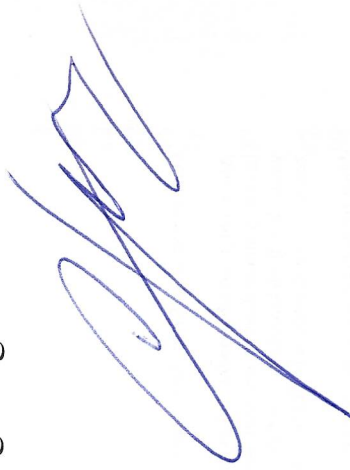


Verslag van de op 8 juni 2007 te
Haarlem gehouden algemene
vergadering over:

Alternatieve regelgeving



Reactie prof. dr. W.J. Witteveen

Dat is een heel andere visie. Ik denk dat wij het niet met elkaar eens zijn. Wat betreft die analogie tussen Financiën en Justitie: het is natuurlijk zeker waar dat geld meer hebzucht en projecten oproept dan wetgevingskwaliteit, maar de behoefte om regels te maken is toch op alle departementen heel sterk aanwezig, als machtsgreep op de sector. Als geld het medium is waar je je op richt, waarom zouden regels dan ook niet als een medium kunnen worden beschouwd? Er zal zeker verzet komen wanneer de Minister van Justitie over meer bevoegdheden beschikt. Dat zal na een tijdje wegebden in nieuwe onderhandelingsverhoudingen met een sterkere positie voor justitie. Dat is ook wat bij Financiën gebeurt is. Bij Financiën is het natuurlijk ook zo dat andere departementen het niet leuk vinden als de Minister van Financiën zich bemoeit met hun uitgaven maar dat accepteren ze als de basisvoorwaarden, waarna ze gaan onderhandelen en er dan soms ook heel goed in slagen om het een en ander binnen te halen. Dus er is ook weer ruimte voor het gewone bestuurlijke spel als de structuur veranderd is.

Vraagpunt 3

Is het wenselijk de Wet op de rechterlijke organisatie of het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering aan te passen teneinde de rechterlijke organisatie (op het niveau van de Raad voor de Rechtspraak of op het niveau van de individuele gerechten) meer en duidelijker bevoegdheden te geven om rechterregelingen op te stellen en te implementeren?

Prof. mr. I. Giesen

Moeten we voortgaan op het pad dat de rechters in Nederland vooraf gezamenlijk regelingen maken die voor veelvoorkomende procedures bij voorbaat enige dingen helder maken en regelen? Dat is de vraag die Vraagpunt 3 in wezen stelt. Denk bijvoorbeeld aan de wijze waarop er met wrakingverzoeken wordt omgegaan. Willen we dat, dan is het wellicht handig om de wettelijk basis ervoor, naast het huidige halfslachtige art. 35 Rv, te verstevigen. Aldus luidt dit vraagpunt:

Is het wenselijk de Wet RO of Rv aan te passen teneinde de rechterlijke organisatie (op het niveau van de Raad voor de Rechtspraak of van de individuele gerechten) meer en duidelijker bevoegdheden te geven om rechterregelingen op te stellen en te implementeren? (Bevestigend: Giesen, dit preadvies, § 3.4 in combinatie met § 4.5)

Dit vraagpunt zou niet nodig zijn geweest als ik niet voor rechterregelingen zou zijn, en dat ben ik dan ook. Ik meen dat deze regelingen een nuttige functie te vervullen hebben en dus is het bestaan ervan als wenselijk te duiden.

Laat ik dat nader toelichten. Ten eerste: rechterregelingen voorkomen dat onze 19 rechtbanken elk het wiel opnieuw gaan uitvinden, ze verhogen dus de efficiency, iets waar de rechterlijke macht, althans de bazen ervan, van zouden moeten smullen. De rechters zelf ook, want dat laat meer tijd voor andere dingen zoals, ik noem maar een zijstraat, rechtspreken. Er is dus ook een behoefte waarin voorzien wordt.

Daarbij aansluitend: het landelijk overleg waarin regelingen tot stand komen, al dan niet in samenspraak met de Raad voor de Rechtspraak, weet meer dan een enkele rechtbank, de resultaten zullen dus beter (en rechtvaardiger) zijn, zo mag verwacht worden, als de dingen op algemener niveau geregeld worden.

Ten derde wijs ik nog erop dat ik in mijn preadvies (p. 113 en 114) al de waarde van waarden als rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en consistentie noemde.

Is er dan wellicht nog iets fundamenteels tegen rechterregelingen in te brengen zodat we alsnog niet deze kant op zouden moeten?

Verlies van onafhankelijkheid wordt vaak genoemd in deze. Mijn vraag daarbij is eigenlijk: hoezo verlies aan onafhankelijkheid? Is dat een issue? De rechter past, in al zijn onafhankelijkheid, de normen zoals opgenomen in de rechterregeling toe, in feite net zoals hij normaal gesproken ook de wet toepast. Als alternatieve regelgeving bindend is, en dat is vaak zo, is de situatie voor de rechter dus in wezen gelijk aan die waarin die rechter de wet toepast en toepassen moet. En in die gevallen klaagt niemand erover dat de rechter bij voorbaat gebonden zou zijn (aan het recht en de feiten) en dus niet meer vrij zou zijn in zijn oordeel. En zo vraag ik me af: waarom speelt die vrees nu wel opeens? Het enige dat anders is, is dat het recht waaraan de rechter gebonden is uit een andere bron stamt. Met onafhankelijkheid heeft dat echter weinig van doen. Net zomin als bij het toepassen van de wet, is er sprake van invloed of sturing van anderen bij de beslissing.

Daarbij aanhakend kan ook niet gezegd worden dat er geen oordeel in een individueel geschil volgt. Er ligt namelijk wel een concreet geschil voor, en dat blijft zo, want de rechter past de rechterregeling immers steeds toe in dat concrete geschil, of hij besluit, en dat kan, om gemotiveerd ervan af te wijken, net zoals hij ook de wet toepast en daar soms gemotiveerd van afwijkt.

Dat laatste punt leidt dan tot de gedachte dat er hier wellicht een gebrek is aan democratische legitimatie door middel van een gelegitimeerde procedure. Ik zou menen dat het nog te bespreken Periodiek Overleg van Rechtsvormers of de inmiddels door de regering aangekondigde en nog in

te stellen Raad voor het Burgerlijk Procesrecht (BPR-raad) hierin kan voorzien. Dat probleem, als het al ervaren wordt, is dus oplosbaar, al is daarvoor wel een wetswijziging nodig.

Kortom: er is mijns inziens alle reden de rechtshandelingen meer te gebruiken in de strijd om efficiency bij de rechterlijke macht, en dus om die figuur nader te verankeren in de wet. Doen we dat, dan hoeven we die efficiency niet elders te winnen, zoals bij de tijd die er staat voor het schrijven van een vonnis.

Referent **mw. mr. dr. K. Teuben**

Voorzitter, dames en heren,

Het preadvies van Giesen over alternatieve regelgeving in het privaatrecht snijdt twee zeer interessante vragen aan. In de eerste plaats is dat de vraag naar de rechtskracht (ofwel bindende werking) van alternatieve regelgeving. Vervolgens is de vraag wat de bijdrage is van alternatieve regelgeving aan de rechtsvorming in het privaatrecht.

Die vragen worden in het preadvies uitgewerkt aan de hand van twee praktijkvoorbeelden. Eén daarvan is – en dat doet mij uiteraard genoegen – de rechtshandeling. Bekende voorbeelden van rechtshandelingen zijn met name te vinden op het gebied van het procesrecht – denk aan de verschillende (al dan niet landelijke) rolreglementen en procesregelingen die alle gerechten tegenwoordig hebben. Maar niet alleen daar: op het gebied van het materiële recht kennen wij bijvoorbeeld al geruime tijd de kantonrechtshandelingen en de Trema-alimentatienormen.

Bij lezing van het preadvies rees bij mij in de eerste plaats de vraag of rechtshandelingen wel exemplarisch zijn voor de verschillende vormen van alternatieve regelgeving in het privaatrecht. Zij lijken mij op een aantal punten toch een wat vreemde eend in de bijt. Naar ik meen heeft Giesen deze vraag zelf ook onderkend (voetnoot 75), waar hij opmerkt dat rechtshandelingen geen zelfregulering bedrijven omdat zij het staatsorgaan ‘de rechterlijke macht’ reguleren. Inderdaad: rechtshandelingen stellen, ‘reguleren’ in feite de rechtshandelaar. Dat betekent dat het ‘rechterlijk kader’ waarbinnen de alternatieve regelgeving volgens de definitie van Giesen zou moeten plaatsvinden, samenvalt met de steller van de regels. Bovendien is van belang dat de binding aan rechtshandelingen – zoals Giesen terecht signaleert – niet alleen ziet op de betrokken rechtshandelaar maar ook op derden: rechtshandelingen reguleren in feite ook (en misschien wel vooral) de rechtspositie van partijen/justitiabelen. Ik kom hier later nog op terug.

Mij is gevraagd een reactie te geven op het derde vraagpunt: is het wenselijk de Wet RO of Rv aan te passen teneinde de rechterlijke organisatie, op het niveau van de Raad voor de Rechtspraak of het niveau van de individuele gerechten meer en duidelijker bevoegdheden te geven om rechtshandelingen op te stellen en te implementeren?

