dan een zelfstandig argument.

Zo Polak 1953, p. 53. Er wordt niet daadwerkelijk uitgelegd wat de wet wil zeggen, maar de (voor deze rechter) wenselijke (want redelijke) uitkomst wordt dan gebracht als hoofdbestanddeel van het proces (de uitleg van de wet) richting een op andere, niet vermelde gronden (als redelijk) bepaalde uitkomst. “De redelijkheid is dan de dekmantel voor niet door de rechter genoemde argumenten”, aldus Polak 1953, p. 53. Pontier 1998, p. 46, bestempelt deze techniek als een ‘ongelukkige rechtsvindingsstechniek’, omdat de rechter autonoom, zonder houvast te ontleen aan andere gereedschappen, vaststelt wat de redelijkheid gebiedt, terwijl daarover uiteraard getwist kan worden. Als de ‘redelijke wetsuitleg’ inderdaad ‘solo’ wordt ingezet, is dit verwijft terecht, maar als de ‘meest redelijke’ uitkomst nader wordt gestaafd, is er geen probleem, want dan is er wel een toets aangelegd. Ter illustratie: in HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*) zien we beide varianten terug.

32 De analogie en de a contrario-redenering

De analogieredenering ziet op het geval dat een regel wordt toegepast op een situatie die deze regel naar letter en bedoeling, voor zover kenbaar, niet bestrijkt, maar die voldoende op het wel geregelde geval lijkt.

Zie Asser/Scholten* 1974, p. 60. Zie ook Polak 1953, p. 33-37; Pontier 1998, p. 42-43; Groenewegen 2006, p. 202-212; en A.H.T. Heisterkamp, ‘Schakelbepalingen en analogie in het (N)BW’, in: C.J.H. Brunner e.a., *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer: Kluwer 1992, p. 73-86. Vranken ziet in de analogie en de a contrario-redenering enkel een vorm van systematische uitleg, zie Asser/Vranken** 1995/118, en bespreekt deze niet apart. Zeer kritisch (‘overgevaardeerd’) over analogieredeneringen is Posner 1990, p. 86-98 en p. 455-456.

Waarom doen we dit (toch), analogieën opzetten? Dat heeft volgens Scholten (Asser/Scholten* 1974, p. 61; zo ook Polak 1953, p. 34) van doen met gelijke gevallen gelijk behandelen. Wat er gebeurt, is dat we uit het ene geval een algemene regel afleiden die we dan weer toepassen op het andere, gelijkende bijzondere geval. Daarbij staat ‘gelijk’ dan uiteraard voor ‘in voldoende mate gelijk’ want helemaal gelijk zijn de gevallen niet, dan zou er immers geen noodzaak voor analogie zijn geweest.

Het is goed te beseffen dat in het strafrecht (art. 1 Sr) de analogie verboden is. Dat komt omdat men met deze methode buiten de wet treedt (*praeter legem* gaat, aldus Polak 1953, p. 34, doch kritisch daarover Asser/Scholten* 1974, p. 69-70), en dat is in strijd met het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid. Vgl. ook Kramer 2010, p. 39-40, en Bydlinksi 2005, p. 8. Er is in Nederland veel discussie over gevoerd, voor WO II, zie bijv. K. Schuyt, *R.P. Cleveringa*, Boom: Amsterdam 2019, p. 118-119.

Iets vergelijkbaars zien we overigens ook wel in het civiele recht, bijvoorbeeld bij de vraag naar de mogelijke analoge toepassing van een risicoaansprakelijkheid. Die aansprakelijkheden zijn limitatief opgesomd en hebben geen extensief bereik, zodat analoge toepassing niet voor de hand ligt, aldus A-G Wattels conclusie van 10 mei 2019 in de Groninger aardbevingszaak (ECLI:NL:PHR:2019:496) in nr. 4.2.15-16.

In zekere zin het spiegelbeeld van de analogieredenering is de a contrario-redenering: als de wet een soortgelijk geval juist niet geregeld heeft, kan daaruit afgeleid worden dat de regel dat geval dus niet bestrijkt.

Een mogelijk ruimer toepassingsbereik van de regel wordt dus verworpen, aldus Pontier 1998, p. 44, die aldaar ook aangeeft dat dit (anders dan de analogie) een zeldzaamheid is. Zie ook Groenewegen 2006, p. 212-218. De analogie veronderstelt, zo liet Polak 1953, p. 33, al zien, een systeem van regels, maar datzelfde systeem kan ook duiden op een a contrario redenering.

Dat roept dan wel meteen de vraag op naar de keuze tussen de ene of de andere kant van diezelfde medaille.

Dat er een keuze tussen de twee moet worden gemaakt, laat zien dat rechtsvinding ook een waardeoordeel behelst. Zie Polak 1953, p. 33. Maar *hoe* die keuze te maken? Polak stelt dat uit het klassieke schema 'hoofdregel-uitzondering' afgeleid wordt dat uitzonderingen strikt geïnterpreteerd moeten worden, en dus niet analoog toe te passen zijn, maar daarmee dus wel a contrario. Echter, of iets een uitzondering is, moet ook weer bepaald (uitgelegd) worden, en dan aan de hand van de normale technieken. Bijgevolg hebben de analogie en de a contrario-redenering 'op zichzelf weinig betekenis', ze behoeven de steun van andere factoren, aldus Polak 1953, p. 35-37. In die zin ook Pontier 1998, p. 44.

33 Rechtsbeginselen

Het gebruik van rechtsbeginselen bij de rechtsvinding is breed erkend en aanvaard, en is in zekere zin in de wet verankerd via art. 3:12 BW.

Dat gebruik wordt bovendien breed geaccepteerd, zonder dat het gevaar waar Zonderland 1976 voor het procesrecht op wees (nl. een te ruime uitleg, zie nader *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/49), zich lijkt te realiseren. Zo bijvoorbeeld *Asser/Vranken*** 1995/131-140; Wiarda/Koopmans 1999, p. 87-91; Bydlinski 2005, p. 70 e.v.; Kramer 2010, p. 247 e.v. Vgl. ook T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 780-784; Smith 2007, p. 111 e.v., doch ook al Polak 1953, p. 48-49. Over rechtsbeginselen als begrip: *Asser/Scholten** 1974, p. 62-68; *Asser/Vranken*** 1995, nrs. 132 en 135, en (rechtsvergelijkend) E.H. Hondius, 'Rechtsbeginselen in Europees perspectief', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 187-198. Over rechtsbeginselen in relatie tot de rechtsvinding in Duitsland en de VS reeds J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen: J.C.N. Mohr 1956.

Aan het gebruik als interpretatiemethode doet niet af dat rechtsbeginselen als zodanig lastig te vinden zijn (zeker in het Europese recht, vgl. *Asser/Hartkamp 3-I* 2018/105 e.v.) en dat deze eigenlijk veeleer als bron van recht moeten worden gekwalificeerd, zie Pontier 1998, p. 17, 19-20. Omdat zo'n bron van recht uiteraard een rol kan spelen bij de uitleg van een andere bron (de wet), is een rechtsbeginsel ook als een methode van uitleg te begrijpen. Een beginsel kan bijvoorbeeld de reikwijdte van een regel bepalen, vgl. Pontier 1998, p. 20. Bij de gewoonte (als rechtsbron, zie HR 3 maart 1972, *NJ* 1972/339 (*Marings boerderij*)), en zie nr. [27]) speelt overigens hetzelfde.

Ook de rechtspraak laat regelmatig voorbeelden zien van het gebruik van rechtsbeginselen om een bepaalde uitleg te verantwoorden.

Pontier 1998, p. 20, bespreekt bijvoorbeeld HR 1 maart 1985, *NJ* 1986/173 (*Verschoningsrecht notaris*), waarin de grondslag van het verschoningsrecht wordt gezocht in een algemeen rechtsbeginsel op grond waarvan, kort gezegd, de waarheidsvinding moet wijken voor het zonder vrees deskundige bijstand kunnen invoeren. Meer in het algemeen wordt in het burgerlijk procesrecht tegenwoordig veel gewerkt met en gedacht vanuit (proces)beginselen, de opname van een boek daarover in de *Asser Procesrecht*-serie getuigt daarvan.

In het vermogensrecht kan het beginsel van contractsvrijheid bijvoorbeeld bepalend zijn voor de uitkomst van een geschil. Zie voor een geval uit het aanbestedingsrecht HR 3 mei 2013, *NJ* 2013/572, m.nt. C.E.C. Jansen (*KLM*). De Raad overweegt:

"Uit de contractsvrijheid vloeit voort dat het partijen in een aanbesteding door een private (rechts)persoon als bedoeld hiervoor in 3.5 in beginsel vrijstaat om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel uit te sluiten."

En in de volgende onteigeningskwesitie speelden diverse beginselen een rol. In elk geval art. 1 Eerste Protocol EVRM inzake het recht op eigendom, het beginsel van proportionaliteit, alsmede de wellicht ook nog als beginsel te duiden rechtszekerheid, werden van stal gehaald, tevergeefs voor de eiser tot cassatie. Zie HR 12 juli 2013, *NJ* 2014/86, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Onteigening Den Dungen-Maas*), r.o. 3.6.3:

“Anders dan [eiser] betoogt, brengt art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM niet mee dat hij – in afwijking van hetgeen hiervoor in 3.6.2 is overwogen – als hypotheekhouder in cassatie zelfstandig klachten moet kunnen richten tegen de door de rechtbank (in zijn ogen: te laag) vastgestelde schadeloosstelling, ook als de onteigende hypotheekgever dat zelf niet heeft gedaan. (...) Deze wettelijke regeling komt ook niet in strijd met het in het internationaal recht verankerde beginsel van proportionaliteit. (...) Voorts moet bedacht worden dat het wettelijk stelsel de rechtszekerheid dient, doordat wordt voorkomen dat in de verhouding tussen de onteigenaar en de hypotheekhouder een ander bedrag aan schadeloosstelling kan worden vastgesteld dan in de verhouding tussen de onteigenaar en de onteigende (...)”

34 Rechtsvergelijking

De mogelijke rol van rechtsvergelijking bij de rechtsvinding en rechtsvorming kan betrekking hebben op een interne rechtsvergelijking of op een externe rechtsvergelijking. Het procedé is dan hetzelfde, want beide vormen dwingen tot openheid voor wat elders gebeurt, en dus worden ze hier tezamen besproken.

Over die ‘dwang’ tot openheid, Asser/Vranken** 1995/197 en 198, die het thema van de rechtsvergelijking zeer uitvoerig besproken heeft, zodat ik hierna beknopt kan blijven.

Bij beide vormen van vergelijking geldt dat het gaat om uitleg en toepassing van het eigen nationale civiele recht mede op basis van een vergelijking met een ander deelterrein van het recht (intern) of een ander rechtstelsel (extern), vgl. Asser/Vranken** 1995/191 en 198. Zowel bij de interne als externe vergelijking geldt dan dat bij die vergelijking niet alleen wetgeving, maar zeker ook rechtspraak en literatuur van elders wordt (althans: zou moeten worden) benut. Voor een voorbeeld waarin dat daadwerkelijk geschiedde, zie HR 1 december 2017, *NJ* 2019/137 (*Irak/X.*), waarover C.E. Drion, ‘Rechtsvinding bij de Hoge Raad’, *NJB* 2017/2274, p. 3123, alsmede HR 19 mei 2017, *NJ* 2017/227 (*Prijsvrij.nl/Corendon*) waarin Duitse rechtspraak maar ook het commentaar bij een onderdeel van de ‘Principles of European Law’ (de rechtsvergelijkende oogst van de Study Group on a European Civil Code, onder leiding van Chr. Von Bar) genoemd wordt.

Vranken beschrijft verder de gegroeide behoefte (mede ingegeven door wat nu ‘meergelaagdheid’ of ‘veellagigheid’ heet) aan interne rechtsvergelijking, die niet langer enkel dient om inconsistenties te vermijden (ergo: defensief gebruik), zie nrs. 192-196. Ook bespreekt hij het (nog) spaarzame gebruik van de externe rechtsvergelijking in de rechtspraak (nr. 198-199). Dat gebeurt namelijk – ook nu nog, zie De Groot 2014, p. 136, en anders dan in Zwitserland, zie Kramer 2010, p. 252-254 – alleen daar waar het moet (bijv. in geschillen over internationaal handelsrecht), zie nr. 200; Polak 1953, p. 41, en bijvoorbeeld HR 18 december 2009, *NJ* 2010/481, m.nt. K.F. Haak (*Fortis Corporate Insurance/Uni-Data Logistics*), alsmede HR 29 maart 2019, *NJ* 2019/324 (*De 4 Jaargetijden*). En als het al gebeurt, is dat steeds in algemene bewoordingen (varianten op ‘gelet op wat elders geldt’) en als ondersteunend argument (je mag er acht op slaan, maar beslissend is het niet). Zie Asser/Vranken** 1995/201-201. We zien beide elementen terug in uitspraken over de acceptatie en hoogte van smartengeld, zo laat Vranken aldaar zien: zie HR 21 mei 1943, *NJ* 1943/455 (*Van Kreuningen/Bessem*), waarover ook Polak 1953, p. 41, resp. HR 8 juli 1992, *NJ* 1992/714 (*AMC*). Een uitzondering hierop is het al genoemde arrest HR 1 december 2017, *NJ* 2019/137 (*Irak/X.*). Een ander voorbeeld waarin de Hoge Raad iets specifiek is, is HR 22 december 2017, *NJ* 2018/226, m.nt. M.M. Mendel (*Waarborgfonds/Bovemij*), waarin bijvoorbeeld Belgische rechtspraak langs komt.

De reden voor deze insteek (algemeen en ondersteunend) is dat vreemd recht nu eenmaal niet bindend is voor de rechter (Asser/Vranken** 1995/203), zodat de rechtsvergelijking

het van de 'persuasive authority', de overtuigingskracht, de kracht van het argument als zodanig, moet hebben (nr. 205 en 215), daarbij niet geholpen door praktische en methodische problemen, (zie Asser/Vranken** 1995/205-216). In gelijke zin voor België, met kwantitatieve gegevens over de geringe mate van gebruik: E. Dirix, 'De rol van de rechtsvergelijking in de rechtspraak van het Hof van Cassatie', *TPR* 2019, p. 21-61. Een, in zekere zin, 'case study' naar de impact van rechtsvergelijking bij *wrongful life*-claims laat eenzelfde beeld zien; de rechter put en benut uit het rijke rechtsvergelijkingsarsenaal wat hem (op grond van andere, onderliggende overwegingen) van pas komt. Zie I. Giesen, 'The Use and Influence of Comparative Law in 'Wrongful Life' Cases', *Utrecht Law Review*, Vol. 8, no. 2, 2012, p. 35-54. In de VS is over de mogelijke autoriteit van buitenlandse uitspraken overigens een hevig debat gevoerd, zie bijvoorbeeld Posner 2008, p. 347 e.v.

Waar Polak (1953, p. 41) dus nog uitdrukkelijk ruimte voor toenemend gebruik zag, is de plaats voor rechtsvergelijking daarmee beperkt, aldus Asser/Vranken** 1995/214:

"Rechtsvergelijking moet functioneel zijn. Voor de rechtspraak kan hiervan sprake zijn wanneer het eigen recht zwijgt of onduidelijk is, terwijl ook in de literatuur de problematiek nog niet uitgebreid aan de orde is geweest."

Hij voegt daar nog aan toe dat rechtsvergelijking dienstbaar kan zijn als er kritiek is, en op herijking wordt aangedrongen, Passend bij deze lijn van terughoudendheid is dat anderen (zoals Pontier en Smith) de rechtsvergelijking niet als methode bespreken.

Een stevige(r) mate van (indirecte) invloed heeft de rechtsvergelijking waarschijnlijk wel nog via de conclusies van het parket bij de Hoge Raad. De rechtsvergelijkende gegevens die daarin geregeld figureren, zeker in echt moeilijke, rechtsvormende zaken (denk: *wrongful life/birth*, maar ook aan de conclusie van Timmermans voor de (drie) *Vie d'Or*-zaken, HR 13 oktober 2006, *NJ 2008/527*) of zaken met een internationaal of Europees tintje, zijn ongetwijfeld van grote waarde voor de beslissing van de Hoge Raad. Maar zolang de Raad in zijn motivering zelf daaraan weinig tot geen ruchtbaarheid geeft, blijft deze vorm van invloed toch enigszins een 'black box'. Vgl. ook mijn opmerkingen over de invloed van de doctrine via de conclusies van het parket in nr. [14] hiervoor.

Een uitgesproken voorstander van externe rechtsvergelijking als interpretatiemethode is Hondius 2001, p. 41-44 (zeker waar het gaat om de uitleg van Europese richtlijnen, zie E.H. Hondius, 'Naar een Europese Asser-serie', *AA* 2011, p. 738 e.v.). In die richting ook Hartkamp 1992, p. 18-21. Vranken 2009, p. 1088, ziet inmiddels overigens ook een grotere rol weggelegd voor rechtsvergelijking. Een stevige voorkeur voor het gebruik van (externe) rechtsvergelijking door de rechter volgt ook uit de bijdragen aan de bundel *De Hoge Raad binnenstebuiten*, zie nader Giesen/Vranken 2003, p. 174-175. Daarbij dient wel bedacht te worden dat het in die bundel vrijwel steeds om 'hardcore' rechtsvorming ging. En uiteraard realiseren de auteurs zich dat dit een bewerkelijk verzoek aan de rechterlijke macht is.

35 Precedenten

Er wordt wel gesteld dat er in Nederland geen precedentenstelsel bestaat, zoals dat wel het geval is in bijvoorbeeld het Engelse recht. De praktische waarde van die uitspraak is echter gering. Eerdere rechterlijke uitspraken van dezelfde rechter of van een hiërarchisch bovengeschatte rechter, zijn immers in de rechtspraktijk van groot belang voor de besluitvorming in latere gevallen, ook in Nederland. Theorie en praktijk lopen hier dus uiteen.

Vgl. in een notendop, H.J. Snijders, 'Uitleg van rechterlijke uitspraken', *WPNR* 6709 (2007), p. 432, en Pontier 1998, p. 21, die refereert aan art. 12 Wet AB, en de veranderende rechtspraak. Overigens, dat art. 12 Wet AB is intussen zo goed als dood en begraven, aldus C.J.H. Jansen, 'Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het

Koninkrijk (1829)', AA 2008, p. 22 e.v. Anders nog M. Bruning, 'Over redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het Nederlandse privaatrecht', in: De Graaff e.a. 2016, p. 75 e.v.

Zie verder nog Hondius 2006, p. 330-332, met verdere verwijzingen, en E.H. Hondius (ed.), *Precedent and the law*, Brussels: Bruylant 2007. Zie ook reeds Asser/Scholten* 1974, p. 85 e.v. Voor Duitsland/Oostenrijk, zie uitvoerig Bydliniski 2005, p. 95 e.v.; Hergenröder 1995, p. 5-7, en voor Zwitserland art. 1 lid 3 van het Zwitsers BW ('inspire des solutions consacrées par ... la jurisprudence') waarover Kramer 2010, p. 242 e.v.

Uitvoerig over de theoretische kant van de zaak, in Nederland en vele andere landen, M. Adams, 'Heden en verleden in de rechtspleging', *RM Themis* 2006-3, p. 106 e.v., die het uiteenlopen van theorie en praktijk verklaart door onderscheid te maken tussen precedentwerking (juridisch bindende kracht) en *zwaartekrachtwerking* (normatief gezag) van rechtspraak. Waar Wiarda/Koopmans 1999, p. 125-127, stelt dat in Nederland wel (al) een precedentstelsel geldt (het BW is goeddeels rechtersrecht, de Hoge Raad verwijst zelf naar eerdere rechtspraak, en omgaan wordt uitvoerig gemotiveerd), is dat oordeel goed inpasbaar in de gedachte van zwaartekrachtwerking van Adams, die overigens door Hondius 2006, p. 330, is onderschreven.

De praktische kant ('eerdere uitspraken werken door') wordt ook door de rechterlijke macht zelf gezien. Ik wijs hier ten eerste op het *Jaarverslag 2017* van de Hoge Raad, onder het kopje 'De Hoge Raad in de rechtsstaat', alwaar men aangeeft dat men beslissingen zo probeert te formuleren dat 'ook andere mensen in vergelijkbare gevallen weten waar ze aan toe zijn', en ten tweede op de algemene overweging over de mogelijke precedentwaarde van een proefprocedure in r.o. 4.1 van HR 5 juni 2009, *NJ 2012/182*, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), hoewel daarin uiteindelijk ook de meer theoretische afwijzing van een strikt precedentstelsel doorklinkt ('slechts een handreiking');

"De onderhavige zaak (...) is door partijen in cassatie als een proefprocedure (...) opgezet. Daarmee is beoogd een zo groot mogelijke precedentwerking voor andere soortgelijke geschillen te verkrijgen. Daarbij past reeds direct de kanttekening dat bij de beoordeling van geschillen omtrent effectenleaseproducten uiteindelijk in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval (...).

Niettemin zal de Hoge Raad, met inachtneming van dat voorbehoud, met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van de grote aantallen geschillen omtrent andere effectenlease-overeenkomsten (...) hierna in een algemene beschouwing ingaan op het verband tussen de zorgplicht en de schadevergoeding ingeval aan die zorgplicht niet is voldaan. Daarmee wordt niet een instructie gegeven voor de verdere behandeling van dit soort geschillen, maar slechts een handreiking aan de praktijk voor de beslechting ervan."

De praktische zijde laat zich ook belichten door te wijzen op het verschijnsel dat rechters, inclusief de Hoge Raad, zeer regelmatig, tegenwoordig bijna stelselmatig als het om de Hoge Raad gaat, verwijzen naar eerdere uitspraken van henzelf of van andere rechters, inclusief die van de in Nederland gezaghebbende internationale rechters, met name het HvJ EU en het EHRM (waarover nader nrs. [52] e.v.). Een voorbeeld waaruit ook de waarde (de kracht) van een eerdere uitspraak spreekt, is HR 5 oktober 2007, *NJ 2008/57*, m.nt. M.M. Mendel (*Winterthur/TROS*):

'Ook aan het arrest van de Hoge Raad van 17 februari 2006, nr. C04/322, *NJ 2006, 378*, ligt deze opvatting al ten grondslag, met dien verstande dat (...)'.

Een impliciete (en daarmee niet per se sterke) erkenning van het bestaan van precedentwerking schuilt wellicht ook nog in HR 12 juni 2015, *NJ 2015/295* (*Alstom/ABB*), waarin mogelijke precedentwerking als onvoldoende belang werd gezien om zich te mogen voegen in een geding tussen andere partijen (art. 217 Rv).

Het net genoemde EHRM erkent overigens zelf dat er zoiets als precedentwerking bestaat, zie o.a. (de niet-ontvankelijkheidsbeslissing) EHRM 8 juli 2003, Appl. No. 27677/02 (*Sentges/Nederland*), verwijzend naar EHRM 29 april 2002, Appl. No. 2346/02 (*Pretty/VK*):

"75. The applicant's counsel attempted to persuade the Court that a finding of a violation in this case would not create a general precedent or any risk to others. It is true that it is not this Court's role under Article 34 of the Convention to issue opinions in the abstract but to apply the Convention to the concrete facts of the individual case. However, judgments issued in individual cases establish precedents albeit to a greater or lesser extent and a decision in this case could not, either in theory or practice, be framed in such a way as to prevent application in later cases."

Zie verder uitvoerig Gerards 2006a, p. 99-108.

Dat eerdere uitspraken van belang zijn bij en voor de rechtsvinding staat daarmee wel vast. Bij het bepalen wat het recht inhoudt, is het goed (en rechtszeker) om gebruik te (kunnen) maken van wat eerder daarover is beslist in de rechtspraak.

Dat kan dan overigens wel nog vergen dat zo'n eerdere rechterlijke uitspraak als zodanig uitlegging behoeft. Dat zal naar objectieve maatstaven dienen te geschieden. Ik ga daar nu niet op in, doch verwijs naar F.B. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', AA 2015, m.n. p. 927-930, en H.J. Snijders, 'Uitleg van rechterlijke uitspraken', WPNR 6709 (2007), p. 431 e.v. Voor Duitsland, zie O. Lepsius, 'Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft', JZ 2019, p. 793 e.v.

Hierin ligt echter ook meteen de beperking van dit instrument als interpretatiemethode besloten. Als er eerdere uitspraken zijn, is de rechtsvinding eigenlijk niet al te ingewikkeld; wat het recht inhoudt, is dan in feite al eerder beslist. De rechtsvorming kan echter niet bogen op precedënten, want als rechtsvorming nodig is, moet het recht immers nog gevormd worden en zijn er (blijkbaar) geen bestaande uitspraken om op terug te vallen.

Zo ook Kramer 2010, p. 242. Wat natuurlijk wel behulpzaam kan zijn, bij rechtsvinding en rechtsvorming, zijn die uitspraken die 'in de buurt komen' van de rechtsvraag die voorligt, die een vergelijkbare of een aanpalende kwestie eerder beslist hebben. Maar dan zijn we eigenlijk aan het redeneren op basis van analogieën. Een voorbeeld biedt de kwestie van de toepassing van de risicoaansprakelijkheden ten aanzien van medebezitters (HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*) en HR 29 januari 2016, NJ 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*X/Delta Lloyd Schadeverzekeringen*)). Nadat in de *Hangmat*-zaak de toepassing van art. 6:174 BW was uitgebreid richting medebezitters, bood die zaak zeker een aanknopingspunt voor de uitkomst ten aanzien van de reikwijdte van art. 6:179 BW in de *Imagine*-zaak. Maar een daadwerkelijk precedent vormde die eerste zaak niet voor de rechtsvorming in de tweede zaak, hoogstens bood deze (enige) inspiratie, en, zo bleek, dan ook nog inspiratie die niet per se tot een gelijklopende uitkomst hoeft te leiden.

Die tweede zaak (*Imagine*) bleek vervolgens voor de A-G richtinggevend voor de uitkomst van een nieuw geval van aansprakelijkheid ex art. 6:179 BW, in casu ten opzichte van de mede-bezitter van het paard Rado. In die zaak poogt de cassatieadvocaat de eerdere uitspraak van de Hoge Raad te verfijnen. A-G Valk zegt daarover, treffend als het om de idee van (feitelijke) precedentwerking gaat (in nr. 3.4 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:980) van 4 oktober 2019):

"Nu die keuze [in de *Imagine*-zaak, IG] gemaakt is, hebben we daarvan echter uit te gaan. Ik zeg dit niet omdat het arrest *Manegepaard Imagine* een prejudiciële procedure betrof. Ook voor beslissingen van uw Raad in gewone cassatieprocedures geldt dat de praktijk zich ernaar richt."

36 De Unieconforme uitleg

Bij de uitleg van nationale regels van privaatrecht die 'onder de werkingssfeer van het Unierecht vallen', d.w.z. een situatie bestrijken die een Unierechtelijke achtergrond en een grensoverschrijdend karakter heeft, zodat een vraagstuk van (mogelijke) doorwerking rijst, moet die uitleg (dwingend) geschieden 'in lijn met' die Unierechtelijke achtergrond: conforme uitleg dus. Waar dat principe voorheen te boek stond als 'richtlijnconforme' uitleg, dekt dat begrip de lading niet meer, want we hebben nu ook te maken met bijvoorbeeld Verdragsconforme uitleg en kaderbesluitconforme uitleg. En waar het voorheen over gemeenschapsconforme uitleg ging, gaat het nu over uitleg van het recht van de Europese Unie, het Unierecht, en dus om Unieconforme uitleg.

Dit thema is te omvattend om er hier geheel recht aan te kunnen doen. Zie voor veel meer informatie Asser/Hartkamp 3-I 2018/18, 100, en 181-189. Zie ook Wissink 2001, specifiek voor richtlijnen.

Voor Duitsland, zie C. Herresthal, *Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen*, München: Beck 2006, m.n. p. 233-288; K. Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, Berlin: De Gruyter 2006.

'Conforme' uitleg wil in dit verband zeggen dat een bepaling van nationaal recht door de nationale rechter zoveel mogelijk wordt uitgelegd en toegepast in het licht van de bewoordingen en het doel van het toepasselijke EU-recht. Het gaat dus om rechtsvinding in het licht van de *verplichting* zoveel mogelijk rekening te houden met dat Unierecht (zodat dat Unierecht in die zin 'voorrang' geniet bij de rechtsvinding).

Deze omschrijving is een variatie op de omschrijving van richtlijnconforme interpretatie bij Wissink 2001, p. 9. De oorsprong ervan ligt in de zaken *Von Colson en Kamann* (HvJ EG 10 april 1984, C-14/83, *Jur.* 1984, p. 1891) en *Marleasing* (HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, *Jur.* 190, p. I-4135).

