

## Inleiding en verantwoording

### 1 Het experiment

#### 1.1 Achtergrond

Bestudering van uitspraken van de Hoge Raad behoort tot de bijna dagelijkse bezigheden van veel juristen. Zo ook van ons, auteurs van deze bundel, allen (voorheen) verbonden aan de juridische faculteit in Tilburg.<sup>1</sup> Op zeker ogenblik hebben wij geconstateerd dat kritiek op uitspraken van de Hoge Raad gebruikelijker is dan onverkorte waardering en instemming. Er is altijd wel iets, en soms heel veel, dat in onze ogen anders had gekund of gemoeten. Waarom dit argument wel gebruikt en dat niet? Wat zeggen verwijzingen naar de strekking van de overeenkomst of een redelijke uitleg van de wet? Vaak zijn dat dooddoeners om een wenselijk geacht resultaat niet te hoeven motiveren. Meer in het algemeen geldt dat bij voorkeur technisch juridisch wordt geargumenteed zonder expliciet in te gaan op het waarom, de achterliggende gedachten, of de gevolgen van de uitspraak. Kan dat niet anders? Wat is de zin van de soms ellenlange uiteenzettingen over wat in de vorige instanties allemaal gebeurd is? Waarom niet de kern van het juridisch geschil eruit gelicht en daarover beslist, in plaats van een slingertocht te maken door de vele (sub)onderdelen van de cassatiemiddelen die de lezer nu in toenemende mate voorgeschoteld krijgt en waarin hij al na twee NJ-kolommen verdwaalt? Waarom in het ene geval zo terughoudend en in het andere geval bijna uitbundig rechtsvormend actief? Hoezo zonder enige motivering afwijken van de conclusie van de A-G, zelfs als die minstens even verdedigbaar is als de beslissing van de Hoge Raad? Of, want ook bij ons is het hemd nader dan de rok, waarom niet ingegaan op de juridische literatuur in Nederland, en in verband met de Europeanisering van het privaatrecht, zoveel mogelijk tevens op de rechtspraak en literatuur in met name Frankrijk, Engeland en Duitsland? Waarom, waarom.

Nu is kritiek op zichzelf niet verkeerd. Integendeel. Kritiek is nodig, alleen al omdat het de enige manier is om verder te komen. Maar het is wel eenzijdig, omdat het de indruk zou kunnen wekken dat er niet veel goed is aan de rechtspraak van de

---

\* Jan Vranken is hoogleraar methodologie van het privaatrecht bij de Vakgroep Privaatrecht van de Universiteit van Tilburg. Ivo Giesen is universitair hoofddocent bij die vakgroep en verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van het Schoordijk Instituut, Universiteit van Tilburg.

<sup>1</sup> Aan de voet van ieders bijdrage is aangegeven bij welke vakgroep en/of centrum de auteur werkzaam is (was).

Hoge Raad en dat is niet zo (paragraaf 2). Behalve eenzijdig is kritiek leveren ook betrekkelijk gemakkelijk, realiseerden wij ons. Vanaf de zijlijn, in de luwte van de studeerkamer of de jurisprudentiebijeenkomst, zonder het risico te lopen ons standpunt in een volgende zaak hinderlijk op onze weg te vinden, komen wij er waarschijnlijk eerder toe forse stappen te zetten, openlijker te aarzelen over de richting waar het naar toe moet, of te pleiten voor vergaande organisatorische en inhoudelijke veranderingen in de werkwijze van de Hoge Raad. Maar: in zekere zin is dit onvermijdelijk. Wij stáán nu eenmaal aan de zijlijn, net als ieder ander die geen deel uitmaakt van de civiele kamer van de Hoge Raad. Wij kunnen niet echt de positie van de Hoge Raad innemen. Maar wat we wel kunnen, is doen alsof. Dat gebeurt in deze bundel. Wij schrijven zelf een uitspraak in cassatie zoals wij vinden dat de Hoge Raad het had moeten doen.

### 1.2 Opzet van het experiment

Wij zijn ons er zeer van bewust dat dit een ambitieuze, volgens sommigen ongetwijfeld aanmatigende, doelstelling is, zeker wanneer men in aanmerking neemt dat bijna geen van ons over ervaring als rechter beschikt. Waarom dan toch zo hoog durven inzetten? De reden is gelegen in onze werkwijze. Wij schrijven niet zo maar een uitspraak waarin wij de feiten en de rechtsvragen naar onze hand kunnen zetten, maar gaan uit van bestaande, in de Nederlandse Jurisprudentie gepubliceerde arresten of beschikkingen van de Hoge Raad. Op basis van de daarin vastgestelde feiten en aangevoerde cassatiemiddelen<sup>2</sup> *herschrijven* wij de uitspraken zodanig dat zij volgens ons beter beantwoorden aan wat wij als de taak en plaats van de Hoge Raad beschouwen.<sup>3</sup> Wij begeven ons derhalve op het eigen terrein van de Hoge Raad en kruisen daar met open vizier de degens met hem. Op deze manier stellen wij ons welbewust bloot aan dezelfde kritiek als wij op hem uitoefenen. Dat is wel zo eerlijk, vinden wij. Iedereen, ook de Hoge Raad, kan de vergelijking van zijn en onze uitspraken meteen maken en ons meteen afrekenen op onze pretenties.

De auteurs zijn vrij geweest in hun keuze van een uitspraak van de Hoge Raad. Dit kan leiden tot een negatieve vertekening, omdat de keuze waarschijnlijk valt op een uitspraak waarvan de auteur vindt dat die niet of minder geslaagd is en niet op uitspraken waar hij of zij het mee eens is. Anderzijds biedt een dergelijke selectie wel de gelegenheid scherp te toetsen of wij onze pretentie dat het anders en beter kan, kunnen waarmaken. De gekozen uitspraken liggen in meerderheid op het terrein van het verbintenissenrecht, meer in het bijzonder het

---

2 Zij het dat de auteurs niet verplicht zijn alle cassatiemiddelen te bespreken. Zij mogen zich beperken tot de kern van het aan de Hoge Raad voorgelegde rechtsgeschil. Ook daarin schuilt overigens al een standpuntbepaling over de taak en plaats van de Hoge Raad.

