

## De Hoge Raad versus de wetgever: wie hoedt het privaatrecht?

NTBR 2014/26

Redactioneel

Het is een 'evergreen' in het juridische domein, de wisselwerking tussen wetgever en de civiele rechter als het om rechtsvormende taken gaat.<sup>2</sup> De theorie is helder: de wetgever heeft uiteindelijk de macht in handen, de wetgever bepaalt hoe het civiele recht erbij staat. De praktijk, zeker in het vermogensrecht, is echter anders, en hardleers daarin: de civiele rechter vindt en vormt het recht waar dat nodig is. De verhoudingen tussen de twee rechtsvormers zijn verder echter zeer vriendelijk en voorkomend; er valt eigenlijk geen onvertogen woord. De rechter is immers gehecht aan een goede verstandhouding met de wetgever. En dus worden de (door de hoogste rechter noodzakelijke geachte) wijzigingen in de rol en taak van de hoogste rechter keurig via adviescommissie, inspraak en invoering via de wetgever gespeeld, zoals de totstandkoming van de regeling inzake de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en van art. 80a RO laat zien. En als er al eens een botsing dreigt, dan trekt de rechter zich meestal terug.<sup>3</sup> Een bekend voorbeeld daarvan is het veelbesproken *Kindertaxi*-arrest.<sup>4</sup>

Slechts een enkele keer is in de laatste decennia de verhouding tussen de rechtsvormende partijen écht op scherp gezet. Het bekendste voorbeeld betreft een belastingzaak waarin de wetgever te horen kreeg van de Hoge Raad dat als er nu niet 'met de nodige spoed' een wetsontwerp ontworpen zou worden om de geconstateerde strijd met het discriminatieverbod op te heffen, de Raad dan een volgende keer alsnog zelf zou gaan ingrijpen door een eigen keuze te maken.<sup>5</sup> De laatste maanden is dit alles echter anders, en is er gedoe, zo lijkt het. Ik noem twee voorbeelden, uit een periode van zeven maanden.

Eerst was er de prejudiciële vraag over het bewijsbeslag, en of zoiets mogelijk was in niet-IE-zaken.<sup>6</sup> Ja, oordeelt de Hoge Raad met voelbare tegenzin en ergernis. Ergernis omdat men vond dat de wetgever dit had moeten regelen. Maar de wetgever had eerder al besloten dat dit thema 'aan de praktijk' moest worden overgelaten, waarna van de zijde van de Hoge Raad de volgende uitbrander langskomt in r.o. 3.5:

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

Vooraf dat 'kennelijk de voorkeur' heeft iets stekeligs, vindt u niet? En daar bleef het niet bij. In het redelijke termijn-arrest<sup>7</sup> van 28 maart jl. gebeurt namelijk iets soortgelijks, in r.o. 3.13:

"Nu aangenomen moet worden dat niet binnen afzienbare tijd wetgevingsinitiatieven voor vergoeding van schade wegens overschrijding van de redelijke termijn in civiele procedures zijn te verwachten (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder nrs. 4.39 en 4.40), rijst de vraag of een gelijksoortige

1 Citeerwijze: I. Giesen, 'De Hoge Raad versus de wetgever: wie hoedt het privaatrecht?', NTBR 2014/26, afl. 6.

2 Zie nader I. Giesen & H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)', AA 2006/3, pp. 159-172, waarbij ik hier deels aanhaak.

3 Dat was ruim 25 jaar geleden ook al zo, zie H.C.F. Schoordijk, 'De rechtsvormende taak van de burgerlijke kamer', in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1988, p. 53-54.

4 HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Kindertaxi*).

5 Zie HR 12 mei 1999, BNB 1999/271, r.o. 3.18; AA 1999, p. 668, m.nt. Zwemmer.

6 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:829958. Zie L.P. Broekveldt, 'Algemeen bewijsbeslag: tekort in huidig recht (art. 730 Jo art. 843a Rv) én in komend recht', NTBR 2013/15.