Relevant voor de problematiek in deze monografie is vooral dat de nationale civiele rechter als het ware een deel van zijn rechtsvindingsvrijheid kwijt is geraakt; hij wordt een zekere richting in geduwd. Want als het Unierecht (in welke vorm of variant dan ook) 'betrokken is' in een zaak – ik formuleer dit opzettelijk ruim – dan zal de rechter zijn gewone arsenaal van uitlegmethoden moeten aanschouwen en eventueel aanpassen en tot een uitleg van het nationale privaatrecht moeten komen die past bij het doel en de bewoording van het onderliggende Europese recht. Dat geldt eens te meer, als er sprake is van maximumharmonisatie via een richtlijn. Interpretatiemethoden die tot een andere uitkomst zouden leiden, vallen dus af; deze zijn niet langer inzetbaar. Aan de andere kant: alle nationale uitlegmethoden die behulpzaam zijn om tot de Europeesrechtelijke 'juiste' uitkomst te komen, moet de nationale rechter benutten.

Over dat laatste element Asser/Hartkamp 3-I 2018/182, sub d. Het voorgaande impliceert niet per se dat er sprake is of moet zijn van *voorrang* van de Unierechtelijke interpretatie boven de andere uitlegmethoden, aldus Asser/Hartkamp 3-I 2018/184, die de facto echter wel tot die uitkomst geraakt ('de voorkeur geven'). Zie uitvoerig Wissink 2001, p. 121-152 (conforme interpretatie is een normale, maar zwaarwegende uitlegfactor). Vgl. ook G. Betlem, 'Richtlijnconforme interpretatie', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht. Algemeen Deel I*, Deventer: Kluwer 2007, p. 105. De

nationale rechter moet zich volgens Betlem richten op die uitlegmethoden die op nationaal niveau zijn aanvaard, maar, zo volgt meteen daarop, 'de rechter moet die uitlegmethode kiezen waarmee het resultaat van de richtlijn kan worden bereikt', aldus Betlem op basis van de zaak *Pfeiffer* (HvJ EG 5 oktober 2004, C-397-01 t/m C-403-01, *Jur.* 2004, p. I-8835). Hij noemt als voorbeeld dat soms de wetshistorie van een omzettingswet genegeerd moet worden (*idem*, p. 106; zo ook Asser/Hartkamp 3-I 2018/183). Om te bepalen wat de bewoordingen en het doel van het Europese recht in kwestie behelzen, is dus allereerst uitleg van dat Europese recht nodig, waarvoor de gebruikelijke technieken, op Europees niveau, inzetbaar zijn, zie hierna nr. [53], maar daarna verandert het spel. De uitleg van het nationale recht schikt zich dan naar hetgeen de (uitleg van de) Europese regel bepaald heeft.

Er zijn overigens grenzen aan conforme uitleg; deze zijn te vinden in de algemene rechtsbeginselen en in de uitleg *contra legem*, welke niet vereist is, zie Asser/Hartkamp 3-I 2018/183; Wissink 2001, p. 171 e.v.; G. Betlem, Richtlijnconforme interpretatie, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht. Algemeen Deel I*, Deventer: Kluwer 2007, p. 124-131.

Onder deze Unierechtelijke uitleg zijn mijns inziens ook die gevallen te scharen waarin de uitleg van het nationale Nederlandse recht mede bepaald wordt door de rechtspraak van het HvJ EU, omdat in de nationale wet door de wetgever aansluiting is gezocht bij EU-regelgeving, die later door het HvJ EU nader is uitgelegd.

Een voorbeeld hiervan biedt HR 29 maart 2019, *NJ* 2019/259 (*Victoriabank*) over art. 7 Rv, een artikel dat geënt is op de Brussel I-bis Verordening.

37 De belangenafweging

Bij de uitleg van wat rechtens is in een zeker geval, kan en zal regelmatig een belangenafweging (d.w.z. het beoordelen en wegen van de belangen aan beide zijden, om te bepalen wat dan het zwaarste weegt, vgl. Gerards 2006, p. 4) gemaakt moeten worden.

Dat speelt eerst en vooral als het om grondrechten (al dan niet onder de vlag van het EVRM) gaat; ook daarbuiten, en dus ook in het privaatrecht, zijn er echter regelmatig rechtsbeginselen (tegen elkaar) af te wegen, of zijn grondrechten (mogelijk) van toepassing, zelfs in verticale verhoudingen. Langs die lijnen zijn grondrechten en belangenafwegingen dus ook in het privaatrecht te vinden.

Het probleem is dan, in de woorden van Gerards 2006, p. 4: "hoe kan een rechter nu een redelijk, juridisch gemotiveerd oordeel vellen over de betrokken belangen?". De uiteindelijk bij die afweging te maken rechterlijke keuze – want dat is het dan, maar dan als uitkomst van die belangenafweging – zal van zijn subjectiviteit moeten worden 'ontdaan' door de (versterkte) motivering.

Zie nogmaals Gerards 2006, p. 4-6, die aldaar pleit voor het verbeteren ('hogere eisen') van de bestaande wijze van motiveren (voor het grondrechtendiscours). Zie ook E. Schrage, 'Belangen afwegen, hoe doe je dat eigenlijk?', in: M. Beckers e.a. (red.), *Motiveren. Over het motiveren van rechterlijke uitspraken*, Nijmegen: AAL 2017, p. 15-34.

Uit het voorgaande blijkt dat deze belangenafweging eigenlijk op een iets ander niveau gesitueerd moet worden dan de hiervoor besproken interpretatiemethoden, zoals de taalkundige en wetshistorische methode. Het gaat hier om een – wat ik dan maar

noem – meeromvattende ('meta') wijze van omgang met rechtsvinding en rechtsvindingmethoden, en niet 'louter' om een hulpmiddel bij het interpreteren van een wettekst.

Ook Pontier 1998, p. 46-48, schaaft de belangenafweging onder 'andere rechtsvindingstechnieken' en dus niet onder de interpretatiemethoden, en geeft aan dat die interpretatiemethoden mede het gewicht van de betrokken belangen bepalen (*a.w.*, p. 48). En J.M. Smits, 'Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing', *RM Themis* 2006, p. 134, noemt de belangenafweging een 'methode van rechtsvinding' en 'zelfstandig redengevend voor het rechterlijk oordeel', aldus verwijzend, als ik het goed zie, naar dit meta-niveau, maar hij erkent ook (*t.a.p.*, p. 136) dat een belangenafweging ook als doel kan hebben een bepaling te interpreteren, de inhoud ervan te bepalen, en dan hebben we het wel over een interpretatiemethode *strictu sensu*. Blijkbaar zijn beide kanten van het spectrum in ons stelsel aanwezig.

Specifiek voor het vermogensrecht heeft Smits (*t.a.p.*, m.n. p. 138-140) ook verdedigd dat consistentere wegen van belangen nodig is (er kunnen scherpere keuzes worden gemaakt) en dat de motivering van de gemaakte keuze verbetering behoeft, waarbij de bekende omstandighedencatalogi slechts van beperkte waarde zijn.

Carel Smith (C.E. Smith, 'Belangenafweging door gevalsafweging', *RM Themis* 2006, p. 144-145) heeft overigens aan de hand van het arrest van de Hoge Raad over de doorbraak van de absolute verjaringstermijn (HR 28 april 2000, *NJ* 2000/430 (*Van Hese/De Schelde*)) betoogd dat wat als belangenafweging wordt gepresenteerd, gegeven de daarbij benutte omstandighedencatalogus, eigenlijk niet meer of minder is dan de vergelijkingsmethode zoals door Wiarda geïntroduceerd, omdat het gewicht van de betrokken belangen niet te bepalen is. Daarover gaat het volgende nummer.

38 De vergelijkingsmethode

Evident juiste juridische oplossingen dienen zich niet altijd aan. De onzekerheid die dat meebrengt, kunnen we niet wegnemen, maar we kunnen die onzekerheid wel verminderen, en komen tot een beoordeling die meer is dan 'een intuïtieve greep', aldus G.J. Wiarda, die zijn methode om die 'onzekerheidsreductie' te bereiken de 'vergelijkingsmethode' noemde.

Zie Wiarda/Koopmans 1999, p. 107, die aldaar verder uitlegt wat deze methode behelst:

"Zij betekent dat ingeval de rechter voor zijn beslissing alleen op normen als redelijkheid en billijkheid of onzorgvuldigheid e.d. is aangewezen, en hem voor het te berechten geval vooralsnog geen duidelijke toetsingsmaatstaf invalt, hij moet trachten zich naast het gegeven geval één of liefst meerdere gevarieerde, maar toch nog vergelijkbare gevallen voor de geest te stellen waarin de beslissing niet twijfelachtig, althans minder twijfelachtig zou zijn."

Het vergelijken van die fictieve gevallen aan beide zijden van het spectrum zal tot een verantwoorde beslissing kunnen leiden, aldus Wiarda (*a.w.*, p. 108), die overigens stelt – gebaseerd op eigen ervaring – dat de Hoge Raad en andere rechters dit procedé al volgen, hoewel dat in de motivering niet altijd is terug te zien (*a.w.*, p. 110: 'een veel gebruikte methode'). Ook betoogt hij dat de methode even bruikbaar is bij rechtsvinding inzake vage normen als bij rechtsvinding inzake concrete wettelijke voorschriften (*a.w.*, p. 113), hoewel dit in het eerste geval vaak de enige weg is richting een beslissing 'die de eisen van objectiviteit zo dicht mogelijk benadert' (*a.w.*, p. 114). Daarbij verdient nog opmerking dat ook Wiarda zelf wel inziet dat ook de vergelijkingsmethode van de 'persoonlijke appreciatie' van de rechter afhankelijk is en dat de autonome factor in de rechtsvinding dus, ook hier, een grote rol zal behouden, maar dat gebeurt dan 'binnen aanvaardbare grenzen' (*a.w.*, p. 116).

Koopmans, de bewerkter van de vierde druk van het monumentale werk van Wiarda, bespreekt de vergelijkingsmethode nog apart in zijn toevoeging in hoofdstuk 13. Hij concludeert dat de methode in de rechtspraak niet gemakkelijk is terug te vinden, maar wel

in de conclusies van het parket bij de Hoge Raad (Wiarda/Koopmans 1999, p. 121 e.v.). Hij laat ook zien dat de Hoge Raad een verwante manier benut om de eigen rechtspraak inzichtelijk(er) te maken, door aan te geven in welke verwante gevallen de zonet aanvaarde regel niet geldt, bijvoorbeeld in het *DES*-arrest (HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/535). Ten derde onderstreept hij dat Wiarda's methode de denkmethode van de rechter omschrijft, doch niet diens motivering omvat; het is een heuristisch model, geen vorm van legitimatie. Daar ligt dus de kracht ervan, zo voeg ik toe, doch ook de niet-zichtbaarheid.

Zie over deze methode bijvoorbeeld ook nog Smith 2007, p. 179 e.v., en Timmerman 2009, p. 31, alsmede K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht* (2^e druk), Nijmegen: AAL 2011, die de vergelijkingsmethode als een basisprincipe voor uitleg in het strafrecht hanteert. In Duitsland bewandelde Zippelius 1971, p. 77 e.v., een vergelijkbaar pad: 'der Typenvergleich'.

Let wel: deze vergelijkingsmethode als 'interpretatiemethode' staat wellicht niet helemaal op hetzelfde 'niveau' als de andere interpretatiemethoden, omdat het hier, net als bij de belangenafweging (nr. [37]), om een meeromvattende ('meta') wijze van omgang met rechtsvinding en rechtsvindingsmethoden gaat. In de te maken vergelijking kunnen immers andere elementen (taal, geschiedenis) een rol spelen om tot vergelijkbare gevallen te komen.

39 Multidisciplinaire uitleg

De multidisciplinaire interpretatiemethode betreft een eigen toevoeging aan de lijst van uitlegmethoden. Waar het hier om gaat, is dat in de rechtsvinding, in de argumentatie richting de oplossing van een leemte of onduidelijkheid, ook inzichten kunnen worden betrokken, indien aanwezig en bekend, uit andere wetenschapsgebieden dan de rechtswetenschap.

In wezen betreft het hier de opdracht die de 'civilologie' zichzelf gesteld heeft, namelijk om daar waar mogelijk het privaatrecht een 'reality check' te laten ondergaan, door empirische inzichten van buiten het recht ook mee te nemen bij de bepaling van hoe het privaatrecht eruit zou kunnen zien. De 'civilologie' (zie o.a. W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, 'Inleiding', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Capita Civilologie*, Den Haag: Bju 2013, p. 2) wil immers:

"onderzoeken in hoeverre privaatrechtelijke regels aansluiten bij hoe mensen en organisaties werkelijk zijn, denken, beslissen en zich gedragen. Anders gezegd: is er invloed van privaatrechtelijke regels op gedrag en sluiten regels aan bij dat gedrag? Daarbij komen enerzijds zowel bedoelde effecten (effectiviteit) als onbedoelde neveneffecten aan de orde, als anderzijds de gehanteerde veronderstellingen over gedrag als basis voor regels."

Nieuw is dit alles natuurlijk helemaal niet. In Asser/Scholten* 1974, p. 116 e.v., wordt bijvoorbeeld al gezegd, onder het kopje 'sociologische en teleologische' interpretatie, dat 'het maatschappelijke gebeuren' een factor is bij de rechtsvinding, waarbij dan bedoeld wordt op de 'eisen van het maatschappelijke verkeer', zoals wij dat concept nu kennen uit art. 3:12 BW. Die sociologische insteek wordt dan overigens door Scholten 'omgebogen' richting de teleologie als methode (Asser/Scholten* 1974, p. 118), zoals eerder besproken, zie nr. [26].

Los daarvan moet ook duidelijk zijn dat de enkele aanwezigheid van zekere empirische gegevens, zelfs als daaruit een beleidsmatige keuze geput kan worden, zeker niet betekent dat daarmee 'de' oplossing gegeven is. De rechter, het recht, maakt uiteindelijk een eigen normatieve afweging en keuze, mogelijke mede geïnspireerd door de empirie, maar zeker niet alleen daardoor bepaald, en zeker niet met veronachtzaming van andere (normatief-juridische) argumenten. Zie bijvoorbeeld I. Giesen, 'The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning', *Utrecht Law Review*, Vol. 11, No. 1, 2015, p. 1-18, met verwijzingen, en Kramer 2010, p. 261.

Dat 'gebruik maken van' inzichten uit andere wetenschappen gebeurt zeker nog niet standaard op dit moment; het zou het overwegen waard zijn om deze wijze van argumentatie meer en vaker te benutten. Het helpt om de juridische afweging aan te vullen en daarmee aan te scherpen.

Zo bijvoorbeeld ook voor Zwitserland Kramer 2010, p. 254 e.v., die vindt dat inspiratie gevonden zou moeten worden in bijvoorbeeld economische argumenten (p. 255) en psychologie (p. 259). Ook J.M van Dunné, *Riskante rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 1974, p. 16 e.v. en 23, wees al op de (rechts)psychologie als inspiratiebron, en o.a. H.F.M. Crombag e.a., *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977, gingen daarmee aan de slag.

Ik realiseer me dat dit alles ertoe kan leiden dat een wellicht eenvoudig geval moeilijk(er) wordt, maar dat is dan wat mij betreft de prijs van vooruitgang: over meer kennis beschikkend, moet de rechter de zaak nogmaals en vanuit een ander perspectief bezien.

Dit kan ook meer gaan gebeuren, omdat de (meer) empirische benadering van het privaatrecht duidelijk in de lift zit de laatste jaren. Ik werk dat hier niet uit, maar verwijst naar M.V. Antokolskaia, 'Opkomst van Empirical Legal Studies: een vloek, een zegen of allebei?', *TPR* 2016, p. 423-424, en W.H. van Boom & I. Giesen, 'Tien jaar civilologie: hoe ver staan de luiken open?', in: J. Baeck, *Privaatrecht in actie*, Brugge: Die Keure 2018, p. 13 e.v.

40 Afronding

Hiervoor heb ik een hele lijst interpretatiemethoden besproken. Die lijst laat zien dat ook op het niveau van de interpretatiemethoden al een rechterlijke keuze gemaakt wordt.

Het voorgaande overzicht van methoden is niet erg origineel, maar mag in een boek als dit ook niet ontbreken. Het belang ervan is evident, want, zoals hierna wordt besproken, met gebruik van deze uitlegmethoden kan worden bepaald wat het recht in het voorliggende geval inhoudt (het is gevonden), of althans hoe het zou moeten luiden (het is gevormd). In beide gevallen maakt de rechter uiteindelijk een keuze, zoals hierna wordt toegelicht (nr. [41] e.v.).

Maar zo'n rechterlijke keuze schuilt in feite ook al in het voorgaande, ten eerste bij de keuze van de civiele rechter voor het gebruik van methoden A, B en C in plaats van methoden B, D en E, etc., en ten tweede bij de keuze voor bepaalde methoden die in feite weinig zelfstandige betekenis hebben en dus steunen (moeten) op (onuitgesproken) onderliggende andere methoden, denk aan (de keuze tussen) de analogie of de a contrario-redenering. Dit verklaart wellicht ook iets van de afwezigheid van een rangorde tussen de verschillende methoden, zie nr. [23]: waar de rechter principieel kiezen kan, kan er geen verplichte volgorde bestaan.



Kiezen en motiveren

41 De balans: rechtspreken is kiezen en recht is een discursieve grootheid

Veelal kan met gebruik van de in het voorgaande besproken uitlegmethoden duidelijk worden wat het recht in het voorliggende geval op dit moment inhoudt (het is gevonden). In de moeilijke(re) gevallen (zie nr. [4]), wordt er echter veeleer recht *gevormd*, mede op basis van de besproken methoden, omdat er nog geen recht te 'vinden' valt. In beide gevallen, echter, maakt de rechter uiteindelijk een *keuze*, want rechtsvinden is kiezen, zo zeg ik Vranken na.

Dat het hier om een keuze gaat, komt met klem naar voren in Asser/Vranken** 1995/217, en is verder onder andere (al) te vinden bij Asser/Scholten* 1974, p. 134; Polak 1953, p. 17, 18, 51 en 59; Eggens 1962, p. 489; Barendrecht 1992, p. 163-164; Smith 1998, p. 147 en 155; Wiarda/Koopmans 1999, p. 23 en 26, en p. 148-150; Martens 2000, p. 750 en 751, doch ook al bij Cleveringa (zie daartoe K. Schuyt, *R.P. Cleveringa*, Boom: Amsterdam 2019, p. 154). Ik noem verder nog Ortlep 2015, p. 119 (voor het bestuursrecht); Schollen 2007, nr. 172; Van Gerven/Lierman 2010, p. 267; Cardozo 1921, p. 11; Posner 1990, p. 148; Zippelius 1971, p. 64-67, 81 en 87; Larenz 1991, p. 346.

Uit de rechtspraak wijs ik speciaal op HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*) en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*X/Delta Lloyd Schadeverzekeringen*), waarover nader o.a. nr. [45].

Die keuze wordt dan uiteindelijk gebaseerd op, bijvoorbeeld, iemands geweten (Asser/Scholten* 1974, p. 133 en 135), iemands 'experience and study and reflection; in brief, from life itself' (Cardozo 1921, p. 113; goedkeurend aangehaald bij Posner 1990, p. 29, die ook over 'deeply held personal values' spreekt, op p. 148), de aan kennis en ervaring gekoppelde intuïtie (Sieburgh 2008, p. 12; W. van Rossum, 'Vier reflecties op empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming', *NJB* 2010/1983, p. 2467), het door maatschappij en culturele context bepaalde rechtsgevoel (W.D.H. Asser, 'Ten afscheid', in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 47; Zippelius 1971, p. 87), de werfkracht van een uitspraak (vgl. o.a. Schoordijk 2014), het rechtvaardigheidsgevoel (vgl. Hartendorp 2008, p. 169 e.v. en 182, die dit mede in termen van 'praktische wijsheid' duidt), of hoe men het ook wil noemen.

Het gaat bij de rechtsvinding en rechtsvorming uiteindelijk steeds om een keuze voor of tegen een bepaalde koers, richting of opvatting, inclusief de rechtspolitieke opvatting die met die keuze gepaard gaat. Dat is mijns inziens inderdaad een 'sprong' of een gewetensbeslissing (Asser/Scholten* 1974, p. 133; Cardozo 1921, p. 12-13 en p. 167 e.v.), omdat de (subjectieve) rechtvaardigheidsnotie waarmee de rechter zijn werk verricht, in deze de (onbewust) sterkste leidraad voor die rechter is. Deze 'sprong' blijft een 'truc' (vgl. Barendrecht 1992, p. 204), maar wel een die in de werkelijkheid verankerd is, vergelijk W.D.H. Asser, *Salomo's wijsheid*.

Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen (oratie Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 23 en 24, en die volgt uit de hermeneutische basis van de rechtswetenschap, vergelijk Smith 1998, p. 61.

Een dergelijke keuze door de rechter is ook noodzakelijk – zie Hartendorp 2008, p. 170 en p. 184, die ook over een ‘sprong’ spreekt – omdat rechterlijke oordeelsvorming ‘geen natuurlijk eindpunt’ heeft, ‘omdat de rechter niet over een buiten zichzelf gelegen maatstaf beschikt om over de juistheid van zijn oordeel te bepalen’ (a.w., p. 141).

Hierbij past m.i. de weliswaar in andere termen verwoorde opvatting van Posner 1990 (een zelfverklaard ‘pragmatist’, zie p. 26, doch ook Posner 2008, p. 230 e.v.) die zich nogal afzet tegen ‘legal reasoning’ als zodanig: ‘legal interpretation’ leidt niet tot een objectieve lezing van het recht (Posner 1990, p. 457) als daarmee meer dan ‘reasonableness’ wordt bedoeld (p. 459), en we vinden antwoorden door het gebruik van simpele logica en ‘practical reasoning’ of ‘tacit knowledge’ (p. 459); ‘overarching concepts of justice’ die sturing geven, zijn er niet (p. 460; hij is ook een ‘realist’, zie m.n. Posner 2013), en leidend zijn daarmee de consequenties van een beslissing (en dus rechtspolitiek; o.a. p. 31 en 148). Dat een rechter zich tevreden kan stellen met een ‘reasonable result’, komt ook terug in Posner 2013, p. 6 en 235.

Die rechterlijke keuze is overigens (slechts) een tijdelijke, en kan dus op een later moment veranderen, zoals ook blijkt uit het gegeven dat de rechter soms ‘omgaat’, zie hierna nr. [44]. Recht is immers een ‘discursieve grootheid’ (*dixit* Vranken).

‘Recht blijft immers het voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging’, aldus de inmiddels beroemde woorden in Asser/Vranken** 1995/105. Zie ook Hartendorp 2008, p. 139 en 183; Polak 1953, p. 77; Barendrecht 1992, p. 42 en 45; Asser/Scholten* 1974, p. 76; Larenz 1991, p. 318. Vgl. ook Cardozo 1921, p. 23 en 28.

42 De verantwoording: motivering

Wat ten slotte rest om de voornoemde keuze, sprong, gewetensbeslissing of stap naar praktische wijsheid dan wel werfkracht te funderen, is niets anders dan de motivering daarvan. De rechter dient de gevonden oplossing, zijn keuze, te motiveren; alleen zo wordt inzichtelijk wat de doorslaggevende factor(en) was (waren) voor de rechter.

Uit het rechtsvindingsdebat is als heersende leer naar voren gekomen dat de rationaliteit, de legitimatie, van een rechterlijke beslissing uiteindelijk berust – en alleen kan berusten, omdat de interpretatiemethoden geen dwingende rangorde hebben – op de verantwoording achteraf van de subjectieve beslissing van de rechter. Kortom, de rechter maakt een keuze en zet zich vervolgens aan de taak die keuze te verantwoorden. Die werkwijze en volgorde is bijvoorbeeld terug te vinden in HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*), r.o. 3.4.2, en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*X./Delta Lloyd Schadeverzekeringen*), waarin eerst specifiek wordt aangegeven dat een keuze nodig is, vervolgens hoe die keuze dan luidt, en daarna (uitvoerig) waarom dat zo is.

Over het ontbreken van een rangorde, zie ook al nr. [23], en verder bijvoorbeeld: Pontier 1998, p. 39; Barendrecht 1992, p. 217; Hartkamp 1992, p. 28-29; Polak 1953, p. 37, 53 en 72; Eggens 1946, p. 265; Smith 1998, p. 62 en 147; Larenz 1991, p. 344; en Larenz/Wolf 1997, p. 105, (doch anders op p. 106 en 115). Polak 1953, p. 54, concludeerde overigens wel nog dat de traditionele methodes (grammaticaal, wetshistorisch, systematisch) de voorkeur krijgen.

Over de noodzaak te motiveren, zie o.a. Asser/Vranken** 1995/217 e.v.; Sieburgh ~~2008~~, p. 12; M. Henket, *Argumentatietheorie en recht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri 1998, p. 87 e.v.; Barendrecht 1992, p. 75 (die hier overigens weinig van verwacht, zie p. 176-177); Polak 1953, p. 79; Larenz 1991, p. 346, doch ook reeds Asser/Scholten* 1974, p. 130-131, die de rationaliteit van de (verder irrationele) gewetensbeslissing van de rechter ook doet steunen op verantwoording achteraf, alsmede Eggens 1962, p. 482-483. Smith 1998, p. 147 e.v., ziet de legitimatie van de keuze vooral in de aanvaardbaarheid (de gerechtigheid, p. 171) van de

beslissing in concreto (p. 147 en 151), maar ook bij hem speelt de motivering achteraf mee (zie p. 177, noot 77 en p. 180).

Uitvoerig over de motivering bij bestuursrechtelijke rechtsvorming: De Poorter/Van Roosmalen 2009. Die motivering is (althans: moet zijn) kenbaar, steekhoudend, logisch sluitend, daadkrachtig, discursief, verwijzend naar eigen rechtspraak, als ik de conclusies (p. 117-122) goed samenvat. Vgl. verder nog Ortlep 2015, p. 122 e.v., die pleit voor meer (dan nu zichtbaar) discursief motiveren in het bestuursrecht en meent (p. 126) dat verbetering van de motivering nodig is.

Over het debat in Duitsland o.a. Larenz 1991, p. 120 e.v.; Larenz/Wolf 1997, p. 91 e.v. Een pleidooi voor eerlijk en open (en dus tegen verhullend) argumenteren in de common law biedt P. Cane, 'Taking disagreement seriously: courts, legislatures and the reform of tort law', *OJLS* 2005, 25 (3), m.n. p. 412-413.

Die motivering behelst dan onder andere, naar de eigen normen van de Hoge Raad, dat een uitspraak zodanig dient 'te worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing voor zowel partijen als voor derden, in het geval van het openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken'.

Zie HR 4 juni 1993, NJ 1993/659 (*Vredo/Veenhuis*); HR 16 oktober 1998, NJ 1999/7 (*Finkenburgh/Van Mansum*); HR 25 oktober 2002, NJ 2003/171 (*Verhoeven/Lammers*); HR 5 december 2003, NJ 2004/74 (*Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd Schadeverzekering*). Vgl. ook nog HR 17 november 2006, NJ 2006/621 (*VTN*); *Asser Procesrecht Giesen 1* 2015/455. De 'reguliere' motiveringseis geldt dus ook voor uitspraken van de Hoge Raad zelf; die standaard is weliswaar niet per se geënt op de motivering van *rechtsvormende* juridische oordelen van de hoogste rechter (doch ziet veeleer op de feitenrechter die zijn feitelijke, maar ook juridische oordelen op deze wijze zal moeten onderbouwen), maar geldt evenzeer in die gevallen. Zie bijvoorbeeld De Groot 2014, p. 127; B.T.M. van der Wiel, 'Motivering door de Nederlandse cassatierechter', *TCR* 2018, p. 66. De kern is, ook bij rechtsvorming, immers dat de gedachtegang zodanig wordt gepresenteerd dat de uitkomst te controleren is en daarmee aanvaardbaar wordt. Zie in dit verband ook Asser/Vranken** 1995/217, die de link met het arrest *Vredo/Veenhuis* ook al legt en aldaar eist dat de rechter het resultaat van zijn meningsvorming begrijpelijk en aanvaardbaar maakt. "Voorwaarde is", aldus Vranken, "dat hij inzicht verschaft in het wat en waarom van de argumenten die tot zijn beslissing hebben geleid."

In het verleden werd de motivering nog als 'sober' bestempeld, en werd gemeend dat de rechter liever met 'toverformules' werkt, zie Polak 1953, p. 54; historisch gezien stond motiveren sowieso in een kwaad daglicht, zie M. Ahsmann, 'Motieven om te motiveren', *AA* 2015, p. 939 e.v. Dat is nu echter niet meer vol te houden. Uiteraard is niet elk arrest van de Hoge Raad even omstandig gemotiveerd, maar die zaken die er écht toe doen, kenmerken zich door een stevige (althans: omvangrijke) motivering, een enkele uitzondering daargelaten, zoals HR 13 april 2007, NJ 2008/576 (*Iraanse vluchteling*).