3 Meer daarover in paragraaf 2.

aansprakelijkheidsrecht. Maar er is ook een strafrechtelijk arrest en een alimentatiebeschikking. De meeste uitspraken zijn van recente datum. Slechts een enkele is van lang geleden. Degenen die daarover schrijven, hebben zich zo veel mogelijk verplaatst in de situatie van toen. In onze Slotbeschouwing komen wij op dit punt nog even terug.

De auteurs zijn eveneens vrij geweest om de herschreven uitspraken de structuur, vorm en inhoud te geven die zij vonden dat uitspraken in cassatie moesten hebben. Slechts op vier punten hebben wij 'gestuurd'. Het eerste is dat de auteurs moesten beginnen met een weergave van de relevante feiten van het geschil en van de kernoverwegingen van de oorspronkelijke uitspraak van de Hoge Raad, letterlijk of in samenvatting. Het tweede is dat de auteurs mochten voorbijgaan aan procesrechtelijke en cassatietechnische bijzonderheden en technieken. Wij beseffen dat dit ons een oneigenlijke voorsprong kan verschaffen op de Hoge Raad die er wél aan gebonden was. Wij tekenen echter aan dat veel van deze bijzonderheden en technieken worden gebruikt om de werklast te beperken. Zo bijvoorbeeld het onderscheid tussen recht en feit of de huidige tendens om strenger te toetsen of het cassatiemiddel wel voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Als de Hoge Raad wil, kan hij veel. Dat is ook ons uitgangspunt. Het derde punt van 'sturing' – alhoewel: voor de meeste auteurs was dit juist de reden om aan het experiment mee te doen – was de wens om minder technisch-juridisch te argumenteren en in plaats daarvan te proberen de overwegingen en 'policies' helder te maken die aan de uitspraak ten grondslag liggen of hadden behoren te liggen. Waar mogelijk diende ook gezocht te worden naar ondersteuning met empirische data. Het vierde punt van 'sturing' was dat de auteurs zich niet behoefden te beperken tot het bestaande organisatorische kader van de rechtspleging in cassatie, met name de wijze waarop de Hoge Raad tot oordelen geroepen kan worden en zijn beslissingsmodaliteiten (vernietigen, verwerpen, terugverwijzen, zelf afdoen). Trefwoorden in dit verband zijn, onder heel veel meer, selectie van zaken en prejudiciële beslissing. Zoals wij nog zullen uiteenzetten, wordt in de huidige discussie over de taakvervulling van hoogste rechterlijke colleges (waaronder de Hoge Raad) steeds indringender over ook deze onderwerpen gesproken. Het zou niet juist zijn de auteurs van deze bundel daarvan uit te sluiten. Weliswaar beschikt de Hoge Raad naar huidig recht niet over deze instrumenten, maar degenen van ons die er zich van bedienen, willen ermee aantonen dat ze tot de gewenste, betere taakvervulling van de Hoge Raad kunnen leiden.

De grote mate van vrijheid die wij de auteurs hebben gelaten, vormt uitdrukkelijk onderdeel van het experiment. Wij verwachten uiteenlopende benaderingswijzen en een stoeien met ideeën, voorstellen, meningen, inzichten en overtuigingen. Op voorhand tekenen wij aan te beseffen dat niet alles (meteen) praktisch uitvoerbaar is, maar volgens ons is dat ook niet nodig. Het gaat erom te

laten zien dat het anders kan. Mogelijkheidsdenken dus. Door onze gerichtheid op bestaande uitspraken kan het debat over de wenselijk geachte veranderingen aan de hand van concrete casus worden gevoerd. Dat is voor de meeste juristen, ook voor ons, vertrouwd en beter hanteerbaar dan abstracte beschouwingen. Het geheel kan een nieuwe, creatieve bijdrage leveren aan het debat over de taak en de plaats van de Hoge Raad. Tijdens de gezamenlijke bespreking van de verschillende concepten van de auteurs hebben wij hierop al een klein voorschot kunnen nemen. Het was zeer inspirerend om op deze manier met rechtspraak bezig te zijn. Wij hopen dat de lezers, waaronder de leden van de Hoge Raad, eenzelfde inspiratie zullen ervaren, althans dat bij hen minstgenomen enig enthousiasme wordt gewekt iets nieuws te proberen, ook als, of juist omdat, men het met de door de auteurs bepleite oplossingen niet eens is.

## 2 De huidige discussie over taak en plaats van de Hoge Raad<sup>4</sup>

### 2.1 Agenda

De kritiek op de Hoge Raad in deze bundel is niet de particuliere onvrede van enkele universitair vrijgestelden, zoals Brunner degenen typeert die, zoals wij, werkzaam zijn aan de universiteit. De onvrede heeft een bredere bedding. Dat blijkt uit de huidige internationale discussie over de taak en plaats van de hoogste rechterlijke colleges in de verschillende landen.

### 2.2 Twee te onderscheiden functies

Ongeacht of zij belast zijn met cassatie, met revisie of met 'final appeals',<sup>5</sup> hoogste

---

4 In deels andere vorm en volgorde en soms uitgebreider is wat in deze paragraaf is opgenomen, ook te vinden in W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, interim-rapport, begin 2003, hoofdstuk 9.