7 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736.

voorziening [als in het bestuursrecht, IG] dient te worden opengesteld binnen procedures voor de burgerlijke rechter – waaronder de onderhavige procedure –, in de plaats van of naast de reeds thans bestaande mogelijkheid om in een afzonderlijke procedure tegen de Staat schadevergoeding uit onrechtmatige daad te vorderen.”

Opnieuw spat van het scherm dat de Raad vindt dat de wetgever hier (eerder) actief had moeten worden, en enkel en alleen omdat dat toch niet is gebeurd, is de Hoge Raad bereid de kwestie zelf aan te pakken. De aloude vriendelijkheid en voorkomendheid is intussen even naar de achtergrond verdrongen...

Spannend is natuurlijk de vraag wat hier achter schuil gaat. Hoe zijn deze verwijten te duiden en waarden? Als op termijn de archieven van de Hoge Raad met betrekking tot deze zaken open gaan, kunnen we wellicht precies de vinger op de zere plek leggen; tot die tijd kunnen we slechts speculeren. Gezien het belang van de 'rechtsvormende verhoudingen' (de 'trias politica' immers) is dergelijke speculatie echter nu al meer dan gerechtvaardigd. Ik bied u hier dan ook twee van mijn gedachtenspinsels.

Denkbaar is ten eerste dat de Hoge Raad, de civiele kamer althans, besloten heeft te trachten de wetgever 'scherp' te houden. Nu al jaren meer en meer aandacht naar het strafrecht uitgaat en het privaatrecht nogal stiefmoederlijk bedeed wordt op (en door) het departement (de V van 'veiligheid' staat onmiskenbaar voorop) is de achtergrond en noodzaak daarvan wel in te zien. Er liggen immers ook op het terrein van het privaatrecht kwesties voor die wetgevend ingrijpen nodig hebben. Minder voor de hand liggend, maar wel veel interessanter is de gedachte dat de Hoge Raad (bewust) wat meer afstand wenst te nemen van de traditionele verhoudingen als het om rechtsvorming gaat. Nu we art. 80a RO en de regeling van prejudiciële vragen hebben, kan de Hoge Raad veel eerder en vaker gelegitimeerd 'zijn rechtsvormende ding' doen. Staat daarmee dus ook de trias onder druk? Zeker wel, in theorie. Maar laten we eerlijk zijn, in de civielrechtelijke praktijk is die trias al jaren (grofweg in elk geval sinds 1992) verwaterd tot een nogal slap aftreksel van wat deze ooit aan afbakening te bieden had. De wetgever is gewoon niet erg actief en laat de rechter begaan. Het om onverklaarbare redenen bevroren van de beoogde wijziging van de exhibitieplicht van art. 843a Rv getuigt van het eerste.<sup>8</sup> En dat de wetgever de rechter gewoon laat begaan, blijkt uit de brief die de minister op 20 december 2013 aan de Tweede Kamer stuurde naar aanleiding van vragen uit de Kamer over het genoemde bewijsbeslag-arrest: de wetgever gaat ook na het arrest die materie niet nader ter hand nemen.<sup>9</sup>

Tsja, als de wetgever zo met de verdere uitbouw en verbetering van het privaatrecht wenst om te gaan, dan vraagt hij er ook om dat de rechter die nu nog 'slechts' sneren uitdeelt en vervolgens gewoon zelf knopen doorhakt, de wetgever straks wellicht helemaal negeert. Voordeel: zo is ook meteen de werkverdeling qua rechtsvorming duidelijk. De wetgever regelt het publiekrecht, en de Hoge Raad hoedt onze civielrechtelijk schaapjes. Eigenlijk is dat wel een comfortabele gedachte...

<sup>8</sup> Sinds januari 2012 ligt de toch vooral technische wijziging van wetsvoorstel 33 079 stil.

<sup>9</sup> Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 184.