Bij dit vraagpunt gaat het naar mijn mening niet zozeer om de vraag of er een (duidelijker) wettelijke bevoegdheid voor het vaststellen van rechtshandelingen dient te komen – dat lijkt mij namelijk zonder meer zinvol en wenselijk – maar gaat het met name om de vraag hoe ver die bevoegdheid dan zou moeten reiken. Zou die bevoegdheid algemeen moeten zijn, of juist alleen moeten gelden voor bepaalde, in de wet wellicht specifiek aan te wijzen onderwerpen? Die vraag zou ik aan u en aan de preadviseur willen voorleggen aan de hand van een voorbeeld uit de praktijk: de aandelenleasezaken.

Zoals bekend zijn er naar aanleiding van de ‘aandelenlease-affaire’ vele duizenden rechtzaken bij de Nederlandse gerechten aanhangig gemaakt. In die zaken spelen grotendeels dezelfde rechtshandelingen: is aandelenlease een vorm van huurkoop of koop op afbetaling, is art. 1:88 BW van toepassing op een aandelenleasecontract, wat voor zorgplicht heeft de bank bij het verkopen van een aandelenleasecontract enzovoorts. Evident lijkt dus dat zich hier de situatie voordoet die Giesen op p. 115 van het preadvies beschrijft: hier bestaat een grote behoefte aan een uniforme en consistente regeling, zonder dat daarvoor jarenlang tot aan de Hoge Raad geprocedeerd zou moeten worden. Zou de rechter in het geval van de aandelenleasezaken dus zonder meer de bevoegdheid moeten hebben – of moeten krijgen – om voor deze gevallen een rechtshandeling te ontwerpen?

De rechtbank Amsterdam – waar een zeer groot deel van de aandelenleasezaken speelt – heeft inmiddels voor een andere oplossing gekozen. In drie (grotendeels gelijklopende) uitspraken van 27 april 2007 (LJN BA3916, BA3914 en BA3920) gaat de rechtbank ‘in meer algemene zin in op een veelheid van vragen van juridische aard die in effectenleasezaken aan de orde (kunnen) komen’, aldus het persbericht op www.rechtspraak.nl. De rechtbank beantwoordt in de drie uitspraken onder meer de vraag of aandelenlease een vorm van huurkoop is (ja), of art. 1:88 van toepassing is (ja), en wat de zorgplicht van de bank in dit soort gevallen mee brengt (op niet mis te verstane wijze waarschuwen voor de risico's van beleggen in aandelen met geleend geld). Daarnaast presenteert de rechtbank een categorie-indeling voor de verdeling van de schade in het geval sprake is van schending van de zorgplicht: de betrokken beleggers worden onderverdeeld in vier categorieën, met aan het ene uiterste contractanten zonder beleggingservaring en zonder noemenswaardig vermogen en aan

aan. Aan haar multiple choice-vraag over legioleaze zou ik alleen de Duisenberg-regeling willen toevoegen.

3 Ten slotte wil ik een stemadvies geven met betrekking tot de vraagpunten. Dat stemadvies is om alle vraagpunten in ontkennde zin te beantwoorden ('de tegenpartij'). Voor het eerste vraagpunt is het al te laat. Ik heb tegengestemd, niet omdat de ideeën van Witteveen dat de wetgever eerst (honderd dagen?) naar de burger moet luisteren slecht zijn, maar vanwege het verplichtend karakter ('dient pas'). Meer en meer komt onze wetgeving immers uit Brussel en dan is er simpelweg geen tijd voor deze exercitie.

Ook voor vraagpunt twee is een stemadvies niet meer nodig: dat is terecht in ontkennde zin beantwoord. Wederom kunnen we het met preadviseur Witteveen geheel eens zijn dat het een legislatieve crime is als aangenomen amendementen qua stijl en terminologie niet bij de betrokken wet aansluiten. Eén Commissie voor de wetgeving zal hier weinig aan kunnen veranderen. Veel beter is het om daartoe per wetsvoorstel één ambtenaar, bijzonder griffier of regeringscommissaris aan te wijzen. De technisch perfecte wijze waarop de amendementen op het nieuwe Burgerlijk Wetboek indertijd vorm kregen – het toenmalige kamerlid B. de Gaaij Fortman, hier aanwezig, zal het zich herinneren – was aan deze werkwijze te danken.

Op een periodiek overleg van alternatieve rechtsvormers, zoals voorgesteld in vraagpunt 4, is niets aan te merken. Maar waarom hiertoe verplichten? Als het nuttig is, zullen betrokkenen heus wel reageren op een oproep uit het veld. Laat de informele regelgevers maar hun eigen gang gaan. Zodra er een overheidssaus over wordt gegoten, dreigt het mis te gaan, zoals de ontwikkeling van de standaardregeling van artikel 6:214 BW illustreert. Dat deze na vijftien jaar nog steeds in de kinderschoenen staat, blijkt uit het feit dat het tot op heden bij de aankondiging van een mogelijke (standaard)regeling voor de kinderopvang is gebleven. Over het vijfde en zesde vraagpunt zullen we aanstonds nog een toelichting krijgen, maar ik neig tot ontkennde beantwoording.

Ook het zevende vraag zou ik in ontkennde zin beantwoorden. Aanwijzingen voor alternatieve regelgeving zijn een goede gedachte, maar niet op centraal niveau. Op sectoraal niveau zijn er al diverse aanvijzingen. Ik wijs op het Protocol overleg algemene voorwaarden en de Handleiding voor algemene voorwaarden die in het kader van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg van de SER zijn opgesteld. Het gaat daarbij precies zoals Giesen het heeft beschreven. Eerst was er aandacht voor de procedurele aspecten: geen persberichten, een neutrale onderhandelingslocatie, een onafhankelijke voorzitter, afspraken over evaluatie, een nakomingsgarantie en het al dan niet meedoen van derden. Pas daarna werden regels voor de

inhoud van de tot stand te komen algemene voorwaarden opgesteld. Het overleg heeft tot dusver in tweezijdige algemene voorwaarden voor 37 branches geresulteerd. Zo zijn er andere gebieden waar eveneens eigen aanvijzingen voor de regelgeving tot stand zijn gebracht. Eén koepelaanwijzing is dan ook overbodig.

Ten slotte vraagpunt 8. Ook daarbij zou ik – het wordt eentonig – ontkennde beantwoording adviseren. Laat de overheid alternatieve regulering desgewenst begeleiden door financiële steun en door het stellen van kwalitatieve eisen. Maar laat deze regulering verder aan het veld, waar zij is ontstaan.

Reactie prof. mr. I. Giesen

Dank u wel Voorzitter. De beperking tot vraagpunt 3 is in die zin lastig dat mw. Teuben in wezen mijn hele preadvies in haar vraag verweven heeft, dus ik zal de neiging hebben tot uitwijdingen links en rechts. Ik zal trachten die tot een minimum te beperken en mij op de vraagstelling te concentreren. Mw. Teuben noemde al haar eigen profeschrift. Ik moet eerlijk bekennen dat dat profeschrift, dat ik een heel mooi profeschrift vind, één van de redenen was om de rechtsregelingen als voorbeeld te kiezen voor het preadvies. Daaraan gekoppeld is de eerste vraag van mevrouw Teuben, en die komt ook terug bij de heer Hondius dus die neem ik dan meteen mee, in hoeverre een rechtsregeling exemplarisch is voor alternatieve regelgeving. Het antwoord daarop luidt 'nee, dat is het niet'. Maar om eerlijk te zijn: van alle voorbeelden van alternatieve regelgeving die ik gezien heb in het laatste jaar, en ik kan u beloven dat zijn er nogal wat, is er geen enkele te benoemen die exemplarisch is. Ik ben het onderzoek gestart vanuit de gedachte 'ik ga drie, vier, vijf prototypen van alternatieve regelgeving in het privaatrecht ontwikkelen'. Mijn collega's aan het Molengraaf Instituut kunnen zich wellicht herinneren een lunchbijeenkomst in september 2006 jaar waarin ik gedachten daarover heb geuit. Ik moest toen al toegeven dat mijn insteek lastig ging worden en niet veel nadien heb ik moeten toegeven dat dat niet ging lukken. Exemplarische voorbeelden bestaan niet, er bestaan duizenden vormen van alternatieve regelgeving en allemaal zijn ze net iets anders. Daarom heb ik besloten om vertrekkend vanuit twee voorbeelden te proberen algemene gedachten te formuleren.

Ik heb daarbij ten eerste voor de rechtsregeling gekozen omdat op dat vlak enige literatuur beschikbaar was, ook naast het profeschrift van mw. Teuben, zodat er ook nog iets was om op voort te bouwen. Ik sta graag op de schoulers van mijn voorganger. Ik realiseerde mij daarbij dat rechtshandelingen misschien door velen niet als zelfregulering gezien zouden worden, vandaar ook dat ik mijn definitie van alternatieve regelgeving net iets breder gemaakt heb, zodat de rechtshandelingen er wel onder vallen.

