

De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen*



Mr. I. Giesen **

Hoe dient er omgegaan te worden met uitspraken waarin regels besloten liggen die op dit moment niet meer zinvol of juist lijken te zijn, terwijl zich geen nieuwe procedure aandient om de bedoelde regel te kunnen vervangen door een nieuwe? Kunnen wij dergelijke regels dan toch 'afschaffen' zonder op de wetgever te hoeven wachten, en zo ja, hoe dan?

1 Het probleem van de 'achterhaalde rechtspraak'

1.1 Inleidende opmerking

Het onstuitbare voortschrijden van de rechtsontwikkeling biedt niet alleen nieuws, maar maakt ook 'slachtoffers': bepaalde, tot op zeker moment geldende rechtsregels raken na verloop van tijd in de vergetelheid omdat ze vervangen worden door een nieuwe en betere regel. In het wetgevingsproces is die ontwikkeling vrij evident en verloopt dat meestal zonder problemen, afgezien van de gebruikelijke overgangsrechtelijke perikelen. Het oude BW wordt afgeschaft en het nieuwe BW wordt ingevoerd. Het nieuwe wetboek van rechtsvordering, althans het eerste deel daarvan, vervangt het oude.

Als het over rechtspraak van de hoogste rechter gaat, verloopt dit proces echter niet altijd zo evident en probleemloos. Want wat gebeurt er eigenlijk met 'oudere' arresten? In beginsel helemaal niets. En er gebeurt ook regelmatig niets als vervanging of bijstelling van een bepaalde uitspraak eigenlijk wel wenselijk zou zijn. De vraag rijst of die situatie wel zo gelukkig is. Anders gezegd: hoe dienen wij om te gaan met arresten waarin regels besloten liggen die ons nu niet meer zinvol of juist lijken te zijn?² Dat is in een notendop het probleem dat ik hier kort wil bespreken.

1.2 Nadere uitwerking van het probleem

Als wij ervan uit gaan, en ik zou dat voor het navolgende willen doen, dat arresten van de Hoge Raad nadat zij gewezen zijn in die zin 'voortbestaan' dat de daarin neergelegde regels niet enkel en alleen de beslissing voor die ene zaak bevatten, maar ook een zekere binding naar de toekomst en naar andere (toekomstige) partijen toe bewerkstelligen (precedentwerking), kan de vraag rijzen zoals ik die zojuist al stelde: kunnen wij er ook weer vanaf? In abstracto dient zich een aantal opties aan om dit probleem op te lossen. Ten eerste kan de Hoge Raad omgaan. Het oude arrest wordt al dan niet expliciet vervangen door een nieuw arrest zodat de oude regel vervangen is. Dat is echter een betrekkelijke zeldzaamheid omdat omgaan niet wenselijk is in het kader van de rechtszekerheid en het vertrouwen in de rechtspraak.³ Men kan in latere rechtspraak, en dat is dan de tweede optie, ook de regel uit het

eerdere arrest nuanceren of, ten derde, en dat is volgens Spier de meest gebruikte methode, de volgende uitspraken toespitsen op het concrete geval.⁴

Maar wat nu als zich de gelegenheid voor toepassing van één van deze mogelijkheden niet aandient, terwijl wel duidelijk is dat een bepaalde jurisprudentiële regel niet langer houdbaar is? De kans daarop is niet geheel ondenkbeeldig. Immers, het is heel wel mogelijk dat zich (jarenlang) geen nieuwe zaak aandient die benut kan worden om de niet langer gewenste of bruikbare regel te nuanceren of toe te spitsen op het concrete geval. Alleen al de kosten en de tijdsduur die gepaard gaan met het opstarten en doorzetten van een procedure tot in hoogste instantie, vormen een stevige barrière tegen dergelijke nieuwe zaken.⁵

* Met dank aan mr. M.J. Borgers, mr. F.G.H. Kristen en Prof. mr. J.B.M. Vranken voor hun kritische opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

** Ivo Giesen is als postdoc verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht en aan de Onderzoeksschool voor Wetgevingsvraagstukken van de KU Brabant, en medewerker van dit blad.

1. Ik beperk mij hier tot de rechtspraak van de Hoge Raad. Het hier besproken probleem kan zich op zichzelf ook voordoen ten aanzien van rechtspraak van lagere rechters, maar die uitspraken zullen over het algemeen het gezag missen dat de uitspraken van de Hoge Raad wel hebben. Daarmee is het eenvoudiger om zich op een later moment minder gelegen te laten liggen aan die uitspraak. Het 'afschaffen' van de uitspraak is, doordat die veel minder gezag heeft, niet echt nodig.
2. Het gaat in het navolgende niet over de (weliswaar verwante) problematiek van de (eventuele) terugwerkende kracht van rechtspraak die kan spelen als een nieuw arrest een ouder arrest opzij zet, zie daarover uitvoerig O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, diss. KUB 2001.
3. Zie daarover J. Spier, Grenscorrecties bij letselschade, *NTBR* 2002/3, p. 101, en over de zeldzaamheid van omgaan bijvoorbeeld T. Struycken & O. Haazen, De binding aan precedenten, in: H.G. Schermers (e.a.) (red.), *De rol van de rechter in de moderne westerse samenleving*, Leiden 1993, p. 114-115, alsmede J.K. Franx, Gaat de Hoge Raad om?, in: J.L.W. Sillevis Smit (e.a.), *Tussen Tilburg en Den Haag: Barendrecht*, Den Haag 1998, p. 20 en 22.
4. Zie Spier, *loc. cit.*, p. 101. Daarbij kan nog de vraag rijzen of er veel verschil zal bestaan tussen optie 2 en 3, maar daarop ga ik hier niet nader in. Uiteraard zal de Hoge Raad ook vaak eerdere uitspraken bevestigen, maar in die gevallen speelt het hier gesignaleerde probleem (voor de Hoge Raad in elk geval) niet.
5. Zie verder over de processuele drempels voor rechtsvorming natuurlijk *Asser-Franken****, nr. 7 e.v. Een en ander betekent dat ook die regels uit de rechtspraak die veel verzet oproepen, niet altijd tot inzet van een nieuwe procedure (met als doel: de herroeping ervan te bewerkstelligen) gemaakt worden.