Een poging tot verdere inkadering van de motivering door de Hoge Raad is te vinden bij J.M. Barendrecht, 'Controle, aanvaarding en bestrijding', in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 35 e.v. Hij zet in op inhoudelijke argumenten, en geen formele, voor de motivering van alleen datgene wat nieuw is in een uitspraak (want het bestaande kennen we al), en de aan te leggen maatstaf is overtuigingskracht. Een brede kijk op deze kwestie biedt ook De Groot 2014, p. 113 e.v. Zij ziet het vinden van het evenwicht tussen recht en vrijheid als het fundament van rechtsbeoefening en dus ook van de motivering (p. 117-124), en gaat op zoek naar oriëntatiepunten bij het maken van keuzes als het om die motivering gaat (p. 125-157), om dan uit te komen bij een denkoefening waarin de onderliggende belangen centraal staan (p. 157-177), waarna de afronding luidt dat de invulling van de kerntaken van de Hoge Raad de inrichting van de motivering stuurt.

Dat het motiveringsbeginsel aan betekenis gewonnen heeft, kan worden beschouwd als een uitvloeisel van de ‘vermaatschappelijking’ van de rechtspraak en de gegroeide behoefte aan rechterlijke rechtsvorming.

Daarbij wordt die behoefte gevoed door bijvoorbeeld het toegenomen gebruik van open normen. Daardoor immers bepaalt de rechter welke omstandigheden wel of niet relevant zijn, en is het de rechter die deze vervolgens wegen moet, beslist, en dat dan motiveert. Zie *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/8. Dat dit steeds meer onderkend wordt, is een welkome ontwikkeling (bijv. B.T.M. van der Wiel, ‘Motivering door de Nederlandse cassatierechter’, *TCR* 2018, p. 68-69; De Groot 2014, p. 134-135).

De eis van een gedegen motivering kan ook worden benut, zoals in Duitsland wel gebeurt, om eventuele anderszins aanwezige restricties of twijfel ten aanzien van de mate van rechtsvorming die mogelijk is, weg te nemen.

Naar Duits recht wordt onderscheid gemaakt tussen ‘Auslegung’ en ‘Rechtsfortbildung’, zie eerder nr. [6], waarbij die tweede vorm van rechtsvinding alleen onder aanvoering van een zware motivering aanvaard mag worden. Zie over de notie van ‘Rechtsfortbildung’ bijvoorbeeld Larenz 1991, p. 366 e.v.; Larenz/Wolf 1997, p. 113 e.v.; Hergenröder 1995, p. 138 e.v.; Vogenauer 2001, p. 142 e.v. en (kort) p. 1280.

In concreto betekent het voorgaande voor de Nederlandse situatie dat op de vraag aan welke eisen een motivering moet voldoen, geen algemeen pasklaar antwoord is te geven, zodat ook de verantwoording achteraf niet heel strak te reglementeren is.

Zie Asser/Vranken** 1995/219, die deze consequentie overigens ten volle accepteert:

“Zo min als het recht zelf kan bepalen wat recht is of hoe er me moet worden omgegaan, zo min kan het zelf aangeven aan welke eisen de verantwoording van deze omgang in de motivering moet voldoen.”

De ‘bottom line’ is dan, voor Vranken (*Asser/Vranken*** 1995/220-222), dat het leidende *rechtersbeeld* (wat ziet de rechter als zijn taak en wat wordt van hem verwacht door het forum?) bepalend is.

Het algemene rechtersbeeld dat Vranken (*a.w.*, nr. 223) in 1995 zag (de Hoge Raad is actief, voortvarend, ‘aanpakkerig’), is mijns inziens nog steeds een passend beeld, ook al is dat in zekere zin verrassend, als we daarbij betrekken dat de vele en diverse factoren (*a.w.*, nr. 224) die het rechtersbeeld voeden, per deelterrein van het privaatrecht en per tijdsgewricht kunnen wisselen (*a.w.*, nr. 225).

Het gevolg hiervan is dat we uit kunnen gaan van een gedifferentieerde (per geval anders ingevulde) motiveringsplicht voor de rechter, waarbij de aard van het recht, de aard van het rechtsgebied, de procesrechtelijke context en de stand van de discussie in literatuur en rechtspraak bepalende elementen zijn.

Zie uitvoerig, met voorbeelden, *Asser/Vranken*** 1995/227-255. Wellicht kan ook gedacht worden aan (de omvang van) het partijdebat en de aard van het geding (kort geding, beslagzaak,

etc.). Vgl. *Asser Procesrecht/Giesen* 1 2015/457 e.v. Over het belang van differentiëren ook De Poorter/Van Roosmalen 2009, o.a. p. 117-122, alsmede Van Gerven/Lierman 2010, p. 237.

De verantwoording vindt in principe plaats in de schriftelijke motivering, maar deze kan uiteraard ook (mede) plaatsvinden bij de (mondelinge) behandeling van de zaak en via de opstelling van de rechter daarbij.

43 Discursief motiveren en 'dissenting opinions'

Als het om de motivering van het rechterlijk oordeel gaat, rijst regelmatig de vraag of de rechter niet (meer) discursief zou moeten motiveren. Dit betreft kort gezegd de gedachte dat niet alleen de argumenten *voor* de gekozen oplossing aan de orde komen, maar dat ook de meegewogen, maar te licht bevonden argumenten *tegen* die oplossing of voor een andere oplossing, worden genoemd. Vanuit het perspectief van de rechter zijn er dus voors en tegens af te wegen, en dat wordt dan ook getoond.

Een voorbeeld van discursief motiveren door de Hoge Raad biedt HR 22 april 2016, *NJ* 2016/449 (*X./Portaal*) over de aard (dwingend of regelend recht) van art. 7:220 lid 5-7 BW in r.o. 3.6.3-3.6.4. ('duidt erop', 'daar staat tegenover', 'bij afweging van'). Volgens Drion is er bij de Hoge Raad een tendens zichtbaar naar discursieve motiveringen (C.E. Drion, 'Een Grote Kamer voor de Hoge Raad', *NJB* 2016/591).

Voor discursief motiveren pleit dat op die manier veel meer, zo niet alles, van de gemaakte afweging bloot wordt gelegd. Zo'n oordeel zegt dan meer over hoe de beslissing tot stand is gekomen, en dat biedt meteen ook handvatten voor anderen in de toekomst die voor gelijksoortige keuzes staan. Vgl. C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees burgerlijk recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie, Handelingen NJV*, Deventer: Kluwer 2011, p. 210; *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/309.

Tegen discursief motiveren pleit dat de rechter zich daarmee (meer) kwetsbaar zal (moeten) opstellen, en dat kan, zo luidt de redenering, zijn rechterlijk gezag, en daarmee de legitimiteit van de beslissing aantasten. Kritisch daarover: Hartlief 2015, p. 926 ('policy' argumenten expliciet maken, zal het gezag niet aantasten). Zo ook De Poorter/Van Roosmalen 2009, p. 121.

Het voorgaande betreft het belangrijke perspectief van de rechterlijke macht. Maar vanuit het perspectief van de justitiabele en dat van de wetenschap is er weinig tegen discursief motiveren aan te voeren. Dat geeft immers meer, zo niet alle, gemaakte afwegingen weer, en zegt dus meer over hoe de beslissing daadwerkelijk tot stand gekomen is.

Als recht inderdaad een discursieve grootheid is, zoals ik aanvaarden wil, zie nr. [41], dan pleit dat enkele gegeven al zo stevig voor het gebruik van een discursieve motivering dat de tegenstanders daarvan met zeer aansprekende argumenten zullen moeten komen. Die zijn er momenteel niet, als ik het goed zie.

Zie wel nog nr. [47] hierna. Uiteraard hangt de ene keuze hier sterk samen met de andere. Ik zie dit dan ook als een persoonlijke keuze die evenzeer anders kan uitvallen als een andere visie op rechtsvinding zou worden gevolgd. 'Discursiviteit' als te verkiezen optie, kwam ook naar voren in Giesen/Vranken 2003, p. 174, op basis van de bijdragen aan die bundel. Anders bijvoorbeeld echter B.M.J. van Klink, *Rechtsvormen*, Den Haag: Bju 2010, p. 66-69.

Voor het bestuursrecht pleiten De Poorter/Van Roosmalen 2009, p. 121, ook voor discursiviteit. Voor het strafrecht pleit Y. Buruma, 'Zuinig motiveren, maar wel uitleggen', *AA* 2015, p. 150-158, juist voor 'minder' motiveren, maar T. Spronken, 'Over motiveren', *NJB* 2019/2106, daarentegen voor discursief motiveren. In België zijn Van Gerven/Lierman 2010, p. 236, voorstander.

Een verwante vraag betreft de al dan niet aanvaarding van 'dissenting' en 'concurring opinions'. Daar wordt regelmatig voor gepleit.

Het is een terugkerend discussiepunt of de Nederlandse rechter moet gaan werken met zogenoemde 'dissenting' en 'concurring opinions', of dat het bestaande geheim van de raadkamer gehandhaafd moet blijven (zodat eventuele onenigheid in de raadkamer op geen enkele wijze naar buiten komt). Zie bijvoorbeeld (voorstanders) W.M.E. Thomassen, 'Het geheim van de raadkamer en de dissenting opinion', *NJB* 2006/498, p. 686 e.v., die de voor- en nadelen schetst; E.H. Hondius, '*Roma locuta, causa non finita*', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 20-22; H. de Doelder, 'Dissenting opinions en het geheim van de raadkamer', *TREMA* 2010, p. 372 e.v.; W. Limborgh, 'De Hoge Raad en minderheidsopvattingen (dissenting/concurring opinions)', *NJB* 2013/1544; C.E. Drion, 'Een Grote Kamer voor de Hoge Raad', *NJB* 2016/591; P. Ingelse, 'Afwijkende opvattingen', in: M. Beckers e.a. (red.), *Motiveren. Over het motiveren van rechterlijke uitspraken*, Nijmegen: AAL 2017, p. 83-88; T. Spronken, 'Over motiveren', *NJB* 2019/2106. Vgl. verder de discussie in *Ars Aequi* tussen Broeksteeg (tegen) en Soeteman en Ernes (voor), zie AA 2011, p. 247-252 (in reactie op eerdere bijdragen van de laatste twee). Tegen afwijkende meningen is bijvoorbeeld B.M.J. van Klink, *Rechtsvormen*, Den Haag: Bju 2010, p. 69. Neutraal: M. Adams & D. Broeren, 'Transparantie 2.0', *NJB* 2013/2121, p. 2503.

Ikzelf stel hier voorop dat er geen noodzaak toe is; althans, art. 6 EVRM noopt er in elk geval niet toe deze mogelijkheid te aanvaarden, zie [Smits 2008](#), p. 197, hoewel het EHRM zelf dit concept natuurlijk wel kent. Het beginsel van openbaarheid van rechtspraak verzet zich er echter ook niet tegen, zie [Smits 2008](#), p. 199. Zie nader *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/377.

Aangezien de geopenbaarde afwijkende mening van een lid van het desbetreffende rechterlijk college de discussiviteit van de uitspraak vergroot, kan ik na het voorgaande eigenlijk niet tegen dissenting opinions zijn. Dat ben ik dan ook niet (vgl. I. Giesen, 'Baby Joost', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Bju 2003, p. 16, alwaar ik nadrukkelijk openliet dat een raadsheer een afwijkende mening zou opnemen; vgl. ook *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/377). Mijn positie als wetenschapper, hongerend naar kennis over beslisprocessen in rechterlijke colleges, versterkt die positie. Tegelijk breng ik daar wel nog tegenin dat een werkelijk discursief gemotiveerd arrest een uitspraak van een college van rechters oplevert die (na immers alle voors en tegens afgewogen te hebben) echt 'ten einde gedacht is' zodat de positie van de 'dissenter' daarin (eigenlijk al) verdisconteerd is. Toestaan van dissenting opinions kan er wellicht toe leiden dat de discussie juist niet volledig afgerond wordt ('laat maar zitten, ik schrijf wel een eigen mening'). Enige empirie over 'dissents' (en de aversie daartegen) in de VS is te vinden in L. Epstein, W.M. Landes & R.A. Posner, *The Behavior of Federal Judges*, Cambridge: HUP 2013, p. 255 e.v., waaruit bijvoorbeeld een sterke stijging van het aantal dissents bij het Supreme Court blijkt, waarschijnlijk in verband met het toegenomen prestige van zo'n afwijkende mening (p. 266-267).

44 Omgaan door de Hoge Raad

In feite is het summum van discussiviteit (op de langere termijn bezien) dat de rechter terugkomt van zijn eigen eerdere opvatting: het omgaan.

Omgaan ziet dus op die gevallen waarin de Hoge Raad, impliciet of expliciet, terugkomt van een eerder ingenomen standpunt ten aanzien van het geldende recht. Waar tot nog toe regel X gold, aldus de rechter, blijkt nu dat dit toch echt regel Y moet zijn, en altijd al had moeten zijn, volgens diezelfde rechter. Zie nader Verstijnen 2015, die de redenen voor en tegen 'omgaan' bespreekt. Zie ook de bespreking van 'Rechtsprechungsänderung' bij Bydliński 2005, p. 120 e.v., en bij Kramer 2010, p. 272 e.v. ('ein relativ häufiges Phänomen' in Zwitserland). Voor België, ook kwalitatief-empirisch en rechtsvergelijkend ingestoken: M. Van Der Haegen, 'Omgaan met omgaan', *TPR* 2019, p. 197-302. De auteur constateert dat de Belgische rechter niet erg transparant is over omgaan, en zulks niet afdoende motiveert, terwijl dat onder viger van het EVRM wel noodzakelijk is (zie hierna).

Voor zover 'omgaan' voor 1980 al gebeurde, gebeurde het niet expliciet, totdat het *Stierkalf*-arrest werd gewezen (HR 7 maart 1980, *NJ* 1980/353, m.nt. G.J. Scholten). De Hoge Raad geeft daarin expliciet aan terug te komen van zijn eerdere opvatting over de aansprakelijkheid voor schade aangericht door een dier:

“De door het onderdeel bestreden opvatting is in overeenstemming met een reeks van uitspraken van de HR, te beginnen met het arrest van 15 okt. 1915, NJ 1915, 1071. Deze rechtspraak heeft van het begin af aan een vrij algemene kritiek ondervonden, en in een aantal in eerste aanleg gewezen uitspraken is de opvatting van de HR dan ook niet gevolgd. (...)

Bij een heroverweging van het tot dusver door de HR ingenomen standpunt dient voorop te worden gesteld dat de tekst van art. 1404 geen aanwijzing bevat, laat staan ertoe dwingt, om aan te nemen, dat de eigenaar, resp. degene die zich van het dier bedient, zich van aansprakelijkheid voor door het dier veroorzaakte schade kan bevrijden door te bewijzen dat hem ter zake daarvan geen verwijt kan worden gemaakt. In het eerder genoemde arrest 1915 heeft de HR zijn beslissing dan ook gebaseerd op argumenten van wets- en rechtshistorische aard. Aan zulke argumenten kan echter thans met betrekking tot een aansprakelijkheidsregel als waar het hier om gaat, een regel die in het begin van de vorige eeuw tot stand is gekomen, geen beslissende betekenis worden toegekend. (...)

Op grond van deze overwegingen moet worden aangenomen dat de eigenaar van een dier, die uit hoofde van art. 1404 wordt aangesproken voor door het dier veroorzaakte schade, zich niet aan aansprakelijkheid kan onttrekken door te bewijzen dat hij niet te kort is geschoten in de zorg en waakzaamheid met betrekking tot het dier die van hem konden worden gevergd.” [mijn curs., IG]

Annotator G.J. Scholten was in zijn noot, onder 5, bijna lyrisch over deze stap:

“Minstens zo belangrijk als het omgaan van de HR is het feit dat hij dat motiveerde. Vroeger gaf de HR als hij om ging geen enkel blijk dat dat gebeurde. (...) Deze nieuwe wijze van motiveren is een grote vooruitgang, zij is waarachtiger en geeft meer inzicht. Als ik het goed zie is het een stap weg van de Franse traditie in de richting van de Angelsaksische en de Duitse.”

Nadien zien we dit omgaan (ogenschijnlijk) vaker, hoewel het niet heel veel gebeurt, en vooral ook explicieter gebeuren.

Vgl. Hartlief 2015, p. 921 ('gemakkelijker'). Ik noem als voorbeeld de nieuwe regels inzake het kostenverhaal rondom de vrijwaringsprocedure, zie HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012/213 (*X./ZLTO*), waarmee werd teruggekomen op HR 26 maart 1993, *NJ* 1993/613 (*NMB Postbank/Ontvanger*). Zie ook nr. [50] hierna. Ook noem ik HR 30 januari 2015, *NJ* 2016/76, m.nt. Jac. Hijma (*Portsight*) over art. 7:15 BW, waarbij kritiek in de literatuur bepalend bleek. Vgl. ook HR 9 juli 2010, *NJ* 2012/226, m.nt. H.J. Snijders (*Eurofactor*), r.o. 4.1.2, sprekend over een 'koerswijziging', en HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), waarover uitvoerig Verstijlen 2015, p. 175-176. Vgl. verder HR 3 februari 2017, *NJ* 2017/146, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Dexia/A.*), waarin expliciet wordt teruggekomen op recente rechtspraak (uit 2012); HR 10 maart 2017, *NJ* 2018/81, m.nt. H.B. Krans (*Ondeelbare rechtsverhouding*), dat een regel uit 1952 aanpast; HR 27 januari 2017, *NJ* 2017/205 (*X./Utrecht*), terugkomend op rechtspraak uit 1984 (en 1996), en HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1972, *RvdW* 2018/1158 (*Chiphshol III/Schiphol*), r.o. 4.4., over de toepassing van art. 401a Rv waarmee een arrest uit 2009 wordt 'omgekat'. Ook HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *RvdW* 2020/88 (*Schorsing tenuitvoerlegging*), r.o. 5.6.3, waarin op twee eerdere arresten deels wordt teruggekomen, kan nog genoemd worden.

Voorbeelden van meer 'verholen omgaan' zijn er ook, zie Verstijlen 2015, p. 176-178, wijzend op HR 6 april 2012, *NJ* 2016/196, m.nt. C.E. du Perron (*ASR/Achmea*) en HR 14 juli 2014, *NJ* 2014/407, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Berzona*) en op het gezichtsverlies dat die handelwijze

opleveren kan. Ook C.J.M. Klaassen, 'De koers van de Hoge Raad: (on)voorspelbaar?', *TCR* 2015, p. 146, pleit voor expliciet omgaan.

Een belangrijke variant op 'gewoon' omgaan, is het omgaan vanaf een later in tijd gelegen moment ('de nieuwe regel geldt per...'), ook wel 'prospective overruling' genaamd. Vgl. Verstijlen 2015 en Van Gerven/Lierman 2010, p. 234-235, voor Europa. De Hoge Raad hanteerde die techniek bijvoorbeeld in HR 20 maart 2015, *NJ* 2015/264, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*JPR/Gunning q.q.*), in HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1052, *RvdW* 2019/788 (*DSW*), r.o. 3.10, en in HR 1 december 2017, *NJ* 2019/137 (*Irak/X.*), r.o. 3.6.3, een zaak over immuniteit van jurisdictie:

"Hetgeen hiervoor in 3.6.2 is overwogen, betekent dat de Hoge Raad in zoverre terugkomt van de hiervoor in 3.4.5 vermelde rechtspraak (...). In de eisen van rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het recht ziet de Hoge Raad grond om te bepalen dat de thans aanvaarde verplichting tot ambtshalve toetsing op het punt van de immuniteit van jurisdictie slechts van toepassing is in zaken die na 1 januari 2018 bij de Nederlandse rechter aanhangig worden gemaakt."

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – die overigens ook 'omgaat' indien nodig, zie A. Hammerstein, 'De Afdeling bestuursrechtspraak als rechtsvormer', in: H.D. Tjeenk Willink e.a. (red.), *De Raad van State in perspectief*, Den Haag: BJu 2011, p. 335-336 – gebruikte dezelfde techniek, toen geoordeeld werd dat de wijze van openbaarmaking van uitspraken niet toereikend was; de rechtbank kreeg nog de gelegenheid haar werkwijze aan te passen. Zie ABRvS 30 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1390.

Soms bespreekt de Hoge Raad ook expliciet waarom er niet teruggekomen wordt (bijv. omdat de wetgever recent aan dezelfde lijn heeft vastgehouden) op eerdere rechtspraak, zie HR 24 maart 2017, *NJ* 2018/225 (*Pluraliteit schuldeisers*), r.o. 3.3.2, en tevens HR 12 oktober 2018, *NJ* 2019/98 (*Dexia*), r.o. 3.6.1.

Weer een andere variant is dat de rechter niet omgaat, maar tot een expliciete 'nuancering' van zijn eigen rechtspraak komt, zie bijvoorbeeld HR 22 maart 2019, *NJ* 2019/388 (*Parkeergarage Zandvoort*):

"Daarom moet in een geval als dit worden aangenomen dat de termijn van twintig jaren begint te lopen zodra de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, is opgehouden te bestaan. Dit strookt met hetgeen in art. 3:310 lid 3 BW is geregeld voor de in art. 3:310 lid 2 BW genoemde gevallen. Het oordeel in HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2934, rov. 5.2, dat het in art. 3:310 lid 3 BW bepaalde alleen geldt voor de in art. 3:310 lid 2 BW met zoveel woorden genoemde rechtsvorderingen, behoeft dus in zoverre nuancering."

De Hoge Raad lijkt daarmee aan te willen geven dat de oude regel als te veelomvattend werd gezien, en vanaf nu een beperkter bereik heeft (d.w.z.: het oude arrest ziet alleen op de eerste volzin van art. 3:310 lid 3 BW), zie D.H. Stein. 'Verjaring van schadevergoedingsvorderingen bij voortdurende onrechtmatige daden', *NTBR* 2019/11, p. 61 e.v.

Het zou interessant zijn om na te gaan of er wellicht een lijn te ontdekken is als het om wel/niet omgaan of nuanceren door de Hoge Raad gaat. Wanneer gebeurt dat wel en wanneer niet? Wat zit daar dan achter? Ik vrees echter dat die lijn er niet is, anders dan deze dat het inhoudelijk wenselijk antwoord op de voorliggende rechtsvraag ertoe noopte; een andere (lees: de oude) opvatting was in redelijkheid niet juist (lees: niet meer te handhaven). Zulks is uiteindelijk dan weer een naar tijd en plaats bepaalde keuze van de rechter in kwestie.

Overigens, ook in de rechtspraak van het EHRM zien we dat deze rechter expliciet omgaat (als het al gebeurt).

Een voorbeeld is de zaak *Micallef t. Malta* (EHRM 15 oktober 2009, Appl. No. 17056/06). Zie aldaar met name r.o. 81:

"The Court thus considers that, for the above reasons, a change in the case-law is necessary. While it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that the Court should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases, a failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement (see, *mutatis mutandis*, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 121, ECHR 2005-I, and *Vilho Eskelinen and Others*, cited above, § 56)."

Bovendien verlangt het Europese Hof van de nationale rechter dat deze een ommekeer ten aanzien van (voorheen) vaste rechtspraak, gedegen motiveert, zie bijvoorbeeld EHRM 14 januari 2010, appl.no 36815/03 (*Atanasovski t. Macedonie*), alsmede M. Van Der Haegen, 'Omgaan met omgaan', *TPR* 2019, p. 280-284.

En ook de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam schroomt niet om expliciet een andere koers in te zetten:

"Ten slotte merkt de Ondernemingskamer op dat voor zover eerdere uitspraken blijk gaven van een andere opvatting omtrent de reikwijdte van de voorziening overdracht van aandelen ten titel van beheer, zij hiervan terugkomt", aldus OK 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1535 (*A./B.*), in r.o. 3.9.

Omdat de Ondernemingskamer geen hoogste rechter is, verrast deze uitspraak enigszins. Maar de Ondernemingskamer heeft op haar terrein natuurlijk wel het nodige gezag en zij bepaalt veelal zelf de richting in haar rechtspraak.

Als een rechter ervoor kiest om 'om te gaan', creëert deze overigens meteen ook een probleem van rechterlijk overgangsrecht.

Ik ga daar hier niet verder op in, doch verwijs de lezer naar O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht* (diss. UvT) 2000; E. Dirix, 'Rechterlijk overgangsrecht', *RW* 2008-09, nr. 42, juni 2009, p. 1754 e.v.; Bydliniski 2005, p. 122-124; en Verstijlen 2015, p. 180-181. Ook Schoordijk 1988, p. 60, scherpert ons in dat de rechter die omgaat, óók de consequenties daarvan moet regelen.

Soms voorziet de rechter zelf bij het omgaan in overgangsrecht, zoals in HR 27 november 1981, *Nj* 1982/503 (*Boon/Van Loon*): nieuwe aanspraken zijn ex redelijkheid en billijkheid niet meer geldend te maken. Zo wordt dus geregeld dat er geen terugwerkende kracht verbonden is aan de nieuwe regel, zie ook HR 10 maart 2017, *Nj* 2018/81, m.nt. H.B. Krans (*Ondeelbare rechtsverhouding*), r.o. 3.7.2.

45 Receptie van dit model (van 'keuze' en 'motivering') in de rechtspraak

Wat doet de (hoogste) rechter in Nederland daadwerkelijk wanneer het gaat om rechtsvinding en rechtsvorming? Past hij dit theoretische model van 'een keuze maken en dan motiveren' toe?

En zo ja, hoe ver gaat hij dan? Wanneer neemt hij de ruimte? Is daar een lijn in te brengen?

Helder is dat heden ten dage ook de Hoge Raad expliciet laat zien doordrongen te zijn van het gegeven dat rechtsvinding neerkomt op keuzes maken en vervolgens die keuzes motiveren.

Ik wijs nogmaals op het *Hangmat*-arrest en de daaropvolgende uitspraak (*Imagine*) inzake de reikwijdte van art. 6:179 BW. In beide zaken geeft de Hoge Raad expliciet aan een keuze te (gaan) maken, waarna uitvoerig gemotiveerd volgt waarom de keuze is uitgekapt zoals die is uitgekapt. Zie HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*X./Delta Lloyd Schadeverzekeringen*), waarbij ik r.o. 4.3.4 uit het eerste arrest citeer:

“(...) Bij de geschetste stand van zaken, waarbij de wetgever de door [verweerder] bepleite aansprakelijkheid niet heeft uitgesloten, hangt *de te maken keuze* af van wat naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van art. 6:174. *Die keuze valt uit ten gunste van het standpunt van Van Oss [de benadeelde, IG]. Daarbij wordt het volgende in aanmerking genomen.*” [mijn curs., IG]

In eerdere rechtspraak werden (uiteraard) ook al keuzes gemaakt, en was dat op zichzelf ook wel helder, maar werd dat niet zo expliciet aangegeven door de Hoge Raad.

Een voorbeeld betreft de keuze van de Hoge Raad om de op art. 7:611 BW rustende zorgplicht voor werkgevers niet toe te passen op werknemers die als voetganger aan het verkeer deelnemen, zie HR 11 november 2011, *NJ* 2011/597, m.nt. T. Hartlief (*Wijenberg/TNT Post*). Uit dit citaat blijkt genoegzaam (de cursiveringen zijn van mij, IG) dat er hier gekozen is, maar wordt dat niet als keuze gepresenteerd:

“Deze uit goed werkgeverschap voortvloeiende verzekeringsverplichting geldt blijkens het arrest Maatzorg met betrekking tot aan werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden overkomen verkeersongevallen in de hiervoor in 3.4.3 onder (a) tot (c) omschreven gevallen. *Zij dient bij de huidige stand van de wetgeving ook tot die gevallen beperkt te blijven*, omdat het hier gaat om een uitzondering op de in art. 7:658 neergelegde regel dat de werkgever slechts voor arbeidsongevallen aansprakelijk is indien hij is tekortgeschoten in zijn zorgplicht ter voorkoming van ongevallen, welke uitzondering niet tot een te ver gaande aantasting van die regel mag leiden. *Op zichzelf bestaan goede argumenten om werknemers een verdergaande, algemene bescherming tegen het risico van ongevallen in verband met hun werkzaamheden te bieden dan art. 7:658 thans biedt*, maar het ligt op de weg van de wetgever om een regeling daarvoor te maken; een dergelijke algemene regeling *gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.*”

De zojuist gestelde vraag naar het gebruik van de rechtsvindingsstheorie in de dagelijkse praktijk van de hoogste rechter betreft, breder geformuleerd, natuurlijk ook de positie van de wetgever onder het nieuwe BW: is de delegatie van de rechtsontwikkeling aan de rechter, via de open normen die de wetgever opgesteld heeft, ‘gelukt’?

Er bestaat geen maatstaf voor beantwoording van deze vraag (geslaagd of niet?), en dus ook niet voor beantwoording van de aanpalende vraag of dat in voldoende mate is gelukt. Wat hier in brede zin wel nog hierover gezegd kan worden, is dat de rechter behoorlijk voortvarend lijkt te zijn geweest in het inkleuren van de vele open normen, en dat deze dus de uitnodiging om rechtsvormend de open normen van inhoud te voorzien, heeft aangegrepen, daarbij vaak leunend op de techniek van de omstandighedenencatalogus om de praktijk houvast te geven. Daar kan men dan overigens op zichzelf ook weer van alles over vinden (Vgl. Barendrecht 1992) maar m.i. blijft overeind dat de delegatieopdracht als zodanig begrepen en opgepakt is, en dus in zoverre, over het geheel genomen, geslaagd kan worden genoemd.

