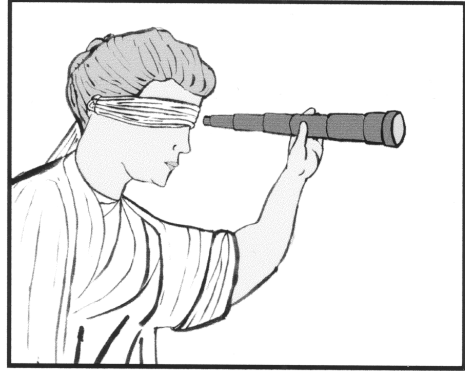


Rode draad 'Raad en Daad: Over rechtsvorming door de Hoge Raad'



Samenwerking bij rechtsvorming

DE INSTELLING VAN EEN PERIODIEK OVERLEG VAN RECHTSVORMERS (POR)

Prof. mr. I. Giesen, mr. H.N. Schelhaas*

Rechtsvorming in Nederland is grotendeels afhankelijk van toeval. Wil de wetgever optreden of niet? Is een procespartij voldoende strijdvast om de Hoge Raad in te roepen of niet? Bovendien is de onderlinge verhouding tussen de belangrijkste rechtsvormers (wetgever en Hoge Raad) op zijn minst ondoorzichtig; wie heeft voorrang, wie krijgt voorrang en waarom? In deze bijdrage wordt het spanningsveld tussen de rechtsvormers belicht. Het blijkt dat wetgever en Hoge Raad elkaar steeds dichter naderen. Daarom wordt in deze bijdrage voorgesteld een overlegorgaan tussen beide rechtsvormers op te richten. Dit 'Periodiek Overleg van Rechtsvormers' (POR) moet problemen in de rechtsvorming het hoofd bieden. De taken, bevoegdheden, procedures, et cetera van dat instituut worden in de onderstaande bijdrage geschetst.

1 INLEIDING

1.1 *Twistpunten over rechtsvorming*

Dat de (civiele) rechter, en dan met name de Hoge Raad, aan rechtsvorming doet, en zo de rechtsontwikkeling stuurt en beïnvloedt, wordt algemeen erkend.¹ Algemene onenigheid bestaat echter over de (gewenste) reikwijdte van rechtsvorming door de Hoge Raad. Een belangrijk meningsverschil betreft daarbij de vraag of en in hoeverre de hoogste rechter zich primair of louter over het specifieke geschil zoals dat voorligt, zou mogen uitspreken, dan wel of hij ook verder mag gaan of

zou moeten gaan, en uitspraken zou moeten doen die bewust de grenzen van het geschil overstijgen.²

Een tweede twistpunt, nauw aan het vorige verbonden, betreft de vraag hoe ver de rechtsvormende taak van de rechter reikt ten opzichte van de andere rechtsvormer, de wetgever. De stelling dat de wetgever de uitsluitend verantwoordelijke actor zou zijn voor de rechtsvorming, is achterhaald. Veel eerder is sprake van een gedeelde verantwoordelijkheid of volgens sommigen zelfs van een gedeels naar de rechter verschoven taak.³ Maar tot waar die macht van de rechter dan precies reikt, staat ter discussie. Staat het hem bijvoorbeeld vrij

* Ivo Giesen is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht. Harriët Schelhaas is advocaat te Amsterdam en honorair seniordocent aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht.

1 Wij noemen hier slechts W.D.H. Asser, 'Over rechtsvorming door de Hoge Raad', *Ars Aequi* 2005, p. 223, met verdere verwijzingen. Deze erkenning dateert van ongeveer het derde kwart van de vorige eeuw, zie nader S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 747-748.

2 Zie laatstelijk nog in deze Rode Draad: C.H. Sieburgh, 'Het civiele parket bij de Hoge Raad. Het juiste midden?', *Ars Aequi* 2005, p. 911. Een onzer heeft al eens eerder een poging gewaagd

om het aanhaken bij een bestaand individueel *geschil* als het om rechtsvorming gaat, te doorbreken, zie I. Giesen, 'De "achterblijvers" van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen', *WPNR* 6494, p. 447 e.v., met reacties en naschriften in *WPNR* 6498 en 6507, en recent nogmaals aandacht gevraagd voor de problemen die de gerichtheid op individuele zaken met zich brengt, zie zijn redactioneel 'Golvende rechtsontwikkeling', *AV&S* 2006, p. 1.

3 Asser, *t.a.p.*, p. 224. Op p. 229-230 plaatst Asser deze vraag in het licht van wat dan wel genoemd wordt het 'institutionele moment': welke positie neemt de ene rechtsvormer in ten opzichte van de andere rechtsvormer?

recht tegen bestaande wettelijke bepalingen in te gaan, en de (ratio der) wet opzij te zetten? Algemeen wordt erkend dat de rechtsvormende bewegingen van de Hoge Raad noodzakelijk en onvermijdelijk zijn, maar ook gevaaren met zich brengen, vooral als een en ander resulteert in *contra legem* jurisprudentie, rechtspraak die tegen de wet in gaat. Maar waarom is een rechtsvormende Hoge Raad dan werkelijk problematisch?

1.2 Waarom is het probleem een probleem?

Tegen de rechtsvormende, of wetgevende, taak van de Hoge Raad wordt een aantal vaak terugkerende bedenkingen geventileerd. Bij het weergeven van de belangrijkste bezwaren, verlaten wij ons voor het grootste deel op hetgeen Wiarda (bewerkt door Koopmans) te dien aanzien reeds fraai optekende.⁴

Een eerste voor de hand liggende tegenwerping tegen een rechtsvormende rechter, is dat dit het vast verankerde principe van de scheiding der machten doorbreekt. Het is de bedoeling dat enkel de wetgevende macht wetten maakt. Hij is door de maatschappij en het democratisch proces ook geautoriseerd om bepaalde keuzes in zijn wetgeving te maken. De rechter past die wetten vervolgens politiek-neutraal toe. Die scheiding der machten is er niet voor niets en is onder meer bedoeld om de rechter volstrekt onafhankelijk en neutraal te maken. Zo wordt voorkomen dat hij voor één bepaald geval de wet voorschrijft en wordt ervoor zorg gedragen dat zijn oordelen eerlijk en neutraal zijn. Deze neutraliteit is een groot goed en de basis voor een betrouwbare rechtsprekende macht. Zij wordt nog steviger verankerd door de rechter voor het leven te benoemen en hem geen verantwoording schuldig te laten zijn aan enig (politiek) overheidsorgaan. Dat maakt hem inderdaad onafhankelijk, maar tegelijkertijd ook zeer machtig. Die volledige onafhankelijkheid is in beginsel niet gevaarlijk, zo lang de rechter louter mechanisch het objectieve recht toepast. De theorie is dat hem bij het toepassen van de wet geen politieke, morele of sociale bewegingsvrijheid toekomt, hij zijn macht dus niet kan misbruiken en dat daarom (politieke) controle niet alleen ongewenst, maar ook onnodig is. De rechter stelt zelf niet de wet, maar past hem slechts toe. Maar indien de rechter wél zelf de regels zou creëren, zou de neutraliteit in gevaar kunnen komen en zouden de fundamenten onder de recht-

sprekende macht worden aangetast. Wiarda/Koopmans concludeert dan ook dat:

'[...] volstrekt onafhankelijke rechters die op het terrein van hun werkzaamheid tevens als wetgevers optreden, met overheidsmacht uitgeruste arbiters, die als goede mannen naar billijkheid oordelen, in de met onze staatsvorm verbonden ordening der machten moeilijk kunnen worden aanvaard.'⁵

Het creëren van eigen recht door een rechter, doorkruist dus de scheiding der machten en is daarom gevaarlijk. Wij voegen hier nog aan toe dat zulks tevens een bevoegdheidsprobleem oplevert: op welk vlak mag de rechter recht vormen en op welk vlak de wetgevende macht? Kan of moet een rechter een bepaalde kwestie onberoerd laten als hij bijvoorbeeld weet dat een wet in voorbereiding is? En andersom: mag hij tegen een wettelijke bepaling ingaan indien deze hem niet bevalt? Moet de wetgevende macht inderdaad voorrang krijgen bij botsende visies? Indien de scheiding der machten wordt doorbroken, zijn dit moeilijk te beantwoorden kwesties. Bij dit alles komt nog dat de rechter niet de – politieke – legitimatie heeft om het recht vast te stellen en op te leggen aan de maatschappij.⁶ Waar een regering zich bij het bepalen van een morele koers – idealiter – gesteund weet door een democratische meerderheid van stemmen, kan de Hoge Raad zich bij het doorhakken van een moreel/ethische/rechtspolitieke knoop niet verlaten op legitimatie van de samenleving. Integendeel, van hem wordt juist verwacht dat hij zijn eigen morele oordeel uit schakelt bij zijn rechtsprekende taken en zich louter bezig houdt met de handhaving van het geldende recht.⁷

Een tweede bezwaar dat tegen het vrijelijk vaststellen van regels door de rechter wordt aangevoerd, is dat het leidt tot willekeur, mede omdat enige (parlementaire) controle ontbreekt en de rechter door geen enkel ander gremia ter verantwoording kan worden geroepen.⁸ Montesquieu meende al dat dit verderfelijk is en tot een *état despotique* zal leiden, waarin de rechter louter op basis van zijn persoonlijke mening en visie willekeurig en arbitrair oordeelt.⁹ Als bijkomend nadeel wordt nog genoemd dat de Hoge Raad zich op het punt van rechtspolitieke argumenten niet in de kaarten laat kijken.¹⁰ Dit leidt tot onvoorspelbaar-

4 G.J. Wiarda, bewerkt door T. Koopmans (hierna: Wiarda/Koopmans), *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 79 e.v.