Anders gezegd: de rechterlijke rechtsontwikkeling in Nederland hangt te vaak (ook) af van *toeval*: dient zich weer eens een soortgelijke zaak aan?⁶ De vraag is derhalve of ons in dit soort gevallen waarin de onbruikbaarheid of onwenselijkheid van een bepaalde regel duidelijk is, niets anders rest dan te wachten op een zich uiteindelijk toch nog aandienend geval of dat er wellicht een meer structurele oplossing te bedenken is, zodat de rechtsvorming wellicht met meer beleid ter hand genomen zou kunnen worden.⁷

Zo'n meer structurele oplossing zou, naar het zich op het eerste gezicht laat aanzien, dit voordeel hebben dat het juridische debat over het betreffende arrest of vraagpunt eerder en eenvoudiger beslecht zou kunnen worden en tot duidelijkere normen⁸ zou kunnen leiden. Daarmee zou de rechtszekerheid gediend zijn.⁹ Bovendien zou dit er wellicht toe kunnen leiden dat de rechtsvormende taak van de rechter efficiënter zou kunnen worden ingevuld. Die voordelen lijken waardevol genoeg om eens te bezien wat er op het vlak van de meer structurele oplossingen mogelijk zou kunnen zijn.

2 Een voorbeeld: het *Amercentrale*-arrest in het geldende aansprakelijkheidsrecht

2.1 *Het voorbeeld*

Alvorens nader in te gaan op eventuele (meer) structurele oplossingen, wil ik eerst een voorbeeld geven van een arrest dat mijns inziens de kern van de hier bedoelde problematiek raakt. Ik hoop hiermee te laten zien dat zo'n structurele oplossing noodzakelijk is, omdat het hiervoor op betrekkelijk abstracte wijze geschetste probleem ook in concrete gevaltypen een rol speelt.¹⁰ Ik doel hierbij op het arrest van de Hoge Raad inzake de *Amercentrale*. De kernoverwegingen van de Hoge Raad in dat arrest luiden:¹¹

(...) dat het uitzonderlijke karakter van aansprakelijkheid voor zonder schuld veroorzaakte schade grond geeft voor die aansprakelijkheid een nauwer verband tussen de schade en de gebeurtenis die daartoe aanleiding gaf, te verlangen dan bij toepassing van art. 1401 BW kan worden geeëit; dat (...) de uit art. 1405 BW voortvloeiende aansprakelijkheid moet worden beperkt tot die vormen van schade welke als typische gevolgen van de instorting van het desbetreffende gebouw kunnen worden beschouwd en mitsdien behoren tot het normale voor een eigenaar aan een dergelijke gebeurtenis verbonden risico.

Hoewel het resultaat van dit arrest (wél toerekening van schade aan de laedens want die schade was een 'typisch gevolg') op zichzelf tot tevredenheid stemt, dient het hier door de Hoge Raad gekozen uitgangspunt dat bij risico-aansprakelijkheid de causale toerekening minder ruim zou moeten zijn, wat mij betreft uit het Nederlandse recht te verdwijnen.¹² Het gaat mij dus enkel om dat uitgangspunt. Dat het genoemde uitgangspunt als zodanig inmiddels

'wankel' is, wordt op zichzelf wel meer erkend, maar het probleem dat dan de kop op steekt, is dat het arrest, als arrest van de Hoge Raad, en op zichzelf terecht, behoorlijk veel gezag heeft. In de literatuur zien wij dan ook dat er getwijfeld wordt over de vraag of een andere opvatting over de causale toerekening bij risico-aansprakelijkheden, gezien het *Amercentrale*-arrest, wel goed verdedigbaar is.¹³ Het geldende recht op basis van die rechtspraak lijkt immers duidelijk anders te zijn.¹⁴ Het gezag van het arrest lijkt derhalve (nog) te groot om er echt afstand van te durven en kunnen nemen, hoewel de juistheid ervan ook wel betwist wordt.

2.2 *Waarom het anders zou moeten...*

Waarom zou dit arrest niet langer geldend recht mogen zijn? Het probleem is mijns inziens dat door dit arrest uiteindelijk de ratio van de risico-aansprakelijkheden tekort wordt gedaan. Laat ik dat toelichten. Naar mijn mening is het uitgangspunt om bij risico-aansprakelijkheden minder