46 Psychologie en motivering

Meer en meer dringt het besef door dat onze kennis over het rechterlijke besluitvormingsproces kan profiteren van (sociaal en cognitief) psychologische inzichten. Ook in relatie tot de motivering van rechterlijke beslissingen kunnen dergelijke inzichten van belang zijn. Dat heeft hiermee van doen dat de rechterlijke motiveringsplicht maakt dat de beslisser, de civiele rechter, nadrukkelijker en langer nadenkt over dat besluit. Daarmee zou deze wellicht allerlei 'biases' en 'heuristics' die de besluitvorming door de rechter vertroebelen, kunnen beperken.

Neem bijvoorbeeld de 'confirmation bias', ook wel: tunnelvisie, de tendens van mensen om alleen die informatie te zoeken en te gebruiken bij onze keuzes die in overeenstemming is met onze bestaande opvattingen. Zie hierover uitvoerig, met verwijzingen, Enneking e.a. 2013, p. 1045 e.v.; *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/253-255. De rechter – mens als ieder van ons – staat net als ieder ander mens onder invloed van deze en andere biases, zie bijvoorbeeld J.J. Rachlinski, 'How judges make decisions', in: R. Giard (ed.), *Judicial decision making in civil law*, The Hague: Eleven 2012, p. 87 e.v., en T. Schillemans & I. Giesen, 'De kwaliteit van (juridische) oordelen', *NJB* 2020/182, p. 184 e.v. In dit verband wordt evenwel verdedigd dat (de plicht om te) motiveren ervoor zorgt, althans zorgen kan, dat die 'bias' ondervangen wordt; het is dus een manier om tot 'debiasing' te komen, zie Enneking e.a. 2013, p. 1079-1081, al noemt Posner 2008, p. 110-111, de motivering een 'imperfect check'.

Ook in meer algemene zin, dus tevens voor andere 'biases' (Enneking e.a. 2013 bespreken bijvoorbeeld *anchoring* en *order effects*), wordt gewezen op het 'debiasing'-potentieel van het schriftelijk motiveren van rechterlijke vonnissen. Zie C. Guthrie, J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Blinking on the bench: How judges decide cases', *Cornell Law Review* 2007, Vol. 93, No. 1, p. 1-44, die op p. 36-37 stellen:

"(...) writing opinions could induce deliberation that otherwise would not occur. Rather than serving merely to describe an allegedly deliberative process that has already occurred (...) or to rationalize an intuitive decision already made (...), the discipline of opinion writing might enable well-meaning judges to overcome their intuitive, impressionistic reactions. The process of writing might challenge the judge to assess a decision more carefully, logically, and deductively."

Motiveren is een manier om verantwoording af te leggen, en dat maakt besluitvorming beter, vgl. T. Schillemans & I. Giesen, 'De kwaliteit van (juridische) oordelen', *NJB* 2020/182, p. 184 e.v. De plicht om te motiveren is overigens geen 'stand alone'-oplossing. Behalve een deugdelijke motivering noemen Guthrie c.s. nog verschillende andere factoren die naar hun mening een belangrijke rol kunnen spelen bij het verminderen van de invloed van cognitieve illusies op de rechterlijke besluitvorming. Eén zo'n factor is het belang van de hoeveelheid tijd die het rechtssysteem rechters gunt om tot een beslissing te komen. Zij stellen in dit kader (*t.a.p.*, p. 35):

"Judges facing cognitive overload due to heavy dockets or other on-the-job constraints are more likely to make intuitive rather than deliberative decisions because the former are speedier and easier."

Er rust dus een belangrijke taak op de wetgever en/of de Raad voor de rechtspraak om een kader te scheppen dat ervoor zorgt dat de tijdsdruk op rechters niet zo groot wordt dat een deugdelijke motivering van de rechterlijke besluitvorming daaronder gaat lijden. In Nederland is het geen evidentie meer dat daaraan zonder meer voldaan is, gegeven de voortdurende discussie over de (onhoudbare) werkdruk onder rechters. Zie onder andere het Rapport visitatie gerechten 2018, *Goede rechtspraak, sterke rechtsstaat*, via <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Rapport%20Visitatie%202018.PDF>.

De psychologische aspecten die specifiek verbonden zijn aan de persoon van de rechter, ofwel de mogelijke invloed van diens karakter, emoties, opleiding, ervaring en persoonlijkheid op de inhoud van zijn vonnissen, is nog betrekkelijk onontgonnen terrein, maar de hypothese is dat daarvan wel degelijk invloed uitgaat op de rechterlijke besluitvorming, zie nader J.E.M. Polak, 'De menselijke factor bij de rechtsontwikkeling door rechters', *NJB* 2016, p. 387-394, alsmede W. van Rossum, 'Vier reflecties op empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming', *NJB* 2010/1983, p. 2467. Zie ook Sieburgh 2008, p. 12; Kramer 2010, p. 313-315; Posner 2008, p. 7-11, 93-121, en 369-370, en Posner 2013, p. 1 en 129-130, en voor Engeland reeds (de derde druk van) M. Zander, *The Law-Making Process* (3rd ed.), London: Weidenfeld 1989, p. 293 e.v. De persoon van de rechter die min of meer toevallig op een bepaalde zaak zit, zou dan dus belangrijker kunnen blijken te zijn dan we voorsnog meestal aannemen. Ik ga hieraan voorbij omdat dit omvangrijk, complex en interessant fundamenteel onderzoek vergt, waarvoor in het kader van deze bijdrage de tijd en ruimte ontbreekt. In nr. [47] komt wel nog een andere psychologische kwestie aan de orde, gerelateerd aan de motiveringsstijl van de rechter en de mogelijke impact daarvan op de legitimiteit van diens oordeel.

47 Verschil in motiveringsstijlen en de mogelijke impact daarvan

De manier van motiveren door een (hoogste) rechter kan aanzienlijk verschillen. Alleen al in Europa zijn er – zeker historisch gezien – zeer verschillende motiveringsstijlen aan te wijzen, te weten de Duitse (en Oostenrijkse), de Franse (en Belgische) en de Engelse.

Ik kenschets die stijlen hier als leerstellig-dogmatisch (Duitsland), apodictisch (Frankrijk), en argumentatief (Engeland). De vaststelling dat deze verschillen bestaan, is niet van recente datum, zie bijvoorbeeld al H. Kötz, *Die Begründung höchstrichterliche Urteile* (Preadvies NVvR no. 32), Deventer: Kluwer 1982, maar wel nog steeds valide. Daarbij dient wel gezegd te worden dat de Franse Cour de Cassation inmiddels aangekondigd heeft zijn apodictische stijl (vgl. M. Adams, 'De argumentatieve en motiveringspraktijk van hoogste rechters: rechtsvergelijkende beschouwingen', *RW* 2008-2009, nr. 36, p. 1498 e.v.) op termijn – genoemd werd: eind 2019 – te gaan aanpassen. Zie reeds M. Feteris, 'Versterking van de Franse cassatierechtspraak', *NJB* 2018/302, p. 413 e.v.

Voor meer informatie over die wijziging vanuit de Cour de Cassation zelf, zie de website van het Hof, via https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/, alsmede https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reformes_mouvement_8181:

“La Cour de cassation adopte, à l'horizon de la fin de l'année 2019, de nouvelles normes de rédaction de toutes ses décisions. Le style en sera direct, sans 'attendu' ni phrase unique. Les paragraphes seront numérotés. Les grandes parties composites de l'arrêt seront clairement identifiées: 1. Faits et procédure; 2. Examen du ou des moyens; 3. Dispositif. Les règles concernées sont regroupées, explicitées et illustrées dans un "Guide" publié au sein cette rubrique.”

Ook komt er, voor de belangrijkste uitspraken, een 'motivation développée (enrichie)', aldus het Hof. Inmiddels zijn die beoogde aanpassingen inderdaad doorgevoerd, zie bijvoorbeeld Cour de Cassation (Assemblée plénière), Arrêt n°650 du 9 décembre 2019 (18-86.767); ECLI:FR:CCASS:2019:AP00650, alsmede Cour de cassation (Première chambre civile), Arrêt n°1114 du 19 décembre 2019 (19-22.946); ECLI:FR:CCASS:2019:C101114.

Mijn eigen voorkeur, voor wat die waard is, sluit aan bij de Duitse stijl, maar met een Engelse twist, zoals te destilleren valt uit I. Giesen, 'Baby Joost', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: BJu 2003, p. 15-30. Ik hecht er bijvoorbeeld aan om de relevante literatuur te betrekken bij, en te noemen in, de rechtsoverwegingen. Maar het gaat uiteindelijk wel om de dieperliggende, inhoudelijke keuzes (en argumentatie daarvoor), dat is de Engelse twist. Best wel wat van hetgeen ik in die bijdrage propageerde, is inmiddels min of meer gemeengoed geworden bij de Hoge Raad: hij werkt veel met

vooropstellingen, gebruikt tussenkopjes, en steeds meer ook 'ten overvloede'-overwegingen om de rechtspraak ten dienste te staan. Daar is recent het gebruik van voetnoten in plaats van rechtspraakverwijzingen in de tekst bij gekomen. Wellicht is dat een opstapje naar het vaker en consistentere verwijzingen naar literatuur? Ik zou dat toejuichen, en een voorproefje daarvan zagen we (wellicht) in het *Urgenda*-arrest (HR 20 december 2019, NJ 2020/41, in voetnoot 35).

De (nogal stevig) empathische stijl die ik ook voorstond, is ook nu nog minder gangbaar, waarmee ik overigens niet gezegd wil hebben dat de Hoge Raad geen oog heeft voor de belangen die spelen; hij gaat daar meestal goed mee om (zoals in het *Baby Kelly*-arrest, HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken).

De conclusie van dezelfde bundel luidde (zie Giesen/Vranken 2003, p. 176):

“De motivering van de Hoge Raad kan volgens ons opener, minder technisch-juridisch en sterker gericht zijn op zijn taak als rechtsvormer in een Europese context, met oog voor de gevolgen van zijn uitspraken en opgeschreven in zoveel mogelijke gewone mensentaal.”

Ruim vijftien jaar later valt dan dit op. Ten eerste, de hiervoor in nr. [43] bepleite discursieve(re) aanpak sluit nauw aan bij het net verwoorde wensenpakket. Ten tweede, de nadruk op de taak van de Hoge Raad als rechtsvormer is m.i. toegenomen sindsdien, onder andere door de introductie van de mogelijkheid van prejudiciële vragen. En ten derde, de notie dat we (meer) oog moeten hebben voor de bredere gevolgen van rechtspraak, is inmiddels een belangrijk onderzoeksthema, zie E.R. de Jong en T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten?', *NTBR* 2017, p. 4-16, met verwijzingen, en E.R. de Jong, 'Urgenda en de beoordeling van macro-argumenten', *MvV* 2019/4, p. 133 e.v. Zo gezien zijn de toen genoteerde wensen en de huidige praktijk dichter bij elkaar gekomen.

Uit (empirisch) onderzoek naar de legitimiteit van het Amerikaanse Supreme Court is gebleken dat de stijl van motiveren die benut wordt in de motivering van een uitspraak, van invloed is op de mate van steun die de rechters vervolgens ten deel valt. Het is niet onaannemelijk dat hetzelfde in Nederland zou kunnen gelden.

“The court's legitimacy can be affected, to some extent at least, by the actions of the justices”, aldus Farganis. Daarbij is de gekozen motiveringsstijl een vorm van 'actie', want 'legalistic' redeneren doet het in de VS beter dan het gebruik van politieke overwegingen: 'this body of work presents solid evidence that 'legalistic' reasoning makes the public more likely to view the Court as a legitimate decision-making authority'. Zie D. Farganis, 'Do reasons matter? The impact of opinion content on Supreme Court legitimacy', *Political Research Quarterly*, Vol. 65, No. 1 March 2012, p. 206-216, op p. 207. Theoretisch onderzoek bevestigt deze empirie. Volgens Farganis, *t.a.p.*, is er een directe connectie tussen het institutionele welvaren van het Supreme Court en de soort van argumenten die benut worden, een connectie die de rechters zelf onderschrijven en (weer) benutten in hun uitspraken. Diens vervolgonderzoek naar de hypothese dat de gepercipieerde legitimiteit hoger zal liggen als er conventionele juridische argumenten benut worden ter rechtvaardiging van de uitspraak, bevestigt het voorgaande, maar wel met deze nuancering dat de impact van dat type motivering (ten opzichte van andere vormen: opinieonderzoek of religieuze overwegingen als basis) minder sterk is dan gedacht zodat de legitimiteit van de rechter robuuster is dan wel aangenomen werd (Farganis, *t.a.p.*, p. 213).

Het zou natuurlijk interessant zijn soortgelijk onderzoek ook in Nederland (en de rest van Europa, met zijn verschillende motiveringsstijlen) uit te voeren. Is een meer 'sacrale' rechtsoverweging wellicht beter voor de acceptatie van een uitspraak en de legitimiteit van de rechter dan een technisch-juridische, of een discursieve variant? Ter geruststelling, wellicht: daar wordt inmiddels voor het Nederlandse recht aan gewerkt door een team van onderzoekers uit Leiden (Van Boom en Strohmaier) en Utrecht (De Jong en Giesen).

En ter relativering: deze resultaten sluiten niet uit dat vele andere factoren ook bijdragen aan de legitimiteit van de rechter, zoals *procedural justice*, zie bijvoorbeeld T.R. Tyler,

'Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation', *Annual Review of Psychology* 2006, 57:375-400, op p. 379 en 382; T.R. Tyler & K. Rasinski, 'Procedural justice, institutional legitimacy, and the acceptance of unpopular U.S. Supreme Court decisions: A reply to Gibson', *Law & Society Review*, Vol. 25, No. 3 (1991), p. 621-630, op p. 627. Dat is in zoverre extra interessant dat het aannemelijk lijkt dat een goede motivering van een beslissing kan bijdragen aan de mate van 'fairness' van de procedure. Zie H.A.M. Grootelaar, *Interacting with procedural justice in courts* (diss. UU) 2018, p. 141, alwaar zij dit een nieuw te ontwikkelen onderzoeklijn noemt, namelijk 'to examine how the written decision can foster or sustain perceptions of procedural justice'.

Ook de mate van overlap tussen de waardeoordelen van rechters en die van justitiabelen lijkt van invloed te zijn op de ervaren legitimiteit, aldus N.T. Feather & R.J. Boeckmann, 'Perceived legitimacy of judicial authorities in relation to degree of value discrepancy with public citizens', *Social Justice Research* (2013) 26: 193-217. Ook dat thema zou een frisse (onderzoeks)blik verdienen, zoals ik eerder al betoogde in mijn redactionele bijdrage 'Motivering na rechterlijke rechtsvorming: de mogelijke impact van psychologische inzichten en verschillende motiveringsstijlen', *TPR* 2019-3 (in druk), welke bijdrage gebaseerd werd op mijn onderzoek voor dit en de voorgaande nummers.

Rechtsvinding buiten het algemene vermogensrecht

48 Toepassingsverschillen per rechtsgebied?

Tot nu toe is in deze monografie de methode van rechtsvinding in het Nederlandse BW en dan met name het vermogensrecht besproken. Dat was een bewuste keuze, maar doet de vraag rijzen in hoeverre het proces van keuzes maken en motiveren anders is buiten dat specifieke rechtsgebied. Is de rechtsvinding anders georganiseerd in, bijvoorbeeld, het burgerlijk procesrecht dan in het algemeen vermogensrecht? Zie hierna nr. [49]-[51]. En hoe zit het met de rechtsvinding in de context van het EVRM en het EU-recht? Zie nr. [52]-[54]. Het is goed voorstelbaar dat de rechtsvinding ook daar andere accenten kent.

Hiermee treedt dit boek buiten zijn eigenlijke domein (te omschrijven als 'het BW', of iets nader afgebakend, 'het vermogensrecht'), maar daarvoor zijn goede redenen aan te voeren. Ten eerste laat een (kort) overzicht van de twee genoemde deelterreinen zien dat rechtsvinding en rechtsvorming ook contextgebonden is; in deelgebied X treden andere elementen of waarden wellicht sterker naar voren dan bij de rechtsvinding op deelterrein Y.

Ten tweede is de doorwerking en invloed van het Europese recht (EVRM en EU) voor ons nationale privaatrecht inmiddels zo belangrijk geworden dat enige kennis over hoe de hoogste Europese rechters omgaan met rechtsvinding en rechtsvorming, in feite onontbeerlijk is. Daartoe dienen de nrs. [52]-[54]. Dat geldt te meer nu de meergelaagdheid van ons vermogensrecht die uit die doorwerking volgt, zowel de Europese als nationale (hoogste) rechters 'dwingt' om (meer) in dialoog te treden met elkaar, zie nader nr. [62].

Ten derde geldt dat, omdat het burgerlijk procesrecht (potentieel) van enorm groot belang is voor de (materiële) uitkomst van een civiel geding (nr. [49]), de eventuele bijzonderheden die op dat terrein qua rechtsvinding spelen, ook niet onvermeld mogen blijven.

Dezelfde vraag ('hoe zit het met de rechtsvinding...?') laat zich uiteraard ook stellen voor de methode van rechtsvinding in, bijvoorbeeld, het arbeidsrecht (zie o.a. R.A.A. Duk, *De Hoge Raad en rechtsvinding in het arbeidsrecht*, Den Haag: BJu 2013; C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012 (11) 1, p. 3-21), in het ondernemingsrecht (C.D.J. Bulten & C.J.H. Jansen, 'Rechterlijk activisme: waar liggen de grenzen van rechtsvorming door de Ondernemingskamer?', *Ondernemingsrecht* 2015/20) of in het personen- en familierecht, denk hierbij aan de rol van 'het belang van het kind' als omstandigheid en aan de wellicht andere omgang met redelijkheid en billijkheid aldaar (zie E. van Wijk-Verhagen, *Redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht, meer in het bijzonder in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht*, Den Haag: BJu 2018). In deze uitgave is er echter geen ruimte om al die separate rechtsgebieden door te rekenen.

49 Procesrechtelijke rechtsvinding (hoofdpijnen)

Voor zover het over de *procesrechtelijke rechtsvinding* gaat, geldt als startpunt dat niemand zit te wachten op de complicaties van een (processueel) geschil in een lopend (materieelrechtelijk) geschil: de partijen niet en de rechter ook niet. En dus zijn twistpunten en uitlegkwesties over procesrechtelijke kwesties voor niemand echt 'prettig', niettegenstaande het feit dat zo'n processueel geschil de uitkomst van het materiële geding wezenlijk kan beïnvloeden. Toch spelen er regelmatig procesrechtelijke kwesties en geschilpunten door het materiële geschil heen, juist vanwege die mogelijke invloed op de uitkomsten ervan. En dus zal de rechter zich ook regelmatig moeten buigen over processuele geschillen en zich moeten uitlaten over de juiste interpretatie van procesrechtelijke regels.

Zie Asser *Procesrecht/Giesen 1* 2015/44 e.v., waarop het volgende deel van deze monografie sterk leunt. Volgens Smits (Smits 2008, p. 150, n.a.v. Asser/Vranken** 1995/231-232) is het de taak van de rechter om, door de procesrechtelijke onvolkomenheden heen, door te dringen tot wat partijen onderling hebben kunnen en moeten begrijpen. De rechter moet de procesrechtelijke belemmeringen wegruimen en zo het materiële geschil zichtbaar maken. Dat vergt echter procesrechtelijke rechtsvinding, en dus rijst de vraag hoe die rechtsvinding in het procesrecht er dan uitziet, en of dat verschilt ten opzichte van het algemene kader zoals eerder geschetst.

De kortste schets van het kader voor rechtsvinding en rechtsvorming op het terrein van het burgerlijk procesrecht, vooral in relatie tot rechtsvinding op materieelrechtelijk vlak, zou kunnen luiden dat die procesrechtelijke rechtsvinding niet wezenlijk anders verloopt dan de rechtsvinding op het terrein van het materiële privaatrecht.

Bekijken wij de stand van zaken in Nederland op dit terrein, dan kan in wezen de vaststelling van Asser 2000, p. 13, volstaan dat rechtsvinding op het terrein van het civiele procesrecht zich niet meer onderscheidt van gewone rechtsvinding ten aanzien van het materiële burgerlijk recht. Zonderland 1976, p. 182, poneerde dezelfde gedachte ook al:

“Een nauwkeurig onderscheid tussen de bijzonderheden van de processueelrechtelijke en de overige interpretatiemaatstaven is vanwege de uiteindelijke functionele samenhang van materieel en formeel recht moeilijk te handhaven, zodat de behandeling onvermijdelijk overlappings geeft.”

Niettemin is er, in elk geval op detailpunten, een eigen dimensie toe te schrijven aan procesrechtelijke rechtsvinding. Er zijn inzichten die juist op het terrein van de procesrechtelijke rechtsvinding (sterker) leven.

Zie nader Zonderland 1976, p. 182. Zo moet er bijvoorbeeld in het burgerlijk procesrecht voldoende (lees: meer dan elders) waarde worden gehecht aan de eisen van *rechtszekerheid*; die rechtszekerheid staat als argument vaker op de voorgrond dan in het materiële recht. Zie bijvoorbeeld HR 23 november 2018, *NJ* 2018/467 (*Onteigening Peel en Maas*), waarin in r.o. 3.4.2 expliciet op het belang van de rechtszekerheid wordt gewezen, net als in HR 24 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:791 (*Chalet te Ede*), r.o. 3.3.3: de rechtszekerheid eist een eenduidige regel bij de uitleg van art. 140 Rv. Eenzelfde gedachte, maar dan onder de noemers 'hanteerbaar' en 'uniform', zie we bijv. terug in HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *RvdW* 2020/88 (*Schorsing tenuitvoerlegging*), r.o. 5.5.1.

De praktische eis, als uitwerking daarvan, om het rechtsverkeer niet onnodig in verwarring of onzekerheid te laten verkeren of te brengen als het om procesrechtelijke regels gaat, brengt

met zich dat wetgeving en rechtspraak niet met elkaar zouden moeten contrasteren. En dat betekent dat zowel de wetgever als de rechter weliswaar op hun eigen terrein vrij zijn om het burgerlijk procesrecht nader vorm te geven (door nieuwe regels te creëren, respectievelijk door bestaande regels te (her)interpreteren), doch dat het respect voor die eis van de praktijk beide rechtsvormers ertoe dwingt 'om van deze vrijheid slechts met mate gebruik te maken', aldus Zonderland 1976, p. 174. De wetgever kan bijvoorbeeld een jurisprudentiële regel van procesrecht voor een bepaald deelterrein willen afschaffen of veranderen, maar dient zich dan wel af te vragen of de praktijk daarbij niet onnodig belast wordt (vanwege inconsistenties in het systeem). Die praktijk speelt overigens in het vermogensrecht ook een rol, zoals we al zagen in nr. [15].

Een andere omstandigheid die de processuele rechtsvinding anders kan inkleuren dan de rechtsvinding op materieelrechtelijk vlak, betreft de idee dat, vanwege het (meer) publiekrechtelijke karakter van het procesrecht, er ook meer gelet moet worden op de consequenties van bepaalde keuzes, speciaal ook in verband met de belangen van degenen die niet als procespartij betrokken zijn bij de rechtsvindingskwestie. De belangen van derden spelen dus een steviger rol dan in een puur privaatrechtelijke setting, bijvoorbeeld via de al genoemde rechtszekerheid die verlangt dat er niet al te bruusk wordt omgegaan met geldend recht. Zie Zonderland 1976, p. 181. Ik merk daarbij wel nog op dat, als het voorgaande voor het goederenrecht opgeschreven zou zijn, waarschijnlijk weinigen verbaasd zouden zijn geweest.

50 Procesrechtelijke rechtsvinding (deelregels)

Vertrekkend vanuit deze 'eigen dimensies' van de rechtsvinding in het burgerlijk procesrecht, heeft Zonderland op basis van een analyse van de toenmalige rechtspraak van de Hoge Raad een aantal factoren onderscheiden die volgens hem specifiek (of anders) van gewicht zijn bij de procesrechtelijke rechtsvinding.

Zie Zonderland 1976, p. 182-228, en daarover *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/48 (waaruit het volgende is overgenomen):

- a) Omdat het op procesrechtelijk terrein om 'spelregels' gaat, is het zaak om, meer dan op materieel vlak, te letten op de bewoordingen van die regels (een zekere 'strakheid' is geboden en komt meer voor). Maar via een 'redelijke wetstoepassing' kan de uitlegger eventueel iets verder van de tekst afraken dan gewoonlijk;
- b) Echter, de grammaticale uitleg mag niet tot een woordenspel en 'Begriffsjurisprudentie' verworden, en dus moet die taalkundige uitleg steeds gezien worden door de bril van de bedoelingen die de wet(gever) heeft willen uitdrukken (teleologie), mede in het licht van de ontwikkelingen van het systeem sindsdien (waarbij de parlementaire behandeling dus niet te veel betekenis mag krijgen). De grammatica zou dan via wetshistorie en de strekking van een regel moeten worden doordacht. Een voorbeeld: in HR 16 maart 2007, *NJ 2007/637 (Johannes/Baranco)*, r.o. 3.7.2, bepaalt de Hoge Raad dat de ontwikkeling van de beginselen van procesrecht maakt dat art. 80 lid 1 RO (sinds 1838 niet meer fundamenteel herzien) ruimer moet worden uitgelegd;
- c) De materieelrechtelijke waardering van een handeling en de procesrechtelijke waardering van een handeling in een geding verschillen, omdat de wederpartij(en) en de rechter mede en direct daarbij betrokken zijn; de rol (en het belang) van de rechtspleging bij een bepaalde uitleg strekt verder dan het enkele punt dat partijen verdeeld houdt;
- d) Procesrechtelijke knopen moeten worden doorgehakt om materieelrechtelijk juiste uitspraken te kunnen doen: dát er wordt beslist is daarmee soms belangrijker dan wát er wordt beslist (het gaat, nogmaals, om spelregels);
- e) Het doel van het procesrecht is belangrijk bij de uitleg (wordt dit gediend door de gekozen uitleg?), en daarmee ziet de teleologie als methode veel meer op een algemene teleologie dan slechts de strekking van een specifieke bepaling;
- f) Op procesrechtelijk vlak blijkt de Hoge Raad nogal eens apodictisch te argumenteren, hetgeen past bij het doorhakken van knopen, op welke manier dan ook. Het resultaat is hier, net als bij meer 'overredende' beslissingen, van meer betekenis dan de motivering;

- g) De vereisten van een redelijke procesorde zijn van belang, omdat zo bevorderd wordt dat er eerlijke spelregels bestaan. Dit kan dan een ingang zijn om open normen te gebruiken, vgl. Asser 2000, p. 13 (ook in procesrecht open normen benutten bij de uitleg; een soort art. 6:2 BW zou voor het burgerlijk procesrecht niet misstaan).
- h) De systematische interpretatie, de eerbied voor het stelsel der wet, inclusief de analogie, is van groot belang in het licht van de noodzaak de rechtszekerheid te dienen, hetgeen meer dan elders voor het burgerlijk procesrecht geldt. De systematiek vormt een waarborg tegen vergissingen. HR 16 maart 2007, NJ 2007/637 (*Johannes/Baranco*) is ook hier een voorbeeld. De verruiming van art. 80 lid 1 RO wordt systematisch gekoppeld aan de (on)mogelijkheid van doorbreking van een appelverbod;
- i) Een belangenafweging, zie daarover nr. [37], is ook op procesrechtterrein mogelijk om juiste resultaten te bereiken, net als het gebruik van proceseconomische redenen voor een bepaalde uitleg, en de aard van de betrokken rechtsgang (een kort geding is wezenlijk anders dan een bodemprocedure);
- j) Al het voorgaande draagt bij aan het achterwege (kunnen) laten van zinloos formalisme, aldus ook Asser 2000, p. 12, en vgl. (m.b.t. vergissingen) HR 13 december 2013, NJ 2015/307 (*Montis Holding*), r.o. 5.5.2, zonder af te doen aan de duidelijkheid die het procesrecht eist (omdat het om spelregels gaat). Zie in dit verband ook M. Bruning, 'Over redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het Nederlandse privaatrecht', in: De Graaff e.a. 2016, p. 96. Die roep om duidelijkheid maakt overigens dat omgaan door de Hoge Raad wellicht minder voor de hand ligt, hoewel dat ook op procesrechtelijke terrein niet uitgesloten is. Een voorbeeld daarvan bieden de nieuwe regels inzake het kostenverhaal rondom de vrijwaringsprocedure, zie HR 28 oktober 2011, NJ 2012/213 (*X./ZLTO*), waarmee werd teruggekomen op HR 26 maart 1993, NJ 1993/613 (*NMB Postbank/Ontvanger*). Zie ook HR 13 december 2013, NJ 2015/307 (*Montis Holding*), waarmee (in r.o. 5.5.3) werd teruggekomen op HR 9 januari 2004, NJ 2005/222 (*Muntendamsche Investerings Maatschappij/Sloten*).