5 Wiarda/Koopmans, *a.w.*, p. 81.

6 Wiarda/Koopmans, *a.w.*, p. 79. Zie verder Asser-Vranken, *Algemeen deel**, Deventer: Kluwer 1995, nr. 74-79 en nr. 183 voor de staatsrechtelijke complicaties van een rechtsvormende Hoge Raad.

7 T. Koopmans, 'De constitutionele kant van de rechtsvinding', in: E.S.G.N.A.I. van de Griend & B.W.N. de Waard (red.),

Rechtsvinding, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 5, voegt hieraan toe dat rechters deel uitmaken van de professionele middengroepen en dat hun waardeoordelen dus worden beïnvloed door hun subjectieve sociaal-culturele achtergrond.

8 Zie onder meer de beschrijving in Wiarda/Koopmans, *a.w.*, p. 13-14 en 77-82 en Koopmans, *t.a.p.*, p. 5.

9 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, VI, 3.

10 Zie o.m. Asser-Vranken, *Algemeen deel****, Deventer: Kluwer 2005, nr. 24 e.v.

heid van rechterlijke uitspraken, en dus tot rechts-onzekerheid. Zulks klemt te meer indien de rechter bestaande regels negeert en *contra legem* oordeelt. Een Hoge Raad die grillig recht spreekt en onvoorspelbaar is, dient de rechtseenheid niet en creëert uiteindelijk chaos.

In de derde plaats wordt wel betoogd dat de rechter niet geoutilleerd en ingesteld is om regels te maken die de concrete situatie overstijgen.¹¹ Hij heeft als taak oplossingen te geven voor concrete problemen en wordt bovendien beperkt in zijn vrije beoordeling door zijn afhankelijkheid van hetgeen partijen aandragen.¹² Dit betekent dat hij zich naar zijn aard zal concentreren op concrete problemen. Uit zijn taak vloeit dus voort dat hij minder oog heeft voor de lange termijn consequenties van zijn uitspraak en de reikwijdte van zijn uitspraak voor andere gevallen. Bovendien ontbeert hij een noodzakelijk (ambtelijk) apparaat om bepaalde politiek/morele kwesties gedegen te documenteren en te onderzoeken (bijvoorbeeld op sociaal of economisch vlak) of advies te geven over bepaalde kwesties.

Uiteraard is tegen bovenstaande bezwaren het een en ander in te brengen. Zo is het kortzichtig om te veronderstellen dat de rechter de wet slechts behoeft toe te passen op een concreet geval. De wet laat namelijk op veel plaatsen beoordelingsvrijheid toe. Open normen zoals de maatschappelijke betamelijkheid uit artikel 6:162 BW, de verkeersopvattingen van artikel 6:74 BW en de redelijkheid en billijkheid uit artikel 6:2 BW en 6:248 BW, laten veel ruimte voor morele oordelen. Dat is ook noodzakelijk, omdat de wet flexibel en passend moet zijn voor elk concreet geval. Maar het bovenstaande maakt wel duidelijk dat de rechtsvormende taak van de rechter, met name indien deze zich tegen de (bedoeling) van een wettelijke bepaling verzet, principiële bezwaren met zich brengt.

1.3 De insteek van deze bijdrage

Binnen het hiervoor geschetste veld van problemen, spanningsvelden en meningsverschillen, zijn wij gevraagd om ons uit te spreken over de mogelijkheid en juistheid van het gegeven dat de rechter zich in meerdere of mindere mate uitspreekt over (wettelijke) regels en de gevolgen daarvan. Die mening zou, denken wij, hoogstens de zoveelste korrel zand in een zandbak van meningen vormen. Daarom leek het ons zinvoller de discussie iets te verleggen. Wij concentreren ons op de vraag of er wellicht manieren bestaan om de hierboven opge-

worpen vragen en bezwaren tegen een rechtsvormende rechter te omzeilen.

Toegespitst op het hierboven aangeboorde punt van de verhouding tussen rechter en wetgever met betrekking tot rechtsvorming, komt een poging om moeilijke principiële vragen te omzeilen neer op een (poging tot) 'verzoening' tussen wetgever en rechter op het gebied van de rechtsvorming. Het is naar ons inzicht wenselijk dat zij hier een 'pact' sluiten, geen machtsstrijd meer uitvechten, elkaar niet (onnodig) beconcurreren, maar samenwerken. Is een vorm van samenwerking tussen rechter en wetgever waardoor competentieperikelen et cetera verdwijnen, denkbaar, haalbaar en mogelijk? Dat zullen we in het hierna volgende proberen te achterhalen.

Wij bespreken eerst de achtergronden, belangen en posities van de mogelijke partners bij een mogelijke samenwerking op rechtsvormend vlak (§ 2), gaan vervolgens kort in op de huidige verhoudingen tussen die betrokkenen (§ 3), en werken daarna een voorstel tot samenwerking tussen de diverse rechtsvormers uit (§ 4). Een korte conclusie besluit deze bijdrage (§ 5). Gezien de achtergrond van beide auteurs, noemen wij voornamelijk voorbeelden en kwesties uit privaatrechtelijke hoek. Dit betekent echter niet dat ons betoog zich louter beperkt tot het privaatrecht: onze aanbevelingen hebben een bredere context en zijn in beginsel bedoeld voor het gehele rechtsverkeer. De privaatrechtelijke voorbeelden dienen hier slechts als illustratiemateriaal.

2 POSITIONERING VAN DE PARTNERS BINNEN DE SAMENWERKING

2.1 *Introductie: wie zijn de mogelijke partners?*

Om de (mogelijkheid van) samenwerking tussen rechtsvormers adequaat te kunnen positioneren en beoordelen, is het goed te proberen iets meer te weten te komen over de partijen die tot de beoogde samenwerking (zouden) moeten komen. In eerste instantie moet dan worden stil gestaan bij de meest in het oog springende rechtsvormers, namelijk de wetgever en de rechter. Wat beweegt en drijft hen, hoe staan zij ten opzichte van rechtsvorming, wat zijn hun doelen en hun belangen?¹³ Van daar uit kan dan bezien worden hoe een en ander op elkaar is af te stemmen (§ 3). Om het beeld compleet te maken introduceren wij echter ook nog een derde en vierde gesprekspartner die beide een partij mee

11 Zie uitvoeriger Wiarda/Koopmans, *a.u.*, p. 78.

12 Zie over het feit dat de rechter in beginsel streeft naar oplossingen voor een concreet geval ook Asser-Vranken, *Algemeen deel****, nr. 11 en 12. Daarom, zo stelt Vranken, worden bij de uitoefening van de rechtsvormende taak argumenten die het

individuele geval overstijgen, doorgaans niet aangevoerd in een procedure. Dit heeft natuurlijk consequenties voor de inhoud van het oordeel van een rechter die rechtsvormend bezig is.

13 Daarbij is het regelmatig onvermijdelijk om sprekend over de ene rechtsvormer ook al in te gaan op de ander.

zouden willen blazen als het over rechtsontwikkeling gaat, namelijk de doctrine en de praktijk. De reden daarvoor is dat die doctrine en praktijk, naar het zich laat aanzien, ook steeds belangrijker worden voor de rechtsvorming en de rechtsontwikkeling.

2.2 De wetgever

Het behoeft geen betoog dat de wetgever van oorsprong de belangrijkste rechtsvormer is. Hij heeft de wetten (zoals het Burgerlijk Wetboek in 1992) en het wettelijk systeem ontworpen en zo het kader aangegeven waarbinnen de rechter mag en kan opereren. Nieuwe wettelijke bepalingen komen niet dan na een uitgebreide parlementaire controle en discussie tot stand. Behalve de puur nationale wetgever, is de laatste decennia de Europese wetgever steeds belangrijker geworden. Europa bepaalt voor een steeds aanzienlijker deel de rechtsvormende agenda. Op het gebied van het privaatrecht zijn regels over algemene voorwaarden, productaansprakelijkheid, e-commerce, koop en consumentenkoop en garanties afkomstig van de Europese rechtsvormer.¹⁴

Soms zijn deze nieuwe regels niet werkelijk nieuw, en is de rechtsvorming te danken aan een andere actor. Zo is een aantal uitspraken van de Hoge Raad omgezet in een artikel in het nieuwe BW, zodat de wetgever niet werkelijk het recht 'vormde', maar slechts bestaande regels codificeerde. Als voorbeeld moge het arrest Lindenbaum/Cohen dienen, op grond waarvan de maatschappelijke betamelijkheid als onrechtmatigheidsgrond zijn intrede in het nieuwe BW (art. 6:162) deed.¹⁵ Maar voor zover deze wettelijke bepalingen werkelijk nieuwe regels of tendensen vastleggen, is sprake van rechtsvorming door de traditionele 'wetgevende' rechtsvormer.

De wetgever realiseert zich dat hij niet de enige rechtsvormer is. Nadrukkelijk heeft de wetgever bijvoorbeeld op diverse plekken in het Burgerlijk Wetboek vage normen opgenomen, om de rechtsontwikkeling te faciliteren en ruimte te geven aan rechterlijke rechtsvorming.¹⁶ Van een wettelijke re-

geling voor de precontractuele goede trouw heeft de wetgever zelfs expliciet afgezien, om de 'rechtsontwikkeling' ruim baan te geven.¹⁷ Bovendien worden baanbrekende, en dus rechtsvormende, rechterlijke uitspraken nauwellettend gevolgd en wordt ook gereageerd op tendensen in de jurisprudentie. Naar aanleiding van diverse uitspraken van met name de Hoge Raad werd een wordt herhaaldelijk de vraag gesteld of een rechtsvormende Hoge Raad bij bepaalde kwesties een halt moest worden toegeroepen ten faveure van de wetgever, om zo ongewenste rechtsvormende ontwikkelingen in de rechtspraak tegen te gaan. Wij wijzen in dit kader bijvoorbeeld op het inmiddels ter ziele gegane Wetsvoorstel Verkeersaansprakelijkheid. De intrekking van dat voorstel vormde een reactie op de zeer vergaande slachtofferbeschermende regels die de Hoge Raad eerder had vastgesteld.¹⁸ Voorts wijzen wij op de recente *Baby Kelly*-uitspraak over de toelaatbaarheid van *wrongful life* vorderingen,¹⁹ die al in feitelijke aanleg²⁰ aanleiding heeft gegeven tot kamervragen. Moest de wetgever de rechtsvormende Hoge Raad niet corrigeren, en zelf sturend te werk gaan? Neen:

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

zo wordt van de zijde van de regering gerepleeerd.²¹ De Franse wetgever deed dat overigens wel. Naar aanleiding van de erkenning van een *wrongful life* vordering door de *Cour de Cassation* in de zaak Perruche van 17 november 2000, reageerde de wetgever in ras tempo door op 4 maart 2002 een nieuwe wet aan te nemen die *wrongful life* vorderingen juist onmogelijk maakte.²² De rechtsvormende hoogste Franse rechter heeft zo het onderspit gedolven ten opzichte van het primaat van de wetgever.