5 D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Zwolle 1971, nr. 1-23; D.J. Veegens, A. Korthals Altes & H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, 3e druk, Zwolle 1989, nr. 1-23; M. Meyer-Mickeleit, *Revision, Kassation und Final Appeal. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über das Verfahren vor den obersten Gerichtshöfen in Zivilsachen in Deutschland, Frankreich und England*, diss. Tübingen 1996. P. Yessiou-Faltsi (ed.), *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Thessaloniki 1997, bevat een overzicht over de situatie in ruim 40 landen. Voor een korte samenvatting, zie de bijdrage van de algemeen rapporteur J.A. Jolowicz, General Report, p. 37-63. Op p. 50-56 schetst hij de drie, in de tekst aangeduide, modellen van hoogste rechtspraak, hun verschillen, overeenkomsten en varianten. Hetzelfde gebeurt in J.A. Jolowicz, C.H. van Rhee (eds), *Recourse against Judgments in the European Union*, The Hague, 1999, p. 2-5. Voorbeelden van landen met een stelsel van revisie zijn Duitsland, Oostenrijk en Portugal. 'Final appeal' komt voor in Engeland en Wales, Finland, Denemarken, Zweden en Ierland. Cassatie bestaat in Frankrijk, België, Italië, Spanje, Griekenland en Nederland. Constitutionele hoven laten wij buiten beschouwing.

rechterlijke colleges, zoals de Hoge Raad oefenen in de regel twee functies uit. De eerste is *controle* van de lagere rechtspraak. Op de bij hun aard passende wijze beoordelen de colleges of de uitspraken van de lagere rechters procedureel juist tot stand zijn gekomen en of deze inhoudelijk in overeenstemming zijn met het geldende recht. Met deze controle vervullen zij een taak bij het realiseren van wat door velen als het belangrijkste doel van het civiele proces wordt beschouwd, te weten het aan justitiabelen verschaffen van een rechtsaanspraak en een executoriale titel om deze aanspraak af te dwingen. Men spreekt ook wel over de rechtsbeschermingsfunctie. De tweede functie van de hoogste rechterlijke colleges is het *bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid*. Dit is een functie (naar Nederlands recht expliciet opgenomen in art. 81 RO) die in overwegende mate bij hen berust of alleen bij hen kan berusten. Lagere rechters hebben er over het algemeen niet veel bemoeienis mee, al kunnen zij zeker de rechtsontwikkeling sturen, bijvoorbeeld door een vonnis over een omstreden kwestie principieel te motiveren.

De aanduiding van de twee functies brengt ons meteen bij de kern van de discussie in Nederland en elders over taak en plaats van de hoogste rechterlijke colleges: hoe belangrijk is elk van beide functies, niet alleen op zichzelf beschouwd, maar ook in relatie tot elkaar? Zijn beide bijvoorbeeld tegelijk uitvoerbaar? Waar ligt de prioriteit? Waar zou die moeten liggen? Wij stellen voorop dat in zekere zin beide functies *altijd* tegelijk worden uitgevoerd. De controlefunctie bijvoorbeeld dient met name het particuliere belang van de procespartijen, maar raakt tevens (aspecten van) het algemeen belang, omdat het zoveel mogelijk uitbannen van verkeerde beslissingen ook de kwaliteit van en het vertrouwen in de rechtspraak verhoogt, en daarmee de legitimiteit en aanvaardbaarheid ervan. Daarnaast luidt het corrigeren van een verkeerde beslissing regelmatig een nieuwe rechtsontwikkeling in of draagt bij aan een betere onderlinge afstemming van regels.<sup>6</sup> Omgekeerd leidt het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de zorg voor de rechtseenheid er meestal toe dat in het concrete voorliggende geval de, naar het oordeel van de hoogste rechter op dat moment, beste beslissing wordt genomen. Wanneer dit gepaard gaat met een vernietiging van de uitspraak van de lagere rechter, oefent de hoogste rechter meteen ook zijn controlefunctie uit.<sup>7</sup>

Tussen beide functies bestaat derhalve een zeer nauwe samenhang. Dit

---

6 Dat is waar volgens ons J.M. Barendrecht in zijn boek *De Hoge Raad op de hei*, Deventer 1998, p. 12-16 en in zijn artikel Door muren kijken. Suggesties voor hervorming van de civiele cassatierechtspraak, *NJB* 2002, p. 295-296, te weinig oog voor lijkt te hebben. Dezelfde opmerking maakt J.K. Franx in zijn recensie van het boek, zie *RM Themis* 2000, p. 181.

7 Uitdrukkelijk ook in deze zin onder meer Bruno Rimmelspacher (Hrsg.), *Zivilprozessreform 2002*, Köln 2002, p. 119; Bowman-rapport, *Review of the Court of Appeal*, Hoofdstuk 2 (Principles underlying a civil appeals system); J.A. Jolowicz, *a.w. (nt. 5)*, p. 39-42.

verhindert echter niet dat het accent sterker op de ene of op de andere functie kan worden gelegd. Het gebeurt ook. Zonder dat wij dit historisch of rechtsvergelijkend tot op de bodem hebben uitgezocht, is onze indruk dat in landen met een cassatie- en revisiestelsel de controlefunctie een zwaar accent heeft.<sup>8</sup> Daarbij leidt de bijzondere aard van het instituut cassatie en revisie weliswaar tot de beperking dat het te helen gebrek in een individuele zaak een meer algemene betekenis moet hebben,<sup>9</sup> maar een bewuster en stelselmatiger inzetten (ook) op rechtsontwikkeling en rechtseenheid is daarmee niet gegeven. In deze situatie is, opvallend genoeg, geen wijziging gekomen door het sterk gegroeide, en nog steeds toenemende belang van rechtspraak voor de rechtsontwikkeling en rechtseenheid. Het burgerlijk recht drijft voor een groot deel op rechtspraak, niet alleen in Nederland maar eigenlijk overal. Hele leerstukken bestaan in belangrijke mate uit rechtersrecht. De wetgever kan het zonder de bijdrage van de rechtspraak niet meer aan<sup>10</sup> en alle betrokkenen (wetgever, rechtspraak, politiek en burgers) erkennen en benadrukken openlijk het belang van de hoogste rechterlijke colleges voor de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Het wordt van hen verwacht; zij worden erop aangesproken en beoordeeld, al bestaat over de vraag hoe ver hun taak kan of moet gaan soms aanzienlijke meningsverschillen, in eigen kring en daarbuiten. In feite gaan wij in deze bundel ook op precies dit meningsverschil in. Juist omdat de Hoge Raad op het terrein van de rechtsontwikkeling en rechtseenheid, mede door zijn eigen opstelling, zo belangrijk geworden is, menen wij dat hij er bewuster en stelselmatiger op moet inzetten dan hij nu doet. De huidige tijd verlangt dat volgens ons van hem.