Uiteraard is het zo dat hier de rechterlijke macht de rechterlijke macht reguleert, maar dat is wat mij betreft geen enkel probleem. Ik zou menen dat ook de rechters in Nederland als een maatschappelijke groep gezien kunnen worden. De rechterlijke macht is immers een groep en wordt ook als zodanig beschouwd, zodat die ook zichzelf kan reguleren. Dat kunnen ze dan doen via rechtserregelingen.

Vervolgens constateert Teuben dat zij het op zichzelf eens is met de gedachte om de wet te wijzigen. Dat gaat de goede kant op, maar dan is de vraag: hoe ver gaat dat dan? Voor welke gevallen zou je dat moeten doen? Zou je je moeten beperken tot het benoemen van een aantal gevallen in die wet? Ik zou zeggen: laten we dat niet doen, omdat alternatieve regelgeving zo breed is en op zoveel terreinen zou kunnen spelen dat het waarschijnlijk niet handig is om van te voren dicht te timmeren wat er dan wel en niet geregeld zou kunnen worden. Daarmee, en dan schakel ik weer terug naar Hondius, voorkomen we ook meteen het gevaar dat er a contrario redeneringen gaan ontstaan. Ik zou zeggen: laten we met algemene bevoegdheden werken.

En een ander wordt dan toegespitst op de AandelenLease of Dexia-zaak. Toen u de naam noemde dacht ik meteen aan de rechtbank Amsterdam. Wat er daar gebeurd is, is dat de rechter in een aantal vonnissen een oordeel geeft over een kwestie waarvan ik persoonlijk vind dat een andere instantie dat hadden moeten doen. Ik kom daar zo op terug. Zou het mogelijk zijn geweest om de regeling die daar in die vonnissen ligt in een rechtserregeling te zetten? Ik zou zeggen ja, dat was mogelijk geweest. Ik vind ook dat dat in dit geval oneigenlijk zou zijn geweest, maar dat hangt samen met de meerkeuzevragen die u mij stelt, dus daar kom ik zo meteen op terug. Ik denk dus wel dat het mogelijk zou zijn geweest en daaraan zou niet afdoen het gebrek aan hoor en wederhoor dat u signaleert, omdat ik denk dat het onverstandig zou zijn om niet ook de betrokkenen uit het maatschappelijke veld daarbij te betrekken, om als het ware de argumenten te horen en te laten weerleggen. De weerstand die dit alles zou kunnen oproepen hangt samen met de gedachte dat rechtsvorming zou moeten ontstaan in individuele geschillen tussen twee partijen die daarover procederen. Degenen die mij kennen en zij die het preadvies gelezen hebben, zullen weten dat ik daar een ferm 'dat moeten we niet doen' op zou willen antwoorden. Ik vind dat we het rechtsvormende potentieel in Nederland veel meer en veel breder zouden moeten benutten. We moeten af van de gedachte dat rechtsvorming alleen nog maar kan ofwel doordat de wetgever iets zegt ofwel doordat uiteindelijk na zes, zeven jaar procederen de Hoge Raad tot een beslissing komt. Ik vind dat wij andere vormen moeten ontwikkelen om tot rechtsvorming te komen, en wel op een snellere, eenvoudiger en efficiëntere wijze, vandaar ook het voorstel voor een Periodiek Overleg van Rechtsvormers. Dit komt allemaal nog in vraagpunt 4 terug.

Dan is er nog het punt van de gedachte dat de rechters zelf betrokken zijn

bij die rechtserregelingen en of het dan niet gek is dat je aan de ene kant die regelingen maakt en ze aan de andere kant vervolgens toepast. Mw. Teuben noemde daarbij het Procola-arrest maar het Kleyn-arrest zou daar ook nog bij genoemd kunnen worden. Voor mij allemaal extra redenen om die rechtserregelingen niet op rechtbankniveau te ontwikkelen maar op landelijk niveau onder instigatie van de Raad voor de Rechtspraak. We hebben dat instituut, laten we dat zo goed mogelijk gebruiken. Op dat niveau kan je dan ook voldoende waarborgen inbouwen.

Ik kom daarmee tot de meerkeuzevraag: een rechtserregeling, de traditionele methode, de Rechtbank Amsterdam of ten vierde de algemeen verbindende verklaring van de Duitsenberg-regeling. Ik ben jurist genoeg om daar dan nog een vijfde keuze aan toe te voegen: de Hoge Raad. Als gezegd, een rechtserregeling had gekund, maar heeft niet mijn voorkeur. De traditionele methode wijs ik af, dat heb ik net al gezegd. Laten we niet gaan wachten tot de Hoge Raad na zeven jaar in de AandelenLease-zaak uitspraak doet. De Rechtbank Amsterdam vind ik zeer moedig en zeer te prijzen. Ik hoop dat vele rechters dit zullen navolgen, omdat het leidt tot de vijfde keuze, namelijk de Hoge Raad, maar dan in een andere rol.

Ik vind namelijk dat de Hoge Raad rond 2000 had moeten zeggen: 'Die AandelenLease-zaak, die gaan wij beslissen'. Geef ons een dossier of geef ons gewoon de kwestie zoals die er ligt, wij gaan daar een mooi arrest aan wijden, waarin wij, zoals de Rechtbank Amsterdam nu gedaan heeft, aangeven wat de problemen zijn en hoe wij die problemen zouden willen oplossen. Daarmee voorkomen we ook het probleem van keuze d, zoals door Hondius aangevoerd, dat men na een algemeen verbindende verklaring nu eenmaal ervoor kan kiezen om er niet aan gebonden te zijn. Dus wat mij betreft een krachtig pleidooi voor een Hoge Raad die eerder dit soort zaken naar zich toetrekt. Overigens, ik verwacht wel enig cynisme op dit vlak, maar ik zal het de hele dag blijven verdedigen.

Ik stap over naar mw. Emaus, die twee vragen stelde. Kan een rechter eigenlijk wel algemene regels maken? Of hij het kan, is een lastige vraag en weet ik eigenlijk ook niet zo goed, maar ik denk wel dat het moet. Een rechter moet uiteindelijk, als hij dan toch in een individuele zaak bezig is, een vonnis wijzen, want rechtserregeling is nog steeds niet toegestaan. Wat rechtserregelingen doen is eigenlijk bij voorbaat een invulling daaraan geven. Bij voorbaat, maar wel in overleg met collega's, dus na debat. Het is dus niet meer de individuele rechter die dan die algemene regel maakt, maar de rechtbank als collectief, dan wel de hele rechterlijke macht via de Raad voor de Rechtspraak.

Daaraan werd gekoppeld de vraag of met zelfregulering de flexibiliteit van het recht niet verloren gaat? Het eerste antwoord zou zijn: ja, inderdaad als je iets regelt en als je open normen invult, dan zit je daar aan vast, dat heeft een zekere precedentwerking, daar zal je rekening mee moeten houden. Dat betekent inderdaad dat er een verlies aan flexibiliteit is. Ik denk

echter wel dat het voordeel van alternatieve regelgeving dan is dat het sneller dan reguliere wetgeving aan te passen is en dat het dus bij de keuze tussen gewone wetgeving of alternatieve regelgeving, als je voor flexibiliteit kiest, als je voor snelheid kiest, misschien beter is om voor die alternatieve regelgeving te gaan, zodat je wel rechtszekerheid wilt zonder de flexibiliteit helemaal te offeren.

Dan prof. Hondius. Ik heb de meeste van zijn punten, denk ik, al besproken. Hij meent dat er te weinig aandacht is geweest voor het bestuursrecht. Dat klopt. Dat is een bewuste keuze geweest, omdat er in het bestuursrecht veel meer over deze thema's is nagedacht dan in de andere rechtsgebieden, zodat een preadvies wat dat betreft mosterd na de maaltijd zou zijn. Ik wijs o.a. op het proefschrift van Rob van Gestel uit 2000, waarin heel veel vragen aan de orde zijn gekomen. Voor het Europese recht geldt ten dele hetzelfde, Linda Senden is daar op gepromoveerd. Verder wou ik over het laatste punt, co-regulering en soft-law, eigenlijk niks zeggen, omdat wij als preadviseurs gisteren na het diner tezamen besloten hebben om ferm te zijn en niet in te gaan op definitiekwesties.

Vraagpunt 4

Is het wenselijk om een overlegorgaan (bijvoorbeeld: het Periodiek Overleg van Rechtsvormers, POR) van (vertegenwoordigers van) wetgever, rechterlijke macht en alternatieve regelgevers op te richten, teneinde de rechtsvorming beter onderling af te kunnen stemmen en beter te kunnen samenwerken?