Van nog recenter datum zijn de kamervragen naar aanleiding van een arrest van het Hof Arnhem, dat oordeelde dat een vrijwilliger ook gebruik kan maken van de aansprakelijkheidsregel voor een

14 Zie bijv. de speciaal van het *NTBR* van december 2004 over de invloed van Europees privaatrecht op allerlei deelterreinen van het Nederlandse privaatrecht.

15 In de woorden van J.H. Nieuwenhuis, 'De kunst van het zaklopen', *NJB* 2000, p. 687: 'De hoogste staat van genade die een arrest van de Hoge Raad kan bereiken, is te worden verheven tot wet.' Als voorbeelden noemt hij de overgingen uit Lindenbaum/Cohen (HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161), Damhof/Staat (HR 5 mei 1950, *NJ* 1951, 1) en Eelman/Hin (HR 11 december 1959, *NJ* 1960, 230, m.nt. LEHR), die allemaal een plek in het nieuwe BW hebben gevonden.

16 Vgl. Martens, *i.a.p.*, p. 748.

17 PG (Inv.) Boek 6, p. 1448.

18 Zie het toenmalige wetsvoorstel 25 759 uit 1997, en daarover bijv. *Asser-Hartkamp 4-III*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 214a.

19 HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 42. Zie recent ook de

Kamervragen naar aanleiding van een uitspraak van de Hoge Raad (HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 130 (Eternit/H) inzake een slachtoffer van asbest): *TK* 2005-2006, vraagnummer 2050604080.

20 Zie de Kamervragen van Dietrich naar aanleiding van de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage: de vraag wordt gesteld of art. 6:110 BW aangepast zou moeten worden om een claim van *wrongful life* uit te sluiten: *TK* 2002-2003, 1205, p. 2513.

21 *TK* 2004-2005, 29 323, nr. 11, p. 4.

22 Overigens is de onmiddellijke, en daarmee met terugwerkende kracht gepaard gaande invoering van die wet inmiddels in strijd bevonden met art. 1, Eerste Protocol bij het EVRM, het recht op eigendom, omdat zodoende een bestaande vordering 'ontnomen' is, zie EHRM 6 oktober 2005, appl. no. 1513/03 (Draon/Frankrijk) en EHRM 6 oktober 2005, appl. no. 11810/03 (Maurice/Frankrijk).

werkgever in geval een werknemer schade heeft geleden. De politiek vreesde dat door deze dreigende schadeclaims evenementen die drijven op vrijwilligers, in gevaar werden gebracht.²³

Samenvattend is de wetgever traditioneel dé rechtsvormer bij uitstek. Hij erkent echter ook dat de Hoge Raad rechtsvorming bedrijft. De wetgever vraagt zich constant af of bepaalde rechtsvormende acties, in de zin van baanbrekende jurisprudentie, van de Hoge Raad bijstelling behoeven. Dit brengt direct het spanningsveld tussen de beide rechtsvormers aan het licht.

2.3 De rechter

Met het voorgaande zijn we vanzelf bij die andere rechtsvormer, de rechter, aanbeland. De traditionele rol van de rechter is die van geschillenbeslechter in een concrete zaak. Voor de Hoge Raad ligt dit wellicht enigszins anders omdat hij zich vooral met abstracte rechtsvragen bezig houdt, maar ook die rechtsvragen vloeien uit concrete zaken voort, zodat ook op het hoogste niveau het individuele geval nog steeds de toon zet.²⁴ In de inleiding kwam echter al naar voren dat inmiddels ook breed erkend wordt dat de (civiele) rechter, en dan met name de Hoge Raad, zich niet beperkt tot individuele gevallen maar aan algemene rechtsvorming doet, en de rechtsontwikkeling in abstracto stuurt. Dat gaat thans inmiddels zelfs zo ver dat als over rechtsvorming wordt gesproken, het vrijwel automatisch over de positie van de rechter gaat. Ook kwam in de inleiding al naar voren dat er vervolgens onenigheid bestaat over hoe ver de rechtsvormende taak van de Hoge Raad dan reikt of zou moeten reiken. En daarmee betreden wij langzaam een spanningsveld: een de ene kant gaat het om uitspraken in concrete zaken en aan de andere kant om rechtsvorming op een algemeen niveau, via algemene regels.

Te dien aanzien heeft de Hoge Raad in het *Kindertaxi*-arrest²⁵ gedeeltelijk laten doorschemeren, voor zover dat mogelijk is in één arrest, hoe hij hier zelf tegenaan kijkt. Hij overweegt eerst nog vrij concreet naar aanleiding van het voorliggende geval (het betrof de vraag in hoeverre shockschade naar Nederlands recht voor vergoeding in aanmerking kon komen):

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

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

'Hoewel deze bepaling [art. 6:108 BW, *IG/HNS*] van tamelijk recente datum is [want ingevoerd is per 1-1-1992, *IG/HNS*], kan er grond bestaan om de redenen die tot de daarin neergelegde regeling van de schadevergoeding hebben geleid, te heroverwegen. Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij – zoals hier – in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen.'

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

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

Het is dus aan de wetgever – en niet aan de rechter – aldus de rechter zelf, om na te denken en te beslissen over het *systeem* van het recht, de *afbakening* van gevallen en de *gevolgen* van bepaalde besluiten (de rechtspolitieke grenzen daarvan, of: hoeveel is iets waard?). *Waarom* dat zo is, bespreekt de Hoge Raad verder niet. De Hoge Raad postuleert zijn in het citaat hierboven gegeven drie redenen namelijk in wezen als dogma's: eeuwigdurend, onveranderlijk en niet bespreekbaar.

Los van het gebrek aan werkelijke redengeving (die overigens strikt genomen niet nodig was, omdat het hier in eerste instantie om een concrete rechterlijke uitspraak ging), blijft staan dat de hoogste rechter, om de genoemde drie redenen onder één noemer te scharen, meent dat hij recht

23 Zie nader T. Hartlief, 'Kroniek Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *NTBR* 2005, p. 459.

24 Vgl. bijv. ook de bijdrage aan deze Rode Draad van Sieburgh,

t.a.p., p. 906 e.v.

25 Zie HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. JBMV (Kindertaxi).

moet doen in *een individueel geschil*.²⁶ Als dat een juist uitgangspunt is of zou moeten zijn, dan is het inderdaad niet aan de rechter om het systeem, de afbakening en de gevolgen van bepaalde keuzes door te rekenen.

De achterliggende en tegenwoordig steeds vaker gestelde vraag is echter of dit een gewenste situatie is: zou de rechter zich inderdaad moeten beperken tot rechtspreken in concreto in plaats van regelgeving in abstracto?²⁷ In dat kader is onzes inziens niet zonder belang dat de Hoge Raad steeds vaker 'vooropstelt' hoe de stand van zaken ten aanzien van een bepaald leerstuk luidt, zodat hij meer en meer algemene gezichtpunten (regels?) formuleert.²⁸ De Hoge Raad overschrijdt dus zelf ook al steeds vaker de grenzen van het individuele geschil door abstractere uitgangspunten, regels, te formuleren. Bovendien is niet onbelangrijk dat recent nog 'gelet op het belang voor de praktijk van de daarin aan de orde gestelde vraag' een cassatiemiddel wél werd behandeld waar dat cassatietechnisch niet nodig was.²⁹ De Hoge Raad voelde hier kennelijk, en terecht, de behoefte om nu al, nu de kans er lag, een regel te stellen. Voor de individuele rechtszoekende was dat niet nodig, maar dat was het volgens de Hoge Raad wel 'gelet op het belang voor de praktijk'. In dezelfde lijn past het oordeel dat diezelfde Hoge Raad nog recenter 'ten overvloede' gaf in een zaak over de toepassing van de regels inzake ongerechtvaardigde verrijking.³⁰

Deze ontwikkelingen, ook tezamen, zijn echter niet van dien aard dat nu al gezegd kan worden dat de Hoge Raad het uitgangspunt verlaat dat uitspraken louter op het individuele geval toegespitst moeten worden. Wellicht nuanceert de Hoge Raad dit uitgangspunt, maar meer ook niet. En daarmee staat vast dat de discussie over de rechtsvormende taak van de rechter nog niet op korte termijn zal verstommen. Maar wellicht dat het introduceren

van een vorm van samenwerking (§ 4) het dilemma tussen concrete rechtsbedeling en de behoefte aan het stellen van algemener normen (hoewel de wetgever daar misschien meer voor is aangewezen) kan beëindigen...