6. Nader daarover bijvoorbeeld J.B.M. Vranken, *Toeval of beleid?*, *NJB* 2000/1, p. 1 e.v.; de *NJB*-special over dit thema in *NJB* 2000/13, p. 687 e.v.; W. van der Burg, *Dynamisch recht*, Oratie KUB 2001, p. 7, en J.M. Barendrecht, *Door muren kijken. Suggesties voor de hervorming van de civiele cassatierechtspraak*, *NJB* 2002, p. 297 en 299. In het strafrecht lijkt de 'toeval' of beleid'-kwestie minder nijpend, dit in verband met de grote toestroom aan zaken, aldus J. de Hullu, *Rechtsbescherming door beslissen, rechtsontwikkeling door motiveren*, *NJB* 2002, p. 303.
7. Uiteraard kan de wetgever corrigerend optreden, maar dat lijkt geen reële optie (zodat ik daar nu verder aan voorbij ga) omdat de wetgever andere dingen te doen heeft, zie ook Van der Burg, *a.m.*, p. 7, hetgeen eens te meer lijkt te gelden als het om het (toch al niet al te hoog op de agenda staande) privaatrecht gaat, waarvoor ook nog eens (te) weinig mankracht beschikbaar is (zo ook Barendrecht, *t.a.p.*, p. 300).
8. Met alle voordelen van dien, voorafgaande aan eventuele geschillen, in de onderhandelingsfase, zie Barendrecht, *t.a.p.*, p. 297-298.
9. Soms zal een onwelgevallige regel in de praktijk gewoon niet toegepast worden, zodat die praktijk er geen last van heeft en tevens langs die weg de rechtsontwikkeling gestuurd wordt. Het hier gesignaleerde probleem zal dan niet echt van belang zijn, maar de rechtszekerheid lijkt daarmee ook niet speciaal gediend te zijn.
10. Enkele andere mogelijke voorbeelden worden in § 4.1 genoemd.
11. Zie HR 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509 m.nt. GJS.
12. Ik sta daarin overigens niet alleen. Zie recent bijvoorbeeld het krachtige pleidooi van T. Hartlief, *Open normen in het schadevergoedingsrecht: de artikelen 6:98, 99 en 101 BW*, *WPNR* 6472 (2002), p. 11-12. Zie ook G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, 5^e druk, Deventer 1997, p. 139-140, die ervan uit gaat dat het *Amercentrale*-geval onder het nieuwe recht anders (op grond van art. 6:98 BW) beslist zou zijn, en een deel van de literatuur genoemd in *Schadevergoeding* (Boonekamp), Art. 98, Aant. 29.2.
13. Zie bijvoorbeeld T. Hartlief, in J. Spier e.a., *Verhintnissen uit de met en Schadevergoeding*, 2^e druk, Deventer 2000, nr. 220, doch inmiddels (ook) Hartlief, *t.a.p.*, p. 11-12, en R.J.J. van Acht & E. Bauw, *Milieu-privaatrecht*, 2^e druk, Deventer 1996, p. 119-120. *Schadevergoeding* (Boonekamp), Art. 98, Aant. 29.2, laat zien dat de literatuur verdeeld is, en probeert de werking van de regel in te perken, doch de lagere rechtspraak doet dat niet. C.H.W.M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, diss. KUB 1994, p. 272-273, weegt de argumenten zoals gewisseld in de literatuur en volgt dan de Hoge Raad.
14. Zie daarover *Schadevergoeding* (Boonekamp), Art. 98, Aant. 29.2. Dat het geldende recht anders lijkt te zijn, blijkt ook uit een aantal studieboeken waarin de beperkte toerekening bij risico-aansprakelijkheid zonder veel omhaal gevolgd wordt, zie bijvoorbeeld C.C. van Dam, A.J. Verheij (red.), *Privaatrecht als opdracht*, 6^e druk, Nijmegen 2001, p. 488, en J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken Vermogensrecht*, 6^e druk, Deventer 2000, p. 118.

ruim toe te rekenen in de zin van art. 6:98 BW onjuist, omdat de diverse risico-aansprakelijkheden veeleer bedoeld zijn om de vergoeding van schade te vereenvoudigen, hetgeen dan meteen een belangrijke rechtspolitieke overweging tegen de huidige rechtspraak is. Dat geldt eens te meer omdat het bij risico-aansprakelijkheden in het algemeen om zeer beschermenswaardige belangen gaat. Door middel van de creatie van een risico-aansprakelijkheid wordt door de wetgever aangegeven dat (de mogelijkheid van) schadevergoeding op dat punt op zichzelf wenselijk en belangrijk is.¹⁵ Die ratio, samen te vatten als slachtofferbescherming, mag mijns inziens niet beknot worden langs andere weg, bijvoorbeeld langs de weg van een beperkte(re) toerekening naar redelijkheid.¹⁶ En nu er meer en meer risico-aansprakelijkheden zijn ontstaan, is dat probleem alleen maar nijpender geworden.

Bovendien strijdt de genoemde algemene overweging met een ander gezichtspunt bij de causale toerekening, namelijk dat na schending van een verkeers- of veiligheidsnorm juist ruim wordt toegerekend.¹⁷ Veel risico-aansprakelijkheden vergemakkelijken het vestigen van aansprakelijkheid op deelgebieden van het aansprakelijkheidsrecht waarop een gelaedeerde als hij de algemene norm van art. 6:162 BW zou moeten gebruiken, uiteindelijk met verkeers- of veiligheidsnormen zou werken of kunnen werken met als gevolg dat in de causale sfeer een ruime toerekening geïndiceerd zou zijn. Denk hierbij aan de risico-aansprakelijkheid van art. 185 WWV (verkeersongevallen) of van art. 6:185 BW (productaansprakelijkheid). Als iemand in die gevallen de route via art. 6:162 BW benut, stuit deze persoon vrijwel meteen op (al dan niet geschonden) verkeers- of veiligheidsnormen. Zou nu in dat soort gevallen bij het gebruik van de daarvoor toch bedoelde artt. 185 WWV of 6:185 e.v. BW de causale toerekening minder ruim moeten zijn? Ik meen van niet, al was het maar omdat dat in elk geval weinig consistent zou zijn. De interne samenhang in het aansprakelijkheidsrecht zou daarmee niet gediend zijn. De uitkomsten in de rechtspraak ten aanzien van de toerekening bij art. 185 WWV zijn dan ook terecht niet anders dan ruim te noemen.

Uiteraard is daar dan nog de tegenwerping dat veel risico-aansprakelijkheden met name gelden voor (vergoeding van) letselschade en zaakschade, zodat andere posten zoals bijvoorbeeld zuivere vermogensschade niet zonder meer voor vergoeding in aanmerking zouden mogen komen, en zeker niet op ruime schaal. Als dat inderdaad het uitgangspunt is, hetgeen ik graag aanneem, zou die inperking echter niet via de in het *Amercentrale*-arrest geschapen 'nauwer verband', c.q. 'typische gevolgen'-constructie moeten worden opgelost, maar gewoon via de 'aard van de schade' (en de overige factoren) als bedoeld in art. 6:98 BW.¹⁸ Op die manier voorkomen wij de creatie of toepassing van weer een constructie, die dan weer kan of blijkt te botsen met andere constructies of beginselen op een ander vlak, zoals de toerekening bij letselschade na schending van een verkeers- of veiligheidsnorm.