Prof. mr. I. Giesen

De volgende kwestie die ik uit het preadvies heb willen lichten, betreft de omgang met rechtsvorming, waarbij ook alternatieve regelgeving een rol speelt (als een dan erkende bron voor rechtsvorming). Het gaat hier specifiek om rechtsvorming bij of via alternatieve regelgeving. Het vraagt punt luidt:

Is het wenselijk om een overlegorgaan (bijvoorbeeld: het Periodiek Overleg van Rechtsvormers, POR) van (vertegenwoordigers van) wetgever, rechterlijke macht en alternatieve regelgevers op te richten, teneinde de rechtsvorming beter af te kunnen stemmen en beter te kunnen samenwerken? (Bevestigend: Giesen, dit preadvies, § 4.6)

Hieraan ten grondslag ligt een notie die, zo vrees ik, in een stokpaardje aan het veranderen is, namelijk de notie dat we zouden moeten proberen te voorkomen dat ook straks, zoals nu nog, het toeval een zo grote rol speelt

bij onze rechtsvorming. De ontwikkeling van ons recht is zo gewichtig dat we daarbij meer ruimte moeten geven aan beleid zodat de toevalsfactor teruggedrongen moet worden. Met overleg en met bepaalde rode draden in ons hoofd moet de rechtsontwikkeling gestuurd worden, moet er richting gegeven worden. We zouden niet meer hoeven wachten op de Slome wetgever of de Te Trage wetgever, om maar eens een variatie op de beelden van Witteveen te gebruiken, en we zouden ook van de situatie af moeten dat partijen tot aan de Hoge Raad door moeten procederen, zes tot zeven jaar lang, om werkelijk een antwoord te krijgen op een prangende vraag die nu speelt, met alle kosten van dien. Dat moet sneller en eenvoudiger en dus ook goedkoper voor betrokkenen kunnen. Dat is de reden waarom ik eerder al voor het Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR) heb gepleit, voornamelijk overigens zonder succes.

Maar pas op, er is een kentering ingezet. De Rb. Amsterdam heeft in april jl. getracht om in één keer voor de vele duizenden AandelenLease-zaken die er liggen in een drietal vonnissen klaarheid te scheppen en zekerheid te bieden. Dat is beleid bij de rechtsvorming, alleen dan niet van de Hoge Raad. En de regering denk na over een, wat zij noemen, Raad voor het Burgerlijk Procesrecht (BPR-raad) en over een Insolventieraad, zoals blijkt uit de kabinetsreactie op het rapport Uitgebalanceerd.

In het kader van dit preadvies komt hier echter nog wat bij. Dat is dan de realiteit dat vele maatschappelijke groeperingen, branches, etc. meer en meer een bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling, een plek dus krijgen of zelf bemachtigen aan het front van de rechtsvormers. Dat is ook logisch en wenselijk omdat daar vaak de kennis en kunde zit om het recht te ontwikkelen; met weet aldaar, in die groepen, wat nodig is en wat werken kan en zal (een dieren tuin weet hoe breed een gorillagracht moet zijn, de wetgever niet). Mijn devies is: gebruik die kennis, en wel meteen.

Beide trends zijn op principieel niveau, los van de specifieke uitwerking, relatief eenvoudig te combineren door de maatschappelijke groeperingen, of in elk geval alternatieve regelgeving als concept, een plek te geven in zoiets als POR of BPR-raad.

De keuze waar het vierde vraagpunt ons dus voor stelt, is eenvoudig deze: gaan we dit doen, gaan we deze kant op, ja of nee?

Zo ja, en dat zou mijn idee en aanbeveling zijn, dat zal duidelijk zijn, omdat daarmee de rechtsvorming als beleidsthema op de voorgrond komt en het toeval teruggedrongen wordt, dan is het ook wenselijk om op enterlijke wijze een wettelijke en democratische basis aan die organisatie te geven. Dan kan men vervolgens echt en zonder twijfel aan de slag. Wellicht moeten we beginnen op een deel terrein zoals het burgerlijk procesrecht via de BPR-raad, maar uiteraard is het mijn streven om dit uiteindelijk over de gehele limie te doen en niet alleen voor het terrein van de burgerlijke rechtsvordering.

ten te doen om preadviezen uit te brengen aan het POR of door zelf consultation papers uit te zetten. Men kan hierbij ook denken aan de methode van de green papers (groenboeken) van de Europese Commissie. Ja, zelfs procedures voor de rechter zouden in het voorstel van Giesen en Schelhaas kunnen worden geschorst om de rechtsvraag die daarin speelt eerst voor te leggen aan het POR. Het lichtend voorbeeld voor Giesen is echter niet de Europese Commissie maar de Engelse Law Commission, een erbidwaardige en naar Engelse maatstaven werkende commissie voor het bij de tijd houden van vooral het wettenrecht.

Het voordeel van het POR zou zijn dat grote vragen veel meer gestructureerd en ook eerder dan via de route van de rechtspraak aan de orde kunnen worden gesteld en dat er veel minder problematische rechterlijke uitspraken contra legem zullen voorkomen. Kortom een proactievere vorm van rechtsvorming, maar ook een manier van harmoniseren en gladstrijken. De grote beslissingen worden in het POR genomen en iedereen kan zich daarnaar richten. Consensus. Polderen in optima forma. Dat wil Giesen. En wie zou dat niet willen in dit land onder de rijzende zeespiegel?

Afgezien van de vraag of het recht niet wordt gevormd in de hitte van het debat en of het oude beeld van de smidse niet eerder bij de rechtsvorming past dan dat van het polderbestuur, vind ik het een mooi idee. Maar werkt het? De rechterlijke rechtsvorming ermee sturen zal lastig gaan zolang de rechter blijft wie hij is: geschillenbeslechter. De rechter blijft afhankelijk van zijn bronnen: de burgers en instellingen die geschillen aan hem voorleggen. En de rechter zal zich nooit willen binden aan wat het POR zegt. Zeker, als zo'n POR er komt zal er heus wel in een procedure een beroep worden gedaan door een partij op een voor haar gunstig POR-rapport, maar de wederpartij zal dat rapport met klem bestrijden, en de rechter heeft het voor het kiezen. Krachtens Grondwet en EVRM weet de rechter zich immers onafhankelijk van welk orgaan in de staat ook. Tussen POR en rechtspraak zal daarom een problematische verhouding bestaan. Ik zie het al voor me: de Hoge Raad wijkt af van een POR-advies. Weg consensus. En als hij dat teveel gaat doen dan zal het POR wel gaan voorstellen hem te verplichten tot het stellen van prejudiciële vragen aan het POR.

Het POR zal wellicht verworden tot het zoveelste adviesorgaan van de wetgever. En de alternatieve regelgevers, over wie de preadviezen gaan, dan? Die gaan hun gang, want wie Nederland kent zal weten dat de lobbyisten de weg naar de wetgever ook buiten het POR wel weten te vinden en dat niemand zomaar bereid is de soevereiniteit in eigen kring op te geven. Het zal daarom heel belangrijk worden wie in het POR zitten, hoe het past in het netwerk. En dan maar niet te veel denken over hoe de rechtsvorming in het POR tot stand komt. Als ik zie hoe in een kleine POR, de raadkamer van de civiele kamer van de Hoge Raad, soms lang geworsteld wordt met moeilijke rechtsvragen, dan houd ik eerlijk gezegd mijn hart een beetje vast.

Gaan we op deze wijze aan de slag, dan zal dit leiden tot een situatie waarin rechtsvorming meer bottom up, vanuit de maatschappij, kan komen, waarbij precies afgestemd kan worden op wat nodig en wenselijk is. Een voordeel is ook dat er in samenwerking (het nut daarvan wordt breed gevoeld) met alle mogelijk betrokken partners tot iets nieuws gekomen kan worden, men maakt dus samen iets nieuws, en dat nieuwe zal door de brede achtergrond beter zijn en in elk geval meer draagvlak hebben.

Kortom: het is wenselijk een organisatie op te richten die de rechtsvorming kan sturen en de samenwerking daarbij, als eerste stap op weg naar beleid, op de rails kan zetten.

Referent prof. mr. W.D.H. Asser

Ik concentreer mij vandaag op het vierde vraagpunt, ofschoon ik zoveel meer zou willen zeggen over het mooie preadvies van Ivo Giesen. Het gaat dus nu over de vraag of er voor de rechtsvorming een overlegorgaan moet komen. Een begrijpelijke vraag want zoals de preadviezen duidelijk maken begint de rechtsvorming door regelgeving behoorlijk onoverzichtelijk te worden, overigens niet door de alternatieve regelgeving alleen maar ook en misschien wel vooral door de soms chaotisch aandoende wildgroei van de reguliere regelgeving (om maar eens een beeld uit de gezondheidszorg te nemen).

Een overlegorgaan voor de rechtsvorming? Ja, het POR, het periodiek overleg van rechtsvormers, vindt Giesen. Moeten we misschien spreken van een platform voor de rechtsvorming, een klankbordgroep voor de rechtsvorming, of een Raad voor de Rechtsvorming? In het preadvies van Giesen komt het POR eigenlijk maar even voor (p. 135-137). Verwezen wordt naar de bijdrage van hem en Harriët Schelhaas aan de Rode Draad, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)'; *Ars Aequi* 2006, p. 159-172, en naar zijn oratie, *Handle with care!*, rede UU, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2005, § 3.2.