2.4 De doctrine

Zijn wetgever en rechter dan de enige rechtsvormers? Wel, rechtsvorming en rechtsvinding vinden in de woorden van Vranken plaats binnen het 'schema wetgeving-rechtspraak'. Dat wil zeggen dat elke beoogde verandering in het recht uiteindelijk door de een (wetgever) of de ander (rechter) 'geaccordeerd' lijkt te moeten worden om enige 'bindende kracht' te verwerven, om helderheid over de juridische stand van zaken ('wat is rechts?' te verschaffen. Om werkelijk iets te kunnen veranderen, is dus steeds de een of de ander nodig; elke wijziging zal door dit schema moeten.³¹ Dat betekent derhalve dat voor directe rechtsvorming door anderen dan de wetgever of rechter geen plek is, zodat de doctrine, maar ook de praktijk (zie § 2.5), niet als *directe* rechtsvormers te boek kunnen komen te staan.

Een en ander laat echter onverlet dat er wel een *indirecte vorm van invloed* en daarmee van (indirecte) rechtsvorming, door de doctrine mogelijk is. Dat wordt ook, hoewel niet per se in die woorden, erkend.³² Immers, door de doctrine kunnen oplossingen, ideeën, suggesties, et cetera worden aangeleverd aan wetgever en/of rechter die deze vervolgens kan omzetten in nieuw (gewijzigd) recht.³³ Dat die indirecte rechtsvorming bestaat, is overigens alleen maar toe te juichen. De doctrine is immers bij uitstek in staat om een bepaalde kwestie van een afstand, objectief en zonder vooraf gegeven beleidsdoelen in het achterhoofd te beschouwen, en om de wijziging van het systeem, de nieuwe afbakening en de verdere gevolgen van een veran-

26 Zie ook het 'jaarverslag' van de Hoge Raad: A.E.M. van der Putt-Lauwers (e.a.) (red.), *Verslag 2003 en 2004 in woord, cijfer en beeld*, Den Haag 2005, p. 8.

27 Zie het redactionele commentaar van I. Giesen, *t.a.p.* (AV&S 2006/1), p. 1 en J.B.M. Vranken en I. Giesen, 'Inleiding en verantwoording', in: idem (red.), *De Hoge Raad binnenste buiten*, Den Haag: Bju 2003, p. 11-12. Anders echter bijv. Sieburgh, *t.a.p.*, p. 906 e.v. Zie ook nog W.D.H. Asser, *t.a.p.*, p. 227: '[...] de voeten van het recht staan in de modder van de feiten'.

28 Zie bijv. recent: HR 12 augustus 2005, *RvdW* 2005, 93 (CBB/JPO), waar de Hoge Raad in r.o. 3.6 'voorop stelt' hoe het leerstuk over afgebroken onderhandelingen ervoor staat.

29 Zie HR 12 augustus 2005, *RvdW* 2005, 90 (X/Univé), r.o. 3.4.5: 'Het vorenoverwogene brengt mede dat de bestreden uitspraak niet in stand kan blijven en de onderdelen geen behandeling behoeven. De Hoge Raad zal niettemin onderdeel 4b bespreken, gelet op het belang voor de praktijk van de daarin aan de orde gestelde vraag.'

30 Zie HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 134 (Rohde Nielsen/De Donge), vooral r.o. 3.5 in vervolg op r.o. 3.4 waarin vastgesteld werd dat de klacht feitelijke grondslag miste.

31 Zie veel uitvoeriger Asser-Vranken, *Algemeen deel****, nr. 70-77.

32 Zie onder meer Asser-Vranken, *Algemeen deel****, nr. 71, waarin de wetenschap expliciet bij de rechtsvorming betrokken wordt ('in samenwerking met de juridische literatuur'). Zo ook W. van der Burg, *Dynamisch recht* (oratie UvT), Den Haag: Bju 2001, p. 7. T. Hartlief, 'Het aansprakelijkheidsrecht anno 2004: wat doet de Hoge Raad?', *AV&S* 2004, p. 240, laat zien dat de positie van de doctrine als rechtsvormer vooralsnog niet zodanig is dat nu al van een zelfstandige rol gesproken kan worden.

33 Recente voorbeelden betreffen de omgang met de korte verjaringstermijn in het arrest HR 31 oktober 2003, *RvdW* 2003, 169 (Saelman), welk arrest sterk geënt lijkt te zijn op een artikel van Smeehuijzen (L. Smeehuijzen, 'Het aanvangsmoment van de relatieve verjaringstermijn I en II', *WPNR* 6549 en 6550, p. 759-766 en 781-786) en de toenmalige manier van invulling van de 'omkeringsregel' in de November-arresten van de Hoge Raad van 29 november 2002 (*NJ* 2004, 304 en 305 m.nt. DA), die gebaseerd lijken te zijn op de oratie van Akkermans (A.J. Akkermans, *De omkeringsregel bij onzeker causaal verband*, Den Haag: Bju 2002).

derde opvatting te doordenken.³⁴ Intellectueel kunnen zowel wetgever als rechter dat natuurlijk ook, maar die hebben daar niet de menskracht en de tijd voor, of hebben anderszins teveel beperkingen (de rechter acht zich nu eenmaal nog steeds gehouden om recht doen in een individueel geval, zoals wij al zagen) of natuurlijke remmingen (in verband met hun taak, hun politieke kleur, et cetera).

Hoewel indirect, betekent de invloed die er te recht nu al is vanuit de juridische literatuur, dat het wenselijk lijkt om die de doctrine te betrekken bij een eventuele samenwerking om de verhouding tussen rechter en wetgever te veranderen, om de rechtsvorming minder conflictueus en om deze minder toevallig te laten verlopen. Hoe dat dan gestalte zou kunnen krijgen, laten wij hierna zien (§ 4).

2.5 De praktijk

De volgende vraag is of in het rijtje van rechtsvormers ook de praktizijn moet worden opgenomen. Deze vraag spitst zich doorgaans vooral toe op de rol van cassatieadvocaten. Zij zijn het immers die door hun cassatiepraktijk voorzetten geven aan de Hoge Raad. De Hoge Raad is voor zijn rechtsvormende taak dus – mede – afhankelijk van de cassatieadvocatuur. Zowel Polak³⁵ als Ynzonides,³⁶ beiden cassatieadvocaat, geven een bevestigend antwoord op de vraag of de cassatieadvocatuur ook als rechtsvormer moet worden beschouwd. De cassatieadvocaat bepaalt immers welke zaak voor de Hoge Raad wordt gebracht (in de woorden van Polak de 'zeeffunctie van de cassatiebalie') en lukt door de formulering van het cassatiemiddel al dan niet een inhoudelijke uitspraak van de Hoge Raad uit.³⁷ Dat is zonder meer waar, en indirect beïnvloedt hij dan ook de rechtsvorming.

Zijn andere practici ook rechtsvormend bezig? Dat is moeilijk te beoordelen, maar in ieder geval hebben ze wel invloed. Als voorbeeld kan het gegeven dienen dat de Hoge Raad zich de laatste jaren terughoudender is gaan opstellen bij de aansprakelijkheid van een werkgever voor schade bij zijn werknemers (art. 7:658 BW). Door menigeeen wordt gesuggereerd dat deze terughoudendheid zich mogelijk ten dele laat verklaren door de vrees van de Hoge Raad dat de verzekeraars zich anders

zouden terugtrekken van het gebied van de beroepsziekten.³⁸ Acties van de verzekeringspraktijk kunnen zo wellicht indirect de oordeelsvorming van de Hoge Raad beïnvloed hebben. Meer in het algemeen heeft de vraag of een risico (nog) verzekeraar is, invloed op het oordeel van de Hoge Raad over bijvoorbeeld de houdbaarheid van een exonerationclausule.³⁹ In die zin heeft de verzekeringsbranche dus invloed op het recht.

Ook de advocatuur, nog los van de cassatieadvocatuur, beïnvloedt de rechtsontwikkeling. Zo hebben de inspanningen van onder meer de Nederlandse Orde van Advocaten ertoe geleid dat de eventuele invoering van een *no cure no pay* systeem prominent op de politieke rechtsvormende agenda is geplaatst.⁴⁰ Een ander voorbeeld is de druk die vanuit de commerciële praktijk werd uitgeoefend om de stille cessie in te voeren.

Maar in deze gevallen is het nog steeds de wetgever en/of de Hoge Raad die uiteindelijk de regels stelt, en zij zijn dus degenen die werkelijk rechtsvormend te werk gaan. Het al genoemde schema 'wetgeving/rechtspraak' moet doorlopen worden: voor de bindende kracht van een regel moet uiteindelijk de rechter of wetgever zijn akkoord geven. Van een wezenlijke rechtsvormende positie van de praktijk, lijkt zodoende geen sprake te zijn. Dat is ook ten dele te verklaren door het feit dat praktijkjuristen altijd de belangen van één der partijen behartigen en dus altijd een gevaltypische en niet objectieve inbreng hebben.⁴¹ Van echte algemene rechtsvormende invloeden kan ook daarom naar onze mening nauwelijks sprake zijn.

3 DE VERHOUDING NU TUSSEN RECHTER, WETGEVER EN DOCTRINE

3.1 De huidige verhoudingen kenmerken zich door 'lief zijn voor elkaar'

In het voorgaande hebben wij een beeld geschetst van de diverse rechtsvormers. Maar hoe verhouden zij zich tot elkaar? Rijden zij elkaar wellicht ook in de wielen? De verhoudingen tussen de diverse rechtsvormers zijn op dit moment van dien aard dat elk van de betrokkenen vanuit de eigen positie het rechtsvormingsveld overziet, een eigen standpunt inneemt en dan afwacht. Voor de rechter

34 Daarbij is natuurlijk niet gezegd dat alles wat er vanuit de wetenschap naar voren wordt gebracht op alledrie de terreinen helemaal aan de maat is. Dat hoeft ook niet. De een zal meer vanuit het systeem denken, de ander meer vanuit de afbakening en weer een ander probeert de gevolgen in kaart te brengen.