2.3 *Is verandering noodzakelijk?*

Een vraag die nog kan rijzen, is nog of de hier bedoelde regel wel nadelige gevolgen heeft of heeft gehad, en dus of een wijziging van het geldende recht op dit punt wel zo nodig is. De regel uit het *Amercentrale*-arrest is immers nadien (in de rechtspraak in elk geval) niet veel benut.¹⁹ Hoewel dat op zichzelf juist is, laat het echter onverlet dat vele jonge juristen opgegroeid zijn met de *Amercentrale*-leer²⁰, hoewel dat wellicht niet de beste oplossing is, en dat er een gereede kans bestaat dat in de buitengerechtelijke afwikkeling van aansprakelijkheidsclaims rekening zal zijn en worden gehouden met de gevolgen van deze regel. Als wij die twee aspecten voor nu even buiten de discussie laten, zal de vraag gesteld moeten worden of er weleens niet is toegerekend waar dat wel had moeten en of zich een dergelijk geval zou kunnen voordoen? Met ander woorden: is er een voorbeeld denkbaar van schade die geen typisch gevolg is (van een risico-aansprakelijkheid) maar waarbij wel toegerekend zou moeten worden?

Naar mijn mening kunnen dergelijke gevallen zich zeer zeker voordoen. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de gevallen waarin zich een renteneurose ontwikkelt nadat het slachtoffer letselschade heeft opgelopen doordat een televisietoestel ontplofte (een geval van productaansprakelijkheid) of na een verkeersongeval dat onder de regeling van art. 185 WWV valt. Dat zijn gevallen waarin 'normaal' gesproken (zouden wij de route van art. 6:162 BW volgen) de schade nog toerekenbaar is aan de dader, maar waarin de gebeurtenissen naar mijn mening geen 'typisch gevolg' opleveren. Toerekening op basis van risico-aansprakelijkheid leidt dan tot een lagere schadevergoeding, hetgeen niet-consistent en vreemd is. Voeg daarbij dat het uitgangspunt van de Hoge Raad overbodig is omdat de oplossing via de normale toepassing van art. 6:98 BW te bereiken is, en het zal duidelijk zijn dat we het *Amercentrale*-arrest niet meer nodig hebben.

15. Zie bijv. S. Lierman, Het 'voorzorgsbeginsel' en zijn invloed op gezondheidsbescherming en aansprakelijkheid, *RW* 2001/2002, nr. 25, 16 februari 2002, p. 872. Of de recente rechtspraak over (de uitleg van) de diverse risico-aansprakelijkheden ruimhartig is of niet, kan hier in het midden blijven omdat de creatie van de risico-aansprakelijkheid op zichzelf al getuigt van de genoemde wenselijkheid van betere schadevergoedingsmogelijkheden.

16. Zie ook Van Acht & Bauw, *a.w.*, p. 120.

17. Zie bijvoorbeeld *Asser-Hartkamp 4-I*, nr. 434.

18. Vgl. Hartlief, *t.a.p.*, p. 12. Dat de Hoge Raad in 1975 wellicht niet in de door mij bedoelde zin had kunnen beslissen omdat de stand van zaken rondom het causaliteitsleerstuk toen anders lag (het huidige art. 6:98 BW stamt van na het *Amercentrale*-arrest), doet hieraan niet af. Het hier betoogde is immers niet bedoeld als verwijt aan de Hoge Raad, doch enkel een pleidooi voor de mogelijkheid om dit soort 'ongemakken' beter te kunnen oplossen.

19. Zie echter *Schadevergoeding* (Boonekamp), Art. 98, Aant. 29.2, voor een tweetal voorbeelden. Dat deze regel in de rechtspraak niet veel benut is, zegt op zichzelf overigens niet zoveel omdat de verklaring daarvoor vrij makkelijk te geven is. Tot 1992 was een risico-aansprakelijkheid een zeldzaamheid en daarna werden de risico-aansprakelijkheden ook niet veel gebruikt, mede in verband met de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten van 6:197 BW. Inmiddels lijken de risico-aansprakelijkheden in de rechtspraak overigens aan een opmars bezig te zijn.

20. Zie de studieboeken genoemd in noot 14.

3 Een mogelijke oplossing

3.1 Inleiding

Gesteld dat het voorgaande (tot op zekere hoogte) overtuigend is en het inderdaad een vooruitgang zou betekenen om van de in het *Amercentrale*-arrest neergelegde regel af te geraken²¹, dan rijst vervolgens de vraag: hoe doen we dat dan? En die vraag geldt in veel algemenere zin. Wachten op de wetgever of op een nieuwe zaak die bij de hoogste rechter wordt aangebracht, is hierbij geen reële optie, zoals wij al zagen. Wellicht dat dan de rechtswetenschap en/of de rechtspraktijk iets kan of zelfs moet doen.²²

Wij (de wetenschappers, docenten en practici) kunnen bijvoorbeeld vanaf nu de (stilzwijgende) afspraak maken dat wij het betreffende arrest en de regel eruit, zoals in ons voorbeeld het *Amercentrale*-arrest, als het ware zullen 'doodzwijgen', dat wil zeggen: het arrest en de gevolgen ervan expliciet afwijzen en er verder niet meer over spreken, en vervolgens rustig afwachten tot arrest en regel vergeten zijn. Met een jaartje of vijftig à zestig zijn we er dan wel goeddeels mee klaar.²³ Aangezien de moderne juridische databanken echter allemaal het arrest hebben opgenomen, kan deze optie alleen maar doorgevoerd worden als het uit al die databanken verwijderd zou worden. Dat levert echter een gevaarlijke Orwelliaanse geschiedvervalsing op, zodat dit niet echt een reële optie lijkt te zijn.²⁴

3.2 Twee uitgangspunten en vier mogelijkheden binnen de bestaande kaders

Het lijkt onontkoombaar, gezien het voorgaande, om tot een explicietere vorm van 'afschaffing' te komen, een vorm die ten eerste onafhankelijk van de wetgever en ten tweede onafhankelijk van een concreet geval zijn intrede kan doen. Van de wetgever moeten wij het immers niet hebben, terwijl het wachten op een concrete zaak té toevallige rechtsvorming brengt.²⁵