Met dit alles is het uitlegarsenaal intussen zo rijk voorzien dat ook procesrechtelijk gezien, net zoals dat op materieelrechtelijk vlak geldt, elk gewenst resultaat in beginsel bereikbaar is, mits de rechter maar de gelegenheid neemt om rechtsvormend op te treden. (Ook) in zoverre wijkt de (wijze van) procesrechtsvinding dus niet af van de 'gewone' rechtsvinding, en is er veeleer sprake van nuanceringen op detailpunten.

Zo kan ook de literatuur van invloed zijn als het om procesrechtelijke rechtsvinding gaat, zie nogmaals HR 16 maart 2007, NJ 2007/637 (*Johannes/Baranco*).

Zonderland 1976, p. 218-220, onderscheidde, naast de hiervoor genoemde factoren, ook nog als zelfstandige interpretatiemethode op procesrechtelijk terrein het gebruik van beginselen (van, in casu, procesrecht). De beginselen van civiel procesrecht kunnen aldus in de rechtspraktijk als interpretatietechnieken benut worden teneinde het procesrecht uit te leggen en eventueel verder te ontwikkelen. Zie ook al nr. [33] hiervoor, en *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/49. Afwijkend is dat echter niet. Anders dan in de dagen van Zonderland wordt het gebruik van rechtsbeginselen bij de rechtsvinding (ook op materieelrechtelijk vlak) breed erkend en aanvaard, zie nogmaals nr. [33].

51 Procesrechtelijke rechtsvinding: verantwoording

Rechtsvorming vergt uiteraard het nodige qua motivering, en dat geldt ongeacht of het nu de rechtsontwikkeling op materieel of op procedureel vlak betreft.

[Smits 2008](#), p. 152; *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/50. De gedachte dat de grotere mate van 'techniek' die op procedureel vlak nu eenmaal speelt, wellicht maakt dat er qua motivering minder gevegd hoeft te worden, gaat niet op. Alleen al niet omdat procedurele beslissingen en ontwikkelingen directe en grote invloed (kunnen) hebben op materiële resultaten van

procedures. De eisen aan de motivering van procedurele rechtsvinding zullen dus niet mogen afwijken van de daarbij gebruikelijke eisen. Ogenscheinlijk anders: Smits 2008, p. 150-151. Over dit thema, naast de hiervoor geciteerde 'standaard' rechtsvindingsliteratuur, bijvoorbeeld ook *Gemotiveerd gehuldigd* (Van Boeschoten-bundel), W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993, alsmede De Groot 2014.

Het gegeven dat de eisen aan die motivering 'versterkt' of 'aangescherpt' lijken te zijn de laatste jaren, zie nr. [42], doet zich dus ook procedureel gevoelen.

52 Rechtsvinding in Europa

De opmars van het Europese privaatrecht, zowel in EU- als in EVRM-verband, maakt het interessant – mede in het licht van de vaak van stal gehaalde dialoog tussen de (hoogste) nationale en de Europese rechters, zie nr. [62] hierna – te bezien hoe er in die Europese instituten op hoofdlijnen omgegaan wordt met vragen van rechtsvinding en rechtsvorming.

Zie bijvoorbeeld Hondius 2001; Hesselink 2001; Van Gerven/Lierman 2010, o.a. p. 232 e.v. Dit vraagstuk is onderdeel van het debat over een 'Europäische Methodenlehre', waarover bijvoorbeeld ook H. Fleischer, 'Europäische Methodenlehre: Stand und Perspektiven', *RebelsZ* 2011, Vol. 75, No. 4, p. 700-729.

Het Europese privaatrecht in brede zin begrepen – waarbij ik dan mede het oog heb op Europese instrumenten van soft law, de diverse vormen van Europese 'Principles' dus – komt hierna niet separaat aan bod. Daarvoor (b) lijkt de levensvatbaarheid van die Principles te beperkt te zijn (geweest). Een belangrijke kwestie was dan uiteraard geweest hoe om te gaan met het ontbreken van een bevoegde hoogste rechter in die gevallen waarin het HvJ EU en het EHRM geen zeggenschap hebben. Zijn er dan alternatieven voor rechtsvinding door de hoogste rechter, en, zo ja, hoe werkt dat dan? Zou de Hoge Raad dan aan zet zijn geweest? En had dan een parallel gevonden kunnen worden door te bezien hoe wordt omgegaan met deze kwestie in landen waarin er niet een enkele hoogste rechter is (zoals in het bestuursrecht in Nederland)? Andere vragen waren, uiteraard, welke methoden zouden kunnen worden gebruikt bij de interpretatie van de beschikbare instrumenten van Europees privaatrecht? En ook: wordt het thema van rechtsvinding eigenlijk afdoende behandeld door de diverse particuliere groepen (Study Group (*Von Bar*), EGTL (*Spier/Koziol*), Common Core (*Trento*)) die zich met dit Europees privaatrecht bezighouden door bijvoorbeeld Principles op te stellen? Is er wel aandacht voor? Zo ja, waartoe leidt dat dan? Neemt men bijvoorbeeld regels van interpretatie op in de Principles? Daar lijkt het tot nu toe niet op. En indien die aandacht ontbreekt, hoe zou er dan omgegaan kunnen zijn met de ongetwijfeld rijzende vragen van interpretatie? Kortom: hoe had de rechtsvinding in het Europese privaatrecht in den brede gestalte kunnen en moeten krijgen en welke rol had dat dan wellicht opgeleverd voor de Hoge Raad? Volgens Hesselink 2001, p. 74-80, zou dat met minder 'formalism' en met meer focus op 'substance', de inhoudelijke merites, (moeten) zijn, ook wel de 'functional-pragmatic approach' genoemd. Dat beeld strookt grotendeels met het beeld dat ik heb geschetst van de rechtsvorming op nationaal niveau in het heden, zie hierna nrs. [57]-[62].

Voorop staat dat de wijze van rechtsvinding in een internationale context, in casu die van het recht van de Europese Unie en van het EVRM, enigszins anders verloopt dan op nationaal niveau. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de EU hanteren een deels afwijkende wijze van rechtsvinding, bezien vanuit de Hoge Raad.

Dat gegeven is van belang voor het nationale recht dat in dit boek centraal staat, omdat beide Europese rechters hiërarchisch boven de nationale Nederlandse rechter gerangschikt moeten worden. Bovendien is dit van belang omdat de verhouding tussen de nationale rechter en het EVRM en de EU tevens hierdoor gekenmerkt wordt dat die (ondergeschikte) nationale rechter ook een EVRM-rechter en een EU-rechter is, zodat hij bijvoorbeeld als EU-rechter het nationale recht EU-recht-conform moet uitleggen of buiten toepassing moet laten. Zie

verder nr. [36]; Asser *Procesrecht/Giesen 1* 2015/61; Asser/Hartkamp 3-1 2018/100 en 201; J. Gerards, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks* 3/2013, p. 22-23, en uitvoerig over de omgang met het EVRM door de Nederlandse hoogste rechters bij hun rechtsvinding; J. Gerards, 'Oordelen over grondrechtzaken', in: L.E de Groot-Van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 28-48.

De onderlinge verhouding tussen EU (met name het Handvest) en EVRM bespreek ik hier niet, zie daartoe Asser/Procesrecht/Giesen 1 2015/62, met verdere verwijzingen.

53 Rechtsvinding inzake het EU-recht

Hoewel ik deze thematiek hier niet alomvattend kan bespreken, is het wel op nodig om enkele algemene opmerkingen te maken over de wijze van rechtsvinding en rechtsvorming door het HvJ EU als het om het Unierecht gaat.

Zie uitvoeriger o.a. G. Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge: CUP 2013; G. Beck, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford: Hart 2012; R. Streinz, 'Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bzw Unionsrechts durch den EuGH: eine kritische Betrachtung', in: S. Griller & H.P. Rill (red.), *Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, Wien: Springer 2011, p. 223-264; K. Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, Berlin: De Gruyter 2006 (m.n. p. 245 e.v.); Schulze/Seif 2003; Vogenauer 2001, p. 344 e.v.; H. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, Den Haag: Bju 2009; [De Waele 2012](#); Van Gerven/Lierman 2010, p. 232 e.v.; H. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System*, Antwerpen: Intersentia 2011, m.n. hoofdstuk 13; M. Freudenthal, *Schets van het Europees civiel procesrecht* (2^e druk), Deventer: Kluwer 2013, p. 294 e.v. Zie ook nog Asser *Procesrecht/Giesen 1* 2015/63: daarop is dit onderdeel gebaseerd.

De Unierechtelijke interpretatiemethode (van het nationale vermogensrecht) is reeds besproken in nr. [36].

Het Hof wordt geleid door de klassieke (nationale) interpretatieregels; daarbij zijn er drie uitlegmethoden die het Hof veel benut, te weten: de grammaticale, de systematische en de teleologische uitleg. Daarbij is die laatste methode van het meeste gewicht, zo wordt vaak gezegd.

Zie K. Lenaerts & T. Corthaut, 'Rechtsvinding door het Hof van Justitie', *AA* 2006, p. 584; Asser/Hartkamp 3-1 2018/97-98; [De Waele 2012](#), p. 59; V. Trstenjak, 'Les difficultés d'une interprétation et d'une application unitaires du droit communautaire', in: R. Cabrillac (ed.), *Le contract en Europe aujourd'hui et demain*, Paris: Société de législation comparée 2008, p. 152-170; Vogenauer 2001, p. 357 en p. 388, en als voorbeeld HvJ EU 10 september 2009, C-199/08, ECLI:EU:C:2009:538; *Jur.* I-8295 (*Eschig/UNIQA*), nr. 38, met verwijzingen. Het is echter niet per se zo dat aan een bepaalde methode van uitleg dwingend prioriteit wordt toegekend, aldus [De Waele 2012](#), p. 62; G. Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge: CUP 2013, p. 24-25; Vogenauer 2001, p. 400. M.P. Maduro, 'Interpreting European Law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism', *European Journal of Legal Studies*, 2007 Vol. 1, No. 2, p. 141, spreekt echter wel over teleologische uitleg als de 'prevailing' techniek, die nauw verbonden is met de andere uitlegmethoden (p. 140):

"It refers to a particular systemic understanding of the EU legal order that permeates the interpretation of all its rules. In other words, the Court was not simply concerned with ascertaining the aim of a particular legal provision. It also interpreted that rule in the light of the broader context provided by the EC (now EU) legal order (...)."

Verder is van belang (zie Asser/Hartkamp 3-I 2018/97-99) dat het Hof bevoegd is tot een ruimhartige uitleg van het EU-verdrag, tot erkenning van algemene rechtsbeginselen (zie art. 19 lid 1 tweede zin VEU) welke van groot belang zijn voor de rechtsvinding (Lenaerts 2018, p. 62; Schulze/Seif 2003, p. 4), dat het Hof continuïteit belangrijk vindt (blijkens verwijzingen naar eerdere, eigen rechtspraak; Schulze/Seif 2003, p. 11, spreken dan ook van een 'faktische Bindungswirkung'), en dat begrippen autonoom en eenvormig worden uitgelegd.

De nadruk ligt daarbij vaak op het nuttig effect ('effect utile') van de uit te leggen regel, zie *De Waele 2012*, p. 53; Schulze/Seif 2003, p. 4; alsmede K. Lenaerts & T. Cortthaut, 'Rechtsvinding door het Hof van Justitie', AA 2006, p. 584. Als het specifiek om de uitleg van richtlijnen gaat, worden, naast de hiervoor al genoemde methoden, ook de verdragsconforme uitleg en de historische methode benut.

Maar ook rechtsvergelijking (met het recht van de nationale lidstaten) is belangrijk, aldus K. Lenaerts & T. Cortthaut, 'Rechtsvinding door het Hof van Justitie', AA 2006, p. 585-586. Sterker, volgens Lenaerts 2018, p. 63, de 'comparative law method serves as a crucial interpretative tool the enables the ECJ to resolve particular gaps, conflicts and ambiguities without embarking on judicial legislation'. Deze methode is dienstbaar om algemene beginselen van EU-recht te vinden en door te ontwikkelen, maar kan ook benut worden om secundair EU-recht op te helderen. De mate van consensus, of 'convergence', tussen het recht van de diverse lidstaten is bepalend voor het mogelijke gebruik van de rechtsvergelijkende methode om tot oplossingen te komen, vgl. Lenaerts 2018, p. 76-81, maar het volgen van een minderheidsopvatting is niet uitgesloten, gegeven het feit dat de teleologische interpretatie heel erg belangrijk is, aldus Lenaerts 2018, p. 82.

Exemplarisch voor de wijze van rechtsvinding van het Hof, zeker als ook grondrechten (via het Handvest) een rol spelen, is HvJ EU 22 december 2010, NJ 2011/129 (*DEB/Duitsland*). In die zaak werd van het Hof gevraagd om art. 47 Handvest EU uit te leggen in verband met de vraag of een rechtspersoon naar Europees recht een recht op gefinancierde rechtsbijstand kan doen gelden. Het Hof deed dat door gebruik te maken van de Toelichting op dat Handvest (zie r.o. 32, 35, 36 en 39), doch ook door te letten op de rechtspraak van het EHRM (r.o. 36, 37 en 45-52), de context van de bepaling (het recht van de EU en van de lidstaten, r.o. 37 en 43-44), de taalkundige uitleg, zelfs via verschillende taalversies (r.o. 38-39), de systematische uitleg van, in casu, het Handvest EU (r.o. 40-42), alsmede het voorwerp van geschil en het (economisch) belang daarvan, in diverse deelaspecten (r.o. 53-56).

Opmerking verdient nog dat de Europese wetgever de (nationale) rechtstoepasser soms te hulp schiet bij de uitleg en toepassing van EU-recht. Dat geschiedt bijvoorbeeld via (formeel niet bindende) 'Guidance Documents' (Leidraden) van de Europese Commissie.

H.B. Krans, 'Guidance door een Europees Document?', *NTBR* 2015/1, heeft hierop gewezen en ervoor gewaarschuwd, omdat nog veel onduidelijkheid heerst omtrent de status van zo'n Guidance. Zal het HvJ EU zo'n leidraad benutten? Zullen marktpartijen hun gedrag erop afstemmen?

54 Rechtsvinding inzake het EVRM

Hoewel hier opnieuw geldt dat het thema rechtsvinding inzake het ERVM niet omvattend besproken kan worden, zijn ook enige opmerkingen over de uitgangspunten bij en de wijze van rechtsvinding door het EHRM op zijn plaats.

Uitvoeriger hierover o.a. Harris e.a. 2018, p. 6 e.v.; Gerards 2019, p. 31-107; H. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System*, Antwerpen: Intersentia 2011. Zie ook nog (inzake de toepassing van deze uitgangspunten in) HR 20 december 2019, NJ 2020/41 (*Urgenda*), r.o. 5.4.1-5.4.3, en zie ook nog Asser *Procesrecht/Giesen 1* 2015/64: daarop is dit onderdeel gebaseerd.

Daarbij staat voorop dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens art. 31 e.v. Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht volgt als het om de uitleg van het EVRM gaat. Maar men heeft tevens een eigen 'cultuur' voor wat betreft de interpretatie van de veelal autonome EVRM-concepten ontwikkeld.

Zie o.a. Harris e.a. 2018, p. 7 en p. 20 e.v.; Kuijer 2004, p. 44; Gerards 2019, p. 47-51, en p. 67 e.v., over de autonome uitleg.

Taalkundige interpretatie van de tekst van het verdrag staat hoog op het lijstje van interpretatiemethoden, waarbij de vergelijking tussen de twee authentieke taalversies nuttig en nodig kan zijn. Ook wordt de systematiek van het verdrag benut, alsmede de historie ervan, inclusief het gebruik van de voorbereidende stukken, hoewel het belang daarvan gering is. Van groter belang is echter de (meta)teleologische interpretatie, de uitleg in het licht van het doel van het verdrag waarbij reële, effectieve bescherming voorop staat.

Over e.e.a. Gerards 2019, p. 51-67 en 78 e.v.; Kuijer 2004, p. 45-46; Asser/Hartkamp 3-I 2018/232. Gerards 2006a, p. 111, noemt deze laatste methode 'leidend'.

Ook de grondslagen van het verdrag, zoals respect voor de menselijke waardigheid, menselijke vrijheid en de noties van zelfbeschikking en persoonlijke autonomie, zijn daarbij belangrijke principes die behulpzaam kunnen zijn bij de interpretatie. Zie Gerards 2019, p. 59-67, en bijvoorbeeld EHRM 10 juni 2010, Appl. No 302/02, *NTM/NJCM-Bull.* 2010, p. 1062 e.v. (*Jehova's Getuigen van Moskou t. Rusland*), § 135. Dergelijke 'grote' principes brengen overigens onvermijdelijk met zich dat een restrictieve aanpak door de rechter niet direct in de rede ligt. Kenmerkend in dat verband is bijvoorbeeld de zaak *Delcourt* (EHRM 17 januari 1971, Series A., Vol. 11 (*Delcourt t. België*), nr. 25), waarin wordt gesteld dat:

'a restrictive interpretation of Article 6, para. 1, would not correspond to the aim and purpose of that provision'.

Daarbij past dan ook dat het EVRM gezien wordt als een 'living instrument' en de interpretatie ervan dus mee moet gaan met (ontwikkelingen in) de tijd. Dit kan als 'evolutieve interpretatie' gezien worden, maar heet ook wel de sociologische methode. In elk geval volgt daaruit dat de intentie van de makers van het verdrag (en dus de 'travaux préparatoires') niet langer op zichzelf beslissend kan zijn, en dus tevens dat die totstandkomingsgeschiedenis steeds minder belangrijk wordt. Vgl. Gerards 2019, p. 51 e.v., en 83-87; Kuijer 2004, p. 46-47. Zie ook Asser/Hartkamp 3-I 2018/232, en Harris e.a. 2018, p. 8-9 en p. 22. Over deze evolutieve methode, de mogelijke gevaren daarvan, en consensus zoeken als oplossing daarvoor: K. Dzehtsiarou, 'European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention in Human Rights', *German Law Journal*, 2011 Vol. 12, No. 10, p. 1730 e.v.; J. Gerards, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks* 3/2013, p. 17 e.v.

In verband met deze evolutieve interpretatie wordt door het Hof, en dat wijkt naar zijn aard af van de mogelijke interpretatiewijzen op nationaal niveau, ook wel het 'consensus'-principe benut, hetgeen ook de "common ground"-methode of de 'comparatieve interpretatiemethode' wordt genoemd. Uitvoerig en kritisch ('cherry picking') daarover Gerards 2006a, p. 112 e.v. Dit wil zoveel zeggen dat de wetgeving van een achterblijvende staat op enig moment als een schending kan worden gezien, als de algemene praktijk van de verdragsluitende staten een bepaalde kant op gaat en verbetert vanuit mensenrechtelijk perspectief. Zie nader Gerards 2019, p. 93-107, alsmede Kuijer 2004, p. 47; Harris e.a. 2018, p. 9-12.

Het op dergelijke wijze mede aanhaken bij wat op (individueel) nationaal niveau geschiedt, vindt ook plaats via de 'vastklik'-methode, waarbij het Hof de te verlenen EVRM-bescherming 'vastklikt' aan of 'aanhaakt' bij de bescherming die al op nationaal niveau wordt verstrekt: als een voorlopige voorziening op nationaal niveau volgens dat nationale recht aan de eisen van art. 6 EVRM moet voldoen, dan kan het Hof daarbij eenvoudig aanhaken en art. 6 EVRM ook

benutten. Zie nader J. Gerards, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks* 3/2013, p. 24-25. Het voorbeeld is ontleend aan EHRM 15 januari 2008, *NJ 2010/180 (Micallef t. Malta)*.

Bij dit alles is verder van belang dat de doctrine van de 'margin of appreciation' benut wordt voor de verdragsluitende staten, welke – te kort gezegd – hierop neer komt dat de nationale autoriteiten een zekere discretionaire ruimte krijgen, als 'policy instrument'.

Gerards 2019, p. 160 e.v.; Kuijer 2004, p. 48-49; Harris e.a. 2018, p. 14-17.

Ook dient er gewicht te worden toegekend aan het gegeven dat de EVRM-uitleg door het EHRM uiteindelijk een vorm van rechtsvinding in grondrechtzaken betreft, hetgeen enkele bijzonderheden met zich brengt.

Denk daarbij aan de noodzaak een tweefasentoets (is een grondrecht geschonden, en, zo ja, was die inbreuk gerechtvaardigd?) uit te voeren, waarover J. Gerards, 'Oordelen over grondrechtzaken', in: L.E de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 12-22, alsmede Gerards 2019, p. 14-19 (hoewel daar inmiddels een extra (voor)fase (toepasselijkheid van de conventie) onderscheiden wordt. Specifiek voor het EHRM zijn ook de erkenning van positieve verplichtingen en de zojuist al genoemde 'margin of appreciation'-doctrine. Meer daarover bij J. Gerards, 'Oordelen over grondrechtzaken', in: L.E de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 24-28. Ook zal zich vrij standaard aandienen dat diverse belangen moeten worden afgewogen, zie Gerards 2006, en nr. [37] hiervoor.

Tot slot verdient in dit verband nog vermelding dat het Hof in Straatsburg in beginsel de eigen precedentes volgt (Harris e.a. 2018, p. 23-24; Gerards 2019, p. 37-41) en dat het Hof elke individuele zaak van elke klager in concreto beoordeelt en geen abstract algemeen oordeel zal vellen over nationale wetgeving als zodanig. Zie o.a. EHRM 24 mei 1989, Serie A, Vol. 154 (*Hauschildt t. Denemarken*); Kuijer 2004, p. 63 e.v. Althans, dat laatste gebeurt slechts in uitzonderlijke gevallen, waarbij Kuijer 2004, p. 64, de zaak EHRM 19 april 1994, Serie A, Vol. A-288 (*Van de Hurk t. Nederland*) noemt. Men beslist dus concrete zaken (Gerards 2019, p. 41). Dat het Europese Hof die concrete insteek niet steeds vol kan houden, en het ook uitspraken wijst die (bewust) veel meer zaakoverstijgend zijn, is echter ook duidelijk, vgl. Gerards 2019, p. 41-44. Meer hierover ook al bij Kuijer 2004, p. 65-66. Die 'zoektocht' naar een 'reflective equilibrium' (Gerards 2019, p. 44) zal naar mijn inschatting alleen nog maar versterkt worden nu (vanuit Nederland: sinds 1 juni 2019) op grond van het 16^e protocol bij het EVRM prejudiciële vragen kunnen worden gesteld aan het Hof. Zie daarover J.H. Gerards, 'Protocol 16 EVRM: advisering door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 2017, p. 307 e.v.; J. Valk, 'Advisering door het EHRM in civiele zaken', *TCR* 2019/2, p. 68-75; T. Spronken, 'Protocol 16 EVRM: nog meer prejudiciële vragen', *NJB* 2019/1131, en *Kamerstukken II* 2018/19, 34 235, nr. 12.

55 Afrondend

De gebruikelijke wijze van rechtsvinding op nationaal niveau krijgt deels andere accenten in internationaal verband. Dat komt doordat opeens facetten als autonome uitleg, de 'common ground'-methode, de vastklik-methode, verschillende taalversies, verdrags- en richtlijnconforme uitleg en grote principes als 'effect utile', praktische en effectieve bescherming, menselijke waardigheid en zelfbeschikking een grotere of kleinere rol gaan spelen. Daarmee zijn dan tevens de wezenlijke verschillen ten opzichte van rechtsvinding en rechtsvorming naar nationaal recht aangestipt.



DEEL III – DE RECHTSVINDINGSTHEMA'S VAN VANDAAG EN

MORGEN



Rechtsvorming vandaag en morgen

56 Inleiding

In dit afrondende deel wordt de stand van zaken losgelaten als het gaat om de nu geldende regels van rechtsvinding en rechtsvorming en wordt getracht enigszins vooruit te kijken. Wat valt er te verwachten (in de rechtspraak en daarbuiten) in de nabije toekomst, voor zover nu te overzien, gegeven wat er net achter ons ligt?

Ik doe hier geen poging de toekomst te voorspellen, maar wil wel staand in het heden vanuit de historie (nr. [57]) vooruitkijken naar wat er, gegeven de situatie nu, zit aan te komen als het om rechtsvorming in Nederland gaat (nrs. [58] e.v.). Daarbij gaat het louter om de hoofdzaken, en negeer ik randzaken die vooral 'de vorm' betreffen. Denk hierbij aan het gebruik, vanaf juni 2019, in navolging van de strafkamer, door de Hoge Raad van voetnoten in plaats van verwijzingen in de tekst, bijvoorbeeld in HR 21 juni 2019, NJ 2020/16 (*Houtman q.q./Rabobank*). Denk ook aan de samenvatting van hetgeen beslist is aan het einde van het arrest, zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, RvdW 2020/88 (*Schorsing tenuitvoerlegging*), r.o. 5.8.

Ik focus bovendien op de positie van de hoogste rechter; de wetgever blijft hier buiten beeld.

57 Ontwikkelingen in de rechtsvinding sinds het begin van deze eeuw?

In 2003 poneerden Jan Vranken en ik de volgende stelling: 'omdat de Hoge Raad op het terrein van de rechtsontwikkeling en rechtseenheid, mede door zijn eigen opstelling, zo belangrijk geworden is', moet hij daar 'bewuster en stelselmatiger op moet inzetten dan hij nu doet'. Dat vonden wij toen een eis van de tijd.

Zie J.B.M. Vranken en I. Giesen, 'Inleiding en verantwoording', in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Bju 2003, p. 6 en 6-11. Die bijdrage was, net als de titel van de nrs. [58] en [59] hierna, schatplichtig aan Vranken 2000, p. 1-5, en aan W.D.H. Asser e.a., *Een nieuwe balans*, Den Haag: Bju 2003, m.n. hoofdstuk 9. De 'oude' situatie waartegen wij toen 'ageerden', is kenbaar uit o.a. (kritisch) Barendrecht 1998; J.L.W. Sillevius Smit, 'Dient de regeling van cassatie in burgerlijke zaken te worden gewijzigd, en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?', *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, en (Europees) Vogenauer 2001.

We verklaarden het gegeven dat dit nog niet gebeurd was uit, ten eerste, de werklast, en we reikten oplossingen aan om die last te reduceren, hetgeen inmiddels deels doorgevoerd is via bijvoorbeeld art. 80a RO, per 1 juli 2012, al wordt dat artikel vooral in het strafrecht ingezet (vgl. HR 7 juni 2016, NJ 2016/430, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen) en nauwelijks in civilibus, zie B.T.M. van der Wiel, 'Motivering door de Nederlandse cassatierechter', *TCR* 2018, p. 66, en het *Jaarverslag 2018* van de Hoge Raad (het ging in 2018 om 0,49% van de uitspraken, tegen 0,45 in 2017).

Onze tweede verklaring was (*t.a.p.*, p. 11-14, met verwijzingen) dat de overtuiging dat rechtspraak dient te geschieden op basis van het individuele geval (casusgerichtheid,

waarover Asser/Vranken*** 2005/5 e.v.), toen nog heersend was; daarmee is rechtsvinding en rechtsvorming slechts een *bijproduct*. Ook hier reikten we alternatieve ideeën aan, zoals het stellen van prejudiciële vragen, inmiddels verwezenlijkt via art. 81a RO, waarover nader nr. [61]. Uit diverse van de bijdragen aan de bundel *De Hoge Raad binnenstebuiten* bleek bovendien dat de meeste schrijvers een 'actieve' Hoge Raad wensten te zien, en dat kan ook zonder de band met het concrete geschil los te laten, zie Giesen/Vranken 2003, p. 173-174.

En dus ligt de vraag voor: is dat sindsdien van de grond gekomen? Of is rechtsvorming nog steeds een (welkom) bijproduct van geschilbeslechting door de hoogste rechter?

58 Minder toeval, meer beleid in de rechtsvorming?

Is de Hoge Raad een 'andere' rechtsvormer geworden? Gaat hij de laatste jaren bewuster om met rechtsvorming, 'beleidsmatiger' en minder door toeval gedreven (vgl. Vranken 2000)? Ik denk het wel.

De eerste vraag hierbij is natuurlijk: is dit wel te meten? Dat is inderdaad complex, om een understatement te gebruiken, maar Barendrecht 1998 doet een (voor mij) geslaagde poging in een studie die het beleid rondom het takenpakket van de Hoge Raad tracht te doorgronden.

Dan de hoofdvraag. De Hoge Raad zelf ontkent dat er iets gewijzigd is in zijn manier van opereren: de Hoge Raad heeft geen agenda, zo luidt het mantra, nog steeds, zie F.B. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *AA* 2015, p. 932, en De Groot 2014, p. 143-144 (zaakgebonden karakter). Zie ook Hartlief 2015, p. 925-926: er is geen programma of meerjarenplan. Anders echter: Loth 2009, p. 225 en 226.

