

Slotbeschouwing: de eerste resultaten van het experiment

1 Inleiding

1.1 Plan

Wij hebben hoog ingezet, schreven wij in de Inleiding en verantwoording. Wie hoog inzet, kan diep vallen. Is ons dat ook overkomen? Uiteraard is het oordeel over de vraag of wij onze pretenties hebben waargemaakt niet aan ons, maar uit het feit dat wij het verslag van het experiment publiceren, mag worden afgeleid dat wij zelf menen dat het in ieder geval niet helemaal mislukt is. In deze Slotbeschouwing willen wij, mede ten gerieve van de lezer die snel een idee wil krijgen, de in paragraaf 1.2 van onze Inleiding en verantwoording beloofde uiteenlopende benaderingswijzen en gestoei met ideeën, voorstellen, meningen, inzichten en overtuigingen, op een rij zetten. Welke lijnen tekenen zich af in de diverse bijdragen?

1.2 Een bekentenis vooraf

De opdracht is lastiger geweest dan wij allen vooraf hebben ingeschat. In de eerste plaats bleek het moeilijker dan gedacht los te komen van de ingesloten houding om meteen in juridische begrippen te denken en te argumenteren in plaats van als uitgangspunt te nemen de vraag: waar gaat het eigenlijk om? Met name het openlijk denken en redeneren in alternatieven, en in voor- en nadelen moest ieder van ons soms bijna op zichzelf bevechten. Het schrijven heeft ons daardoor veel tijd gekost. Gemiddeld schatten wij zo'n zestig uur per uitspraak, inclusief de gezamenlijke bespreking van elkaars concepten. Bij de Hoge Raad zal het gemiddelde lager liggen, veronderstellen wij, ook als wij de art. 81 RO-zaken niet meetellen. De leden van de Hoge Raad hebben immers heel wat meer ervaring dan wij. Anderzijds hebben wij iets kunnen terugwinnen doordat wij meestal een uitspraak hebben uitgekozen over een onderwerp dat wij al (behoorlijk) goed kennen. Dat maakte het ook gemakkelijker en minder tijdverslindend dan normaal om bijvoorbeeld

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

rechtsvergelijkende gegevens te verwerken. De Hoge Raad zou hieraan, als hij dat ook gedaan had of, zoals wij bepleiten, gaat doen, gemiddeld vermoedelijk meer tijd kwijt zijn (geweest), ook na voorlichting door het Parket. De rigoureuze tijdbesparing die de beperking tot 200 tot 250 zaken per jaar oplevert – zie onze berekening in paragraaf 2.3 van de Inleiding en verantwoording –, kan worden gebruikt voor het schrijven van uitspraken nieuwe stijl. De extra werklast die dit meebrengt, is volgens ons niet zodanig dat de Hoge Raad het nog drukker zal krijgen dan hij het nu al heeft. Rustig zal het nooit worden, maar wij verwachten dat onze aanpak hem meer gelegenheid laat om, in abstracto, maar ook en vooral aan de hand van concrete zaken, na te denken over het wie, wat, waar, waarom, wanneer en hoe van zijn taakvervulling, zowel qua inhoud (par. 2), als qua stijl en vorm (par. 3).

2 De inhoudelijke vernieuwing van de cassatierechtspraak

2.1 Het wensenpakket

Wij hebben in paragraaf 2.3 van onze Inleiding en verantwoording de Hoge Raad opgeroepen opener en minder juridisch-technisch te argumenteren, in te gaan op de conclusies van het Parket en op de literatuur, nadrukkelijker te opteren voor een bijdrage aan de Europeanisering van het privaatrecht, een bredere feitengaring mede op instigatie van hem zelf te ondernemen, oog te hebben voor de gevolgen van zijn uitspraken en een actieve houding aan de dag te leggen bij het onderkennen en beslissen van rechtsvragen.