Als wij aan die twee uitgangspunten vasthouden, hetgeen noodzakelijk lijkt te zijn, lijkt daarmee tevens de mogelijkheid om gebruik te maken van het instituut van 'cassatie in het belang der wet' af te vallen. Ook dat instituut is uiteindelijk gebonden aan een individuele zaak en daarmee aan het 'toeval' dat er geprocedeerd wordt. Hoewel in het geval van cassatie in het belang der wet een procespartij niet zelf zijn zaak hoeft door te zetten tot in cassatie (zodat het bezwaar van de tijd en de kosten die met procederen gepaard gaan, minder prominent zal zijn), is een op dergelijke wijze opgestarte cassatieprocedure vooralsnog immers enkel mogelijk als er al door een procespartij in eerste aanleg geprocedeerd is in een individuele geval.²⁶ Ook de mogelijkheid van *herziening* in de zin van art. 382 Nieuw Rv lijkt nog teveel aan een concrete, oudere zaak (waarin men al in een eerder stadium geprocedeerd heeft) verbonden te zijn om hier soelaas te kunnen bieden. Ik zie dan nog af van het gegeven dat naar huidig recht geen der gronden voor herziening toepasbaar zou kunnen zijn. Dezelfde binding aan een concrete zaak, en het daaraan

verbonden nadeel, geldt bovendien voor het eventueel openen van de mogelijkheid voor lagere rechters om *pre-judiciële vragen* te stellen aan de Hoge Raad over de uitleg van het Nederlandse recht. Hoewel in zo'n geval de rechtsvormende vraag beslist wordt door een andere instantie dan de werkelijk geschilbeslechtende vraag, zal ook dan het probleem blijven spelen dat er wel al (toevallig) door iemand een procedure gestart moet zijn.²⁷

Uiteraard zou de Hoge Raad in deze ook zelf meer het voortouw kunnen nemen door bijvoorbeeld in zaken waarin een verwante kwestie speelt de beslissing in een breder perspectief te plaatsen teneinde langs die weg ook een ander twistpunt uit de wereld te helpen. De Hoge Raad zou dus binnen de bestaande kaders *actiever* (in de zin van: door zelf meer initiatief te nemen) de rechtsontwikkeling ter hand kunnen nemen. Voor de zaak zoals die zich in concreto aandiende, zou de overweging aangaande 'het bredere perspectief' dan enkel een *obiter dictum* opleveren, zonder nadelige gevolgen voor de daadwerkelijk procederende partijen, terwijl de rechtsontwikkeling wel erbij gebaat zou zijn. Echter, het in dit artikel gesignaleerde probleem blijft dan bestaan, het wordt alleen ver-

21. Waarbij ik overigens hoop dat de lezer die niet overtuigd is door het voorgaande, ten behoeve van de verdere discussie toch voorlopig daarin mee zou willen gaan.

22. Vgl. Van der Burg, *a.m.*, p. 7, die met name voor de rechtswetenschap een taak ziet weggelegd bij (het sturen van) de rechtsontwikkeling.

23. Dat 'tijd' een belangrijke factor kan zijn bij de manier waarop rechtspraak benaderd of bekeken wordt, laat mijns inziens het arrest van de *Zutphense Juffrouw* (HR 10 juni 1910, *W* 9038) zien. Vrijwel iedereen kent het arrest, maar vaak niet in de eerste plaats vanwege de daarin neergelegde rechtsregel, maar toch veeleer vanwege de onbillijkheid van het uiteindelijk bereikte resultaat. Ook bekend is natuurlijk dat dit arrest juist wel later expliciet verworpen werd in *Landenbaum/Cohen* (HR 31-1-1919, *NJ* 1919, 161). De vraag is echter nog of dat toeval of beleid was...

24. G. Orwell, *Nineteen Eighty-Four*. Wetenschappers en practici zouden misschien ook, meer dan nu geschied, kunnen trachten om het politieke debat over privaatrechtelijke thema's op gang te brengen, bijvoorbeeld via het uitlokken van kamervragen door een kamerlid. Dat zal echter ten hoogste tot incidentele reacties van de zijde van de wetgever leiden, en lijkt dus uiteindelijk ook tekort te schieten.

25. F.M. Köhne, *Coördinatie van rechtspraak*, diss. KUB 2000, p. 105 e.v., heeft gepleit voor rechtsvorming aan de hand van een procedure die een (min of meer) concreet geschil beslecht. Zijn argumentatie is echter niet gericht op de voordelen daarvan, die ik op zichzelf ook deel, maar hij bestrijdt als zodanig niet de mogelijkheid van rechtsvorming zonder een geschil te beslechten (hij gaat daar niet specifiek op in). Dat een bepaalde casus een reden kan vormen voor rechtsvorming en het resultaat ervan toetsbaar maakt (zie p. 107), wil immers niet zeggen dat er buiten zo'n casus helemaal geen rechtsvorming mogelijk zou zijn. En dat de informatievoorziening richting de rechter goed geregeld moet zijn (p. 108), spreekt voor zich, maar kan ook via mijn nog te bespreken methode (§ 3.3) bereikt worden.

26. Een hoger beroep niet meer open staat, zie art. 78 lid 6 RO (art. 96 lid 2 Oud RO). Een tweede nadeel is overigens dat alleen de Procureur-generaal (beslissende) invloed heeft op het al dan niet starten van zo'n procedure, zie Köhne, *a.m.*, p. 126, ook als er op zich voor een bepaalde groepering reden zou zijn om voor 'afschaffing' van een bepaalde uitspraak te pleiten. Zie verder Köhne, *a.m.*, p. 125 e.v., voor meer informatie over deze procedure.