Ik teken hierbij meteen aan dat de Hoge Raad ook 'vroeger' al welbewust rechtsvormende arresten heeft gewezen; de voorbeelden zijn bekend en variëren van *Lindenbaum/Cohen tot Baris/Riezenkamp* en van *Waterwingebied tot DES-dochters*. Dat gebeurde echter in een individueel geschil en dus van geval tot geval, en dat is nog zo, aldus bijvoorbeeld K.J.O. Jansen, 'Wat bedoelt de Hoge Raad?', *NTBR* 2019/4, p. 17. Vgl. in dit verband ook C. Sunstein, *One case at a time*, Harvard University Press: Cambridge 2001, waarin (genueanceerd) 'judicial minimalism' (beslissingen klein houden) wordt verdedigd als dominante strategie van het Supreme court in de VS (hetgeen empirisch bevestigd is door R. Andersen, 'Measuring Meta-Doctrine: An Empirical Assessment of Judicial Minimalism in the Supreme Court', *32 Harvard Journal of Law and Public Policy* 1045 (2009). Voor een vertaling naar en 'toepassing' van dit idee in Nederland, zie M. Loth e.a., 'Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in?', *TREMA* 2007, p. 317 e.v.

Niettemin – en hoewel velen nog uitgaan van de net genoemde 'one case at a time'-benadering – zal het antwoord op de hiervoor gestelde vraag (meer beleid?) toch 'ja' moeten zijn, want er is de laatste jaren het nodige, stilletjes aan, veranderd. Aldus bijvoorbeeld [Vranken 2009](#), m.n. p. 1085 e.v., die spreekt over een wisseling van 'zaakgerelateerd' naar 'rechtsvraaggerelateerd', en De Groot 2014, p. 158-160, die aldaar de moeilijkheden met de 'van-geval-naar-geval'-benadering schetst (wanneer is de tijd rijp om welke stap te zetten?). Het heeft geen zin, overigens, om dan meteen in termen van 'rechterlijk activisme' te spreken want die term brengt voor iedereen andere (vaak onnodig negatieve) connotaties mee, vgl. Van Gerven/Lierman 2010, p. 223-224.

De hier bedoelde sluipende ontwikkeling is ook te zien in de rechtspraak. De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld veel welwillendheid getoond als het erom gaat de juiste rechtsvraag daadwerkelijk beantwoord te krijgen; formele beletsels worden daartoe overwonnen indien nodig. Een voorbeeld is HR 26 juni 2016, *NJ* 2016/497, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X./Van Galen q.q.*), waarin een prelabel verweer van de verweerder voorafgaand aan de eigenlijke middelen besproken werd. Ook schrikt de Hoge Raad er niet voor terug om een recent eerder arrest (HR 31 oktober 2014, *NJ* 2015/181 (*Van Dun/Staat*)) te verduidelijken in een zaak die op andere gronden allang beslist was, zie HR 15 april 2016, *NJ* 2019/144 (*Muetstege/Amsterdam*).

Bovendien is zeker dat de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (zie ook nr. [61]), zoals neergelegd in art. 392 e.v. Rv, de hoogste rechter via elke gestelde vraag 'dwingt' om zich reikenschap te geven van de bredere implicaties van zijn antwoord; dat is inherent aan de regeling die ziet op vragen die, te kort gezegd, 'in meerdere gevallen' spelen. De focus op de individuele zaak waarover bijvoorbeeld Barendrecht 1998, p. 91-92, nog bericht (maar daar dan wel al als een dilemma voor de rechter), wordt daarmee verminderd. Aldus ook reeds Vranken 2000, p. 4, en zo ook De Groot 2019, p. 370.

Maar ook los daarvan, en in de reguliere cassatiezaken, borrelt er iets, al is dat wellicht (wat verder) onder de oppervlakte. Ik besprak dit al in nr. [12] hiervoor. Het aantal arresten waarin de Hoge Raad via de frase 'vooropgesteld wordt dat' begint met een algemene inleiding of overweging over de materie die voorligt, is bijvoorbeeld gegroeid (hoewel hierover geen precieze cijfers voorradig zijn). Helemaal nieuw is deze manier van doen natuurlijk niet, het arrest *Staat/Shell* uit 1994 (HR 30 september 1994, *NJ* 1996/535) is er een vroeg voorbeeld van, maar de frequentie van gebruik lijkt, als gezegd, wel verhoogd te zijn. Dit zegt mijns inziens iets over de 'mindset' van de Hoge Raad. Het lijkt er dan toch een beetje op dat rechtsvorming geen 'bijproduct' meer is, zoals in het verleden.

Nog steeds principieel vertrekkend vanuit een individueel geschil, kijkt en denkt de Hoge Raad inmiddels in zekere mate 'over dat individuele geschil heen', onder andere door het gebruik van 'vooropstellingen'. De 'casusgerichtheid' is daarmee afgezwakt; men is eerder 'casusdominant' gaan werken. Ik juich dat toe.

Over dit spanningsveld bijvoorbeeld C.E. Drion, 'Het spanningsveld in cassatie tussen geschilbeslechting en rechtsvorming', *NJB* 2014/1507, alsmede Loth 2009, p. 214-216, die aldaar spreekt over een accentverschuiving richting zaken die hun eigen belang overstijgen.

Ik heb dit meer 'casusdominant' werken al eerder bepleit, en – normatief gedreven – als onvermijdelijk geduid, zie Giesen 2011, overigens zonder daarop het hier gebruikte etiket 'casusdominant' te plakken. Voor de goede orde: ik bedoel daarmee dat het individuele geschil in eerste instantie leidend (en dus dominant), maar niet allesbepalend, is. Vgl. tevens Timmerman 2009, die drie methoden van rechtsvorming schetst die steeds verder losraken van het individuele geval.

In het bestuursrecht blijkt deze afbakening tussen individueel geschil en rechtsvorming in abstracto ook te spelen, zie De Poorter 2018, p. 870. Voor Duitsland, zie Maultzsch 2010, m.n. p. 441-443, die in dit verband voor 'casusgerichtheid' kiest, en Heinze 2016, p. 279 e.v.

Men zou hier kunnen tegenwerpen dat zelfs als die in steek van 'vooropstellingen' meer en meer wordt benut, de waarde daarvan kwestieus is, omdat het nog maar de vraag is hoeveel van die 'vooropstellingen' feitelijk baanbrekend zijn. Ik meen echter dat dit significant is, ook als het hierbij louter zou gaan om een inleiding om de stand van zaken te duiden. Die stand van zaken is immers uit de aard der zaak casusoverstijgend, en toont dus dat het individuele geschil niet allesbepalend (meer) is.

Wat daarvan verder zij, ook op andere manieren laat de Hoge Raad inmiddels zien 'casusdominant' te (willen) werken. Dat is bijvoorbeeld zichtbaar bij wat ik de 'prospectieve ruling' (dus niet 'prospectieve overruling') noem, zie HR 21 december 2007, *NJ* 2008/242, m.nt E.A. Alkema (*Redelijke termijn tbs*). Ik citeer uit r.o. 4.1 (mijn curs., IG):

"Op het onderhavige geval is, evenals in de zaak Brand, het op 11 juli 1997 in werking getreden art. 12 van de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden nog niet van toepassing. Deze bepaling was wel van toepassing in de zaak Morsink, maar dit maakte voor het oordeel van het EHRM over de duur van aanvaardbaar uitstel van de opnemings in een tbs-kliniek geen verschil. Hetgeen hierna wordt overwogen, is dan ook tevens van belang voor gevallen die zich onder de werking van het genoemde art. 12 hebben afgespeeld of zullen afspelen, omdat deze bepaling buiten toepassing moet worden gelaten voorzover zij een langere termijn toestaat dan aanvaardbaar is op grond van art. 5 EVRM."

Eerder werd bovendien vastgesteld dat het er alle schijn van heeft dat de Hoge Raad tegenwoordig vaker omgaat, zie nr. [44]. Dat 'omgaan' past bij 'casusdominant' werken, want het is in die gevallen betrekkelijk evident dat het niet enkel om de betreffende zaak 'an sich' gaat, maar dat er een lijn in de rechtspraak aan verandering onderhevig is, voor het verleden, maar vooral voor de toekomstige gevallen.

Bij casusdominant werken zou ook nog passen dat de Hoge Raad vaker zogenoemde overzichtsarresten zou wijzen, vgl. het *Jaarverslag 2017* van de Hoge Raad, onder het kopje 'De Hoge Raad in de rechtsstaat', maar dat is voorsnog vooral een instrument voor de strafkamer gebleken; als de civiele kamer het al benut, gebeurt dat (te) impliciet. Een recente uitzondering daarop, wellicht een eerste teken van nieuw beleid in dezen, betreft HR 2 september 2016, *NJ 2017/9 (B./Dexia)* waarin de Raad zelf bij r.o. 5 het kopje 'Samenvatting van eerdere rechtspraak' benut om de eigen effectenleaserechtspraak te presenteren (waarnaar hij vervolgens verwijst in HR 12 oktober 2018, *NJ 2019/98 (Dexia)*), alsmede in HR 13 april 2018, *NJ 2018/463 (Opzetclausule)*, met name r.o. 3.5.1.:

“Nu deze clausule in een groot aantal AVP-polissen voorkomt en van groot belang is bij de afwikkeling van schadevoorvallen, en nu over de strekking daarvan zowel in de feitenrecht-spraak als in de literatuur uiteenlopend wordt geoordeeld, ziet de Hoge Raad aanleiding om, met het oog op de rechtseenheid, daarover het volgende te overwegen.”

Een half strafrechtelijk, half civielrechtelijk voorbeeld over de (civiele) vordering van een benadeelde partij in het strafproces biedt nog het overzichtsarrest, met voetnoten, HR 28 mei 2019, *NJ 2019/379 (Wietteelt)* van de strafkamer.

Een voorstander hiervan is Timmerman 2009, p. 33, die op een nog ouder voorbeeld wijst, namelijk HR 8 december 2006, *NJ 2006/659 (Ontvanger van de belastingdienst Oost/X)*. Een verschil met de hiervoor genoemde arresten is echter dat de Hoge Raad hier zelf geen melding maakt van het overzichts karakter.

'Casusdominantie' in plaats van 'casusgerichtheid' is tevens zichtbaar in HR 8 oktober 2010, *NJ 2011/465*, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*) en HR 29 januari 2016, *NJ 2016/173*, m.nt. T. Hartlief (*X./Delta Lloyd Schadeverzekeringen*), waarover nader nr. [42], waarin tweemaal exact dezelfde vorm en structuur voor het arrest is gekozen, en een zeer algemene overweging over wanneer aansprakelijkheid aanvaard kan worden, als scharnierpunt fungeert. Het is zeker ook zichtbaar in de *Aardbeving*-uitspraak (HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278), waarin twee van de prejudiciële vragen toch worden beantwoord (hoewel dat strikt genomen niet hoefde), want de Raad 'ziet in het zaakoverstijgende en maatschappelijke belang van de vragen echter aanleiding deze toch te behandelen'.

Tot slot is deze 'casusdominantie' ook terug te zien bij het gebruik van *obiter dicta*, overwegingen ten overvloede, oordelen van de Hoge Raad over de desbetreffende zaak die in feite overbodig zijn, omdat ze voor de beslissing in deze zaak niet van belang (kunnen) zijn, bijvoorbeeld na een niet-ontvankelijkheid zoals in HR 13 februari 2009, *NJ 2009/242*, m.nt. P.A. Stein (*Heerlijkheid Mariënwaard*) of na de conclusie dat er geen belang meer bestaat bij cassatie, zoals dat speelde in HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *RvdW 2020/88 (Schorsing tenuitvoerlegging)*, zie met name in r.o. 2.2. Zie ook H. den Tonkelaar, 'Obiter dictum', *AA 2019*, p. 277 e.v. (m.n. over de lagere rechtspraak); HR 24 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:791, *RvdW 2019/638 (Chalet te Ede)*, r.o. 3.5; HR 22 maart 2019, *NJ 2019/388 (Parkeergarage Zandvoort)*; HR 24 februari 2017, *NJ 2018/12 (Street-One Modehandel)* en HR 31 maart 2017, *NJ 2017/204 (X./Vlisco Netherlands)*, over het toen nieuwe arbeidsrecht, waarin de eigen rechtspraak wordt aangevuld nadat de klachten besproken zijn.

De Hoge Raad lijkt – ook hier, lijkt, want cijfers ontbreken – deze techniek vaker in te zetten de laatste jaren, soms specifiek verwijzend naar 'het belang van de rechtsontwikkeling', zoals in HR 14 december 2007, *NJ 2008/9 (Aichi Sales)*, of het 'belang voor de praktijk' in HR 12 augustus 2005, *NJ 2009/341*, m.nt. F.C.B. van Wijmen (*Univé Schade*). Vgl. ook nog HR 26 februari 2010, *NJ 2011/473*, m.nt. H.J. Snijders (*Baas in eigen huis/Plazacasa*), r.o. 5.2; HR 3 september 2010, *NJ 2013/329*, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Holding/DHV*); HR 19 januari 2018, *NJ 2018/227 (Erkenningsverbod)*, r.o. 3.7.1. Daarbij past dat hij niet schroomt om expliciet

aan te geven dat de zaak in kwestie (ondanks het zaakoverstijgend belang) zich niet leent voor een *obiter*; zie HR 29 mei 2009, NJ 2009/243 (ING):

“Nu de klachten van het principale middel falen, mist ING belang bij haar incidentele beroep. Het door ING aangevoerde (deze zaak overstijgende) principiële belang voor financiële instellingen kan niet als voldoende belang worden aangemerkt, reden waarom de Hoge Raad ook geen aanleiding ziet tot een overweging ten overvloede.”

Niet helemaal te karakteriseren als ‘obiter’, maar in feite wel als beslissingen die komen ‘bovenop’ wat de Hoge Raad moet doen, zijn de oordelen waarin een resterend geschilpunt wordt beslecht, hoewel de Raad de zaak niet zelf kan afdoen, zie HR 12 juni 2009, NJ 2010/663, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Heembouw/Fortis*), r.o. 3.11, en de oordelen die de Raad uit eigen beweging geeft, zoals in HR 12 april 2019, NJ 2020/15 (*Ecuador/Chevron*), r.o. 4.2.1 (‘Alvorens de klachten van het middel te behandelen, ziet de Hoge Raad aanleiding om in te gaan op de vraag of...’).

Afrondend: ook het EHRM heeft te kampen met het dilemma van zaakoverstijgend of per geval beslissen. Ook daar is de trend in de richting van vaker zaakoverstijgend werken, zie Gerards 2006a, m.n. p. 99-108.

We zien tevens dat de vorm (hoe wordt de rechtsvorming verpakt?) meer gestroomlijnd (volgens vaste patronen) verloopt; daar lijkt steeds meer lijn in te zitten.

Ik merk bijvoorbeeld dat de Hoge Raad tegenwoordig vaker zelf de kern van het geschil benoemt en vooropstelt (bijv. HR 22 juni 2012, NJ 2012/397 (*Knooble*), r.o. 3.7, dan de lijnen uitzet, en tot slot de cassatiemiddelen bespreekt. Dat is waarschijnlijk vooral bedoeld voor de leesbaarheid, maar het is ook een vorm van ‘casusdominantie’ in plaats van ‘casusgerichtheid’. Zo lijkt men immers iets lossers te (kunnen) komen van de (cassatie)procesrechtelijke inbedding (een korset?, zie nr. [2]) en de institutionele neiging richting details (zie nr. [8]) en enige ruimte te creëren om de (vaak lange) reeks van breed toegelichte cassatieklachten gericht en kort af te kunnen doen.

Ik juich dat toe (zo ook J.B.M. Vranken, ‘Omdat in deze zaak, naar mijn overtuiging, nog geen recht is gedaan’, *NJB* 2015/1324, p. 1833). Gerichtheid op de kernvraag in plaats van op de cassatiemiddelen voorkomt dat de Raad afgehouden wordt van de hoofdzaak en dat die middelen aan rechtsvorming in de weg staan. De veel meer rechttoe-rechtaanbenadering van de afhandeling van prejudiciële vragen, waarbij de omlijsting door feiten minder dominant is (voor een extreem voorbeeld, zie HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *RvdW* 2019/786 (*Rentederivaat ABN AMRO*): ‘specifieke feiten ... van beperkt belang’) en cassatiemiddelen ontbreken, biedt eigenlijk een heel aantrekkelijk alternatief daarvoor (hoewel feiten en debat de rechter ook houvast kunnen bieden), wellicht wel aantrekkelijker dan het steeds meer (moeten) wroeten in steeds meer details van steeds uitvoeriger klachten en aansluitende schriftelijke stukken. Uiteindelijk staat de Hoge Raad (ook hier) voor een keuze, zo meen ik: gaat men voor (te grof ingedeeld) ‘hoofdzaken-rechtsvorming’ of voor ‘detail-rechtsbescherming’? En als dat laatste uit de bus zou rollen, kan dat straks dan nog zonder tevens een verlostelsel in te voeren om de werklast binnen perken te houden? Zie nader nr. [59].

Ter afronding: het is interessant te constateren dat bijvoorbeeld in 1989 al min of meer dezelfde vragen werden gesteld (wat is de hoofdtak van de Hoge Raad en hoe faciliteren we dat, ook organisatorisch?) door P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, ‘De Hoge Raad op de helling’, in: *De Maris-bundel*, Deventer: Kluwer 1989, p. 53 e.v., met name p. 68-74, en dat een aantal van zijn antwoorden ons nu zeer bekend voorkomen: een verlostelsel (selectie), prejudiciële vragen, een herijkte cassatiebalie. Zie ook het volgende nummer.

59 Minder toeval, meer beleid in de rechtsvorming (2)

De 'toevalsfactor' bij rechtsvorming is afgezwakt door de introductie van het stelsel van prejudiciële vragen (daarover nader nr. [61]).

Zie bijvoorbeeld HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *RvdW 2019/786 (Rentederivaat ABN AMRO)*, waarin de Hoge Raad in r.o. 3.2 expliciet afstand neemt ('beperkt belang') van de specifieke feiten van het geval, nu het de bedoeling van de prejudiciële vragen is om voor een groot aantal zaken duidelijkheid te scheppen.

De invoering van een verlostelsel, selectie voor de poort, zou die beweging nog versterken.

Immers, selectie, in welke vorm dan ook, vergt een zekere mate van beleid: wat zijn de selectiecriteria, de af te wegen omstandigheden en factoren? Zie bijvoorbeeld Loth 2009, p. 219-224, en H.B. Krans, 'Keuzes voor de Hoge Raad', *NTBR 2011/75*. De mogelijkheid van een verlostelsel (selectie voor de poort) is besproken door de Commissie Hammerstein toen die in 2008 de rol en taak van de Hoge Raad onder de loep nam. Zie Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008, en daarover o.a. M. Barendrecht, 'Rechtsvorming via hogere rechtspraak', *NJB 2008/1070*; H.A. Groen, 'Selectie aan de poort', *TREMA 2008*, p. 340 e.v.; T. Hartlief, 'Den Haag, let op Uw saeck', *NJB 2009/804*; [Franken 2009](#), p. 1082-1085; Loth 2009, p. 211-226; G.J.M. Corstens, 'Versterking van de cassatierechtspraak', in: G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Bju 2009, p. 13 e.v.; B. van der Wiel, 'Selecteren in plaats van afserven', *AA 2009*, p. 855 e.v. (met reactie Hammerstein en naschrift in *AA 2010*, p. 112 e.v.); J. van Duijvendijk-Brand, 'Waar toe is de Hoge Raad op aarde?' *NJB 2010/445*. Zie ook nog A. Hammerstein, 'De Hoge Raad ondersteboven', *NJB 2010/444*, de bijdragen van Asser, Keirse, Franken en Machiels in A.M. Hol e.a. (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Bju 2011, met verdere verwijzingen, en het *Jaarverslag 2017* van de Hoge Raad, onder het kopje 'De Hoge Raad in de rechtsstaat'. Over de voors en tegens van verlostelsels (in strafzaken) uitvoerig G. Pesselse, *Verlostelsels in strafzaken*, Deventer: Wolter Kluwer 2018.

Van invoering van een echt verlostelsel is destijds (nog) afgezien, vanwege proportioneeliteitsoverwegingen. Dit zwaardere middel om de toestroom van zaken in te dammen – zodat men kan focussen op die zaken die er daadwerkelijk toe doen – was nog niet nodig; men kon met een lichter instrument volstaan, de regeling van prejudiciële vragen en afdoening via art. 80a RO, een stelsel van selectie *aan* de poort dus (daarover o.a. B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 263-266). Ook is er van oudsher al de nodige selectie *na* de poort, via art. 81 RO, zie daarover (met cijfermatige gegevens) C.E.C.J. Ponsioen, 'Toepassing artikel 81 RO door de civiele kamer van de Hoge Raad', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 131 e.v., en M.V. Polak, 'Van Kazernestraat naar Korte Voorhout: tijd voor een nieuw arsenaal?', in: De Graaff e.a. 2016, p. 289-291. Vgl. ook de kabinetsreactie op het eindrapport Fundamentele Herbezinning, *Kamerstukken II 2007/08*, 29 279, nr. [78].

Ikzelf ben niet principieel tegen selectie voor de poort, maar wat mij betreft wordt zo'n verlostelsel pas ingevoerd als dat écht nodig is om de Hoge Raad nog op hoog niveau te kunnen laten functioneren. Het is in de kern immers een belemmering van de toegang tot de rechter, weliswaar pas in derde instantie, maar toch (vgl. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Wat moet de Hoge Raad?', in: J.F. de Groot e.a. (red.), *Frank en Vrij. Thunissen-bundel*, Den Haag: IBR 2009, p. 19). Eerst zijn dus andere maatregelen te overwegen als de zaakbelasting te groot zou worden en/of het probleemoplossend vermogen van de Hoge Raad (te zeer) op de proef zou worden gesteld (T. Hartlief, 'Grenzen aan de groei', *NJB 2019/1992*). Ik denk dan aan: een andere interne werkwijze; meer civiele raadsheren; meer gebruik van art. 80a RO in plaats van art. 81 RO; meer steun vanuit het (te vergroten) Wetenschappelijk Bureau, etc.

In het kader van de vraag naar meer beleidsmatig opereren, rijst ook de vraag: moet de Hoge Raad de 'maatschappelijke werkelijkheid' meer betrekken bij zijn besluitvorming? En zo ja, hoe dan?

Concreet vertaalt die vraag en dat begrip zich in een aantal mogelijke deelvragen, zoals: gaat men extra (empirische) informatie inwinnen bij procespartijen en andere betrokkenen (de stakeholders)? De regeling inzake prejudiciële vragen biedt daartoe de ruimte, zoals bekend, in art. 393 lid 1 en 2 Rv; zie (positief) evaluerend Giesen e.a. 2016, p. 109-117. Of gaat de hoogste rechter zelf onderzoek (laten) doen? Positieve antwoorden op beide vragen geeft W.D.H. Asser, 'Ten afscheid', in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 54. Hoewel dat uitzonderlijk is, is inmiddels ook duidelijk dat de Hoge Raad, mits hij daartoe in staat is, er desnoods toe over gaat om zelf informatie op te vragen, in casu via art. 83 RO, zie HR 11 april 2008, *NJ 2008/223 (OvJ Zwolle)*, r.o. 3.3.1. J.B.M. Vranken, 'Omdat in deze zaak, naar mijn overtuiging, nog geen recht is gedaan', *NJB 2015/1324*, p. 1832-1833, zal die insteek graag onderschrijven. Een derde vraag is nog: gaat men volwaardig met *amici curiae* of 'meedenkers' werken? Nadat die optie ook voor de regeling van cassatie in het belang der wet is opengesteld, lijkt dat een kwestie van tijd te zijn. Zie nader nr. [16], en de literatuur aldaar.

Echter, ook los van die specifieke vragen en mogelijkheden geldt dat meer rechterlijk beleid nastreven (en maken), ook meer informatie vergt, vooral empirische gegevens, zodat bijvoorbeeld ook de maatschappelijke gevolgen van een uitspraak zijn mee te nemen in het beslisproces en er (beter) vooruitgekeken kan worden. Dat ontbreekt nu nog goeddeels, meen ik, net als aan het begin van deze eeuw, zie Giesen/Vranken 2003, p. 172-173. Er wordt inmiddels echter wel op gehamerd, zie E.R. de Jong en T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten?', *NTBR 2017*, p. 4-16; en E.R. de Jong, 'Urgenda en de beoordeling van macro-argumenten', *MvV 2019/4*, p. 133 e.v. De denkoefening van De Groot 2014, p. 161-167 (focus op de achterliggende belangen) vergt evenzeer die extra informatie die nu nog maar mondjesmaat ter beschikking komt.

De bepleite focus op 'de maatschappelijke werkelijkheid' vergt daarnaast het blootleggen van de echte, onderliggende argumenten. Vgl. Giesen/Vranken 2003, p. 174. Dat gaat m.i. de laatste jaren beter, zie bijvoorbeeld het *Baby Kelly*-arrest (HR 18 maart 2005, *NJ 2006/606*, m.nt. J.B.M. Vranken) en (opnieuw) de *Hangmat*-zaak (HR 8 oktober 2010, *NJ 2011/465*, m.nt. T. Hartlief), maar ook hier is nog een wereld te winnen, zie bijvoorbeeld het *Iraanse vluchteling*-arrest (HR 13 april 2007, *NJ 2008/576*).

Waar wellicht ook nog iets te winnen valt, is op het vlak van het *achteraf* evalueren van de rechterlijke rechtsvorming. Als wetgeving vrij stelselmatig gemonitord wordt, waarom zouden we dan niet ook eens wat vaker achteraf bezien of die rechtsvormende uitspraak van de Hoge Raad wel goed uitpakkt heeft? Ik vind dit idee van J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving* (oratie TiU), Tilburg, 2013, p. 37-38, zeer wel het overwegen waard. Het eerder bepleite POR (zie nr. [21]) zou die taak op zich kunnen nemen en waar nodig suggesties kunnen doen aan de wetgever om veranderingen door te voeren. Het POR zou daarin uiteraard (en ongevraagd) gesteund worden door de doctrine die de Hoge Raad en de rechtsvormende feitenrechtters sowieso al op de voet volgt.

60 Alternatieve regelgeving en rechtsvorming

Mede omdat de overheid inzet op het creëren (beter: bestendigen) van een participatie-samenleving en daarbij meer en meer nadenkt over de vraag waar bepaalde taken beleg moeten of kunnen worden (bij de overheid, en op welk niveau dan, of bij de burgers?), is alternatieve regelgeving of zelfregulering 'booming business' geworden. Daarmee wordt ook de vraag naar de verhouding van die vormen van zelfregulering tot het privaatrecht, in het bijzonder de privaatrechtelijke rechtsvorming, pregnanter.

Zie naast de hierna genoemde literatuur nog K. Dijkhoff, W. Keukens en S. Reynaers, 'De Hoge Raad en zelfregulering in het privaatrecht', *AA* 2006, p. 9 e.v., en Van Gerven/Lierman 2010, p. 292 e.v.

In mijn NJV-pleidvies (Giesen 2007) omschreef en analyseerde ik dit fenomeen (voor een definitie, zie nr. [17] hiervoor), en betoogde ik – kort gezegd – dat normen die uit vormen van zelfregulering voortspruiten, tot volledige wasdom kunnen komen doordat of de wetgever of de rechter daaraan bindende kracht toekent (door een bepaling van die strekking, dan wel door de zelfregulering te gebruiken als norm ter beslissing van een geschil). Die normen moeten (Vrankiaans gezegd) dus door het schema 'wetgeving-rechtspraak'.

Ik heb verdedigd, en houd daaraan vast, dat het de rechter is die zelfontworpen normen kan 'upgraden' door deze daadwerkelijk rechtsvormende invloed te geven, en wel door deze te benutten als leidraad voor de uitkomst van de zaak. Dat betekent dus ook, zo constateerde ik al in nr. [17], dat de civiele rechter rechtsvormend meer vrijheid geniet als zelfregulering breder ingang vindt. Die rechter heeft namelijk ten opzichte van die zelfregulerende private actoren de leiding over de rechtsvorming en er is dan meer materiaal ('normen') voorhanden om aan rechtsvorming (geïnspireerd door zelfregulering) te doen.

Mijn pleidvies (Giesen 2007) is inmiddels op leeftijd aan het raken, maar dat er sindsdien heel veel veranderd is in privaatrechtelijk zelfreguleringsland, kan eigenlijk niet gezegd worden, zie ook I. Giesen, '(Zelf) Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een ReL?', *NTBR* 2018/19, p. 135 e.v., waarop het volgende is gebaseerd. Uiteraard zijn er wel een paar mooie, brede studies verschenen over dit fenomeen. Ik noem hier A. Kristic e.a., 'Private normstelling: criteria voor toepassing van private regelgeving in de rechtszaal', *RegelMaat* 2009 (24) 4, p. 199 e.v.; A.J. Akkermans, 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen', *NTBR* 2011, p. 510 e.v.; M-C. Menting, '(R)Evolutie in het privaatrecht', *NTBR* 2015/16, p. 104 e.v.; F.C. Bentvelzen, 'Zelfregulering *curia novit*', *RM Themis* 2016-5, p. 227 e.v.; P.W.J. Verbruggen, 'In tijden van verandering', *WPNR* 7242 (2019), p. 447 e.v.; M-C. Menting, J.B.M. Vranken en M.W. Scheltema, *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief*, Zutphen: Paris 2013; H. Swennen en A.G. Castermans, 'Privaatrecht en soft law', *TPR* 2014, p. 805 e.v. Maar tot echt baanbrekende inzichten ('eureka') hebben die studies, hoe knap ook, m.i. niet geleid.