2.2 Informatiegaring

Een belangrijk struikelblok bij het realiseren van dit wensenpakket wordt gevormd door het chronisch gebrek aan empirische gegevens over de te beslissen kwesties. Hoe sterk is het ‘floodgate’-argument? Wat betekent immateriële schadevergoeding voor iemand wiens leven verwoest of totaal op zijn kop gesteld wordt door het verlies van een naaste? Is een bepaalde risicoverdeling nog wel verzekeraar? Wat zijn de gevolgen van een beslissing voor de beroepspraktijk? Hoe gaat het er in de franchisepraktijk aan toe alvorens men een contract sluit? Op een enkele uitzondering na is het ons niet erg goed gelukt hierover in algemeen toegankelijke literatuur betrouwbare feitelijke gegevens te achterhalen, hoezeer wij ons ook hebben ingespannen. Dat heeft velen van ons ertoe gebracht als Hoge Raad – die rol speelden wij – te proberen de informatie zelf te achterhalen, want wij vonden wel dat die zoveel mogelijk beschikbaar moest komen. Het opvallendst in dit

opzicht is de bijdrage van Hertogh: publicatie van het arrest in diverse dagbladen, bezoeken ter plaatse door de Hoge Raad en het uitlokken van reacties van partijen en anderen. Verder passeren als opties het doen van navraag bij de Raad van State inzake een wetsvoorstel (Giesen), uiteraard het rechtstreeks vragen van informatie aan partijen (Hertogh, Giesen) of bepaalde, in meer of mindere mate betrokken belangengroepen, zoals de Vereniging van Dierenartsen, het Verbond van Verzekeraars of andere brancheorganisaties (Vranken, Giesen, Kamminga & Weterings). Ook werd het houden van een enquête onder een deel van de bevolking onder leiding van de Raad voor de Rechtspraak genoemd (Giesen). Websites komen natuurlijk eveneens langs als informatiebron (Barendrecht). Zelfs dienen wij te kunnen rekenen op de steun van specialisten uit andere disciplines, zoals de psychiater, de econoom en de communicatiespecialist (Barendrecht).

Informatie komt in hoge mate ook voort uit literatuur. De meeste auteurs hebben literatuurverwijzingen opgenomen, in de tekst of in noten. Een enkeling gaat hierbij de Duitse tour op (Giesen), anderen zijn meer bescheiden. Een apart punt was nog de vraag of de auteurs het geval moesten beoordelen aan de hand van de literatuur zoals die beschikbaar was ten tijde van het wijzen van het oorspronkelijk arrest (zo Loos, Barendrecht, Van Boom) of dat men nieuwe inzichten sindsdien in de vorm van nieuwe literatuur, waaronder zelfs literatuur over het besproken arrest, zou moeten of mogen meenemen. De gemaakte keuze hangt samen met de vraag of iemand voor de *ex nunc* of *ex tunc* benadering koos. Sommigen verkiezen de *ex tunc*-variant: de Hoge Raad had het toen al anders moeten doen (zie ook Hertogh). Echter, doordat de meeste auteurs recente arresten hebben uitgekozen, is de kwestie niet echt relevant geworden.

2.3 *Algemene(re) oordelen*

Duidelijk is geworden dat de meeste auteurs van de Hoge Raad een actieve houding verwachten bij het onderkennen en beslissen van rechtsvragen. Getracht wordt de kern uit een cassatiemiddel te halen en niet te vluchten in bijvoorbeeld het onderscheid tussen feit en recht (Kamminga & Weterings) of in art. 407 lid 2 Rv¹ teneinde bepaalde rechtsvragen niet te hoeven beantwoorden. Ook worden cassatiemiddelen niet (sub)onderdeel voor (sub)onderdeel besproken. Alle bijdragen laten dit zien. Soms wordt de rechtsvraag zelfs zeer algemeen en abstract gemaakt (Kamminga & Weterings, Van Boom, Buijssen & Dierikx en Van Laarhoven). Indien nodig wordt een rechtsvraag zelfs via een *obiter dictum* naar voren gehaald en beantwoord (Giesen), of wordt geheel buiten de rechtsvraag om