POR: Polderen in de Rechtsvorming? Het lijkt er wel op. Vertegenwoordigers van de rechtsvormers (wie zijn dat? alle rechters ook?) bijeen als in een soort SER buigen zich over het gezamenlijk aanpakken van de grote juridische thema's van deze tijd en de toekomst (AA 2006, p. 169). Claimcultuur, slachtofferbescherming, de wrongful life-problematiek, ja ook beslag op kredietruimte en de aanpak van massazaken als de Dexia-zaken worden genoemd als voorbeelden die in het POR besproken zouden kunnen worden en waarin het POR zou moeten komen met adviezen, wetsvoorstellen e.d. Iedereen kan onderwerpen aandragen bij het POR via een soort klachtprocedure waartoe volgens Giesen dan natuurlijk wel een hoge drempel moet worden overschreden, want het moet wel serieus blijven. Het POR zou tot zijn bevindingen moeten komen door oproepen in tijdschrift-

regelgever iemand die open normen concretiseert terwijl de POR zich juist wil gaan bezighouden met algemene juridische vraagstukken. Volgens mij staat niet zozeer de invulling van open normen op microniveau centraal, maar meer de wetsystematische vraagstukken op macroniveau. Ik vraag mij dus af of de preadviseur correct is met zijn stellingname en wil graag suggereren om niet de alternatieve regelgever op te nemen, omdat gewoon onduidelijk is wie dat is, maar gewoon het woord belangenvertegenwoordigers te gebruiken, zoals dat inderdaad ook al binnen het wetgevingsproces gebeurt.

Interveniënt mr. J.M. Polak

1. Een goede keus van onderwerp en van de drie preadviseurs.
2. Blijvende betekenis
Het onderwerp alternatieve regelgeving zal nog geruime tijd de aandacht komen vragen van juristen. Gaarne akkoord met het vooraf in het NJB van 25 mei 2007 van NJB redacteur Corien Prins, getiteld Alternatieve regulering als evenwichtskunst: ook na het verschijnen en bespreken van de drie preadviezen, blijven er meer dan genoeg belangwekkende onderwerpen over om het NJV-thema ook na dit jaar op de agenda te houden.
3. Aanpak van onderop en van bovenaf
Vraagpunt 4 stelt voor een overlegorgaan op te richten van de regelgevers en hun vertegenwoordigers teneinde de rechtsvorming beter onderling af te stemmen en beter te kunnen samenwerken. Een dergelijke uitwisseling van meningen en ervaringen moet worden toegejuicht. En die moet zoveel mogelijk gepaard gaan met het becomingtarifiëren en publiceren van de uitgewisselde stukken.
4. De verhouding tot wetgevers
Met deze aanpak van onder moet niet worden volstaan. Er is alleszins reden de problematiek van de alternatieve regelgeving eveneens en tegelijkertijd van bovenaf aan te pakken. Het gaat per saldo ook en vooral om het plaatsen van de alternatieve regelgeving in het kader van het proces van wetgeving. Als de Grondwet in art. 81 voorschrijft dat de vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten Generaal gezamenlijk dient de vraag te worden gesteld en beantwoord hoe de alternatieve regelgeving in dat schema past. Wat kunnen en moeten regering en Staten Generaal doen?
5. De benadering door de evaluatie van wetten
Veelvuldig plegen wetten te worden geëvalueerd. Deze evaluaties bijna steeds met inachtneming van Aanwijzing 164 voor de regelgeving gericht

op het ontwerpen en vaststellen van een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van de betreffende wet in de praktijk leveren interessante gegevens op, ook ten aanzien van de alternatieve regelgeving rondom de wet. Het is namelijk gebruikelijk dat de evaluatierapporten afsluiten met aanbevelingen en daarbij zich niet beperken tot de aanbevelingen aan de wetgever maar zich ook tot andere adressanten richten. Zo is het geval met de recent uitgebrachte derde evaluatie van de Algemene Wet Bestuursrecht. Ook de regering, het bestuur, de bestuursrechter en de onderzoekers komen aan bod. De alternatieve regelgeving, mede in verhouding tot de omliggende wetgeving, wordt daarmee in de algemene discussie betrokken.

6. De confrontatie van de Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving met Aanwijzingen voor de regelgeving.

Het is de vergelijking en confrontatie van de alternatieve regelgevers met de wetgeving die ook interessant is als de door de heer Giesen aan de orde gestelde aanwijzingen voor de alternatieve regelgeving worden vergeleken met de aanwijzingen voor de regelgeving.

Reactie prof. mr. I. Giesen

Voorzitter, mijn hart juicht. Ik heb één stem en nog wel de stem van mijnheer Polak. Ik ben zeer verheugd daarover en ik zou eigenlijk de zaal willen meegeven: doe als Polak, stem voor.

Daan Asser heeft eigenlijk gedaan wat ik hoopte en wat ik hoopte te bereiken met dit vraagpunt: discussie uitlokken. Hij is vriendelijk, doch vrij pertinent, het toch niet helemaal met mij eens, en hij komt vervolgens met allemaal suggesties over hoe ik het eigenlijk anders en beter had moeten doen. Ik ben hem daar zeer erkentelijk voor, omdat dat precies is wat ik wilde bereiken, namelijk dat hierover gediscussieerd wordt. Het zou immers van de zotte zijn om te denken dat mijn stelsel of mijn idee zomaar gevolgd zou moeten worden. Die illusie heb ik nooit gehad, nooit gekoesterd. Wat ik wil, is dat er over zoiets als een instituut voor de rechtsvorming wordt nagedacht, dat we gaan nadenken met zijn allen over hoe we dat op een of andere manier wat meer 'body' kunnen geven. Hoe we die interactie, die volgens mij nodig is tussen wetgever en rechterlijke macht, maar ook ten opzichte van alternatieve regelgevers, op een bepaalde manier in het vat kunnen gieten.

Ik heb allerlei ideeën gekregen terwijl Asser sprak. Hij zei: wij POR-ren elke donderdag in de Raadkamer. Mijn wedervraag is meteen: kunt u wellicht ook een keer de wetgever uitnodigen daarbij? Hij heeft allerlei nieuwe namen aangevoerd voor dat POR. Ik heb zelf de term 'klankbordgroep' ook overwogen, maar toen dacht ik: dat is te jaren zeventig, dus daar ben ik aan voorbijgegaan. Maar wat ik heel belangrijk vond, is dat hij zei: iets proactiefs, dat moeten we hebben. Dat is inderdaad precies waar het over

Macht zullen afkomen. Creatief omgaan met rechtsvorming, zoals prof. Giesen bepleit, wie zal daar tegen zijn. Maar is dat op zichzelf niet een beetje te vaag. Wanneer het dan gaat om rechtserregelingen die ook inhoudelijke vragen inhouden, dus meer dan procesrechtelijke vragen of het geven van een denkschema, zoals bij de alimentatienormen is gebeurd, zoals ook door het sectoroverleg civiele voorzitters of civiele sectoren is gedaan met een beslissboom in de Dexia-zaken, maar hoe het antwoord gegeven moet worden, is dat nou iets wat bij een rechtserregeling zou moeten gebeuren? Ik zal het antwoord direct geven, naar mijn mening niet. Ik heb daar ook een groot aantal overwegingen voor.

In de eerste plaats zit je met de afdwingbaarheid. Is een rechtserregeling alleen afdwingbaar wanneer er vervolgens in een individuele zaak na hoor en wederhoor op is beslist? Daar is appel mogelijk en daarna is er cassatie mogelijk. Dus dat een dergelijke rechtserregeling een enorme versnelling mee zou brengen dat is, denk ik, vol te houden.

Een tweede punt is dat wanneer er zo'n rechtserregeling tot stand zou komen en dat was bijna gebeurd in de Dexia-zaken, maar ik kan u wel verklappen dat ik toen een aantal telefoontjes heb gepleegd om dat tegen te houden, met name omdat de beeldvorming die er vervolgens aanstaande was, dat er op televisie zou worden gezegd bijvoorbeeld door de Voorzitter van de Raad van de Rechtspraak of door een sectorvoorzitter: nou wij zijn eruit, wij rechters weten nu hoe wij dit gaan beslissen. Dat geeft natuurlijk een ontzettend verkeerd beeld aan die kijker, want vervolgens zal er toch weer worden geïmagineerd en zal het op een gegeven moment bij de Hoge Raad komen. Dat is op dit moment ons procesrecht en dan kan het wel eens zijn dat de belofte, die in een vroeg stadium als rechtserregeling naar voren is gebracht, geen stand houdt. Nog daargelaten dat bij het tot stand komen van een dergelijke rechtserregeling het aantal aspecten van mogelijkere wijze enkele duizenden zaken natuurlijk ook niet te voorzien is. Het gaat niet alleen om de Dexia-bank, er zijn heel veel banken en andere bankachtige instellingen geweest die winstverdubbelers en verdrievubbelers en weet ik hoe veel verdubbelers het licht hebben doen zien met meer dan een of twee keer gewijzigde algemene voorwaarden in het geding en met ook telkens andere constructies. Dus die rechtserregeling kan bijna niet anders dan onvolledig zijn en zal dus een verkeerd beeld scheppen als naar voren wordt gebracht dat de rechters er onderling uit zijn. De bijzonderheden van het geval, ik doelde daar net al op, die kunnen denk ik heel goed tot uitdrukking komen in de Amsterdamse aanpak. Dus dat er een aantal zaken zijn uitgepikt waarvan je zegt: dat zijn een aantal clusters, het is een duidelijke vraag, daar staan de feiten ook vast, bepaalde algemene voorwaarden, bepaalde zaken met de partner die al of niet toestemming moet geven en dergelijke op grond van de regels van huwelijksgoederenrecht en relatierecht en dan kan de rechter in ieder individueel geval kijken of het geval, het dossier dat hij zojuist heeft opengemaakt, daarbij aansluit of niet. En

gaat. Wij zouden iets moeten hebben om pro-actief te kunnen zijn. Ik wil namelijk ook helemaal niet dat die POR, of hoe je het ook zou willen noemen, de positie van de Hoge Raad zou overnemen. Dat is helemaal niet de bedoeling. Er blijft ook altijd geschilbeslechting door de rechterlijke macht bestaan. En dat blijft ook rechtsvormend. Wat ik alleen zou willen is dat je in sommige gevallen, zoals in die Dexia-zaak, kan zeggen: we hoeven niet te wachten op die hele kolom. We hebben allemaal knappe koppen bij elkaar, die kunnen best van tevoren bedenken hoe die zaak opgelost zou kunnen worden. Dat is eigenlijk waar het mij om gaat. En als je dat een Instituut voor Rechtsvorming noemt, prachtig, ik ben de eerste die komt als de deuren opengaan.