Ik wijs wel nog speciaal op het proefschrift van Menting (M-C. Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-layered Dutch Private Law* (diss. UvT), 2016), omdat dat boek laat zien dat de Hoge Raad in de omgang met zelfregulering niet erg standvastig (of: koersvast) is. Kort door de bocht: hij is soms 'omarmend', soms 'terughoudend'; en dus is hij tot nu toe in elk geval niet leidend. Een positieve uitzondering daarop vormt overigens HR 18 april 2014, *NJ* 2015/20 (*Achmea/X*). Ik vind het opmerkelijk dat de Hoge Raad nog steeds geen consistente koers heeft kunnen (of willen?) bepalen inzake zijn omgang met dit fenomeen, terwijl het hier wel gaat om een thema dat in de praktijk steeds belangrijker wordt (zo ook A. Kristic e.a., 'Private normstelling: criteria voor toepassing van private regelgeving in de rechtszaal', *RegelMaat* 2009 (24) 4, p. 199 e.v.; A.J. Akkermans, 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen', *NTBR* 2011, p. 513). Ook ontbreekt vooralsnog, als alternatief, een motivering waarom zo'n consistente(re) koers nu (nog) niet omarmd wordt of kan worden. Een arrest dat zelfregulering stevig(er) lijkt te omarmen, is dat inzake de verplichte meetinstructie voor makelaars, zie HR 13 juli 2018, *NJ* 2020/7 (*Meetinstructie*), waarover R.A.J. van Gestel, 'Recht is niet alleen recht als er recht op staat', *RegelMaat* 2018, p. 395 e.v. Maar een tegengesteld geluid volgt dan weer in HR 21 september 2018, *NJ* 2019/398 (*Albert Heijn*) over de 'Europese Erecode inzake Franchising'. Voor het gebruik en daarmee de rechtsvormende impact (via de rechter) van zelfregulering is de uit deze ontwikkelingsgang voortvloeiende twijfel over de waarde van zelfregulering uiteraard niet gunstig. Hier zal dus nog het nodige onderzoekswerk verricht moeten worden (vgl. ook R. van Gestel e.a., 'Privaatrechtelijke rechtsvorming, regulering en wetenschap 0.13', *NJB* 2016/1392, p. 1966-1968).

61 Prejudiciële vragen en rechtsvorming

Op 1 juli 2012 is de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in werking getreden. Ingevolge de door deze wet ingevoerde regeling is het voor de civiele feitenrechter mogelijk om gedurende een civiele procedure en alvorens daarin een einduitspraak te doen, prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.

Het antwoord op de voor die civiele procedure beslissende rechtsvraag komt dan van de hoogste civiele rechter en niet van die feitenrechter. Het stellen van zo'n vraag is mogelijk, kort gezegd, in het geval van massaschadeclaims (een veelheid aan vorderingsrechten die uit soortgelijke feiten of samenhangende oorzaken voortkomen), en in het geval er nog talrijke andere, uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen bestaan. De wet creëert zodoende de mogelijkheid om al vroeg in een procedure het antwoord op een prangende rechtsvraag te verkrijgen, in gevallen waarin de maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad groot is, hetgeen tot (meer en versnelde) rechtsvorming en tot meer (en eerdere) rechtszekerheid en rechtseenheid kan leiden.

De wettelijke regeling, neergelegd in art. 81a RO en art. 392-394 Rv bij Wet van 9 februari 2012, *Stb.* 2012, 65 en 166, zie bijv. [De Groot 2019](#), p. 361 e.v., wordt sinds juli 2012 met regelmaat benut en heeft ook al tot spraakmakende rechtspraak geleid, met als zeer markant voorbeeld de *Bewijsbeslag*-zaak (HR 13 september 2013, *NJ* 2014/455). Maar ook de *telefoonabonnementen*-zaak (HR 13 juni 2014, *NJ* 2015/477), de *overwaarde-arrangement*-zaak (HR 16 oktober 2015, *NJ* 2016/48), en de *Imagine*-zaak (HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*X./Delta Lloyd Schadeverzekeringen*)) kunnen dan worden genoemd.

Over de (Romeinse en Europese) voorlopers van deze regeling, zie E. Daalder & R. de Graaff, 'Rome, Luxemburg en Den Haag: de prejudiciële procedure als rechtsvormend instrument', in: De Graaff e.a. 2016, p. 123 e.v.

Hier is de vraag relevant wat de invloed, *if any*, is geweest van die wet op de rechtsvorming in Nederland. Uit de evaluatie van de wet blijkt dat dat aspect lastig is te meten en te duiden, maar in de kern wordt de bijdrage van de wet aan de rechtsvorming als positief bestempeld.

Zie Giesen e.a. 2016, p. 196-198, alsmede de verkorte weergave daarvan in I. Giesen & E.R. de Jong, 'Een succesverhaal voor rechtsvorming, rechtseenheid en rechtszekerheid: de Wet Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *NTBR* 2016/46, waaruit ik hier citeer (p. 316, met weglating van de voetnoten):

"De wetgever sprak bij het opstellen van de wet verwachtingen uit die betrekking hebben op – kort samengevat – de bijdrage aan de rechtsvorming die door de regeling gestimuleerd zou worden, alsmede op de rechtszekerheid en de rechtseenheid die dichterbij zouden komen door prejudiciële vragen te beantwoorden. Te dien aanzien valt zonder terughoudendheid te concluderen dat de rechtsvorming, en in het kielzog daarvan tevens de rechtszekerheid en de rechtseenheid, in hoge mate gediend zijn door de wet. Vrijwel alle vragen leidden immers tot antwoorden die in meer of mindere mate aan de rechtsvorming hebben bijgedragen (dat oordeel is overigens wel afhankelijk van ieders definitie van rechtsvorming, welke definities uiteen kunnen lopen)."

Ook Korthals Altes en Groen constateren onomwonden dat de rechtsvorming is gestimuleerd door de nieuwe wet, zie Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/338. Zo ook Feteris 2016, p. 19. Ook voor [De Groot 2019](#), p. 362-363, is de regeling geslaagd ('nuttig en bruikbaar'). Zie ook nog de 'special' (aflevering 10) van het *NTBR* over (de evaluatie van) de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (*NTBR* 2016/44-52).

Naast dit alles constateerde ik al (nr. [58]) dat deze wet heeft bijgedragen aan een meer beleidsmatig werken aan rechtsvorming door de Hoge Raad.

Relevant is dan nog de vraag of dat zo blijven zal. Hoewel dat niet met zekerheid te zeggen is, heeft het er wel alle schijn van dat dat het geval gaat zijn.

Het wordt immers steeds lastiger (want kostbaarder, terwijl de mogelijkheden van gesubsidieerde rechtsbijstand afnemen), zeker voor particulieren, om een zaak helemaal uit te procederen tot aan de Hoge Raad en dan is de tussendoor-vraag van de feitenrechter aan de Hoge Raad een mooie oplossing om toch tot een antwoord op een belangrijke rechtsvraag, en daarmee tevens tot de benodigde rechtsvorming, te komen. Daarmee heeft de regeling meerwaarde ten opzichte van het al beschikbare instrumentarium.

Het is echter vooral het feit dat de Hoge Raad zelf de regeling royaal omarmd heeft en toepast, dat hier van groot belang is:

“Wij wijzen vooreerst en met klem op de welwillendheid van de Hoge Raad bij beantwoording van de vragen en de snelheid die daarbij betracht is, zowel door de Hoge Raad als door het Parket bij de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft hier het (vooraf) gevraagde leiderschap getoond, en duidelijk prioriteit toegekend aan dit type zaken om ervoor te zorgen dat de feitenrechter niet ontmoedigd zou worden om vragen te stellen.”

Aldus I. Giesen & E.R. de Jong, ‘De Wet Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een succesverhaal voor rechtsvorming, rechtseenheid en rechtszekerheid’, *NTBR* 2016/46, p. 317. Zie ook G. de Groot, ‘Beginselen van procesrecht en de hoogste rechter: mag, moet en gaat de Hoge Raad ooit in dialoog met het EHRM?’, *TCR* 2016, p. 11.

Waarschijnlijk mede ingegeven door het succes op privaatrechtelijk vlak, wordt er nu gewerkt aan en nagedacht over soortgelijke mogelijkheden in het strafrecht (zie art. 6.2.3.1-6.2.3.3 nieuw Sv en *Kamerstukken II* 2016/17, 32 612, nr. 9) en het bestuursrecht (De Poorter 2018, p. 872; I. Giesen & R. Ortlep, ‘Een mogelijk succesverhaal? De prejudiciële vraagprocedure in het bestuursrecht’, *TREMA* 2017, p. 135 e.v.). Een verdere verruiming van de (bestuursrechtelijke) mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen, is inmiddels ook voorzien in art. 16 van het wetsvoorstel ‘Tijdelijk wet Groningen’ dat begin 2020 bij de Eerste Kamer is ingediend om de schadeafwikkeling naar aanleiding van de aardbevingen door gaswinning in Groningen vlot te trekken. Zie *Kamerstukken I* 2019/20, 35 250, nrs. A. Zie ook al De Poorter 2018, p. 872, en kritisch hierover T. Hartlief, ‘Massaschaderecht in ontwikkeling’, *TPR* 2019-2, p. 473-474 (omdat langs deze weg de bestuursrechter het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht zou kunnen gaan ontwikkelen). Het amendement van de leden Sientot en Van der Lee (*Kamerstukken II* 2019/20, 35 250, nr. 16; vgl. ook de motie (nr. 22) die nader overleg wil initiëren) dat het mogelijk maakt om via genoemd art. 16 (ook) aan de Hoge Raad een vraag te stellen, was nog niet verwerkt in het wetsvoorstel dat aan de Eerste Kamer is verstuurd.

Een volgende vraag voor de toekomst is of de mogelijkheid voor een nationale rechter om prejudicieel een vraag te stellen aan het EHRM ook een succes zal gaan worden. Het 16^e protocol bij het EVRM maakt dit inmiddels mogelijk maar of het een hoge vlucht gaat nemen, weten we nog niet. Zie nader J.H. Gerards, ‘Protocol 16 EVRM: advisering door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 2017, p. 307 e.v.; J. Valk, ‘Advisering door het EHRM in civiele zaken’, *TCR* 2019/2, p. 68-75, en nr. [54]. Vanuit Frankrijk is inmiddels een eerste vraag gesteld aan, en ook beantwoord door, het Europese Hof, zie daarover T. Spronken, ‘Protocol 16 EVRM: nog meer prejudiciële vragen’, *NJB* 2019/1131. De Hoge Raad zag er bij de eerste gelegenheid vanaf een ‘advisory opinion’ te vragen, zie r.o. 5.6.4 in het *Urgenda*-arrest (HR 20 december 2019, *NJ* 2020/41), omdat de kwestie die voorlag ‘voldoende duidelijk’ was en de partijen een snelle uitspraak wilden.

62 Meergelaagdheid in het vermogensrecht

Ook het gegeven dat het (nationale) vermogensrecht tegenwoordig uit steeds meer verschillende ‘lagen’ is opgebouwd (nationaal privaatrecht, nationaal publiekrecht, zelfregulering,

internationaal recht, primair en secundair EU-recht, richtlijnen en verordeningen, etc.) en die lagen ook steeds meer verwickeld (of: verstrikt) raken, is van invloed op de rechtsvinding en rechtsvorming in Nederland.

Zie o.a. E. Mak, 'Legitimatie van rechtsvorming in de gelaagde rechtsorde', in: J.C.A. de Poorter (red.), *De ordening van mechanismen van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat*, Den Haag: Bju 2014, p. 65-100; R. van Gestel e.a., 'Privaatrechtelijke rechtsvorming, regulering en wetenschap 0.13', *NJB* 2016/1392, m.n. p. 1963-1964; E.A.G. van Schagen, 'De ontwikkeling van het privaatrecht in een meerlagige rechtsorde: inzichten van multilevel governance', in: C.G. Breedveld-De Voogd e.a. (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde* (BW Krant Jaarboek), Deventer: Kluwer 2013, p. 29 e.v.; J.M. Smits, 'De Nederlandse wetgever en andere normenstelsels', *RdW* 2015 (36) 2, p. 20-33, en over meergelaagdheid als fenomeen uitvoerig Van Gerven/Lierman 2010. Koopmans, die het gemis aan onderzoek op dit vlak betreunde, benoemde dit fenomeen als 'rechtspluralisme', zie Wiarda/Koopmans 1999, p. 143-148.

De rechter die op zoek moet naar het geldende recht, de uitleg daarvan, en wellicht naar nieuw recht, zal immers meer bronnen uit meer regelsystemen moeten nalopen, terwijl die bronnen niet (steeds) op elkaar afgestemd zijn, soms zelfs elkaar voor de voeten lopen. Dat bemoedigt de zaak. Vgl. ook M. Loth, 'Eenheid in gelaagdheid', *AA* 2018, p. 335, en J.M. Smits, 'Het privaatrecht van de toekomst', *TPR* 2015/2, p. 536-538, alsmede p. 543:

"de huidige officiële instituties belast met de rechtsvorming zijn nog altijd primair nationaal en verkeren daarmee niet in de best mogelijke positie om een privaatrecht voor een globaliserende wereld te maken."

Als men inderdaad op zoek is naar dat 'globale privaatrecht', dan is dat absoluut waar. Maar wat nu als het over een in Nederland spelend privaatrechtelijk geschil gaat? Ligt dat dan niet weer net iets anders? Ook dan moet door de rechter uiteraard rekening worden gehouden met bijvoorbeeld regels van zelfregulering en met Europese regels en invloeden, denk aan het mogelijke 'niet gebonden zijn' aan algemene voorwaarden op grond van het ambtshalve toe te passen EU-recht, zie bijvoorbeeld HR 13 september 2013, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*), maar is dat in de kern, qua werkzaamheid, nou eigenlijk zo heel veel anders (wel: veel meer voorkomend, en vaak net complexer) dan het aloude en al bekende rekening moeten houden met regels uit het publiekrecht, uit verdragen, etc., bij een privaatrechtelijke uitlegvraag? Vgl. HR 2 februari 2018, *NJ* 2018/375 (*Amasus/ELG*), r.o. 3.6.2, waarin het Weens Verdrag inzake het verdragenrecht wordt gebruikt bij de uitleg van een internationaal verdrag. En doen we dit niet ook al langer, bijvoorbeeld bij het uitleggen van wat dan heet 'eenvormig privaatrecht'? Zie HR 18 december 2009, *NJ* 2010/481, m.nt. K.F. Haak (*Fortis Corporate Insurance/Uni-Data Logistics*), met verwijzingen. In zoverre zou ik de mythe van meergelaagdheid niet te zeer willen opblazen, en wijzen op de methode van interne rechtsvergelijking, zie nr. [35], uiteraard zonder daarmee afbreuk te willen doen aan de terecht geconstateerde verzwaring van de rechterlijke werklust, en de vaak grotere mate van complexiteit (vgl. HR 1 februari 2008, *NJ* 2008/505, m.nt. K.F. Haak (*NDAL/Delta Lloyd*): art. 6:248 lid 2 BW geldt niet bij eenvormig privaatrecht; beslissende betekenis komt toe aan doel en strekking van de bepaling).

Deze meergelaagdheid roept intussen ook de vraag op naar het bestaan en de mogelijke invloed van de onderlinge dialoog tussen de betrokken Europese en nationale rechters als rechtsvormers. Zie al nr. [48]. Is die dialoog er en welke invloed is er dan? Is dat te meten? Het is inmiddels een populair thema in de privaatrechtelijke literatuur en het antwoord lijkt te zijn dat die dialoog bestaat en invloed heeft.

Waar die dialoog gezien wordt in het (al dan niet verplicht) stellen en vervolgens beantwoorden van prejudiciële vragen tussen nationale en Europese rechters, is die invloed evident. De vragensteller zal het antwoord ter harte moeten nemen, anders had net zo goed geen vraag

gesteld kunnen worden. Zonder aan filosofische of terminologische beschouwingen te willen beginnen, ligt het dan wel aan de definitie van die term of dit werkelijke een 'dialoog' te noemen is. Dat een vraag en een antwoord worden uitgewisseld, betekent nog niet dat er een echte dialoog is (welke immers een meer wederkerige uitwisseling van standpunten impliceert; in die zin ook J. Krommendijk & M. Loth, 'Europese rechters in gesprek (1)', *TREMA* 2019/1, *in fine*). Die 'dialoog' vindt bovendien plaats binnen een duidelijke hiërarchie, hetgeen m.i. ook afbreuk doet aan het karakter van een dialoog. Zie ook nog R. van Gestel & J. de Poorter, 'Rechterlijke dialoog of LAT relatie?', *NJB* 2019/1747.

Wat daarvan zij, in de literatuur wordt deze dialoog breed onderzocht, en veelal met gejuich ontvangen, omdat het een manier is om goed te kunnen omgaan met de veellagige rechtsorde. Zie bijvoorbeeld Lenaerts 2018, p. 74, specifiek in relatie tot de rechtsvergelijkende methode van het HvJ EU. Zie verder o.a. J. Krommendijk & M. Loth, *Europese rechters in gesprek; verhalende annotaties*, Den Haag: Bju 2018; K. Lenaerts & T. Corthaut, 'Rechtsvinding door het Hof van Justitie', *AA* 2006, p. 581-584; M.E. Thomassen, 'De rol van de rechter in het internationale recht', in: *Mijnheer de voorzitter... (Van Delden-bundel)*, Den Haag: Bju 2007, p. 186-189; C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees burgerlijk recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie, Handelingen NJV*, Deventer: Kluwer 2011; de hoofdstukken 4-6 (van Mak en De Poorter) in J.C.A. de Poorter (red.), *De ordening van mechanismen van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat*, Den Haag: Bju 2014; R.A.J. van Gestel, 'Naar een beter huwelijk tussen rechter en wetgever of toch maar liever living apart together?', *NJB* 2014/5, p. 20 e.v.; M.A. Loth, *De Hoge Raad in dialoog* (oratie TiU), Tilburg 2014; R. van Gestel e.a., 'Privaatrechtelijke rechtsvorming, regulering en wetenschap 0.13', *NJB* 2016/1392, p. 1965-1966; Van Gerven/Lierman 2010, p. 254-261, en (voor *common law*-landen) Dickson 2007, p. 11. Het samenspel tussen wetgever en rechter dat ik eerder beschreef (in nrs. [10]-[11]) valt overigens ook hieronder, zo blijkt uit die laatste bijdrage.

63 Een constitutioneel hof?

Gegeven die meergelaagdheid op (inter)nationaal niveau en gelet op de wederkerende discussie of constitutionele toetsing een instrument zou kunnen zijn dat onze rechtsorde zou verrijken, rijst ook voor de Nederlandse rechtsorde de vraag naar het mogelijke nut en de noodzaak van een constitutioneel hof. Die discussie is ook voor civilisten van groot belang, want de consequenties daarvan zijn potentieel enorm.

Zie mijn bijdrage in *NTBR* 2015/9, p. 65-66, waarin ik aan de hand van de rol die het Zuid-Afrikaanse constitutionele hof speelde in de *wrongful life*-discussie aldaar, heb laten zien wat een onmiskenbare impact (de indringende toetsing door) een constitutioneel hof kan uitoefenen op de privaatrechtelijke rechtsontwikkeling. Vgl. ook Van Gerven/Lierman 2010, p. 258, alsmede (tegenstanders) R. de Graaff & O. Oost, 'Heeft het burgerlijk recht een constitutioneel hof nodig?', *AA* 2016, p. 3; R. de Winter, 'Toetsing aan de Grondwet? Niks bijzonders!', *NJB* 2019/1951, dan wel (voorstanders) P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'De Hoge Raad op de helling', in: *De Maris-bundel*, Deventer: Kluwer 1989, p. 73 (een 'constitutionele kamer'); Hondius 2001, p. 41; W.M.E. Thomassen, 'De rol van de rechter in het internationale recht', in: *Mijnheer de voorzitter... (Van Delden-bundel)*, Den Haag: Bju 2007, p. 189; Staatscommissie Parlementair stelsel, *Tussenstand*, Den Haag, 2018, p. 86; H. Tjeenk Willink, *Groter denken, kleiner doen* (4^e druk), Amsterdam: Prometheus 2019, p. 94.

Ik stelde vervolgens de vraag of dat idee dan ook voor Nederland toegejuicht zou moeten worden. De vrees kan immers bestaan dat deze tendens tot 'constitucionalisering', hoe subtiel ook, toch als de spreekwoordelijke olifant door de porseleinkast (het zorgvuldig en behoudzaam opgebouwde privaatrechtelijke systeem) zal banjeren, en dat zulks vooral veel schade opleveren zal, omdat daarmee de eeuwenoude pijlers van het privaatrechtelijke systeem worden aangetast. Bovendien blijkt dat via deze constitutionele insteek de rechtszekerheid in gevaar komt, want 'settled case law' wordt zo alsnog aantastbaar. Ook rijst nog de vraag of onze Grondwet momenteel voldoende toegerust is als toetsingskader.

Dit zijn krachtige tegenargumenten, maar de verdere ‘constitutionalisering’ van het privaatrecht vindt sowieso doorgang, zoals het *Urgenda*-arrest (HR 20 december 2019, NJ 2020/41) heeft laten zien. Bovendien, de ontluiking van grondrechten als aanknopingspunt voor de ontwikkeling van het privaatrecht, biedt ook kansen. Het Zuid-Afrikaanse voorbeeld maakt dan ook nieuwsgierig naar wat er allemaal zou kunnen in Nederland als er een zelfstandig constitutioneel hof zou bestaan, naast de al bestaande toetsing aan verdragen door de gewone civiele rechter. Zouden wij bijvoorbeeld voor de vergoeding van affectieschade de wetgever wel nodig hebben gehad, nu in die gevallen de toegang tot de rechter (een effectieve remedie boden art. 6:107-108 BW niet) en ons ‘family life’ in het geding was? En zou de enkele schending van een fundamenteel recht niet toch op zichzelf al tot immateriële schadevergoeding moeten leiden waar dat nu nog niet het geval is, vgl. HR 15 maart 2019, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Verzwaard detentieregime*), bijvoorbeeld na een inbreuk op de regels van ‘informed consent’?

Ik ben dus geneigd om het nadenken over de komst van een constitutioneel hof te ondersteunen, hoewel ik mij terdege realiseer – zeker na lezing van Posner 2013, p. 149-150, over ‘constitutional restraint’ – dat de invoering van zo’n grondwettelijk hof kan leiden tot de opkomst, ook hier, van ‘constitutionele interpretatie’, waarbij de rechtsvinding en rechtsvorming door de rechter – gegeven de constitutionele setting – net anders ingestoken en benaderd wordt, terughoudender waarschijnlijk als het om de ongrondwettigheid van wettelijke regels gaat. Gevolg daarvan zou kunnen zijn dat het rechtsvindingsdebat er een nieuwe poot bij zou krijgen, vergelijkbaar wellicht met de discussie in de VS over de vraag hoe de grondwet uitgelegd moet worden (naar de originele bedoeling of meer bij de tijd? Vgl. Posner 2013, p. 178 e.v., en nr. [30]). Dat kan de discussie verrijken, maar ook tot een (overbodige) scholenstrijd leiden. Bovendien is er ook al geconstateerd dat de mate waarin hoogste rechters zich (meer of minder) actief opstellen, mede lijkt af te hangen van de (soms nieuwe) constitutionele setting waarin men opereert, zie (samenvattend voor enkele *common law*-landen) Dickson 2007, p. 11-14. Zie over de interpretatie door het Grondwettelijk Hof in België tot slot nog T. Moonen, ‘De keuzes van het Grondwettelijk Hof: argumenten bij de interpretatie van de Grondwet’, *RW* 2015-16, nr. 26, februari 2016, p. 1003 e.v.

64 Afronding

De gang richting een meer beleidsmatige insteek waar het de rechtsvorming betreft, de invloed daarop van alternatieve regelgeving, van prejudiciële vragen en van de meerge-laagdheid in ons normenstelsel, de impact van de organisatorische context, het zijn allemaal factoren en ontwikkelingen die nu spelen en die waarschijnlijk, misschien zelfs in versterkte mate, zullen blijven spelen, in het debat over rechtsvinding en rechtsontwikkeling. Wat absoluut zeker is, is dat dat debat als zodanig zal voortbestaan en voortduren, zoals het al eeuwen voortduurt. Want het nadenken over rechtsontwikkeling, rechtsvinding en rechtsvorming, is, net als die rechtsontwikkeling zelf, nooit af. Of, in de woorden van de Amerikaanse rechter Benjamin Cardozo (Cardozo 1921, p. 28):

“Nothing is stable. Nothing absolute. All is fluid and changeable. There is an endless becoming.”



WETSARTIKELENREGISTER

(Er wordt verwezen naar paragrafen).

Algemene wet bestuursrecht

8:12b 16

8:45 16

Algemene wet rijksbelastingen

27gc 16

Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden

12 58

Burgerlijk Wetboek

Boek 3

1 25

12 33, 39

40 26

94 31

105 12

236 15, 31

239 15, 31

310 19, 44

305a 22

Boek 5

20 26

Boek 6

2 19, 50

99 19

107 18, 63

108 11, 18, 63

110 10

162 9

169 25

172 25

174 25, 35, 45

179	35, 45
248	62
107a	25
Boek 7	
220	43
399f	17
399g	17
491	9
611	18, 45
658	25, 45
661	25
962	26
Boek 8	
983	18
Burgerlijk Wetboek (oud)	
1401	27
Faillissementswet	
66	12
Grondwet	
120	18
Rechterlijke organisatie	
77	2
80	50
81	3, 10, 59
83	59
80a	3, 18, 19, 57, 59
81a	57, 61
Tijdelijk wet Groningen	
17	16
Wet algemene bepalingen	
12	35
Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering	
7	36
23	10
44a	16

140	49
217	35
392	2, 7, 10, 11, 12, 14, 16, 18, 58, 61
393	14, 16, 59
394	10, 18, 61
420	2
421	2
810	16
44a	16
843a	19

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (oud)

335	28
-----	----

Wetboek van Strafrecht

1	32
---	----

Internationaal

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)

1	18, 33
5	58
6	43, 54
31	54

Verdrag betreffende de Europese Unie

19	53
----	----

Weens koopverdrag

31	54
----	----

Zwitsers Burgerlijk Wetboek

1	35
---	----



JURISPRUDENTIEREGISTER

(Er wordt verwezen naar paragrafen).