35 M.V. Polak, 'Zeven, sluizen en incasseren: wat cassatieadvocaten bijdragen aan rechtsvorming door de Hoge Raad', *Ars Aequi* 2005, p. 423 e.v.

36 M. Ynzonides, 'De Hoge Raad is natuurlijk netter dan net, keuriger dan keurig' (interview), *Ars Aequi* 2005, p. 467.

37 Polak, *t.a.p.*, p. 427-429.

38 Zie recent nog Hartlief, *t.a.p.* (NTBR 2005/9), p. 459.

39 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 585 (Kuunders/Swinkels).

40 Dat was overigens tevergeefs: zie *TK* 2004/2995, 2988 VI, nr. 114 en 132: de minister handhaafde het verbod op het *no cure no pay*-systeem.

41 Zie verder R.S. Meijer, 'Kanttekeningen bij Vranken's privaatrechte(r)lijke methode', in: E.S.G.N.A.I. van de Griend & B.W.N. de Waard (ed.), *Rechtswinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 72.

geldt dit nog sterker: als een botsing dreigt, dan trekt de rechter zich meestal terug.⁴² De rechter die wordt gevraagd zich uit te spreken over de producten van de wetgever heeft zich slechts te houden aan één heldere grens: artikel 120 Grondwet, dat het rechterlijk toetsingsverbod van wetten in formeel zin bevat. Deze bepaling voorkomt overigens niet dat er afbakningsperikelen en competentiegeschillen ontstaan indien de Hoge Raad zich rechtsvormend opstelt. Tot directe botsingen komt het echter weinig tot niet, want meestal komt men er niet aan toe zich echt uit te spreken over wat de ander doet of gedaan heeft en of dat dan terecht was of niet.

Een voorbeeld van de rechter die zich 'terugtrekt', is te vinden in het al besproken *Kindertaxi*-arrest waarin de Hoge Raad de kwestie van (de soms onjuiste uitkomsten van) het systeem van ons schadevergoedingsrecht, en met name de artikelen 6:107 en 108 daarin, niet aanpakt.⁴³ Hetzelfde was enige jaren geleden zichtbaar bij de omgang met artikel 8 EVRM (recht op familieleven) in het Nederlandse personen- en familierecht, waarbij de Hoge Raad een aantal malen niet thuis gaf: werkelijk doorvoeren van hetgeen artikel 8 EVRM zou vergen, zou zijn rechtsvormende taak te buiten gaan.⁴⁴

Anderzijds grijpt de wetgever ook eigenlijk liever niet in als de hoogste rechter eenmaal iets besloten heeft. Los van de vele voorbeelden die te putten zijn uit de geschiedenis van ons nieuwe BW, waarbij de wetgever met regelmaat verwees naar de onderhanden zijnde rechtsontwikkeling in de rechtspraak, die zich dan nog verder zou moeten uitkristalliseren, noemen wij nogmaals de recente *wrongful life* zaak.⁴⁵ Direct na de uitspraak van de Hoge Raad in die zaak, werd geopperd dat niet de Hoge Raad het laatste woord zou moeten hebben, maar dat wellicht de wetgever zich nader daarover zou moeten uitlaten. De minister van Justitie liet echter weten dat niet nodig te achten.⁴⁶ Zoals in de vorige paragraaf aangestipt, houdt de wetgever de

rechtsvormende Hoge Raad nauwlettend in de gaten bij in het oog springende kwesties. Tot een interventie van de wetgever om een uitspraak van een rechter om te buigen en te corrigeren door een wet, is het echter zelden gekomen.

Dat alles laat natuurlijk onverlet dat er wel aan alle kanten veel in beweging is. De rechter moet immers vaak de wet op zijn minst verduidelijken, uitleggen wat er staat, althans wat er gelezen zou moeten worden.

'De rechter vult liever aan dan dat hij onbevredigend recht spreekt.'

om het met Schoordijk te zeggen.⁴⁷ Het beroemde *Des*-arrest en de daarin gekozen uitleg van artikel 6:99 BW (alternatieve causaliteit bij vele mogelijke producenten van een gevaarlijk medicijn), die menigeen wellicht verbaasde maar die op zich wel binnen de grenzen van het wetsartikel bleef, kan hier genoemd worden.⁴⁸ Dit past echter nog, als gezegd, binnen het 'gewone' patroon van wetgever en rechter die op elkaar reageren en elkaar bijsturen, het spel van 'uitleg van de wet'.

Uiteraard gebeurt het ook met enige regelmaat dat de rechter de wetgever wel 'aanvult', of eigenlijk: diens keuze aanpast of vervangt. Dat zijn de gevallen waarin 'enkel uitleggen' van de wet verwordt tot 'echt rechtsvormen'.⁴⁹ Waar de wetgever bijvoorbeeld koos voor een tweetal scherpe verjaringstermijnen voor schadevergoedingsvorderingen, heeft de rechter beide termijnen inmiddels ofwel opengebroken (de lange termijn) ofwel van een nieuw, in het geheel niet in de wettekst terug te vinden criterium voorzien (de korte termijn).⁵⁰ Interessant is daarbij overigens dat de Hoge Raad zich inzake de verjaringskwestie ten dele gesteund wist door een toen aanhangig wetsvoorstel dat ook de strekking had de meest scherpe kantjes van die scherpe termijnen te slijpen.⁵¹ Daarmee stond wel vast dat de rechter een vergelijkbare koers zou varen als de wetgever en qua rechtsvorming dus niet

42 Dat was overigens ruim 15 jaar geleden ook al zo, en is sindsdien dus niet bijgedraaid, zie H.C.F. Schoordijk, 'De rechtsvormende taak van de burgerlijke kamer', in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 53-54: '[...] de Hoge Raad wacht zich er angstvallig voor om de wetgever voor de voeten te lopen en een politieke rol te spelen door zonder dat zijn rechtsprekende taak hiertoe dwingt algemeen bindende regels te geven.'

43 Dat het ook anders kan, liet een onzer al elders zien, zie I. Giesen, 'Baby Joost', in: J.B.M. Vranken, *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Bju 2003, p. 15-30.

44 Zie verder Nieuwenhuis, *t.a.p.*, p. 688-689.

45 Zie § 2.2. hiervoor, HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 42, en de vele commentaren daarop waaronder G.A. Hartogh, *Schadevergoeding voor het leven?*, *Ars Aequi* 2005, p. 457 e.v.

46 Zie *TK* 2004-2005, 29 323, nr. 11, p. 4.

47 Schoordijk, *t.a.p.*, p. 54. Of dat (enkel) geschiedt om de wetgever te dwingen in te grijpen, zoals Schoordijk veronderstelt,

betwijfelen wij echter. Gezien de toch geringe mate van activiteit die de wetgever privaatrechtelijk ontplooit, zou het niet goed zijn daarop te gaan wachten.

48 Zie HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (Des).

49 Wij zijn ons uiteraard bewust van de zeer vloeiende overgang tussen uitleg en aanvulling. Beide kunnen wel onderscheiden, maar slechts zeer lastig gescheiden worden. Dat is ook niet nodig, zolang men de rechtsvormende taak van de Hoge Raad aanvaardt.

50 Zie HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (Van Hese/De Schelde) waaruit blijkt dat de lange termijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn; resp. HR 31 oktober 2003, *RvdW* 2003, 169 (Saelman) waaruit blijkt dat de verjaringstermijn begint te lopen op moment dat de benadeelde in staat is een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen.

51 Vgl. inmiddels art. 3:310 lid 5 BW (het wetsvoorstel had nummer 26 824).

tegen de schenen van de wetgever zou schoppen. Men zou ook kunnen zeggen dat wetgever en rechter hier elkaar op afstand ondersteunden.

Slechts een enkele keer wordt de verhouding tussen de rechtsvormende partijen écht op scherp gezet. Een voorbeeld betreft een belastingkwestie 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 strijd met het discriminatieverbod op te heffen, de Hoge Raad dan een volgende keer alsnog zelf zou gaan ingrijpen door een eigen keuze te maken.⁵² Alvorens daartoe over te gaan had de hoogste rechter al bedacht dat het zelf voorzien in een regeling weliswaar direct effectieve rechtsbescherming zou kunnen bieden, maar dat daarbij, gegeven de staatsrechtelijke verhoudingen, terughoudendheid zou passen.

En dan is er nog de positie van de doctrine binnen dit spel van soms onvermoede rechtsvormende krachten. Een enkele keer krijgt die doctrine, afhankelijk van het ingenomen perspectief, een 'helpende hand', dan wel een 'oorwassing' van de Hoge Raad. Dat was het geval in de zogenaamde November-arresten inzake de 'omkeringsregel' (de vaststelling van causaal verband tussen schade en onrechtmatige daad of wanprestatie) waarin de Raad meende en liet blijken dat de doctrine zijn eerdere rechtspraak blijkbaar niet gesnapt had en dus op het rechte pad gezet moest worden.⁵³ Dat de Hoge Raad zelf de lijnen niet helder had uitgezet en niet steeds zuiver oordeelde, werd echter verzwegen.⁵⁴ Het betreft hier dan ook een uitzondering, in beginsel treedt de Hoge Raad niet zelf in discussie met welke schrijver dan ook: er wordt van uitgegaan dat de P-G of A-G dit in zijn conclusie wel doet.

Ook de wetgever gaat eigenlijk vrij weinig in discussie met de literatuur, behalve wanneer een kamerlid naar een bepaalde publicatie verwijst en daarover of naar aanleiding daarvan vragen stelt. Verder volstaat men met een blik op wat de rechtspraak brengt of gebracht heeft op het terrein in kwestie en wordt een enkele schrijver genoemd zonder dat altijd duidelijk is waarom wel naar de een en niet naar de ander wordt verwezen.