### *2.3 Het eerste bezwaar tegen een andere taakvervulling*

Dat desondanks in de meeste landen met een cassatie- en revisiestelsel de hoogste rechterlijke colleges nog steeds niet de omslag hebben gemaakt naar zo'n bewuster en stelselmatiger inzetten (ook) op hun rechtsontwikkelings- en rechtseenheidsfunctie, is volgens ons terug te voeren op met name twee omstandigheden. De eerste vloeit voort uit het gegeven dat de meeste hoogste rechterlijke colleges in landen met een cassatie- of revisiestelsel gebukt gaan onder een gigantische werklast. Ze kunnen de stroom zaken niet of nauwelijks nog aan. De tijd en de menskracht ontbreekt om een nog grotere werklast naar zich toe te halen en dat is

---

8 Voor landen met een cassatiestelsel is dit eigenlijk paradoxaal, omdat cassatie met name het publieke belang beoogde te dienen.

9 F. Bruinsma, *Cassatierechtspraak in civiele zaken. Een rechtssociologisch verslag*, diss. 1988, p. 91-94 (individuele attitudes van met name genoemde raadsheren).

10 Anders bijvoorbeeld J.M. Polak, *Aanpassing en afschaffing van verouderde rechtspraak*. Wetgever of rechter? *Reactie*, *WPNR* 6498 (2002), p. 537-538.

wat zal gebeuren als men (de Hoge Raad) de rechtsontwikkelings- en rechtseenheidfunctie uitoefent op de manier die in de literatuur wordt bepleit: onder meer een opener, minder juridisch-technische motivering, ingaan op de conclusies van het Parket en op de literatuur, nadrukkelijker opteren voor een bijdrage aan de Europeanisering van het privaatrecht, onder meer door rechtsvergelijking, een bredere feitengaring mede op instigatie van de Hoge Raad zelf, oog voor de gevolgen van uitspraken en een actieve houding bij het onderkennen en beslissen van rechtsvragen, allemaal kwesties waar wij in paragraaf 1.1 ook op doelden. De tijd en de menskracht zouden er wellicht wel zijn, wordt gezegd, als een verlofstelsel zou worden ingevoerd, maar hiertegen bestaat in de meeste van deze landen grote bezwaren. Toegang tot de hoogste rechter wordt gezien als een recht, de nadelen van overbelasting ten spijt. De achtergrond hiervan wordt waarschijnlijk gevormd door de idee dat in een verlofstelsel de controlefunctie geheel of nagenoeg geheel verloren gaat.

Deze veronderstelling is evenwel onjuist. Een verlofstelsel is niet de enige oplossing. Wel is een selectie van zaken nodig, maar die kan zodanig worden ingericht dat de controlefunctie van de Hoge Raad mogelijk blijft en tevens voldoende tijd is voor een bewuster en stelselmatiger vervullen van zijn rechtsontwikkelings- en rechtseenheidfunctie. Met behulp van het nu volgende cijfermateriaal zullen wij ons standpunt toelichten.

#### *Het werk van de Hoge Raad in cijfers*<sup>11</sup>

Vergeleken met 1973 is in Nederland in het jaar 2000 het aantal uitspraken van de civiele kamer van de Hoge Raad verviervoudigd (124 tegen 478 uitspraken). Gemeten aan 1977 is de vermenigvuldigingsfactor 2,5 (196 tegen 478). Soortgelijke cijfers bestaan voor bijvoorbeeld het *Bundesgerichtshof* (BGH) in Duitsland (2249 nieuwe zaken in 1980 tegen 4408 in 1999), en het *Hof van Cassatie* in Italië (5300 nieuwe zaken in 1974 tegen 13.569 in 1994, met een werkvoorraad van 34.205 zaken, d.w.z. bijna drie jaar). In Japan<sup>12</sup> is alleen al het laatste decennium het aantal nieuwe zaken bij de hoogste rechter verdubbeld (2753 zaken in 1990 tegen 5567 in 2000). Zelfs als alle zeilen worden bijgezet om de zaken binnen redelijke tijd te

11 Deze en de hierna in de tekst te vermelden gegevens hebben wij ontleend aan de jaarverslagen van de Hoge Raad over 1997-2000; D.J. Veegens, *a.w. (nt. 5)*, nr. 180-181; de noot van D.J. Veegens onder HR 16 november 1956, *NJ* 1957, 619 (Schilte/Van Rosendaal); J.L.W. Sillevius Smitt, *Dient de regeling van cassatie in burgerlijke zaken te worden gewijzigd en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?*, *Handelingen 1978 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, 1, 2e st., Zwolle 1978, p. 7-9. Niet verwerkt in de cijfers over Nederland is het aantal keren dat de Hoge Raad kortweg verwijst naar de gronden als vermeld in de conclusie van de advocaat-generaal of diens conclusie overneemt. De cijfers over Duitsland hebben we ontleend aan Bruno Rimmelspacher (Hrsg.), *a.w. (nt. 7)*, p. 118. Die over Italië aan Jolowicz & Van Rhee (eds.), *a.w. (nt. 5)*, p. 227-232.