27. Zie nader hierover Köhne, *a.m.*, p. 119 e.v., die in deze spijtsing van de procedure in tweeën een nadeel voor de rechtsvorming ziet (p. 121) omdat de rechter dan minder houvast heeft aan de casus (zie eerder al noot 25). Ten aanzien van het hier besproken probleem is er echter nog teveel houvast aan de concrete zaak.

plaatst. In deze variant is de rechtsontwikkeling immers weer afhankelijk van het evenzeer toevallige feit of zich een procedure aandient in *een verwante zaak* waarin het eigenlijk twistpunt meegenomen kan worden. Zodoende lijkt deze uitweg een (te) weinig structurele oplossing te bieden.²⁸

3.3 Een nieuwe optie: het 'preconflictueel aanpassingsverzoek'

En zo lijkt het erop alsof wij dan toch gelijdelijk aan met iets nieuws zullen moeten komen om het probleem echt bij de kop te kunnen pakken. Een belangrijk kenmerk dat een dergelijke nieuw te ontwikkelen 'methode' in elk geval ook zal moeten hebben, is dat er uiteindelijk een (gelegitimeerde) instantie is die beslist. Het afschaffen van bestaande rechtspraak is immers ook rechtsontwikkeling en daarvoor lijkt (een zekere vorm of mate van) democratische legitimatie een minimaal vereiste te zijn. Omdat het inschakelen van de wetgever geen optie is, en het ten slotte toch om (het afschaffen van) rechtspraak gaat, lijkt de bal dan al snel weer terug te rollen richting de rechtsprekende instanties, en dan met name de hoogste instanties per rechtsgebied. Enkel naar het civiele recht kijkend, is dat dus de Hoge Raad. De Hoge Raad zou dan echter betrokken moeten kunnen worden, gezien het al genoemde tweede uitgangspunt, bij een 'onderwerp' of kwestie los van welke concrete zaak dan ook.

In dat kader zou ik me kunnen voorstellen dat de mogelijkheid wordt geopend om de Hoge Raad, bijvoorbeeld via een verzoekschrift, de vraag voor te leggen of 'het oude arrest' niet afgedaan heeft en daarom aangepast of afgeschaft zou moeten worden. Het gaat dan dus om een soort van prejudiciële vraag, maar dan niet voorafgaand of verbonden aan een procedure. De mogelijkheid tot zo'n 'preconflictueel aanpassingsverzoek' zou open moeten staan voor belanghebbenden bij (de gevolgen van) het arrest, in het hier als voorbeeld gebruikte geval bijvoorbeeld de aansprakelijkheidverzekeraars en de belangenbehartigers aan de zijde van de slachtoffers, maar wellicht ook voor meer neutrale partijen, zoals bepaalde maatschappelijke organisaties (bijvoorbeeld de ANWB) en misschien zelfs wetenschappers (zie echter hierna) die menen dat er gegronde redenen zijn aan te voeren om actie te ondernemen.

Uiteraard zal een en ander nog de nodige uitwerking vergen. Vragen met betrekking tot de positie van voornoemde belangenbehartigers (moeten zij hun belang expliciteren? hoe dan?) zullen rijzen. Net als vragen over de precieze rechtsgevolgen van de beslissing op zo'n verzoek, inclusief de eventuele terugwerkende kracht van de 'nieuwe' regel²⁹ (in beginsel wel, maar dan zonder gevolgen voor de rechtspositie van de oorspronkelijke partijen), de positie van de door de oude regel 'benadeelden' (geen bijzondere positie) en de verdere inbedding in ons bestel.

In verband daarmee zal ook expliciet gevraagd moeten worden of de taak van de rechter binnen dat huidige bestel zich niet hiertegen verzet. Mijs inziens is dat overigens

niet het geval. Rechtsvorming is ook nu al een zeer belangrijke en algemeen erkende taak van de (civiele) rechter.³⁰ Mijs inziens is die taak zo belangrijk dat de verdere aansturing en ontwikkeling van het proces van (en komen tot) rechtsvorming niet op een (opeens wel) beperkte taakopvatting ten aanzien van diezelfde rechter zou mogen vastlopen. Wie 'A' zegt en de rechter rechtsvormend laat optreden, hetgeen in Nederland al lang geleden gebeurd is, moet ook 'B' zeggen en indien nodig dat proces van rechtsvorming beter aansturen en verder (laten) ontwikkelen. Het preconflictueel aanpassingsverzoek is één mogelijk middel daartoe.³¹

Dat er nog vele vragen te beantwoorden zijn, laat echter onverlet dat het mijs inziens in elk geval wenselijk zou zijn om ten principale de voorkeur ervoor uit te spreken om 'iets' te doen om het terugdraaien van onjuiste oudere rechtspraak te bevorderen en uit de sfeer van de 'toevallige samenloop van omstandigheden' te halen, want dergelijke vormen van samenloop zijn vaak niet alleen toevallig, maar ook nogal 'ongelukkig' en daar is niemand bij gebaat, zeker de verdere rechtsontwikkeling niet.

4 Toepassingsfrequentie en haalbaarheid van het 'preconflictueel aanpassingsverzoek'

4.1 Toepassingsfrequentie zou wel eens laag kunnen blijven...

Zal het 'afschaffen' van oude rechtspraak en dus dit nieuwe instrument vaak nodig zijn? Dat zal uiteraard van diverse omstandigheden zoals met name ook het betreffende rechtsgebied afhangen. Waar meer geprocedeerd wordt, is het preconflictueel aanpassingsverzoek waarschijnlijk minder vaak nodig omdat zich meer zaken aandienen die gebruikt kunnen worden om 'verouderde' rechtspraak bij te sturen. Op zichzelf zou betoogd kunnen worden dat de inzet van het preconflictueel aanpassingsverzoek waarschijnlijk niet heel vaak nodig zal zijn. De bestaande wet- en regelgeving zal immers gewoon langs de weg van de wetgever aangepast moeten worden, terwijl voor lopende procedures met eventueel onwelgevallige uitkomsten voor de rechtsontwikkeling de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie open staat, en voor zover dat

28. Dat deze laatste mogelijkheid daarnaast nog 'derden' laat meelitten met de inspanningen die een ander zich getrooste, is wellicht niet heel fraai, maar wel van minder belang omdat dat aspect vanwege het belang van de rechtsontwikkeling nog wel verdedigd zou kunnen worden.

29. Het 'afschaffen' van de oude regel, levert in elk geval in zoverre weer een 'nieuwe' regel op dat in elk geval de oude regel niet meer geldt.

30. Zie bij wijze van voorbeeld slechts Vranken, *l.c.p.*, p. 1, die daarbij nog wijst op (het toenmalige) art. 101a RO (nu art. 81 RO), waarin die rechtsvormende taak erkend wordt door de wetgever.