Nog een vraag van Asser en die ook bij Rijnhout terugkomt is deze: wie zit er in dat POR, wie zijn dan die alternatieve regelgevers? Het antwoord daarop is in wezen heel simpel. Ik weet ook niet wie de alternatieve regelgevers zijn. Ik heb dat eerder ook al gezegd, er zijn heel veel voorbeelden. Er zijn dus ook heel veel alternatieve regelgevers. Wat je volgens mij zou moeten doen, is per dossier – want ik wil dat die POR per dossier werkt – de juiste instanties daarbij betrekken. Niet, zoals Asser zegt, in een grote zaal als deze, nee, juist in een heel klein achteraf stil zaaltje, waar je ongestoord met elkaar kunt discussiëren, de benen op tafel, etc. De alternatieve regelgever is dus diegene die op dat moment de alternatieve regelgever zou moeten zijn. Ik heb er geen enkele twijfel over dat zich die ook aandient op het moment dat het nodig is. Ik geloof dat ik de eerste vraag van Rijnhout daarmee ook beantwoord heb.

Dan ten aanzien van het tweede punt dat zij maakt, in hoeverre dit alles binnen het POR past, omdat die alternatieve regelgeving toch open normen concreetiseert. Misschien moet ik hier iets rechtzetten. De alternatieve regelgever is wat mij betreft niet iemand die open normen invult, dat doet uiteindelijk de rechter. Wat de alternatieve regelgever doet, is het aanreiken van eigen normen voor de eigen club die eventueel vervolgens door een rechter gebruikt zouden kunnen worden in een procedure, als dat speelt. Dan keer ik nog één keer terug naar de heer Polak. Ik ben het met elk woord dat hij zei geheel eens. Nogmaals nodig ik de zaal uit om te doen zoals hij deed, en vóór te stemmen.

Mr. W.J.M. Davids

Dank u wel mevrouw de Voorzitter, zoals ik u al zei ik ben Davids, lid van de Rechterlijke Macht. Het zal u en het gehoor niet verbazen dat ik enkele opmerkingen zou willen plaatsen over wat door prof. Giesen is gezegd over de rechtsvorming, met name wanneer het gaat over inhoudelijke vragen zoals die gerezen zijn bij de Dexia-zaken. Een zaak die in enorme aantallen zijn aangebracht en als de voortekenen niet bedreigen, bijv. in kwesties van de beleggingshypothec in nog grotere aantallen op de Rechterlijke

dan een aan de zaak aangepaste uitspraak doen. Dan, na zes of zeven jaar, komt zo'n zaak bij de Hoge Raad, die zal dan het ultieme woord hebben. Dat is inderdaad een groot probleem, dat zie ik ook in. Ik kan me voorstellen dat dit aanleiding is om eens naar het procesrecht te gaan kijken. Zou je toch niet toe moeten naar een soort prejudiciële vraagstelling, dus wel meer regelingen, waarbij de feitenrechter, niet alleen de appélrechter, maar ook de rechter in eerste aanleg bevoegd is om prejudiciële vragen te stellen, naar analogie van de regeling bij het Benelux Gerechtshof en het Hof van Justitie in Luxemburg, waarbij die feitenrechters, niet verplicht zijn zoals de Hoge Raad dat is, maar wel bevoegd om prejudiciële vragen te stellen. En ook dat zou passen in een systeem waarin je op die manier, wanneer de feiten eenmaal vast staan, wel zo snel mogelijk een regeling probeert te vinden daar waar het thuishoort. Wanneer men vindt dat de procedures te lang duren voordat er uiteindelijk in een belangrijke maatschappelijke vraag een antwoord komt, kan dat op die manier worden opgelost. Ik denk dat dat heel nuttig zou zijn, maar daar hebben we al allemaal commissies voor, zoals Asser-Vranken-Groen die al een rapport hebben uitgebracht over het burgerlijke procesrecht en je zou je kunnen voorstellen dat over dat punt nog eens verder wordt nagedacht. Mijn collega Asser noemde al dat het ook wel eens een keer snel kan, dat doelt onmiskenbaar op de ABN AMRO affaire, maar dat is één geval, waarbij die hele spin-off naar enkele duizenden andere zaken niet aan de orde is en waarbij dat dus in dat geval wel kan. Bovendien is dat een zaak waarbij geen appél open staat, eerste en enige feitelijke aanleg is bij de ondernemingskamer en vervolgens cassatie. In die zin zit een zaak met een dergelijke procesgang in het voordeel dat er minder instanties zijn. Het had al in 2007 moeten gebeuren, dat hadden we graag gedaan, maar toen was er nog geen zaak. Partijen hebben de bevoegdheid om bij prorogatie een zaak bij de cassatierichter aan te brengen. Dat hebben partijen of een van partijen, dat weet ik niet, dat onttrekt zich aan hun waarneming, niet gewild. Dat is niet gebeurd, dat is jammer, dat is te betreuren, maar het onderstreept het belang dat gekozen wordt voor een procesrechterlijke weg, maar niet langs de weg dat rechters al inhoudelijk schoten voor de boeg gaan geven hoe zij en hun collega's zouden moeten beslissen.

Reactie prof. mr. I. Giesen

Hartelijk dank. Ik waardeer uw woorden. Ik zie natuurlijk ook een aantal pijn- en gevaarpunten. Dat is ook precies de reden waarom ik vanochtend heb gezegd dat ik vind dat de Hoge Raad zelf op een andere manier, maar meteen, iets over de Dexia-zaak had moeten zeggen. Waarom? De belangrijkste reden is, en daar blijf ik toch aan vasthouden met uw welnemen, dat in dit geval, gezien het maatschappelijke belang, de verantwoordelijkheid ergens in de rechterlijke kolom ligt, en dat moet dan in dit geval de Hoge

Raad zijn, om die zaak naar zich toe te halen en daar op korte termijn een beslissing in te geven. Als het kan dat de Ondernemingskamer binnen twee dagen een uitspraak doet, en vervolgens de Hoge Raad binnen zes weken daarna die uitspraak bevestigt of vernietigt, dan denk ik dat dat in andere zaken ook moet kunnen. Of zijn ondernemingen belangrijker dan de rest van Nederland? Ik vind dus dat je die verantwoordelijkheid niet aan de partijen kunt laten in de zin van: zij kunnen het versnellen en als zij het niet doen dan trekken wij de handen er vanaf. Ik zou, nogmaals, als denkraam mee willen geven: probeer pro-actief te zijn als Hoge Raad.

Vraagpunt 5

Is het wenselijk de regeling van de onderzoeksmethoden in het Wetboek van Strafvordering te herzien?

Prof. mr. J.L. de Wijkerslooth

Mevrouw de Voorzitter, dank u wel. Ik zal, maakt u zich niet ongerust, vraagpunt 5 bespreken, maar ik heb ook na de discussie gehoord te hebben, de neiging om een enkel algemeen punt aan de orde te stellen. En dat zijn er naar mijn gevoel drie.

De eerste is heel simpel. De vraag die kennelijk gerezen is luidt: is alternatieve regelgeving eigenlijk wel wenselijk? Waarom zeggen jullie daar niets over? Het antwoord daarop moet zijn, denk ik: dat is een vraag naar een gepasseerd station. Alternatieve regelgeving, in een brede zin gedefinieerd, is in Nederland een gebruikelijk fenomeen geworden. Zij wordt helemaal niet bedacht door de wetgever, maar door organisaties, waarin kennelijk onvoldoende sociaal culturele samenhang bestaat om normen die voor het functioneren van die organisaties van grote betekenis zijn, impliciet te laten. Die normen worden vervolgens geëxpliciteerd. Het gebeurt zelfs aan de universiteiten. Vroeger zou je aannemen dat iedereen aan de universiteit wel wist wat wetenschappelijke integriteit was. Daar hoefde je eigenlijk niet over te praten. Tegenwoordig worden daarover door de VNSU heel keurige opvattingen geformuleerd, dat is alternatieve regelgeving. Is dat weg te denken uit onze samenleving? Neen, naar mijn gevoel absoluut niet meer. De vraag is dus niet: vinden we het fenomeen wel wenselijk en kunnen we het niet weer afschaffen? Dat is net zoiets als dromen over de afschaffing van de mobiele telefonie. Iedereen denkt wel eens, zouden we nou niet van de terreur van die mobielijes af kunnen? Maar dat moet toch een droom blijven, dat is nostalgie. We moeten iets met alternatieve regelgeving en dan gaat het om de vraag hoe je wat orde in dat fenomeen kan scheppen en hoe je de toepassing van alternatieve regelgeving hanteerbaar kan maken.