¹ In de huidige rechtspraak van de Hoge Raad en met name bij het Parket, wordt, vergeleken met eerder, met grote regelmaat art. 407 lid 2 Rv gehanteerd. Helaas, want soms kost het meer tijd uit te leggen waarom een middel(onderdeel) onbegrijpelijk is dan een bespreking ervan.

gekeken (Barendrecht). Nergens echter wordt de band met het concrete geval en de daarin te geven beslissing losgelaten.

Voordat aan een algemeen oordeel toegekomen kan worden, dient wel duidelijk te zijn dat de zaak behandeld kan en mag worden. Kamminga & Weterings lijken via een soort van verlofregeling voor toelating tot cassatie te eisen dat de uitspraak de verdere rechtsvorming dient. Vranken ziet ruimte voor een spoedige behandeling van voor de rechtsvorming principiële zaken en introduceert een nieuwe wet die zulks moet bewerkstelligen.

Bij het geven van algemene oordelen gaat vervolgens veel aandacht uit naar het blootleggen van de uiteindelijke, achterliggende argumenten (Van der Sangen, Loos, Van Boom, Giesen, Van Laarhoven, Vranken, Barendrecht, Buijssen & Dierikx). Volgens anderen gebeurt dat overigens nu ook al.² Dat klopt op zich wel, maar het gebeurt naar onze mening nog te sporadisch en daarmee te weinig, terwijl het misschien wel de standaard zou moeten zijn en eigenlijk niet eens zou mogen opvallen.

Het geven van algemene oordelen, betekent ook dat er vooruit gekeken moet worden. Indien nodig, wordt alvast uitleg gegeven van een term waarvan duidelijk is dat deze tot nadere uitlegvragen aanleiding zal gaan geven in een later stadium (Vranken). Meer algemeen gesteld: er wordt naar de gevolgen van de uitspraak gekeken. Met name daar waar de mogelijkheid van een voorlopige uitspraak bestaat, komt dat aspect sterk naar voren (Hertogh, Vranken). Betrokken op de gevolgen is ook de aparte toets aan het algemeen belang door de Hoge Raad zoals deze door Van Laarhoven in haar bijdrage is gelanceerd.

Dat recht spreken uiteindelijk 'kiezen' is, wordt pregnant duidelijk gemaakt door Barendrecht die maar liefst vijf opties voor mogelijke uitkomsten schetst en daaruit een keuze maakt. In andere bijdragen komt diezelfde open afweging en het keuze-element naar voren doordat zeer duidelijk de argumenten voor en tegen een bepaalde oplossing naast elkaar gezet en afgewogen worden (Buijssen & Dierikx, Vranken). Ook het tegenover elkaar plaatsen van diverse perspectieven op de materie (Kamminga & Weterings), past in deze benadering.

Bij de gemaakte keuzes speelt bij sommigen de rechtseconomische invalshoek een belangrijke rol (Barendrecht, Van Bijnen). Veel meer dan nu het geval is, worden door de meeste auteurs rechtsvergelijkende gegevens verwerkt. Niet alleen het Parket, ook de Hoge Raad zelf moet aan de rechtsvergelijking en aan de Europeanisering van het privaatrecht. Met name Van den Berg, Kamminga & Weterings, Van Laarhoven, Barendrecht, Veldhuizen, Vranken en Giesen besteden daaraan (ruim) aandacht. Van Boom gaat op de rechtsvergelijkende aspecten in voordat de Hoge Raad de pen opneemt. Er is zelfs een bijdrage waarin het (nog op

² G.E. van Maanen, Een Goede (Hoge)Raad, *NTBR* 2002, p. 275.

te richten) *European Law Institute*³ een rapport aflevert dat door het Parket aan de conclusie wordt toegevoegd en door de Hoge Raad wordt gebruikt (Van Laarhoven). Interne rechtsvergelijking ontbreekt niet helemaal (Van den Berg), maar is minder pregnant aanwezig dan de externe rechtsvergelijking.