3.2 Nieuw inzicht: een nog inniger omhelzing (meer samenwerking) is nodig

Tot nu toe zijn de rechtsvormers dus betrekkelijk 'gescheiden' door het juridische leven gegaan. Er zijn spanningen en bevoegdheidsproblemen te onderkennen (zie onder meer hetgeen wij hierover in paragraaf 1.2 opmerkten), maar beide rechtsvormers opereren betrekkelijk solitair. Daarin lijkt echter langzaam verandering te komen. Ook voor de rechtsvorming geldt namelijk dat 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' als nieuw inzicht en als de manier om toekomstige problemen aan te pakken, steeds meer voet aan de grond krijgt.⁵⁵ Volgens ons is rechtsvorming inderdaad een gezamenlijke verantwoordelijkheid en hebben zowel wetgever als rechter een taak in deze. Want natuurlijk moet de Hoge Raad de ruimte krijgen voor algemene bespiegelingen wanneer dat in een bepaald geval aangewezen is. En natuurlijk blijft de wetgever bij uitstek degene die de grote lijnen uitzet en knopen moet doorhakken bij bepaalde gevoelige morele kwesties. Zulks heeft soms een spanningsveld en een competentieprobleem tot gevolg, maar (en eigenlijk mede) juist daarom blijft rechtsvorming een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Deze vaststelling is niet zonder belang. Het leidt namelijk als vanzelf tot de conclusie dat samenwerking tussen de rechtsvormers dus wenselijk en zelfs noodzakelijk kan zijn. Dat past overigens in een bredere samenwerkingstrend die op diverse terreinen aan een opmars bezig is. Eenzelfde soort gezamenlijke verantwoordelijkheid wordt namelijk ook bijvoorbeeld voor het burgerlijk proces tussen twee procespartijen (en de rechter) gepropageerd.⁵⁶ Bovendien was ruim voordien al voor het vermogensrecht bepaald dat partijen in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding staan, met als gevolg dat men bijvoorbeeld soms moet (door)onderhandelen (en dus samenwerken).⁵⁷ Rechtsvorming wordt door zo'n samenwerkingsverband dus uit het isolement van ófwel het parlement/regering ófwel de raadkamer gehaald en gezocht wordt naar een wijze om gezamenlijk verder te komen. De hiervoor genoemde belastingkwestie waarin de Hoge Raad de

52 Zie r.o. 3.18 in HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271; *Ars Aequi* 1999, p. 668 m.nt. Zwemmer, en daarover uitvoerig Martens, *t.a.p.*, p. 750.

53 In de November-arresten (HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 en 305) werd overvragen: 'Deze met de omkeringsregel aangeduide rechtspraak behoeft, blijkens daar over in de doctrine gerezen vragen, verduidelijking. Ter toelichting en verduidelijking [...] diene het volgende.'

54 Vgl. T. Hartlief en R.J. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2005, p. 1605-1606 die menen, en daar lijkt het inderdaad op, dat de Hoge Raad weer terug bij af is.

55 Zie Asser, *t.a.p.*, p. 224; Martens, *t.a.p.*, p. 757-758 (noot 104); J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000, p. 5 (sprekend over 'partners in law business'), alsmede K. Dijkhoff, W. Keukens en S.

Reynaers, 'De Hoge Raad en zelfregulering in het privaatrecht', *Ars Aequi* 2006, p. 12. Vgl. ook reeds J.M. Polak, 'Theorie en praktijk der rechtsvinding', *Ars Aequi* 1985, p. 737, pleitend voor de 'terugkoppeling' tussen rechter en wetgever.

56 Zie W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. Tzankova, *Een nieuwe balans*, Den Haag: BJu 2003, m.n. p. 77-79.

57 Deze en andere plichten om zich iets aan de tegenpartij gelegen te laten liggen, ondanks de contractsvrijheid, worden gebaseerd op het arrest inzake Baris/Riezenkamp (HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67, m.nt. LEHR). Vgl. verder M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging* (diss. UvT), Den Haag: BJu, p. 25 en p. 55-58, die ook overigens een nauwe samenwerking van partijen, ook bij het uit elkaar gaan bepleit, een pleidooi dat bij de genoemde trend aansluit.

wetgever een duidelijke hint gaf om nu eens op te treden, zet overigens de verstandhouding niet alleen op scherp, maar zou ook een bijdrage kunnen leveren aan de bedoelde samenwerking, bijvoorbeeld doordat de Hoge Raad al een voorzet geeft over hoe hij de zaak zelf zou aanpakken. Maar daarbij blijft wel staan dat dreigementen uit de samenwerking meestal niet versoepelt. En uiteraard geldt bij dit alles nog steeds dat de wetgever uiteindelijk de hoogste regelgevende macht in onze rechtsstaat is, zodat hij, ook nu nog, formeel het laatste woord heeft.⁵⁸

4 ALLES OP EEN GROTE HOOP: HET POR

4.1 Introductie

In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat de rechtsvormers betrekkelijk solitair en gescheiden opereren. Niet vaak komen zij openlijk en direct in botsing met elkaar. Wel blijven er afbakeningsproblemen bestaan en is er een spanningsveld. Is dit inderdaad te polijsten door enige vorm van samenwerking te entameren, zoals wij in de vorige paragraaf al voorzichtig suggereerden? En kunnen op deze wijze mogelijke problemen, verband houdende met het feit dat een rechter zich uitsprekt over producten van de wetgever en daaraan menigmaal een nieuwe draai geeft, worden voorkomen?

Onze stelling in deze bijdrage is dat door een intensiever samenwerking tussen beide rechtsvormers problemen inderdaad kunnen worden voorkomen, en bovendien de rechtsvorming een positieve impuls kan krijgen. Als rechtsvorming inderdaad, zoals wij hiervoor betoogden, in elk geval tot op zekere hoogte en voor een deel, een gezamenlijke verantwoordelijkheid is, dan is het niet meer dan logisch om ook *samen te werken* aan die rechtsvorming. Is in de voorfase samengewerkt, dan is een afwijkende opvatting van de rechter later veel minder snel aanwezig, zodat het aantal gevallen van problematische (*contra legem*) rechterlijke uitspraken zeer beperkt zal zijn. En als zo'n soort uitspraak er al komt, zal die gebaseerd zijn op nieuwe inzichten en daarmee goed (beter) te ver(ant)woorden zijn en dus minder een probleem vormen. Bovendien kan via samenwerking pro-actiever rechtsvormend op-

getreden worden en kan de rechtsvorming ter hand worden genomen zonder per se te hoeven wachten op die toevallige procespartij die *all the way* naar de Hoge Raad wil en kan stappen.⁵⁹

Hoe zou nu zo'n vorm van samenwerking te bereiken zijn? Wat is daarvoor nodig? Wij schetsen de contouren van een nieuw instituut.

4.2 Periodiek Overleg van Rechtsvormers

Samenwerking is te bereiken, zo menen wij, door een zogenoemd 'Periodiek Overleg van Rechtsvormers' (POR)⁶⁰ te installeren. Daarmee bedoelen wij een overleg- en beslisstructuur bestaande uit (leden van de) wetgevende macht, rechterlijke macht én doctrine, eventueel nog aangevuld met practici, waarin de genoemde partijen met elkaar rond de tafel gaan zitten teneinde de rechtsvorming gezamenlijk ter hand te nemen. Algemene juridische kwesties die geregeld moeten worden, worden ter tafel gebracht. Vervolgens wordt besloten of regelgeving inderdaad aan de orde is, en zo ja in welke richting. Wij denken daarbij aan een model à la dat van de belangrijke Sociaal Economische Raad (SER), waarin vertegenwoordigers van werkgevers en van werknemers overleg voeren met onafhankelijke Kroonleden. Ook kan hierbij aansluiting worden gezocht bij het instituut van de Engelse *Law Commission*,⁶¹ een invloedrijk college met hoog aanzien, dat in zijn eigen woorden onder meer de volgende taak heeft:⁶²

- To ensure that the law is as fair, modern, simple and cost-effective as possible.
- To conduct research and consultations in order to make systematic recommendations for consideration by Parliament.
- To codify the law, eliminate anomalies, repeal obsolete and unnecessary enactments and reduce the number of statutes.

De *Law Commission* discussieert over belangrijke juridische kwesties en beoordeelt of wetgeving nodig is. Is dat het geval, dan worden aanbevelingen gedaan en wordt in veel gevallen een concept-wetstekst opgesteld. De commissie bestaat uit vijf leden, waarvan de voorzitter een *High Court judge* is. De overige leden zijn ervaren rechters, advocaten en/of hoogleraren.⁶³

58 Zie bijv. Martens, *t.a.p.*, p. 751. Dat betekent ook dat bezwaren tegen rechtsvorming door de rechter, voor zover nog aanwezig, steeds te weerleggen zijn door erop te wijzen dat de wetgever altijd kan ingrijpen, zie *t.a.p.* p. 752.

59 Zie de oproep daartoe bij Vranken, *t.a.p.* (NJB 2000), p. 3.

60 Voor de naam 'POR' verwijzen wij naar I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie UU), Den Haag: BJu 2005, p. 12-13.

61 Zie ook Vranken, *t.a.p.* (NJB 2000), p. 5, en C.E. Drion, 'De gerechtelijke afwikkeling van massazaken', *NJB* 2005, p. 937,

voor vergelijkbare ideeën. Er is ook al eerder gepleit voor een soort *European Law Institute*, zie bijv. M.J. van Laarhoven, 'Onder Ondernemers', in: J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: BJu 2003, p. 89.

62 Zie www.lawcom.gov.uk/about.htm en voorts, voor de precieze wettelijke taakomschrijving: art. 3 van de Law Commissions Act 1965.