12 Vergelijk Shozo Ota, *Reform of Civil Procedure in Japan*, *The American Journal of Comparative Law* 2001, p. 561-583 (met name de tabel op p. 579).

beslissen, lukt dat bij deze aantallen nauwelijks of niet. Een evenredige uitbreiding van het aantal rechters, zoals met name in Italië is gedaan, biedt slechts ten dele een oplossing, zo is het algemene gevoelen, onder meer vanwege het risico van tegenstrijdige uitspraken (dat zich in Italië ook ten volle heeft gerealiseerd).<sup>13</sup> In Nederland is vooral om deze reden het aantal raadsheren van de civiele kamer tussen 1977 en 2000 nauwelijks gestegen: van 8 naar 10 (inmiddels zijn er overigens 11 raadsheren). De meer dan verdubbeling van het aantal zaken in de laatste 25 jaar, is dus door slechts 25% meer raadsheren opgevangen.

Als het aantal rechters niet toeneemt, zijn andere maatregelen nodig. Te denken is aan het aanscherpen van de gronden op basis waarvan geklaagd kan worden, een voorselectie naar bewerkelijkheid van zaken door zeer ervaren rechters als *law clerks* (Japan), de 'Ablehnung der Annahme' van zaken zonder principiële betekenis (Duitsland) of een verlostelsel in enigerlei vorm.<sup>14</sup> In Nederland<sup>15</sup> zijn tot nu toe, behalve het toestaan van een schriftelijk in plaats van een mondeling pleidooi, twee andere maatregelen genomen om de stroom zaken hanteerbaar te maken.<sup>16</sup> De eerste is de mogelijkheid om met drie in plaats van vijf raadsheren te beslissen, de tweede om het beroep te verwerpen met een verkorte motivering. De verkorte motivering houdt in dat volgens de Hoge Raad de aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling (art. 81 RO). Beide maatregelen steunen op de gedachte dat niet alle zaken dezelfde aandacht van de Hoge Raad nodig hebben. Eenvoudige, kansloze of uit een oogpunt van rechtsontwikkeling en rechtseenheid onbelangrijke zaken moeten gemakkelijk en snel afgedaan kunnen worden. Inmiddels wordt éénderde van de zaken in cassatie met drie raadsheren beslist en is het aantal art. 81 RO-zaken gestegen van 13% in 1997 tot 27% in 2000 (waarbij niet zijn meegeteld de zaken waarin een deel van de cassatiemiddelen via art. 81 RO is afgedaan).

---

13 Zie Jolowicz & Van Rhee, *a.w. (nt. 5)*, p. 227-232.

14 J.A. Jolowicz, *a.w. (nt. 5)*, p. 56-63. Wij tekenen echter aan dat hij vaststelt dat vooral landen met een hoogste appèlrechtspraak hiertoe lijken over te gaan (van de *civil law*-landen bijvoorbeeld de Scandinavische landen). In landen met cassatierechtspraak wordt deze stap niet gemakkelijk gezet. Wel is het op 1 januari 2002 in Duitsland gebeurd, een land met een revisiestelsel.

15 Invloedrijk zijn geweest de preadviezen over cassatie, geschreven door G.J. Wiarda, *Dient de regeling van cassatie in burgerlijke zaken te worden gewijzigd en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?*, *Handelingen 1978 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, 1, 2e st., Zwolle 1978, p. 63 e.v., en J.L.W. Sillevius Smitt, *a.w. (nt. 11)*, p. 5 e.v.

16 Een verborgen manier om de werklast draaglijk te houden, is schipperen met het onderscheid tussen feit en recht. Door bepaalde beslissingen als (overwegend) feitelijk aan te merken, kan de hoogste rechter de cassatiecontrole beperken. Uit een oogpunt van rechtsontwikkeling is dit niet altijd gunstig. Een recent voorbeeld in Nederland is de begroting van (immateriële) schade. Zie daarover nader de bijdrage van Kamminga & Weterings in deze bundel.



*Veel ballast*

Wat is het resultaat van de enorme inzet van tijd en menskracht om jaarlijks zoveel zaken in cassatie te beslissen? In Nederland schommelt het percentage cassatieberoepen dat leidt tot een vernietiging van de uitspraak van de lagere rechter, al decennialang<sup>17</sup> rond de 30% (in 1999 was het 28% en in 2000 slechts 26%).<sup>18</sup> In absolute aantallen betekent dit dat de Hoge Raad in Nederland in 2000 ruim 350 (!)<sup>19</sup> zaken heeft behandeld zonder dat hij het nodig heeft geoordeeld uit hoofde van een van zijn beide functies in te grijpen.<sup>20</sup> In Duitsland gaat het om meer dan 80% van de zaken (zo'n 3500). De Duitse wetgever begrijpt deze cijfers aldus dat in deze 3500 zaken kennelijk noch sprake is geweest van een ernstig te nemen proces- of materieelrechtelijk fout, noch van zaken die van belang waren voor de rechtsontwikkeling en/of de rechtseenheid. Hij verbindt daaraan de conclusie dat in het BGH mensen en middelen grotendeels verkeerd ingezet worden en dat dus veranderingen geboden zijn. Dit heeft op 1 januari 2002 geleid tot de invoering van een verlostelsel volgens het, reeds bij het *Bundesverwaltungsgericht* bestaande, dubbele toetsmodel: de appèlrechter beslist bindend over toelating tot de revisie, maar wanneer de toestemming niet gegeven of geweigerd is, kunnen partijen zich rechtstreeks tot het BGH wenden. Het BGH is verplicht partijen tot de revisie toe te laten als de zaak principiële betekenis heeft, bijvoorbeeld vanwege procedurefouten of een kennelijk onrechtvaardig resultaat, dan wel wanneer de zaak uit het oogpunt van rechtsontwikkeling of rechtseenheid een beslissing van de hoogste rechter vereist.<sup>21</sup>

Anders dan de Duitse wetgever, gaan wij er niet van uit dat in Nederland in de 74% van de gevallen in 2000 waarin het cassatieberoep is verworpen, de Hoge Raad altijd ten onrechte is ingeschakeld. Soms wordt de bestaande jurisprudentie

17 Veegens, Korthals Altes, Groen, *a.w. (nt. 5)*, nr. 24, vermelden dat rond 1900 het percentage geslaagde cassaties op 15% lag (men sprak van 'het hof van verwerping') en omstreeks 1950 op 30%. Dat vond men toen erg veel, maar sedertdien is het nauwelijks veranderd. Preciezer cijfers geeft D.J. Veegens, *a.w. (nt. 5)*, nr. 181: in de periode van 1928-1932: 25,4%; 1948-1952: 34,5 %; 1964-1968: 28%.