31. Dat de wetgever wellicht ook iets zou kunnen of moeten doen, en door de introductie van dit 'aangepassingsverzoek' misschien zelfs wel de onmacht van de wetgever (zie hiervoor noot 7) op de rechter wordt afgevoerd, met als gevolg dat via deze uitgebreidere taak voor de rechter wellicht tevens de machtsbalans tussen wetgever en rechter wordt veranderd, doet daaraan niet af. De wetgever heeft zijn kansen gehad, wij kunnen niet blijven wachten.

niet ingesteld wordt, het instituut van cassatie in het belang der wet nog als vangnet dient.

Dat de mate van inzet wellicht beperkt zal zijn, betekent overigens niet, ik benadruk dat, dat wij het er maar bij moeten of kunnen laten zitten, want andere voorbeelden van (wellicht) achterhaalde uitspraken zijn op zichzelf vrij eenvoudig te noemen. Voor het terrein van het aansprakelijkheidsrecht noem ik, zonder overigens op deze plaats over de wenselijkheid van de aanpassing/afschaffing van deze arresten een definitieve uitspraak te doen, de volgende gevallen. Ten eerste het *Vader Versluis*-arrest³², omdat immers de bescherming van de meer geestelijke aspecten van de persoonlijkheid sindsdien veel meer op de voorgrond zijn komen te staan.³³ Ten tweede het *Meppelse Ree*-arrest³⁴, omdat naar huidig recht die zaak onder de toerekening naar verkeersopvattingen van art. 6:162 lid 3 BW zou zijn geschaard en de redenering dat er schuld zou zijn geweest, alleen maar verwarring sticht, in elk geval in het onderwijs. Een derde voorbeeld zou het *Natronloog*-arrest³⁵ kunnen zijn, dat immers alleen maar tot eindeloze discussies heeft geleid, (daardoor) de praktijk niet van dienst is geweest, en de rechtsontwikkeling verder alleen maar lijkt te hebben tegengewerkt.

De noodzaak tot creatie van een instrument zoals hiervoor geschetst, zie ik derhalve nog steeds, en wel omdat datgene dat later als ongunstige rechtsontwikkeling te bestempelen valt, ten tijde van de lopende procedure waarin die ontwikkeling gestalte kreeg, nog niet als zodanig te boek zal staan, zodat hoger beroep en cassatie op het moment dat het nodig is in een dergelijk geval niet meer mogelijk zijn. Bovendien is de rechtsontwikkeling te belangrijk om deze 'in de wacht' te kunnen zetten, hopen op die toevalstreffer van een nieuwe zaak over een al eerder beslist geschilpunt en een eiser of gedaagde die de moed én de financiën heeft om erover door te procederen, met alle onzekerheden van dien.

4.2 ...maar zou ook hoger kunnen liggen dan gedacht...

Aan de ander kant mag echter niet eraan voorbij gegaan worden dat het preconflictueel aanpassingsverzoek ook weleens benut zou kunnen worden, althans ingeroepen zou kunnen worden, in gevallen waarin dat eigenlijk niet zinvol zou zijn. Zeker de 'repeat-players', binnen het hier besproken aansprakelijkheidsrecht zijn dat met name de verzekeraars, zullen het instrument wellicht op een meer dan geregelde basis trachten te benutten omdat duidelijkheid omtrent de stand van zaken van het recht voor hen een groot (lees: kostenbesparend) goed is, althans dat zou kunnen zijn.³⁶ Dat zou kunnen betekenen dat bijvoorbeeld die verzekeraars bij wijze van spreken over elke rechtsvraag die naar hun mening niet volledig (helder) beantwoord is, de Hoge Raad zouden kunnen gaan bestoken met verzoekschriften teneinde een aanpassing of op zijn minst een verduidelijking te bewerkstelligen.³⁷ Daarnaast is nog denkbaar dat anderen, zoals bijvoorbeeld

de zojuist al genoemde wetenschapper (die in dit kader misschien ook wel een 'repeat-player' genoemd zou kunnen worden), uit intellectuele interesse een uitspraak van de Hoge Raad zou willen zien. Er bestaat dus zeker ook een kans, ik ben de eerste om dat te erkennen, dat het preconflictueel aanpassingsverzoek meer gebruikt zal gaan worden dan oorspronkelijk bedacht en bedoeld was.

4.3 ...zodat de toepasbaarheid en haalbaarheid gewaarborgd moet worden

Een al te ruimhartig gebruik van het aanpassingsverzoek kan uiteindelijk echter niet de bedoeling zijn, althans voorlopig niet. De Hoge Raad zou de extra werklast dan waarschijnlijk niet aankunnen, in elk geval niet op dit moment.³⁸ En dus is het misschien wel nodig om toch enige drempels op te werpen om de toepasbaarheid en haalbaarheid van het preconflictueel aanpassingsverzoek niet bij voorbaat op losse schroeven te zetten.³⁹

Zo zullen ten eerste de vereisten voor het indienen van een verzoek nader bepaald kunnen worden. De indiener zal een belang moeten hebben bij een beslissing, zo schreef ik al. Dat vereiste van 'voldoende belang' zou nader bepaald (ingeperkt) kunnen worden door bijvoorbeeld te eisen dat er naast een persoonlijk belang voor de indiener ook een zeker maatschappelijk en praktisch belang met het verzoek gemoeid moet zijn, hetgeen de

32. HR 2-11-1979, *NJ* 1980, 77 m.nt. GJS (Vader Versluis).

33. Vgl. ook de uitgebreidere beschermende werking van verkeersnormen zoals aanvaard in HR 22-2-2002, *Rv/W* 2002, 48 (Kindertaxi).

34. HR 11-11-1983, *NJ* 1984, 331 (Meppelse Ree).

35. HR 8-1-1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog). Men kan er overigens nog over discussiëren of dit arrest niet 'overruled' is door het *Taxustruk*-arrest (HR 22-4-1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB), en zo ja, waarom de Hoge Raad dat dan niet gezegd heeft. Ook dit soort discussies zouden via een 'preconflictueel aanpassingsverzoek' kortgesloten kunnen worden, zodat de aandacht daarna weer gericht kan worden op andere zaken.