63 Art. 1 (2) Law Commissions Act 1965 en www.lawcom.gov.uk/about.htm.

In lijn daarmee zou het POR kunnen bestaan uit vertegenwoordigers van de drie eerder genoemde kringen: wetgever, rechterlijke macht en wetenschap. Als leden zou men dan kunnen denken aan, afhankelijk van het aantal leden, raadsheren uit de Hoge Raad, en wellicht zelfs de President, aan mensen (de voorzitter) van de Raad voor de Rechtspraak, een enkele secretaris-generaal van een aantal ministeries, waaronder dat van Justitie, en een aantal hoogleraren/wetenschappers. Voor zover de practici ook een rol zouden worden toebedeeld, zou men kunnen denken aan bijvoorbeeld enige lokale Dekens en de Algemene Deken van de Orde van Advocaten. Wij twijfelen overigens om de practici een formele rol binnen het POR te geven omdat het gevaar van het gebruik van het POR als een verkapt hoger beroep (zie hierna) dan ongetwijfeld groter wordt, en omdat practici juist gericht zijn op één kant van de zaak, hetgeen nu niet de lijn is die in het POR gewenst is. Anderzijds is inbreng van de praktijk ook wel weer gewenst, omdat op deze wijze juridische problemen die in de praktijk leven, snel kunnen worden opgepakt.⁶⁴

4.3 Doel en te bestrijken terrein: een ingangstoets

De (belangrijkste) doelstelling van die POR zou wat ons betreft gelegen moeten zijn in het gezamenlijk aanpakken van de grote juridische thema's van deze (en de komende) tijd. Voor het civiele aansprakelijkheidsrecht betreft het dan bijvoorbeeld het afwikkelken van aandelenlease-zaken, en meer algemeen de vermeende claimcultuur,⁶⁵ de normeringstendensen in het schadevergoedingsrecht,⁶⁶ en de rol van de notie van slachtofferbescherming, terwijl op een breder terrein gedacht kan worden aan andere vormen van zelfregulering of private regelgeving,⁶⁷ en aan de rol die mediation gaat of moet gaan spelen. Uit het recente verleden zou de *wrongful life* zaak als een voorbeeld genoemd kunnen worden van een kwestie die besproken had kunnen worden. Of de discussie over de mogelijkheid van beslag op kredietruimte, die recentelijk is uitgesloten door de Hoge Raad.⁶⁸ Uit het goederenrecht noemen wij de eventuele afschaffing of bijstelling van het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW in verband met nieuwe fi-

nancieringsvormen als een beslispunt.⁶⁹ Uiteraard hoeft zo'n 'Periodiek Overleg van Rechtsvormers' niet elke juridische kwestie opgediend te krijgen en in gezamenlijkheid te beslissen. Men zou zich moeten concentreren op de meest urgente en maatschappelijk meest relevante zaken, die een breed bereik hebben. De kwesties moeten dus primair een zeker algemeen belang hebben.

De te bespreken en behandelen onderwerpen zouden op twee manieren op de agenda kunnen worden geplaatst, namelijk op initiatief van één der leden, of op instigatie van een buitenstaander. Deze laatste zou een gemotiveerd verzoek daartoe kunnen indienen. Wat dat aangaat, zou wellicht aangesloten kunnen worden bij de klachtprocedure zoals de NMa die hanteert, waarbij een stevige vragenlijst doorgewerkt moet worden om een klacht te kunnen deponeren. Een onderwerp voor het POR aandragen zou via een vergelijkbare drempel kunnen geschieden. Dat filtert wellicht al een eerste deel van de (te verwachten) toestroom of toevloed van verkapte individuele verzoeken om 'rechtsherstel' door gefrustreerde ex-procespartijen. Want een verkapt hoger beroep of napleten via het POR moet natuurlijk, bijvoorbeeld door een stevige ingangstoets, worden voorkomen: daar zijn uitsluitend de geëigende juridische paden voor bedoeld. Het POR moet niet een zoveelste volgende instantie worden, die nog maar weer eens naar 'de zaak' kijkt. Aan de voorkoming van dat gevaar zou bijgedragen worden als er een inhoudelijke ingangsvoorwaarde zou komen (bijvoorbeeld: de kwestie raakt het algemeen belang).

4.4 Procedure en verdere afbakening

Het specifieke proces bij het POR zou *grosso modo* als volgt kunnen verlopen. Na bepaling van het te behandelen thema kan, afhankelijk van de problematiek, ervoor gekozen worden een onderzoek uit te zetten, waarbij een preadvies gevraagd wordt. Dit kan bijvoorbeeld via een oproep in de juridische tijdschriften aan belangstellenden om hun visie in te brengen danwel om het onderzoek uit te voeren, danwel om het thema ter hand te laten nemen door een van de leden of de staf van het POR zelf en een oplossing te suggereren aan de voltalli-

64 Wellicht kan er dan in ieder geval op ad hoc basis een beroep op hen gedaan worden teneinde hun waardevolle inbreng toch niet geheel te hoeven missen.

65 Zie het rapport inzake de Claimcultuur van de Minister van Justitie, TK 1998/1999, 26 630, nr. 1.

66 Zie o.a. I. Giesen, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, 'Normering van schadevergoeding voor arbeidsongevallen en beroepsziekten: over draagvlak, differentiatie en smartengeld', in: M. Faure, T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Bju 2001, p. 131 e.v.; W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims* (diss. UvT), Den Haag: Bju, 2004; I. Giesen,

'Codificatie en dynamiek in het schadevergoedingsrecht', in: J.B.M. Vranken, I. Giesen, *Codificatie en dynamiek*, Den Haag: Bju 2004, p. 139 e.v.

67 Vgl. daarover Asser/Vranken, *Algemeen deel****, m.n. nr. 78 e.v., en J.B.M. Vranken, I. Giesen, *Codificatie en dynamiek*, Den Haag: Bju 2004.

68 Zie HR 29 oktober 2004, *RvdW 2004*, 123 (Van den Bergh/Van der Walle).

69 Zie HR 19 mei 1995, *NJ 1996*, 119 m.nt. WMK (Sogelease) en recent het arrest HR 18 november 2005, *RvdW 2005*, 128 (B.T.L. Lease/Van Summeren) waarin deze kwestie opnieuw aan bod kwam.

ge POR.⁷⁰ Ook kan ervoor worden gekozen om, naar het model van de Engelse *Law Commission*, eerst een *Consultation Paper* uit te brengen, waarin voorstellen zijn opgenomen en geïnteresseerde partijen worden uitgenodigd commentaar te leveren. Vervolgens wordt een definitief rapport met aanbevelingen en eventueel alvast een concept wettekst opgesteld, dat vervolgens naar de regering en het parlement wordt gestuurd. De aanbevelingen zouden vervolgens via de wetgever geïmplementeerd moeten worden, liefst via een versnelde, hiervoor speciaal ontworpen procedure.⁷¹ In Engeland is deze methode succesvol, want driekwart van de aanbevelingen wordt inderdaad wettelijk geïmplementeerd.⁷²

Uiteraard rijst er een probleem als een kwestie bij het POR komt terwijl deze ook al onder de rechter is. Voor dat soort gevallen zal een keuze gemaakt moeten worden tussen twee evidente opties: ofwel de procedure wordt vervolgd, ofwel de kwestie wordt inderdaad doorspeeld aan het POR onder gelijktijdige stillegging van de procedure. Een partij de toegang tot de rechter ontzeggen, ligt lastig omdat artikel 6 EVRM het recht op toegang nu eenmaal – en terecht – garandeert.⁷³ Wellicht zouden partijen wel ermee kunnen instemmen om hun zaak voorlopig stil te zetten, omdat zij immers wel (onder voorwaarden) afstand mogen doen van het recht op toegang tot de rechter. Partijen kunnen daartoe ook redenen hebben, want het kan kosten besparen als partijen niet zelf behoeven door te procederen om duidelijkheid te krijgen die ook via het POR bemachtigd kan worden.

4.5 Enkele praktische kanten van de zaak

Dit alles klinkt theoretisch wellicht mooi, althans dat hopen wij, maar hoe is dat praktisch voor te stellen? Wij doen een aantal voorzichtige suggesties.

Om zo'n POR te laten slagen zal er natuurlijk een fysiek verzamelpunt, een vergaderruimte moeten zijn. Er dient dan ook een instituut opgericht te worden. Dat zou overigens best onder auspiciën van een al bestaande organisatie kunnen. Uiteraard komt het ministerie van Justitie in aanmerking, maar om alle schijn van vooringenomenheid of mogelijke beïnvloeding te voorkomen, zou men het ook in andere kring kunnen zoeken. De Nederlandse Juristen-Vereniging zou wellicht in deze een

rol kunnen vervullen, hoewel die vereniging natuurlijk een instituut vormt zonder een eigen fysiek bouwwerk, of wellicht wil een van de juridische algemene tijdschriften (*Ars Aequi*, *NJB*, *RM Themis*) een uitvalsbasis en enkele faciliteiten bieden, bijvoorbeeld in ruil voor het eerste 'recht' op publicatie van de uitkomsten.

Ook zijn natuurlijke enige stafleden noodzakelijk. De staf zou, bij voldoende financiële middelen, permanent in dienst genomen kunnen worden, maar bij gebreke daarvan zouden de al bestaande instituties op het terrein van de rechtsvorming wellicht leden van hun eigen staf enige tijd kunnen detacheren of parttime ter beschikking kunnen stellen. Een lid van het Wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad, een staflid van de Raad voor de Rechtspraak, een medewerker van het ministerie van Justitie en een UD of UHD van een van de universiteiten, zouden gedurende een bepaalde periode het instituut kunnen beheren en de vergaderingen kunnen voorbereiden. Uiteraard zou het wenselijk zijn als ervaren onderzoekers met rechtsvergelijkende, en wellicht zelfs multidimensionale, bagage ingezet kunnen worden. Zo had bijvoorbeeld de *wrongful life* kwestie al enige jaren terug, naar aanleiding van de Franse ontwikkelingen, op de agenda kunnen komen en wellicht ook al opgelost kunnen worden als een comparatist zich daarop had kunnen storten.