18 Een verdere uitsplitsing van de 30% naar de redenen van de vernietiging – procesrechtelijke of materieelrechtelijke fouten, omgaan, nieuwe wegen, aanscherpen van bestaande jurisprudentie – bevatten de cijfers niet. De analyse van J.M. Barendrecht, *a.w. (nt. 6)*, 1998, dat ongeveer tweederde van de overwegingen van de Hoge Raad betrekking heeft op controle (rechtsbescherming), mag men waarschijnlijk doortrekken in die zin dat dit ook het grootste percentage vernietigingen oplevert.

19 Ter verduidelijking: 100% - 26% vernietigingen = 74% cassatieberoep verworpen; 74% van 478 zaken = 353,72 zaken.

20 Het is verleidelijk dit aantal om te rekenen in bestede uren. Het gaat dan om de tijd die het wetenschappelijk bureau, het Parket en de civiele kamer, uitgaande van een kamerbezetting van drie, aan de zaken hebben besteed. Zou een gemiddelde van 30 uur per zaak aan de hoge kant zijn? Indien niet, dan hebben de 350 zaken in totaal 10.500 uren gekost. Dat zijn meer dan vijf volle mensjaren.

21 Art. 542 en 543 ZPO, waarover Bruno Rimmelpacher (Hrsg.), *a.w. (nt. 7)*, p. 118-122. Over de ervaringen met het dubbele toetsmodel bij het *Bundesverwaltungsgericht*, zie M. Köhne, *Coördinatie van rechtspraak*, diss. 2000, p. 91-99.

bevestigd en dat kan heel nuttig zijn. Soms sluit de Hoge Raad zich aan bij een nieuwe weg die een hof heeft ingeslagen. Soms verduidelijkt hij een beslissing of motivering van de lagere rechter, waardoor deze zich ook tot andere gevallen uitstrekt. Soms wijst hij een nieuwe weg, maar vindt hij in de concrete omstandigheden van het geval geen aanleiding tot vernietiging. In al deze situaties is de inzet van de Hoge Raad allerminst verkeerd. Voor de rechtsontwikkeling en rechtseenheid zijn dergelijke arresten net zo belangrijk als de vernietigingen.

Evenmin verkeerd is de inzet van de Hoge Raad wanneer hij niet op voorhand kan vaststellen of de zaak uit een oogpunt van een van zijn beide functies de moeite waard is en hij bijvoorbeeld, achteraf beschouwd, de zaak ook met drie in plaats van met vijf raadsheren had kunnen afdoen. Dat zal zich meer dan eens voordoen. Wat daarbij evenwel opvalt, is dat de selectie behoorlijk goed lijkt te lukken. Daarvan getuigt het feit dat in samenstellingen van vijf raadsheren slechts zelden art. 81 RO wordt toegepast (3 à 4%), terwijl in zaken die met drie raadsheren worden afgedaan, percentages van meer dan 50% worden bereikt.<sup>22</sup> Dat wijst erop dat aan de hand van de criteria van art. 81 RO zaken aan de drieformatie worden toebedeeld. Hoe vaak in de overige bijna 50% het cassatieberoep wordt verworpen, is niet uit de beschikbare cijfers af te leiden, maar informeel is ons bekend dat in drieformaties slechts weinig wordt gecasseerd (5 à 10%). Ook gebeurt het, voor zover wij weten, slechts een enkele keer dat een drieformatie de zaak naar de volle kamer verwijst, omdat er toch belangrijkere kwesties aan de orde zijn dan aanvankelijk gedacht. Voeg hierbij nog onze constatering dat uitspraken die door drie raadsheren zijn gewezen, vrijwel nooit in tijdschriften worden gepubliceerd, dan is dit een duidelijke indicatie dat deze uitspraken voor de belangen die de Hoge Raad moet dienen, niet of nauwelijks betekenis hebben. Het gaat hierbij om ongeveer 30% van alle zaken: in 2000 waren dat er tenminste 145.<sup>23</sup>

#### *Twee conclusies*

Wij trekken hieruit twee conclusies. De eerste is dat deze 145 zaken voor de Hoge Raad ballast vormen. Ook partijen hebben er niets aan, behalve misschien tijdswinst voor één van hen, maar dat is geen legitieme reden om cassatieberoep in te stellen. De tweede, veel belangrijker conclusie is dat de Hoge Raad nog voordat hij de zaak ten gronde heeft beoordeeld, kennelijk al met een behoorlijk grote mate van zekerheid kan vaststellen dat de zaak, beslissing en/of klachten van zodanige aard of inhoud zijn, dat zijn uitspraak daarover geen toegevoegde waarde heeft. Wij denken dat het de moeite loont in deze richting verder te denken. Zou het selecteren

---

22 Dit cijfer is wel uitgesplitst in het jaarverslag 1997 en 1998 (Tabel II), maar niet in dat van 1999 en 2000.

23 Ter verduidelijking: éénderde van alle zaken (478 in het jaar 2000) wordt beslist in drieformatie (= 160 zaken), verminderd met 5 à 10% vernietigingen.