Hof van Justitie EG/EU

HvJ EG 10 april 1984, C-14/83, Jur. 1984, p. 1891 (Von Colson en Kamann)	36
HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, Jur. 190, p. I-4135 (Marleasing)	36
HvJ EG 5 oktober 2004, C-397-01 t/m C-403-01, Jur. 2004, p. I-8835 (Pfeiffer)	36
HvJ EU 10 september 2009, C-199/08, ECLI:EU:C:2009:538; Jur. I-8295 (Eschig/UNIQA)	53
HvJ EU 22 december 2010, NJ 2011/129 (DEB/Duitsland)	53

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 17 januari 1971, Series A., Vol. 11 (Delcourt t. België)	54
EHRM 24 mei 1989, Serie A, Vol. 154 (Hauschildt t. Denemarken)	54
EHRM 19 april 1994, Serie A, Vol. A-288 (Van de Hurk t. Nederland)	54
EHRM 29 april 2002, Appl. No. 2346/02 (Pretty/VK)	35
EHRM 8 juli 2003, Appl. No. 27677/02 (Sentges/Nederland)	35
EHRM 15 januari 2008, NJ 2010/180 (Micallef t. Malta)	54
EHRM 15 oktober 2009, Appl. No. 17056/06 (Micallef t. Malta)	44
EHRM 14 januari 2010, appl.no 36815/03 (Atanasovski t. Macedonie)	44
EHRM 10 juni 2010, Appl. No 302/02, NTM/NJCM-Bull. 2010, p. 1062 e.v. (Jehova's Getuigen van Moskou t. Rusland)	54

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State

ABRvS 12 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449; AB 2018/224 (waarschuw- wing)	16
ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:903 (Barneveld)	16
ABRvS 30 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1390	44

Hoge Raad

HR 10 juni 1910, W. 9038 (de Zutphense juffrouw)	2
HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 (Lindenbaum/Cohen)	9, 24, 27, 29
HR 12 maart 1926, NJ 1927/777 (De Goudse Bouwmeester)	9
HR 21 mei 1943, NJ 1943/455 (Van Kreuningen/Bessem)	34
HR 5 mei 1950, NJ 1951/1 (Damhof/Staat)	9
HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp)	20
HR 30 januari 1959, NJ 1959/548 (Quint/Te Poel)	25, 27

HR 11 december 1959, NJ 1960/230 (Eelman/Hin)	9
HR 3 maart 1972, NJ 1972/339 (Marings boerderij)	27, 33
HR 7 maart 1980, NJ 1980/353 (Stierkalf)	26, 27, 44
HR 27 november 1981, NJ 1982/503 (Boon/Van Loon)	44
HR 1 maart 1985, NJ 1986/173 (Verschoningsrecht notaris)	33
HR 21 februari 1992, NJ 1992/354 (Dupree/Nieuwkoop)	15, 31
HR 8 juli 1992, NJ 1992/714 (AMC)	34
HR 9 oktober 1992, NJ 1994/535 (DES)	19, 38
HR 26 maart 1993, NJ 1993/613 (NMB Postbank/Ontvanger)	44, 50
HR 4 juni 1993, NJ 1993/659 (Vredo/Veenhuis)	3, 42
HR 3 juni 1994, LjN ZC1386, NJ 1995/340	14
HR 1 juli 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1414, NJ 1995/547	27
HR 30 september 1994, NJ 1996/535 (Staat/Shell)	58
HR 20 september 1996, NJ 1997/198 (Pollemans/Hoondert)	25
HR 20 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2394, NJ 1999/302	27
HR 16 oktober 1998, NJ 1999/7 (Finkenburgh/Van Mansum)	42
HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 (Arbeidskostenforfait)	4, 11, 19
HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2934 (Parkeergarage Zandvoort)	44
HR 1 oktober 1999, NJ 2000/207 (Geurtzen/Kampstaal)	15, 31
HR 7 april 2000, LjN AA5401, NJ 2000/652	26
HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (Van Hese/De Schelde) en NJ 2000/431 (Rouwhof/Eternit)	19, 23, 37
HR 6 april 2001, NJ 2002/385 (VNP Parkeersystemen)	15, 31
HR 11 mei 2001, LjN AB1555, NJ 2002/364	26
HR 29 juni 2001, NJ 2001/662 (Meijs q.q./Bank of Tokyo)	15, 31
HR 22 februari 2002, NJ 2002/240 (Kindertaxi)	11, 18, 29
HR 3 mei 2002, LjN AD9618, NJ 2002/393	14
HR 25 oktober 2002, NJ 2003/171 (Verhoeven/Lammers)	42
HR 29 november 2002, NJ 2004/304 (TFS/NS) en NJ 2004/305 (Achtkar-spelen)	13, 14
HR 31 oktober 2003, NJ 2006/112 (Saelman/AZVU)	13, 19
HR 5 december 2003, NJ 2004/74 (Nieuw Vredenburgh/Nieuwe Hollandse Lloyd Schadeverzekering)	42
HR 9 januari 2004, NJ 2005/222 (Muntendamsche Investerings Maatschappij/Sloten)	50
HR 23 januari 2004, NJ 2005/15 (Ponteecen/Stratex)	10
HR 18 juni 2004, NJ 2004/585 (Kuunders/Swinkels)	15
HR 9 juli 2004, LjN AO7575, NJ 2004/618	14
HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (Baby Kelly)	10, 18, 47, 59
HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (CBB/JPO)	12
HR 12 augustus 2005, NJ 2009/341 (Univé Schade)	12, 58
HR 25 november 2005, NJ 2006/148 (Rohde Nielsen/De Donge)	12
HR 17 februari 2006, nr. C04/322, NJ 2006, 378	35

HR 16 juni 2006, NJ 2007/462 (Gouman/Van Steijn)	28
HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527 (Vie d'Or)	34
HR 17 november 2006, NJ 2006/621 (VTN)	42
HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger van de belastingdienst Oost/X.)	58
HR 19 januari 2007, NJ 2007/64	2
HR 16 maart 2007, NJ 2007/637 (Johannes/Baranco)	50
HR 13 april 2007, NJ 2008/576 (Iraanse vluchteling)	42, 59
HR 5 oktober 2007, NJ 2008/57 (Winterthur/TROS)	9, 13, 35
HR 14 december 2007, NJ 2008/12 (Berusting)	4
HR 14 december 2007, NJ 2008/9 (Aichi Sales)	58
HR 21 december 2007, NJ 2008/242 (Redelijke termijn tbs)	58
HR 11 januari 2008, NJ 2009/342 (Hartendorp/Kooij)	26
HR 1 februari 2008, NJ 2008/505 (NDAL/Delta Lloyd)	62
HR 22 februari 2008, NJ 2008/125 (Zwitsers testament)	2
HR 11 april 2008, NJ 2008/223 (OvJ Zwolle)	59
HR 13 februari 2009, NJ 2009/242 (Heerlijkheid Mariënwaard)	58
HR 20 maart 2009, NJ 2009/233 (Pluimveerechten)	18
HR 29 mei 2009, NJ 2009/243 (ING)	58
HR 5 juni 2009, NJ 2012/182 (De Treek/Dexia)	35
HR 12 juni 2009, NJ 2010/663 (Heembouw/Fortis)	58
HR 30 juni 2009, NJ 2009/349 (Post-Salduz)	4
HR 18 december 2009, NJ 2010/481 (Fortis Corporate Insurance/Uni-Da-ta Logistics)	34, 62
HR 26 februari 2010, NJ 2011/473 (Baas in eigen huis/Plazacasa)	58
HR 9 juli 2010, NJ 2012/226 (Eurofactor)	44
HR 3 september 2010, NJ 2013/329 (Holding/DHV)	58
HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465 (Hangmat)	4, 24, 25, 26, 31, 35, 41, 42, 45, 58, 59
HR 11 februari 2011, NJ 2011/571 (First Data/KPN)	15, 31
HR 21 oktober 2011, NJ 2013/23 (Hasfeld/Cohen)	15, 31
HR 28 oktober 2011, NJ 2012/213 (X./ZLTO)	44, 50
HR 11 november 2011, NJ 2011/597 (TNT/Wijenberg) en NJ 2011/598	4, 18, 45
HR 9 december 2011, NJ 2013/273 (Schriftelijkheidseis)	24, 26
HR 6 april 2012, NJ 2016/196 (ASR/Achmea)	14, 44
HR 1 juni 2012, NJ 2013/172 (Esmilo/Mediq Apotheken)	26
HR 22 juni 2012, NJ 2012/397 (Knobble)	58
HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (Koot Beheer/Tideman q.q.)	44
HR 3 mei 2013, NJ 2013/572 (KLM)	33
HR 12 juli 2013, NJ 2014/86 (Onteigening Den Dungen-Maas)	33
HR 13 september 2013, NJ 2014/274 (Heesakkers/Voets)	14, 62
HR 13 september 2013, NJ 2014/455 (Bewijsbeslag)	10, 19, 61

HR 13 december 2013, NJ 2015/307 (Montis Holding)	50
HR 21 maart 2014, NJ 2015/167 (Coface/Intergamma)	10, 13, 18
HR 28 maart 2014, NJ 2014/525 (redelijke termijn)	10
HR 18 april 2014, NJ 2015/20 (Achmea/X.)	60
HR 6 juni 2014, NJ 2014/300 (Vakantiegelduitkering)	16
HR 13 juni 2014, NJ 2015/477 (Telefoonabonnementen I)	18, 61
HR 14 juli 2014, NJ 2014/407 (Berzona)	44
HR 31 oktober 2014, NJ 2015/181 (Van Dun/Staat)	58
HR 28 november 2014, NJ 2015/194 (Anderzorg/London)	26
HR 20 februari 2015, NJ 2016/209 (13e penning)	27, 30
HR 20 maart 2015, NJ 2015/264 (JPR/Gunning q.q.)	44
HR 12 juni 2015, NJ 2015/295 (Alstom/ABB)	35
HR 16 oktober 2015, NJ 2016/48 (overwaarde-arrangement)	61
HR 15 januari 2016, NJ 2017/382 (Productie in vreemde taal)	12
HR 29 januari 2016, NJ 2016/173 (X./Delta Lloyd Schadeverzekeringen)	4, 24, 26, 31, 35, 41, 42, 45, 58, 61
HR 12 februari 2016, NJ 2017/282 (Telefoonabonnementen II)	12
HR 19 februari 2016, NJ 2016/200 (Verzoek afgifte proces-verbaal getuigenverhoor ex. art. 66 Fw)	12
HR 19 februari 2016, NJ 2016/295 (Beroepsaansprakelijkheid notaris)	12
HR 26 februari 2016, NJ 2016/438 (ASR)	13, 23, 26
HR 26 februari 2016, NJ 2017/214 (X./Trudo)	14
HR 26 februari 2016, NJ 2017/350 (Lidl/Achmea)	12
HR 15 april 2016, NJ 2019/144 (Muetstege/Amsterdam)	58
HR 22 april 2016, NJ 2016/449 (X./Portaal)	43
HR 3 juni 2016, NJ 2016/290 (Rabobank/Reuser)	25
HR 3 juni 2016, NJ 2018/56 (GIA Systems)	11, 12
HR 7 juni 2016, NJ 2016/430	57
HR 26 juni 2016, NJ 2016/497 (X./Van Galen q.q.)	58
HR 8 juli 2016, NJ 2017/262 (Tennet/ABB)	29
HR 2 september 2016, NJ 2017/9 (B./Dexia)	58
HR 27 januari 2017, NJ 2017/205 (X./Utrecht)	44
HR 3 februari 2017, NJ 2017/146 (Dexia/A.)	44
HR 24 februari 2017, NJ 2018/12 (Street-One Modehandel)	58
HR 27 februari 2017, NJ 2018/141 (Heusden)	12
HR 10 maart 2017, NJ 2018/81 (Ondeelbare rechtsverhouding)	44
HR 24 maart 2017, NJ 2018/225 (Pluraliteit schuldeisers)	26, 29, 44
HR 31 maart 2017, NJ 2017/204 (X./Vlisco Netherlands)	58
HR 19 mei 2017, NJ 2017/227 (Prijsvrij.nl/Corendon)	34
HR 1 december 2017, NJ 2019/137 (Irak/X.)	14, 34, 44
HR 22 december 2017, NJ 2018/154 (Boersen q.q./Pensioenfonds Levens- middelenbedrijf)	4

HR 22 december 2017, NJ 2018/226 (Waarborgfonds/Bovemij)	34
HR 5 januari 2018, NJ 2018/420 (Chemours/Stedin)	26
HR 19 januari 2018, NJ 2018/227 (Erkenningsverbod)	4, 10, 58
HR 2 februari 2018, NJ 2018/375 (Amasus/ELG)	62
HR 30 maart 2018, NJ 2018/353 (Dräger Nederland)	26
HR 6 april 2018, NJ 2019/169 (Conservatrix/DNB)	23
HR 13 april 2018, NJ 2018/463 (Opzetclausule)	3, 31, 58
HR 18 mei 2018, NJ 2018/376 (X./Allianz)	10, 11, 18
HR 13 juli 2018, NJ 2020/7 (Meetinstructie)	60
HR 21 september 2018, NJ 2019/398 (Albert Heijn)	60
HR 28 september 2018, NJ 2019/446 (Eigen Haard)	14
HR 28 september 2018, NJ 2019/70 (Organik/Dow Chemical)	29
HR 12 oktober 2018, NJ 2019/98 (Dexia)	44, 58
HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1972, RvdW 2018/1158 (Chipshol III/Schiphol)	44
HR 23 november 2018, NJ 2018/467 (Onteigening Peel en Maas)	26, 49
HR 15 maart 2019, NJ 2019/162 (Verzwaard detentieregime)	63
HR 22 maart 2019, NJ 2019/388 (Parkeergarage Zandvoort)	26, 44, 58
HR 29 maart 2019, NJ 2019/259 (Victoriabank)	36
HR 29 maart 2019, NJ 2019/324 (De 4 Jaargetijden)	14, 34
HR 12 april 2019, NJ 2020/15 (Ecuador/Chevron)	58
HR 17 mei 2019, NJ 2019/389 (Conservatrix/DNB)	26
HR 24 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:791, RvdW 2019/638 (Chalet te Ede)	49, 58
HR 28 mei 2019, NJ 2019/379 (Wietteelt)	58
HR 21 juni 2019, NJ 2020/16 (Houtman q.q./Rabobank)	56
HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, RvdW 2019/786 (Rentederivaat ABN-Amro)	25, 58, 59
HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1052, RvdW 2019/788 (DSW)	44
HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (Srebrenica)	2
HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (Aardbeving)	12, 58
HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, RvdW 2019/1015 (Rentederivaat ING)	31
HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1784, RvdW 2019/1169 (Steinweg-Handelsveem/HDI-Gerling)	25
HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, RvdW 2019/1210 (ABN-Amro/SDB)	14
HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1907, RvdW 2020/2 (Coniferen-haag)	28
HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909, RvdW 2020/4 (ING/Thielen q.q.)	25, 31
HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, RvdW 2020/88 (Schorsing tenuitvoerlegging)	25, 44, 56, 58
HR 20 december 2019, NJ 2020/41 (Urgenda)	7, 14, 47, 54, 61, 63

Gerechtshoven

Arnhem-Leeuwarden

Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618
(NAM/WAG c.s.) 12

Den Haag

Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591; AB 2018/417
(Urgenda) 1, 3, 7, 15

Rechtbank Den Haag

Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196 (Urgenda) 1, 3, 7, 15
Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:701 (verkrachting
tijdens zuiveringsactie) 15

Ondernemingskamer

OK 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1535 (A./B.) 44

TREFWOORDENREGISTER

(Er wordt verwezen naar paragrafen).

A contrario (-redenering)	32, 40
Aanvaardbaarheid	3, 42
Aanvaardbare oplossing	31
Actief	10
ADR	1, 13
Advocatuur	15
Afbakening	11
Afdeling bestuursrechtspraak	16
Agenda	58
Algemene gezichtspunten	12
Algemene regels	12
Alternatieve regelgeving	60
Amicus curiae	16
Analogie	32
Anticiperende uitleg	29
Apodictisch	50
Arbeidsrecht	48
Beginselen	50
Belangenafweging	38
Beleid(smatig)	58, 61
Bestuursrecht	2
Betrokken derden	16, 17
Biases	6, 26, 46
Bijproduct	57
Bron	33
Burgerlijk procesrecht	8, 48
Carrièreperspectief	6
Cassatie in het belang der wet	2, 16,
Cassatieadvocaten	15
Cassatieadvocatuur	15
Cassatiebalie	8, 15
Cassatierechtspraak	2
Casusdominantie	2
Casusgerichtheid	2, 57, 58
Cirkelredenering	28
Civiele rechter	1

Civilologie	39
Common ground-methode	54
Common law	6
Concurring opinion	42
Confirmation bias	46
Conflictoplossing	1
Constitutionalisering	63
Constitutioneel hof	63
Constitutionele interpretatie	63
Context	5
Contra legem	3
Cultuur	3
De vergelijkingsmethode	37
Debiasing	26, 46
Democratische legitimatie	3
Derden	49
Dialoog	62
Discursief motiveren	43
Discursieve grootheid	23, 41
Dissenting opinion(s)	43
Doctrine	13
Doel	3
Dynamisch-evolutieve uitleg	30
Effectieve bescherming	54
Emoties	46
Empirische benadering van het privaatrecht	39
Empirische gegevens dynamisch-evolutieve uitleg	6
Ervaring	3, 46
EU-recht	48, 53
Europese privaatrecht	52
Evalueren	59
EVRM	48, 54
Externe rechtsvergelijking	34
Feiten	2
Feitenrechters	1
Flexibel	3
Flexibiliteit	2
Formalisme	51
Gedeelde verantwoordelijkheid	3
Gereedschapskist	8
Gevolgen	11
Gewetensbeslissing	41
Gezamenlijke verantwoordelijkheid	20
Goederenrecht	49

Grammaticale uitleg	24
Grondrechten	37, 63
Guidance Documents	53
Handvest	52
Historisch materiaal	2
Hoofdrolspelers	8-22
Ideologie	3
Indirecte invloed	13
Individueel geschil	3, 11
Interne rechtsvergelijking	34
Interpretatie	4
Interpretatiemethoden	23-40
Interpreteren	3
Intuïtie	41
Judicial minimalism	58
Kerntaken	42
Keuze	3
Kiezen	41
Law Commission	21
Leesbaarheid	58
Legaliteitsbeginsel	26
Legitimatie	42
Legitimiteit	47
Maatschappelijk (belang)	7
Margin of appreciation	54
Meedenkers	16
Meergelaagdheid	62
Methode	6
Motivering	42
Motiveringsbeginsel	42
Motiveringsstijl	46, 47
Multidisciplinaire uitleg	39
No cure no pay	15
Nuttig effect	53
Obiter dicta	58
ODR	13
Omgaan	44
Ondernemingskamer	44
Ondernemingsrecht	48
Onderscheid 'feit' en 'recht'	2
Open normen	42
Openbaarheid van rechtspraak	43
Opleiding	3, 46
Organisatieperspectief	5

Originalism	30
Overrulen	3
Overtuiging	3
Overtuigingskracht	3, 26, 34
Overwegingen ten overvloede	58
Overzichtsarresten	58
Parket	8, 14
Parlementaire geschiedenis	26
Periodiek Overleg van Rechtsvormers	21
Personen- en familierecht	48
Persoon van de rechter	3
Persoonlijkheid(skenmerken)	6, 46
Persuasive authority	34
POR	21
Praeter legem	32
Praktijk	15
Praktische wijsheid	41
Precedenten(stelsel)	35
Precedentwerking	35
Prejudiciële vragen	61
Primaat	10
Principles	52
Privaatrechtelijke wet- en regelgeving	1
Procedural justice	47
Proces	8
Procesrecht	2
Procesrechtelijke rechtsvinding	49
Prospective overruling	20, 44
Prospective ruling	58
Psychologie	46
Publiekrechtelijke karakter	49
Rangorde	23
Rechter	10
Rechterlijk activisme	58
Rechterlijk overgangsrecht	44
Rechtersbeeld	42
Rechtsbeginselen	33
Rechtsbescherming	3
Rechtseenheid	3
Rechtsgevoel	41
Rechtshistorische uitleg	27
Rechtsontwikkeling	3
Rechtsppluralisme	62
Rechtspolitiek(e)	4, 42

Rechtsverfijning	23
Rechtsvergelijking	34
Rechtsvinding	3
Rechtsvindingsarsenaal	4
Rechtsvindingsvrijheid	36
Rechtsvormende taak	2, 4
Rechtsvorming	4
Rechtsvraaggerelateerd	58
Rechtsvragen	2, 11
Rechtsweigerings	10
Rechtszekerheid	49
Rechtvaardigheidsgevoel	41
Redelijke en praktische uitleg	31
Regie	3, 17
Reikwijdte	2
Retrocipatie	29
Samenwerking	18, 19, 20
Schema wetgeving-rechtspraak	13
Selectie voor de poort	59,
Shockschade	11
Soft law	52
Spanningsveld	11
Sprong	41
Staatsbestel	7
Staatsmachten	1
Strafrecht	4
Strekking	28
Supreme Court	43
Systeem	11
Systematische uitleg	25
Taak(opvatting)	3
Taalkundige uitleg	24
Teleologisch uitleg	28
Terugkoppeling	20
Toekomst	2, 56
Toetsingsverbod	18
Toeval	58
Transparantie	3
Trias politica	3
Uitleg	24, 26, 27, 28, 29, 30, 31
Unieconforme uitleg	36
Urgenda	3
Vastklik-methode	54

Verantwoording	42, 46
Verhouding (tot de rechter)	32
Verlofstelsel	58
Verstandhouding	18
Voetnoten	56
Volgorde	23
Vooropstellen	12, 58
Voorrang	36
Vrijheid	2
Waarheidsvinding	2
Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht	54
Werkkracht	3
Werkdruk	46
Werklast	57
Wet prejudiciële vragen	2
Wetenschappelijk Bureau	8
Wetgever	9
Wetgever-plaatsvervanger	19
Wetshistorische uitleg	26
Wisselwerking	2
Zaakgerelateerd	58
Zaakoverstijgend	54, 58
Zelfregulerende private actoren	17
Zelfregulering	1
Zwaartekrachtwerking	35

MONOGRAFIEËN BW

(* = nog niet verschenen)

A-serie

- 1 Aard en opzet van het vermogensrecht 2017, prof. mr. A.S. Hartkamp
- 2 Bronnen van verbintenissen 2003, prof. mr. J.M. Smits
- 3* ~~Wet en rechter, prof. mr. I. Giesen~~
- 4 Misbruik van bevoegdheid 2019, prof. mr. E.J.H. Schrage
- 5 Redelijkheid en billijkheid 2017, prof. mr. H.N. Schelhaas
- 6a Afstand van recht 2019, mr. C. Spierings
- 6b Rechtsverwerking en klachtplichten 2013, prof. mr. R.P.J.L. Tjittes
- 7 Algemene belangen in het burgerlijke recht 1982, prof. mr. E.J. Dommering
- 8 Consumentenrecht 2013, prof. mr. E.H. Hondius
- 9 Geestelijke stoornis 1992, mr. H.J. Vetter
- 10 Beëindiging en wijziging van overeenkomsten 2003, mr. A. Hammerstein, prof. mr. J.B.M. Vranken
- 11 Sancties in het vermogensrecht 2018, prof. mr. C.J.J.C. van Nispen
- 12* Nulliteiten, prof. mr. drs. C.H. Sieburgh
- 13 Reële executie 2019, jhr. mr. J.L.R.A. Huydecoper
- 14 Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap 2014, prof. mr. A.C. van Schaick
- 15 Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel 2008, prof. mr. G.E. van Maanen, mr. E.F.D. Engelhard
- 16 Rechterlijke matiging van schulden 2013, prof. mr. P. Abas
- 17 Geld in het vermogensrecht 1984, prof. mr. F.H.J. Mijnsen
- 18* Vertegenwoordiging
- 19 Dwingend en aanvullend recht 2009, mr. M.A. Loth
- 20 Verkeersopvattingen 2007, mr. B.G.P. Rogmans
- 21 Samenloop 2019, prof. mr. A.G. Castermans en prof. mr. H.B. Krans
- 22 Derdenbescherming 2002, mr. B.W.M. Nieskens-Isphording, mr. A.E.M. van der Putt-Lauwers
- 23 Anticipatie 1986, mr. A.M.J. van Buchem-Spapens
- 24 Bewijslastverdeling 1992, prof. mr. W.D.H. Asser
- 25 Overgangsrecht 1992, mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense
- 26a Overheidsprivaatrecht, algemeen deel 2011, mr. G. Sniijders
- 26b Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel 2016, mr. G. Sniijders
- 27 IPR en BW, prof. mr. dr. P. Vlas
- 28 Order- en toonderpapieren 2017, mr. drs. R. Zwitter

- 29 Meerpartijenovereenkomst en samenhangende overeenkomsten 2019, prof. mr. dr. ir. E. Tjong Tjin Tai
- 30 Europees privaatrecht 2019, mr. L.A.D. Keus
- 31 Het nieuw BW overzee 2019, mr. J. de Boer
- 32 Intellectuele eigendom 2018, prof. mr. F.W. Grosheide
- 33* Grondrechten, privaatrecht en grondvrijheden

B-serie

Boek 3 – Vermogensrecht in het algemeen

- 1* Goederen en de onderscheidingen daarvan
- 2* Wil en vertrouwen, mr. drs. B.T.M. van der Wiel
- 3 Wilsgebreken 2015, dr. mr. M.Y. Schaub
- 4 Pauliana 2008, mr. G. van Dijck
- 5 Volmacht 2011, prof. mr. A.C. van Schaick
- 6a Overdracht 2010, prof. mr. W.H.M. Reehuis
- 6b Levering 2004, prof. mr. W.H.M. Reehuis
- 6c Eigendomsvoorbehoud 2013, prof. mr. W.H.M. Reehuis
- 6d* Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid prof. mr. W.H.M. Reehuis
- 7 Bezit 2012, mr. E.B. Rank-Berenschot
- 8 Vermogensbeheer 2014, prof. mr. D. Busch
- 9 Gemeenschap 2015, prof. mr. M.J.A. van Mourik en prof. mr. F.W.J.M. Schols
- 10 Vruchtgebruik 1990, prof. mr. W.M. Kleijn
- 11 Algemene bepalingen pand en hypotheek 2013, prof. mr. F.M.J. Verstijlen
- 12a Pandrecht 2012, mr. A. Steneker
- 12b Hypotheek 2016, prof. mr. W.G. Huijgen
- 13 Voorrechten en retentierecht 2017, mr. J.E. Fesevur
- 14 Bevrijdende verjaring 2010, mr. M.W.E. Koopmann

Boek 4 – Erfrecht

- 18 Erfrecht: algemene inleiding en erfrecht bij versterf 2012, prof. mr. E.A.A. Luijten
- 19 Erfrecht van de langstlevende echtgenoot 2019, mr. P.C. van Es
- 20 Legitieme portie 2004, mr. W. Heuff
- 21* Soorten uiterste wilsbeschikkingen
- 21b Executele en bewind 2016, mr. T.J. Mellema-Kranenburg
- 22 Gevolgen van de erfopvolging 2006, prof. mr. W.R. Meijer

Boek 5 – Zakelijke rechten

- 25a* Eigendom
- 25b* Eigendom van onroerende zaken
- 26 Burenrecht 2019, mr. J.G. Gräler

- 27 Mandeligheid en erfdiensbaarcheden 2014, mr. J.G. Gräler
- 28 Erfpacht en opstal 2019, prof. mr. H.D. Ploeger, mr. H. Bounjoh
- 29 Appartementen 2006, mr. R.F.H. Mertens

Boek 6 – Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht

- 31 Pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid, pluraliteit van schuldeisers en alternatieve en voorwaardelijke verbintenissen 1992, mr. A.M.J. van Buchem-Spapens
- 32a Nakoming 2016, prof. mr. M.W. Scheltema
- 32b Opschortingsrechten 2013, mr. C.A. Streefkerk
- 32c Schuldeisersverzuim 2018, mr. C.A. Streefkerk
- 33 Niet-nakoming van verbintenissen 2017, mr. G.T. de Jong
- 34 Schadevergoeding: algemeen, deel 1 2014, prof. mr. S.D. Lindenbergh
- 35 Schadevergoeding: algemeen, deel 2 2017, prof. mr. C.J.M. Klaassen
- 36 Schadevergoeding: algemeen, deel 3 1992, prof. mr. J. Spier
- 37 Schadevergoeding: personenschade 2015, prof. mr. S.D. Lindenbergh en mr. drs. I. van der Zalm
- 38 Schadevergoeding: zaakschade 1993, mr. R.A. Salomons
- 39 Verbintenissen tot betaling van een geldsom 2017, prof. mr. F.H.J. Mijnsen
- 40 Verrekening 2019, prof. mr. B.A. Schuijling
- 44 Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen 2009, prof. mr. R.M. Wibier
- 45 Onrechtmatige daad: algemene bepalingen 2009, mr. C.H.M. Jansen
- 46 Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen 2014, prof. mr. F.T. Oldenhuis
- 47 Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken 2014, prof. mr. E. Bauw
- 48 (Is verplaatst naar A26a.)
- 49a Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten 2016, mr. D.W.F. Verkade
- 49b Misleidende B2B reclame en vergelijkende reclame 2011, mr. D.W.F. Verkade
- 53 Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst 2017, prof. mr. E.J.H. Schrage
- 54 Overeenkomsten in het algemeen 2016, mr. F.J. de Vries
- 55 Algemene voorwaarden 2016, prof. mr. Jac. Hijma
- 56* Rechtsgevolgen van overeenkomsten
- 57 Overeenkomst en derden 2004, prof. mr. J.L.P. Cahen
- 58 Ontbinding van overeenkomsten 2011, prof. mr. F.B. Bakels

Boek 7 – Bijzondere overeenkomsten

- 65a Koop: algemeen 2015, prof. mr. B. Wessels
- 65b Consumentenkoop 2019, prof. mr. M.B.M. Loos
- 65c Koop van onroerende zaken 2012, prof. mr. A.A. van Velten
- 67 Consumentenkrediet 2013, mr. drs. J.W.A. Biemans

- 73 ~~Bewaarneming 1998, prof. mr. G.R. Rutgers~~
78 Borgtocht 2012, mr. drs. J.W.H. Blomkwist
79* Opdracht algemeen
80 Vaststellingsovereenkomst 2001, prof. mr. A.A. van Rossum
81 Lastgeving 2000, prof. mr. W.C.L. van der Grinten
82 Schenking en gift 2011, prof. mr. F.W.J.M. Schols
84 Aanneming van werk 2013, prof. mr. C.E.C. Jansen
85 Arbeidsovereenkomst 2009, prof. dr. A.T.J.M. Jacobs, mr. P.M.M. Massuger, dr.
W.G.M. Plessen
86 Ontslagrecht en flexibele arbeidsrelaties 2016, prof. dr. A.T.J.M. Jacobs
87 De geneeskundige behandelingsovereenkomst 2017, mr. dr. R.P. Wijne
88 Verzekering 2012, prof. mr. F.H.J. Mijnsen
89 Bruikleen, verbruikleen en geldlening 2012, mr. J.G. Gräler
90* Reisovereenkomst
91* Financiële zekerheidsovereenkomst

Zie voor meer informatie over boek- en e-Book bestellingen: www.wolterskluwer.nl/shop/.