Wellicht lijkt dit plan nogal vooruitstrevend en is niet iedereen meteen bereid om er vol in te stappen, maar dat hoeft ook niet. Begonnen kan worden met een proefperiode van 1 of 2 jaar, op basis van een klein budget (en gedetacheerde parttime werknemers), waarbij de werkzaamheden zich concentreren op een bepaald terrein (het verbintenisrecht bijvoorbeeld, of burgerlijk procesrecht). Onze beredeneerde gok is dat het POR zichzelf terugverdient en dat uitbreiding vervolgens als vanzelf zal gaan.

4.6 Meerwaarde van het POR?

Waarom zouden we deze kant op gaan en energie steken in de oprichting van weer een instituut, weer een overlegorgaan en weer een potentiële kink in de kabel? De reden daarvoor is simpel, namelijk omdat wij menen dat de baten, de meerwaarde hiervan, de kosten ervan zullen overtreffen. Het spreekt namelijk voor zich dat de procedure om tot 'POR-rechtsvorming' te komen, 'winstge-

70 Om te waarborgen dat er bijvoorbeeld voldoende over de consequenties wordt nagedacht, zou men er specifiek op kunnen letten dat er voldoende gelegenheid is voor 'out of the box' denken, bijvoorbeeld door een multi- of interdisciplinaire component in het onderzoek op te nemen, waar nodig. Zie nader over de waarde van multidimensionaal onderzoek Giesen, *a.u.* (2005).

71 Wellicht kan in de wetgeving die ongetwijfeld nodig is om het

POR te instelleren, opgenomen worden dat besluiten van het POR als (een soort van) AmvB eenvoudig en snel ingevoerd kunnen worden. De Tweede Kamer zou dan bijv. slechts een marginale toets kunnen uitvoeren, maar wel kunnen ingrijpen indien noodzakelijk. Parlementaire controle blijft natuurlijk noodzakelijk, want democratische legitimatie blijft vereist.

72 www.lawcom.gov.uk/about.htm.

73 Zie EHRM 21 februari 1975, *Series A*, nr. 18 (Golder/UK).

vend' moet zijn ten opzichte van de bestaande methoden en dus een toegevoegde waarde moet hebben. Die winst is te pakken op het terrein van 'snelheid' en van 'algemeenheid'. Het POR moet betrekkelijk snel tot een uitspraak kunnen komen en de aangedragen onderwerpen mogen niet afhankelijk zijn van toeval, in die zin dat er op een geschikt geval gewacht moet worden. Alle thema's die verder van algemeen juridisch belang zijn, moeten aangepakt kunnen worden op elk gewenst moment. Het POR kan naar ons inzicht de rechtsontwikkeling een stevige duw in de rug geven en een ander kunnen bespoedigen. Dat zou veel voordeel genereren (minder procedures, minder (lang) onzekerheid en geen twee mogelijke beslissers die dubbel werk doen of op elkaar gaan zitten wachten). Als voorbeeld mogen wij wijzen op de aandelenlease-zaken, waarin meermalen op de noodzaak van afstemming werd gewezen.⁷⁴ Die duw in de rug zou dan hieraan te danken zijn dat er niet hoeft te worden gewacht totdat een procespartij doortastend en draagkrachtig genoeg is om een zaak voor te leggen aan de Hoge Raad of totdat een kamerlid al dan niet toevallig Kamervragen stelt dan wel een wetsvoorstel indient. Ter vergelijking: het heeft jaren geduurd voordat de *wrongful life* kwestie bij de Hoge Raad kwam en aldaar beslist werd, terwijl al veel eerder evident was dat de Hoge Raad zich er op een gegeven moment over zou moeten gaan uitlaten en dat dat nodig was. Dat had dus efficiënter gekund. Met andere woorden: het toevoelement wordt (in elk geval deels) uit de rechtsvorming verwijderd, en omdat dat vaak de angel is in het gebrek aan rechtsvorming, is dat goud waard.⁷⁵

En wat is dan het voordeel ten opzichte van de 'normale' wetgever, nu de echte veranderingen toch via de wetgever blijven plaatsvinden? In de eerste plaats zal het POR beter kunnen inspelen op kwesties die een minder groot politiek gewicht hebben, en om die reden wellicht minder snel via de normale kanalen aan regelgeving worden onderworpen. In de tweede plaats zal het POR veel sneller kunnen werken, en ook sneller potentiële juridische problemen die in de praktijk spelen, aan de kaak kunnen stellen. En in de derde plaats is het een voordeel dat het POR is samengesteld uit in ieder geval de belangrijkste rechtsvormers (Hoge Raad én wetgever), zodat de rechtsvorming beter wordt gestructureerd.

Hierbij komt nog dat het POR problemen eerder kan oppakken door ook de doctrine en eventueel de praktijk erbij te betrekken. Men hoeft niet

in onzekerheid af te wachten tot een instantie iets gezegd heeft om vervolgens de stand van zaken net weer wat bij te stellen en weer te gaan afwachten. De juristen op de werkvloer hebben vaak al veel eerder notie van bepaalde problemen dan de huidige rechtsvormers en door hen in het POR te betrekken, wordt vertraging voorkomen. Ook verwachten wij dat het spectrum aan mogelijke meningen over een kwestie breder wordt. Een ieder kan zijn zegje doen, de kwestie is niet alleen of 'onder de rechter' of in 'politiek vaarwater'. Dat biedt wellicht ook een breder kader aan argumenten.

4.7 Tegengas, maar dan wel opbouwend

Uiteraard is het niet lastig om tegenwerpingen tegen de vorming en inhoud van het POR te verzinnen. Een evident nadeel van de gekozen opzet is bijvoorbeeld gelegen in de selectie van deelnemers: wie is 'de wetgever', 'de wetenschap', 'de rechtspreker'? Welke wetenschapper wordt geselecteerd? Hoe doe je dat? Hoe ga je om met politieke machtswisselingen op onverwachte momenten? Daarover kan men waarschijnlijk blijven debatteren. Belangrijker is echter, wat ons betreft, dat er uiteindelijk een keuze gemaakt wordt, desnoods een tijdelijke, die na evaluatie herzienbaar is. Voor wat betreft de personen die zitting nemen, denken wij verder dat het goed zou zijn om mensen niet te lang vast te leggen en te binden. Men moet vrij kunnen denken, speculeren, brainstormen en niet al te zeer ingebed raken. Verfrissing en vernieuwing zal regelmatig moeten plaatsvinden.

Ook tegen te werpen is dat elke democratische basis voor deze vorm van rechtsvorming ontbreekt. Dat is waar en daar moet dan ook in worden voorzien door een daartoe strekkend wetsvoorstel te maken of een andersoortige formele beslissing te nemen. Introductie, bij wet, van een gedelegeerde rechtsvormende bevoegdheid, alsmede een procedure om vernieuwingen in het vat te kunnen gieten, volstaat. Bovendien zal de echte regelgeving uiteindelijk dan toch weer bij wet geschieden en in die zin is er op het vlak van rechtsvorming voldoende democratische legitimatie.

Voor het overige nodigen wij een ieder uit om bloot te leggen wat er waar nog ontbreekt of niet klopt aan ons voorstel voor (de werking van) het POR, maar daarbij zouden wij dan wel willen vragen om tevens voorstellen te doen om het geconstateerde euvel te verhelpen.⁷⁶ Het is immers in lijn met de gedachte achter het POR om in nauwe samenwerking en in goed overleg verder te komen. Het gaat erom samen iets op te bouwen en niet en-

⁷⁴ Zo o.a. het interview met M. Ynzonides, *Ars Aequi* 2005, p. 468; J.F. Verheijen, 'De kwalificatie van een aandelenlease-overeenkomst; huurkoopovereenkomst of overeenkomst sui generis', *WPNR* 6604, p. 28, en door de Commissie Geschillen

Aandelenlease, *Over lenen, leasen en verliezen*, Den Haag 2004, p. iii.

⁷⁵ Vgl. bijv. Vranken, *t.a.p.* (NJB 2000), p. 3.

⁷⁶ Reacties graag naar I.Giesen@law.uu.nl.

kel iets af te breken. Dat vergt wellicht een omslag in denken, maar stimuleert de creativiteit.

5 AFRONDING

Zo'n POR, met alle haken en ogen die daaraan kleven, is dat niet gewoon een vorm van nieuwlichterij of zelfs 'juridische wildplasserij'? Of betreft het hier toch werkelijk toekomstgericht denken, *for better or for worse*? Wij laten het oordeel daarover graag aan de lezer. Maar het thema 'rechtsvorming' is van belang en actueel, evenals de hiermee gepaard gaande noodzaak om daarover te blijven nadenken (waarvan deze Rode Draad getuigt), terwijl er de laatste jaren geringe voortgang op dat vlak wordt geboekt en de problemen toch echt niet ver-

dwijnen. Tegen deze achtergrond leek het ons, ook mede in het licht van de ook in deze Rode Draad gesuggereerde vervanging/opheffing van de Hoge Raad,⁷⁷ nodig om een mogelijk alternatief voor te dragen. Dat alternatief is wellicht *far fetched*, misschien zelfs *far out*, en in elk geval nog toekomstmuziek, maar zonder brainstormen over wat kan of zou kunnen, blijven wij zitten met wat er nu al is: rechtsvorming veelal door toeval geregeerd, in individuele geschillen van zwaar betalende burgers, welke zich minst genomen niet altijd voor rechtsvorming lenen. Dat zijn dan wellicht geen gevallen van wildplasserij, maar of het steeds maar blijven gebruiken van de aloude po, om in de beeldspraak te blijven, een zoveel beter idee is, is voor ons niet evident. ¶

⁷⁷ Zie J.M. Barendrecht, 'Wat als de civiele kamer van de Hoge Raad er niet meer zou zijn?', *Ars Aequi* 2005, p. 335 e.v.