Referent/student D. van Leeuwen

Ik sta opnieuw voor u. Leidt u daar alstublieft niet uit af dat ik de enige student strafrecht in Nederland ben.

Mevrouw de Voorzitter, om in te gaan op het 6e vraagpunt. De heer De Wijkerslooth stelt voor om tot een vergaande uitleg en publicatie te komen van regels die binnen het OM gebruikt worden. Ik zie daarin een probleem ontstaan en dat is eigenlijk het gevolg van twee zaken die binnen enerzijds de Rechterlijke Macht en anderzijds binnen die vorming van die regels zullen voorkomen. Enerzijds lijkt het mij dat de regels die door de eigen beroepsgroep worden gesteld, ook een zekere voorkeur hebben voor die beroepsgroep. Anderzijds lijkt het mij en daarin onderschrijf ik het punt van de heer Haverkate, onmogelijk dat deze regels niet een zekere externe werking zullen krijgen. Of dat volledig is kan ik slecht beoordelen, maar dat er in ieder geval een zekere externe werking is lijkt mij duidelijk. Het probleem waar we dan toe komen is dat deze regels uiteindelijk gepubliceerd worden, juist omdat ze betrekking hebben op derden. Op het moment dat een geschil voor de rechter zou komen ben ik er bang voor dat deze regels die enige subjectiviteit hebben en enigszins neigen naar het voordeel van het OM door de rechter zullen worden toegepast en daardoor eigenlijk een niet onafhankelijke rechter zou ontstaan. Daarom wil ik aan de heer De Wijkerslooth vragen wat hij denkt van de relatie daarbij en hoe we dat zouden kunnen voorkomen.

Reactie prof. mr. J.L. de Wijkerslooth

Mevrouw de Voorzitter, ik ben, ook door de heer Van Leeuwen uitgedaagd om het betoog van de heer Haverkate te weerleggen dat publicatie van instructies en protocollen leidt tot derdenwerking, resp. recht in de zin van 79 RO. Ik denk dat dit niet het geval is. Ik denk wel dat moet worden gedefinieerd tussen soorten publicaties. Ik beoog niet dit soort instructies in de Staatscourant te doen afdrukken. Toch is dat de eis die wij in dit verband nog steeds stellen aan recht in de zin van 79 RO nl. dat het naar behoren via enig formeel overheidsmedium is gepubliceerd. Zou de Hoge Raad die jurisprudentie laten varen en zeggen dat alles waarvan we kennis kunnen nemen recht wordt in de zin van 79 RO dan zou ik voorzichtiger zijn. Ik denk dat het zo'n vaart niet loopt. Voldoende is als die stukken op een website van het OM zouden staan, die voor iedereen toegankelijk is, zodat een herkenbare discussie over de inhoud daarvan mogelijk is. Ik ben niet zo bang voor stukken die niet via officiële daarvoor bestemde overheidspublicaties worden gepubliceerd.

Met de tweede vraag heb ik het een beetje moeilijker, want ik kan niet helemaal navoelen waarom de rechter niet onafhankelijk zou zijn als hij met dit

soort stukken wordt geconfronteerd. Laat ik u een voorbeeld geven van een beroemde instructie is. Dat is de instructie van het College van Procureurs Generaal wanneer Hoofdofficieren van Justitie politiek gevoelige zaken moeten aanmelden. Mijn vraag is waarom zouden we nou niet mogen weten onder welke omstandigheden dat gebeurt of niet gebeurt. En niet alleen uit het oogpunt van transparantie, maar gewoon uit het oogpunt van controlebaarheid. Dat zou aanleiding kunnen geven tot vragen in de rechtzaal in de trant van: is een zaak aangemeld, wat was de reactie van het College, wat heeft de minister gezegd, maar een rechter is mans genoeg om daar nog wel enige weerstand aan te bieden, lijkt mij. Ik vind het van belang dat er publiek inzicht bestaat onder welke omstandigheden in abstracto de politieke verantwoordelijkheid van de minister wordt geactiveerd. Dat vergemakkelijkt het maatschappelijk debat daarover aanzienlijk. Maar er zijn nog veel meer instructies en die gaan gewoon eenvoudig over professioneel handelen. Ik denk dat we ervoor moeten zorgen dat betogen voorschriften over professioneel handelen gewoon kenbaar zijn voor derden en niet zozeer voor een beroep in die rechtzaal, maar wel voor de discussie die je naar aanleiding daarvan moet kunnen aangaan. En ik denk niet dat dit de onafhankelijkheid van de rechter aantast. Bepaalde stukken wordt wel bewust derdenwerking gegeven, andere stukken wordt welbewust die derdenwerking onthouden. Als die derdenwerking wordt onthouden dan zie ik niet goed in dat de rechter daarmee een bijzonder probleem zou krijgen.

Vraagpunt 7

Is het wenselijk dat:

- er Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving (AvdAR) worden opgesteld
- of dient de overheid (de wel te expliciteren) procedurele en/of inhoudelijke eisen aan alternatieve regelgeving slechts door wetgeving vorm te geven?

Prof. mr. I. Giesen

Het zevende vraagpunt raakt aan wat ik zie als één van de kernvragen als het om de omgang met alternatieve regelgeving of zelfregulering gaat, namelijk de vraag of, en zo ja hoe, en ook door wie, die alternatieve regelgeving of zelfregulering nader gereguleerd kan of zou moeten worden. Het vraagpunt luidt, in tweeën gedeeld:

- Is het wenselijk dat er Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving (AvdAR) worden opgesteld? (Bevestigend: Giesen, dit preadvies, § 6)

– Of dient de overheid (de wet te expliciteren) procedurele en/of inhoudelijke eisen aan alternatieve regelgeving slechts door wetgeving vorm te geven? (Bevestigend: De Wijkerslooth, dit preadvies § 6).

De achtergrond van dit vraagpunt heb ik voor wat betreft het eerste deel geschetst in paragraaf 2.10 van mijn preadvies, alwaar ik twee denkmodellen heb weergegeven. Het betreft een eerste model waarbij vrijheid voorop staat, een ruim model, en regulering van de alternatieve regelgeving eigenlijk afwezig is, en een tweede model, het beperkte model, waarbij enige regulering, op procedureel niveau wel toegelaten wordt.

Voor het ruime model, om alternatieve regelgeving de ruimte te laten, pleit dat daarin juist de kracht ligt van alternatieve regelgeving. De ruimte die de groep krijgt, maakt alternatieve regelgeving tot wat het is. Daartegen pleit echter dat het wel zo efficiënt is om een aantal steeds weer terugkerende thema's eens en voor al te regelen via richtlijnen voor zelfregulering. Enige normering van het proces van alternatieve regelgeving zal bovendien de kwaliteit vergroten en gezien het belang qua binding en rechtsvorming van alternatieve regelgeving is dat wenselijk. Daarom pleit ik voor enige nadere regulering van alternatieve regelgeving.

Moet die nadere regulering dan bij wet gebeuren? Nee, wat mij betreft. Ja, wat collega De Wijkerslooth betreft.

Ik meen dat een wettelijke regeling hier te ver zou gaan omdat dan de noodzakelijke ruimte voor de alternatieve regelgevers te klein wordt, en omdat dan de kans bestaat dat de rechter gebonden raakt aan alternatieve regelgeving louter en alleen omdat die regeling procedureel het juiste pad gevolgd heeft, omdat de rechter slechts marginaal zal mogen toetsen. Dat is niet wenselijk omdat de materiële kant van de zaak aan de zelfreguleerders voorbehouden moet zijn en omdat er vrijheid voor de rechter zou moeten zijn om in een geschil te bepalen of de alternatieve regelgeving bindend en rechtsvormend is of kan zijn bijvoorbeeld omdat het een juiste invulling van een open norm is. Die rechterlijke vrijheid moet bewaard blijven.

De Wijkerslooth meent, zo vul ik nu maar even voor hem in, dat juist de wetgever moet optreden gezien het legaliteitsbeginsel zoals dat in het strafrecht leidend is.

Als gezegd, ik zie wel ruimte voor enige regulering van het proces, niet bij wet, maar dan wel bij Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving (AvdAR) die enkele procedurele regels (met keuzemogelijkheden voor de regelgevers die ze willen benutten) zouden moeten bevatten. De binding van de rechter aan procedureel juist tot stand gekomen alternatieve regelgeving is er dan niet automatisch, het is dus opener, vrijblijvender dan een wet, hetgeen gewenst is, maar er is wel een toetsingskader voorhanden, hetgeen prettig is. En om de wetgever in deze helemaal in toom te houden, pleit ik er dan ook nog voor om het POR, en niet de gewone wetgever, in deze het voortouw te laten nemen.