van niet relevante zaken niet anders, en dan met name eerder, kunnen gebeuren? In het huidige systeem vindt de selectie voor de drieformatie pas plaats nadat het Parket de zaak ten volle heeft bestudeerd en daarover in zijn conclusie heeft gerapporteerd. Ongetwijfeld is de conclusie voor de selectie door de Hoge Raad een belangrijke hulp, maar is die altijd nodig? Nee, volgens ons. Conclusies in zaken waarin art. 81 RO wordt toegepast, zijn vaak (zeker niet altijd) uitermate kort en houden niet veel meer in dan de, met een verwijzing naar literatuur of vaste jurisprudentie gestaafde, constatering dat 'er niets inzit'. Mede op grond hiervan denken wij dat het mogelijk is de kennis en ervaring van het wetenschappelijk bureau, het Parket en de civiele kamer zodanig te (re)organiseren dat op een eenvoudiger manier het kaf van het koren wordt gescheiden. Samen met andere maatregelen in een fundamenteel vernieuwd procesrecht waaraan momenteel wordt gewerkt,<sup>24</sup> zal dit kunnen leiden tot hetzij minder zaken bij de Hoge Raad, hetzij selectie van een hoger percentage niet relevante zaken dan de 30%, die wij op basis van de huidige cijfers berekend hebben. Een percentage van 50 à 60% achten wij op de duur allerminst onwaarschijnlijk, en in ieder geval nastrevenswaardig.<sup>25</sup> De tijd en menskracht die op deze manier vrijkomen,<sup>26</sup> ontzenuwen het argument dat de werklast geen ruimte laat voor een wezenlijk andere taakvervulling door de Hoge Raad dan de huidige.

#### *2.4 Het tweede bezwaar tegen een andere taakvervulling*

Hiermee zijn wij er echter nog niet. Er is nog een tweede omstandigheid die in de weg staat aan een omslag naar een bewuster en stelselmatiger inzetten op (ook) de rechtsontwikkeling- en rechtseenheidfunctie van de hoogste rechterlijke colleges. Die omstandigheid is principiëler omdat ze te maken heeft met de overtuiging dat rechtspraak dient te geschieden op basis van het concrete, individuele geval met al zijn bijzonderheden. Rechtspraak is het beslissen van concrete gevallen. Dat staat centraal en dat dient ook zo te blijven,<sup>27</sup> vindt men, zowel omdat meestal juist de

---

24 Meer daarover in W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, interim-rapport, begin 2003.

25 Op basis van de cijfers van 2000 zou dit betekenen dat de Hoge Raad dan nog zo'n 200 tot 250 uitspraken moet doen per jaar, waarvan 126 vernietigingen.

26 Uitgaande van een gemiddelde van 30 uren per bestede zaak (zie noot 20), verminderd met de uren die nodig zijn om te selecteren – stel dit gemiddeld op 10 –, scheelt het (278 x 20 =) 5.560, resp. (238 x 20 =) 4.560 uren per jaar. Dat komt overeen met drie, resp. ruim twee mensjaren.

27 Zie voor Nederland de vorige en huidige president van de Hoge Raad S.K. Martens, *De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter*, *NJB* 2000, p. 747-758 (o.m. noot 2), resp. W.E. Haak, *Rechtsvorming door de hoogste rechter, toeval of beleid?*, *NJB* 2000, p. 713-714; M. Köhne, *a.w. (nt. 21)*, p. 105-130. Zie bijvoorbeeld ook de reactie van J.D.A. den Tonkelaar in *WPNR* 6498 (2002), p. 542 en van E.H. Hondius in *WPNR* 6507 (2002), p. 735-737, op het artikel van I. Giesen, *De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling*, *WPNR* 6494 (2002), p. 447-453. Anders: Giesen, *t.a.p.*; J.B.M.

concrete omstandigheden van het geval de aanleiding zijn om tot rechtsontwikkeling over te gaan, als omdat de regel waarin de rechtsontwikkeling wordt neergelegd, slechts gevonden kan worden in een proces waarin (concept)normen en relevante feiten net zolang op elkaar worden afgestemd totdat ze 'passen'.

In deze benadering zijn de rechterlijke rechtsontwikkeling en zorg voor rechtseenheid niet meer dan bijproducten van rechtspraak, welkom, maar ondergeschikt aan de beslissing van het concrete geval. De rechtsontwikkelings- en rechtseenheidfunctie komt dan al gauw op het tweede plan. De Hoge Raad kan zelf bepalen of hij een casus aangrijpt om rechtsvormend op te treden. Zonder motivering, zonder uitleg kan hij er in het ene geval van afzien – met name het onderscheid in cassatie tussen recht en feit biedt hem ongekend ruime mogelijkheden om dit te doen –, en in het andere geval niet. Het staat volledig te zijner discretie. Nu eens is er een periode van rechterlijk activisme, dan weer wordt terughoudendheid betracht. Er is geen voor derden kenbaar criterium waaraan zijn opstelling getoetst kan worden. Een ander gevolg van dit 'stelsel' van casusgerichtheid is dat niet de kwaliteit of dringendheid van de rechtsvraag bepaalt welke aan de Hoge Raad wordt voorgelegd, maar de bereidheid van partijen om (het geld en de moeite ervoor over te hebben) door te procederen tot de Hoge Raad. Veegens heeft hier vijftig jaar geleden al op gewezen. Hij<sup>28</sup> heeft becijferd dat in de periode van 1950 tot 1956 slechts 1,6 pro mille van de in eerste aanleg berechte dagvaardingszaken de Hoge Raad bereikte. In 1930 was dat nog 2 pro mille. In 1967 was het promillage gedaald tot ongeveer 1. Thans is het minder dan 1 pro mille. Veegens schreef: 'De statistisch bewezen zekerheid dat over tal van controversiële rechtsvragen een beslissing van de cassatierechter moet ontbreken, is aan ieder praktiserend jurist uit ervaring bekend.'<sup>29</sup> Hij is hierin bijgevallen door de oud-president van de Hoge Raad, G.J. Wiarda in diens preadvies over cassatie voor de Nederlandse Juristen-Vereeniging in 1978: '(het) blijft waar dat vele controversiële rechtsvragen niet tot de Hoge Raad doordringen; arresten waarin dergelijke vragen worden behandeld, lijken mij altijd nog een minderheid te vormen; de absolute stijging van het aantal zaken heeft daarin geen wijziging gebracht.'<sup>30</sup> De huidige president van de Hoge Raad, W.E. Haak, heeft onlangs Wiarda's waarneming achterhaald genoemd. Hij heeft daarvoor echter geen enkel

---

Vranken, Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters, *NJB* 2000, p. 1-5; J.M. Barendrecht, *a.w. (nt. 6)*, 2002, p. 294-300. Neutraal: C.C.J. Hiebendaal, *De stoelendans der juristen, Trema* 2002/1, p. 6.