36. Hoewel betoogd zou kunnen worden dat onduidelijkheid over het recht bij onderhandelingen kan helpen om een beter resultaat te bereiken (meer onzekerheid maakt de marges waarbinnen onderhandeld wordt groter, zodat de te behalen 'winst' groter kan zijn), denk ik (vgl. ook noot 8) dat de totaal te behalen winst groter is indien onderhandeld kan worden op basis van duidelijke regels omdat dan in vele dossiers zeer veel tijd en geld bespaard wordt.

37. Dat geldt te meer nu de proceskosten van dit 'aanpassingsverzoek', die uiteraard voor eigen rekening van de verzoeker zijn, lager zullen zijn dan de kosten van een 'gewone' procedure.

38. Het 'werklast'-argument als argument tegen het invoeren van bepaalde 'vernieuwingen', vind ik overigens over het algemeen niet echt sterk. Ik zie bijvoorbeeld niet goed in welk overwegend bezwaar er zou bestaan tegen het uitbreiden van de Hoge Raad met nog een extra civiele kamer of een aantal extra raadsberden. Dat de *rechtseenheid* door zo'n uitbreiding in gevaar zou komen, vgl. De Hullu, *i.a.p.*, p. 302, zie ik niet direct. Op dit moment zijn de kamers van de Hoge Raad immers ook steeds verschillend van samenstelling, ook als het over een terugkerend onderwerp gaat, zodat ook nu de interne eenheid (want daarover gaat het dan) makkelijk verstoord zou kunnen raken, hetgeen vooralsnog niet het geval lijkt te zijn. Wellicht is de angst daarvoor bij uitbreiding dan ook, in elk geval op het eerste gezicht, wat overdreven.

39. Ik zou daarbij geen voorstander zijn van extra financiële drempels, omdat het op dit moment dergelijke financiële drempels zijn die veel rechtsontwikkeling verhinderen. Ik zou eerder voor een zekere vorm van subsidiering pleiten voor procespartijen die de rechtsontwikkeling sturen, vgl. Kohne, *i.m.*, p. 129.

verzoeker, bijvoorbeeld een belangengroepering, dan vervolgens stevig zal moeten onderbouwen. Zo zou een verzekeraar bijvoorbeeld wel een discussie kunnen starten over de vergoedbaarheid van een bepaalde schadepost die in vele schadegevallen speelt en die van grote invloed is op de verzekeringspremie, maar niet over een beperkte schadepost die zeldzaam is. En zo zal ook de roep van de meermalen genoemde wetenschapper om nadere uitleg omtrent de precieze betekenis van bijvoorbeeld het *Natronloog*-arrest⁴⁰ teneinde zijn intellectuele nieuwsgierigheid te bevredigen, onvoldoende zijn om ontvankelijk te kunnen zijn.

Een tweede suggestie, in navolging van De Hullu⁴¹, zou kunnen zijn om de verzoeken die de hiervoor genoemde drempel genomen hebben, in bepaalde gevallen verkort, zonder nadere motivering of slechts verkort gemotiveerd, af te doen (analoog aan wat nu in art. 81 RO is neergelegd). Daarbij zou dan bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan die gevallen waarin de Hoge Raad meent aan zijn eerdere rechtspraak te moeten vasthouden. Een 'echte' uitspraak zou dan alleen volgen als het oude arrest inderdaad 'afgeschaft' wordt. Wellicht zou het OM hierin nog een rol kunnen spelen door een eerste selectie van de verzoeken te verzorgen. En als dat allemaal niet helpt, zou ten slotte nog aan een (variant van een) verlofstelsel gedacht kunnen worden voor deze preconflictuele aanpassingsverzoeken.⁴²

5 Afronding

Het is meer gezegd, en ik herhaal het nog maar eens. Het wordt tijd om serieus na te gaan denken over (en ook eindelijk daadwerkelijk iets te gaan doen aan) dit naar mijn mening grote probleem bij de rechtsontwikkeling. De nu bestaande feitelijke onmogelijkheid om beleid te voeren

ten aanzien van die rechtsontwikkeling omdat 'we' steeds afhankelijk zijn van wat de Hoge Raad bij toeval voorgeschoteld krijgt, vergt dat er een structurele oplossing komt. Niet alleen om oude rechtspraak voorgoed uit de boeken te kunnen schrijven, zoals ik betoogd heb, maar wellicht ook om nieuwe regels toe te kunnen voegen aan het bestaande arsenaal zonder eindeloos op een kans daartoe te hoeven wachten.⁴³ En of dat dan gebeurd door middel van een preconflictueel aanpassingsverzoek of op een andere manier, maakt mij niets uit; het aanpassingsverzoek dient slechts als een voorbeeld van iets dat wellicht mogelijk zou zijn. Veel belangrijker is dat er iets gebeurd. Het wordt tijd dat het middenveld en de verdediging van de FC Rechtsontwikkeling de gaten tussen de linies, en met name naar de aanval toe, verkleind en verder naar voren gaat spelen, zodat zijn spitsen meer kansen krijgen om te scoren. Wellicht dat de zonet verstuurde lange pass van achteruit door een centrale middenvelder (de wetgever?) op maat voor het doel geslingerd kan worden. Dan wil de centrumspits (de Hoge Raad?) vast wel de intikker voor zijn rekening nemen....

40. HR 8-1-1982, N/7 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog)

41. Zie De Hullu, *i.a.p.*, p. 303.

42. Ik ga hier niet verder in op de voor- en nadelen in algemene zin van een verlofstelsel, zie recentelijk daarover Barendrecht, *i.a.p.*, p. 299. en De Hullu, *i.a.p.*, p. 303.

43. Een voorbeeld zou kunnen zijn dat de Hoge Raad nu al, voordat er over pakweg 7 jaar een daadwerkelijk geschil in cassatie rijp is voor een beslissing, een uitspraak doet over de invulling van de nieuwe substantiëringplicht uit het nieuwe procesrecht (art. 111 lid 3 Nieuw Rv).