Als gezegd, De Wijkerslooth ziet dit anders, blijkens het tweede deel van het vraagpunt. Ik wil daar niet teveel over zeggen, De Wijkerslooth kan immers beter voor zichzelf spreken. Ik nodig hem dan ook graag daartoe uit.

Referent prof. mr. J.B.M. Vranken

Ik ben verzocht te interveniëren over het preadvies van Giesen. Meestal is dan de bedoeling enige kritiek te spuien, maar dat lukt mij niet goed, omdat ik het heel erg eens ben met de richting die Giesen voorstaat. Ik vind ook dat hij zijn standpunt uitstekend, afgewogen beargumenteerd heeft. Hij heeft het onderwerp voor het algemene privaatrecht veel verder gebracht dan tot nu toe. Ik zou misschien hier en daar iets kunnen opmerken, een voorbeeld kunnen bestrijden of zo, maar dat zijn details die hem geen recht doen. Ik richt mij dus, net als Polak en in feite ook Asser vóór mij, op het grand design dat hij getekend heeft.

Zijn terechte uitgangspunt is dat er veel alternatief geregeld wordt. Het verschijsel neemt hand over hand toe, ook in het privaatrecht, al is het daar nog betrekkelijk jong en is de aandacht ervoor in de privaatrechtelijke literatuur tot vandaag nog mager. Dat het bestuur van de NJV het onderwerp desondanks nu al op de agenda gezet heeft, vind ik zeer te prijzen. Het zoeken van alternatieven voor wetgeving is een belangrijk onderdeel van het wetgevingskwaliteitsbeleid van de laatste jaren, op alle terreinen van het recht, ook in het privaatrecht, en dat niet alleen in Nederland, maar ook in andere Europese landen, in de EU en elders in de wereld, de VS voorop.

Natuurlijk is alternatieve regelgeving niet dé oplossing voor alle problemen. In de eerste plaats is het zelf allerminst onprobleematisch, al zijn de voors en tegens in abstracto wel zo ongeveer bekend en komt het vooral aan op de concrete onderwerp. Het maakt verschil of men te maken heeft met internet, hypotheekverlening of met de macht van de hedge fondsen. Verschil is er ook tussen de vele uiteenlopende instrumenten van alternatieve regelgeving: de meeste zijn redelijk neutraal, maar andere juist uitermate ethisch geladen en niet zonder meer inzetbaar. Vergelijk de voorbeelden in het redactioneel van Corien Prins in het NJB 2006, p. 1279. Ook moet alternatieve regelgeving soms in combinatie gebruikt worden met andere vormen van regelgeving (statelijk, Europees, lokaal enz.) om het beste resultaat te bereiken, d.w.z. een effectieve, efficiënte, handhaafbare en uitvoerbare regelgeving tegen betaalbare kosten en lasten.

Om daarover meer gestructureerd na te denken, ook voor het privaatrecht, is niet modieus en hip, zoals Hartlief schrijft in zijn voorbespreking van het

van het legaliteitsbeginsel de openbaarheid de belangrijkste is. Dit met het oog op de openbare meningsvorming. Welnu art 17 van de grondwet stelt sinds 1795-1813:

'Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter, die de wet hem toekent.'

Past de roulatie van mr. Monster – tegen zijn wil – door mr. Ruitinga in dit stramien? Wat doet de Raad voor de Rechtspraak, die zegt toezicht te houden op de Nederlandse rechtspraak. Ze wijden er een artikel aan in het clubblad en verder niets. Het gevaarlijke, het parlement zwijgt, ook Duyvendijk. Schiphof-Chipshol, het is politiek niet correct vragen te stellen over bestuurlijk falen ten faveure van de sacrosancte airport. Zo worden problemen op rechters afgewenteld, ontstaat politieke justitie. Waar openbare meningsvorming faalt en zelfs de pers zijn handen niet wil branden, daar moet dan uiteindelijk Straatsburg wederom gaan vaststellen, dat de rule of law geschonden is?

Reactie prof. mr. I. Giesen

Voorzitter, dank u wel. Als een referent zoals Vranken het in grote lijnen met je eens is, is het lastig om te reageren, omdat je dan in potentie verzandt in het herhalen van wat al gezegd is. Ik loop het verhaal toch even heel kort door. Een branche, een maatschappelijke groepering die wenst te komen tot zelfregulering kan wat mij betreft ervoor kiezen om dat te doen conform het model van de Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving. Ze kunnen er ook voor kiezen om dat niet te doen. Het maakt mij niet uit. Wat ik heb willen doen, is aanreiken dat er een model is dat gebruikt kan worden door die groeperingen die dat wensen, die ervoor kiezen om een bepaalde helderheid, zekerheid te creëren voor hun eigen zelfregulering, die van tevoren willen bepalen welke mate van binding er eventueel aan verbonden zou moeten zijn. Groeperingen die dat willen, kunnen dus ervoor kiezen om dat model te volgen, maar optioneel. Dat wou ik toch nog even naar voren halen, omdat dat voor mij heel belangrijk is. Ik zou ook in die Aanwijzingen een soort van keuzemenu willen inbrengen. Je kunt kiezen voor een sterke mate van binding of voor een lichtere mate van binding. Daar bestaan dan verschillende bepalingen voor. Je kunt kiezen bepaling 1a of bepaling 1b. Dat is iets wat volgens mij ook extra waarde biedt ten opzichte van gewone wetgeving, omdat de gewone wetgever dat soort keuzes natuurlijk niet kan laten. Prof. Vranken wijst er verder nog op dat ik mijzelf en de andere wetenschappers vergeten ben. Ik had mijzelf niet direct een rol in het te vormen instituut voor rechtsvorming willen toedelen, maar ik denk wel dat een verzoek om daar aan mee te doen welwillend ontvangen zou worden. Verder ben ik blij dat Vranken pleit voor steun voor vraagpunt 7.

Ik stap over naar Van Ommeren, mevrouw de Voorzitter. Ik pik er twee punten uit. Ten eerste misschien wel de verwondering, of verbazing, bij Van Ommeren, dat de exercitie zoals ik die heb uitgevoerd, in wezen een is die in het staats- en bestuursrecht jaren geleden al gebeurd is, waar het gaat over beleidsregels. Ons past bescheidenheid in het civiele recht, zoals ik heb geconstateerd. Wij lopen op dit terrein ver achter, we hebben nog heel veel in te halen. Het fraaie is dan wel dat je dan kunt voortbouwen op wat er op die andere terreinen al bekend is. Ik heb zelf het idee dat ik behoorlijk wat gebruikt heb van wat er uit bestuursrechtland bekend is, maar ik realiseer mij wel dat ik inzake beleidsregels misschien wat heb laten liggen. Dat is waarschijnlijk, ik schuif de schuld gewoon door, te wijten aan mw. Teuben, die hier vanochtend ook sprak, omdat zij rechtersregelingen geanalyseerd heeft binnen het kader van beleidsregels. Dat heeft zij zo prachtig gedaan dat ik niet de behoefte voelde om dat nog een keer over te doen. Maar daar heb ik wel de denkfout gemaakt om vervolgens het thema beleidsregels helemaal te parkeren. Ik geef u graag mee dat dat iets is waar ik misschien toch meer mee had moeten doen.

Dan het tweede punt, de praktische kant en de vrijblijvendheid die zit in de keuze om het optioneel te laten. U zegt echter ook: is het niet te abstract, met teveel tussenstappen en is het terrein niet te breed? Ja, misschien wel allemaal, maar misschien heb ik ook juist daarom deze keuze gemaakt. Omdat het terrein zo breed is dat ik niet kan overzien wat voor dat hele terrein goed zou zijn, heb ik de keuze gemaakt om het optioneel te laten. Omdat misschien nog heel veel tussenstappen nodig zijn, is er de keuze om het optioneel te laten. Omdat het nog zo abstract is, is er de hoop dat een aantal van die zelfreguleerders vervolgens met die Aanwijzingen aan de haal gaan om het concreter te maken, maar zover zijn we nog niet. Ik hoop echter wel dat we daar toe gaan komen. De keuze om voor de keuze optie te gaan, het optionele instrument, ligt precies in de problemen die er nog schuilen in de reikwijdte van het begrip, etc. En ik hoop dus, en dan kom ik weer terug op het eerste punt, dat die Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving, als een soort model kunnen gaan dienen voor die groeperingen, die van tevoren duidelijkheid, helderheid, willen. Ik hoop dat we langzaam een 'body of knowledge' gaan opbouwen over hoe we daar mee omgaan en dan hoop ik vervolgens dat de ambtenaren bij u op de afdeling er misschien toch wel iets aan zouden willen gaan doen.

Tot slot misschien nog een opmerking over de interventie van de heer Sturkenboom, omdat mij één ding opviel, namelijk de suggestie dat in het gebruik van de term alternatieve regelgeving een diskwalificatie zou zitten. Ik gebruik niet dat dat erin te lezen is, want dat is in het geheel niet de bedoeling geweest. Alternatieve regelgeving is een realiteit waar we, zelfs als we er negatief tegenover zouden staan, vanuit moeten gaan, waar we iets mee moeten. Ik heb geen enkel negatief gevoel ten opzichte van die alternatieve regelgeving.