28 Zie de noot onder HR 16 november 1956, *NJ* 1957, 619 (Schilte/Van Rosendael).

29 D.J. Veegens, *a.w. (nt. 5)*, nr. 182. In zijn noot onder het in noot 28 genoemde arrest is een soortgelijke opmerking te vinden.

30 G.J. Wiarda, *a.w. (nt. 15)*, p. 86-87.

bewijs aangedragen. Dat bewijs is er volgens ons ook niet.<sup>31</sup>

Veegens en Wiarda hebben beiden de Hoge Raad opgeroepen om ‘zolang de doorstroming van zaken (...), en niet te vergeten de variatie in het hem geboden menu, te wensen overlaat’, zijn beleid daarop af te stemmen, want de ‘Rechtsgenerator kan slechts voldoende stroom blijven leveren, indien de motor die hem aandrijft een injectie krijgt.’<sup>32</sup> De oproep is sedertdien een aantal keren herhaald. Natuurlijk kan de Hoge Raad niet zaken eigener beweging naar zich toe trekken. Hij is in dat opzicht altijd afhankelijk van het initiatief van partijen of van het Parket (cassatie in het belang van de wet), maar wetgever en rechter kunnen dit initiatief wel uitlokken of faciliteren. In de literatuur genoemde mogelijkheden zijn onder meer:<sup>33</sup>

- betaling van de advocaat- en proceskosten in zaken die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling en rechtseenheid, dit om partijen over de streep te trekken in dergelijke zaken cassatieberoep in te stellen;
- cassatie in het belang van de wet, met de mogelijkheid dat door de Staat betaalde advocaten worden aangewezen om de standpunten van partijen te verdedigen;
- sprongcassatie;
- verlofstelsel of een stelsel waarin meteen na indiening van een zaak streng wordt geselecteerd op relevantie (zie hierboven);
- rigoureuze beperking van de controlefunctie;
- versnelde afdoening van bepaalde typen klachten, met name voor zover ze betrekking hebben op de controlefunctie van de Hoge Raad;
- prejudiciële rechtsvragen van lagere rechters aan de Hoge Raad (eventueel met toewijzing van door de Staat betaalde cassatieadvocaten). Hieraan zou een verlofstelsel gekoppeld kunnen worden, waarin alleen vragen worden toegelaten die in het belang zijn van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Bij prejudiciële vragen is een dergelijke beperking geen probleem, eerder een vanzelfsprekendheid;
- rechtspraak bij wege van abstracte toetsing op vordering van belangengroeperingen (vergelijkbaar bijvoorbeeld met de regeling bij algemene voorwaarden van art. 6: 240 BW).

Wij verwachten niet dat met deze maatregelen alle voor de rechtsontwikkeling en

31 W.E. Haak, *a.w. (nt. 27)*, p. 713-714.

32 D.J. Veegens, *a.w. (nt. 5)*, nr. 181.

33 Vergelijk onder meer D.J. Veegens, *a.w. (nt. 5)*, nr. 181-182; G.J. Wiarda, *a.w. (nt. 15)*, p. 86-87; J.B.M. Vranken, *a.w. (nt. 27)*, p. 1-4; de gepubliceerde bijdragen naar aanleiding van het boek van J.M. Barendrecht, *a.w. (nt. 6)*, uit 1998 in *NJB 2000*, p. 687-721, en in *NJB 2002*, p. 293-310.

rechtseenheid relevante rechtskwesties over de gehele bandbreedte van het privaatrecht de Hoge Raad zullen bereiken, maar dat is voor een evenwichtige en verantwoorde bijdrage ook niet per se nodig, zo het al mogelijk is. Belangrijk is dat ten aanzien van kwesties die er op zeker ogenblik echt toe doen, een actiever beleid kan worden gevoerd dan op dit moment, waar het toch vooral toevallige factoren zijn die bepalen of en hoe (procesrechtelijk) zaken doorstromen. Het is een noodzakelijke correctie op de inrichting van het instituut 'cassatie', dat is opgericht in een tijd (bijna twee eeuwen geleden) toen de omvang en betekenis van de bijdrage van de Hoge Raad aan de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid onvergelijkbaar veel geringer was dan nu.<sup>34</sup>

### *2.5 Wat volgt*

Hierna volgen dertien bijdragen waarin steeds een uitspraak van de Hoge Raad herschreven wordt. De volgorde is bepaald door het tijdstip van inleveren van de (eerste versie van de) kopij. In onze Slotbeschouwing zullen wij in het kort enkele lijnen trekken uit de diverse bijdragen. Waarop hebben de auteurs vooral ingezet?

---

<sup>34</sup> Bij dit beeld van gering belang past dat tot begin twintigste eeuw meer dan eens is aangedrongen op afschaffing van de Hoge Raad wegens overbodigheid. Aldus onder meer D.J. Veegens, *a.w. (nr. 5)*, nr. 24-27, die betoogt dat eigenlijk pas door het rapport van de commissie Gratama in 1920 de discussie over het nut van de Hoge Raad is beslecht.