Ook verzekeringsaspecten spelen in veel bijdragen een grote rol. Niet dat aansprakelijkheid daarvan zou afhangen (hoewel?), maar het is wel een indicator inzake de aanvaardbaarheid van de gekozen oplossing. De bijdragen van Vranken, Kamminga & Weterings en van Buijssen & Dierikx staan er bol van. Anderen hanteren de verzekeringsaspecten meer op de achtergrond, zonder deze te veronachtzamen (Van Boom, Giesen).

Inhoudelijke 'foefjes' zijn in groten getale te bespeuren. De auteurs hebben nieuwe wetten gemaakt, zoals de Wet versnelling cassatierechtspraak in principiële zaken, ontworpen door Vranken, die tevens de nieuwe Wet voorfase civiele procedures op de kaart gezet heeft. En omdat hij toch bezig was, worden er ook nog nieuwe procesregels (via een cassatiereglement) ingevoerd (zo ook Hertogh en Kamminga & Weterings). Een nogal groots foefje is de al vermelde oprichting van een compleet instituut: het *European Law Institute* (Van Laarhoven). Ook allerlei kostenveroordelingen zijn verzonnen, waarbij een enkeling de Staat de kosten van rechtsvorming laat dragen, in elk geval ten dele (Giesen, Vranken). Een voorbeeld van een 'foefje' dat duidelijk de wens van de maker prijs geeft, is nog dat de groeiende tendens in de richting van normering van schadevergoeding (Kamminga & Weterings) een extra impuls krijgt via de Standaardregeling normering immateriële schadevergoeding (Vranken).

3 Nieuwe stijl en vorm

De door de auteurs gekozen stijlen verschillen aanzienlijk. Het spectrum loopt van bijna streng Duits (Giesen) tot in de richting van de abstracte stijl van het Franse stelsel (getuige de beknoptheid bij Veldhuizen en Van Boom), gelukkig echter, zo veroorloven de schrijvers dezes zich te melden, zonder ooit die Franse stijl écht te benaderen. Stijl is vaak ook gebonden aan structuur, zodat dat aspect ook veel aandacht krijgt. De bijdrage van Loos getuigt daarvan.

In het kader van de gekozen stijlen, blijkt 'de' *Common law* stijl afwezig. Het valt in de eerste plaats op dat niemand ertoe over gegaan is om één of meer 'dissenting opinions' of 'concurring opinions' op te nemen. Dat is op zichzelf wel logisch omdat het in het kader van dit experiment dezelfde auteur zou moeten zijn die zou moeten afwijken van de (eigen) meerderheidsmening, maar het had

³ Zie daarover M. W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. 1999, p. 21, met verdere verwijzingen.

evengoed gekund. Dat het thema wel de aandacht heeft gehad, blijkt in elk geval hieruit dat in diverse bijdragen gesproken wordt over 'een unanieme beslissing' (Giesen) of woorden van gelijke strekking (Veldhuizen). Hierbij aansluitend: het veel meer dan nu toe openbaren van de interne werkwijze, komt ook naar voren. De bijdrage van Giesen laat weten dat het concept geschreven is door de ene, met naam genoemde raadsheer en vervolgens besproken is met een aantal andere, ook genoemde raadsheren. De bijdrage van Van Bijnen meldt keurig dat het wetenschappelijk bureau richtlijnen ontwikkeld heeft en dat deze door de Hoge Raad overgenomen worden en tot zijn definitieve bevindingen worden gemaakt.

De vorm en stijl is ook aan bod waar het opeens mogelijk lijkt te worden dat de Hoge Raad (ongevraagd) 'aanbevelingen' gaat verstrekken (Vranken, Van den Berg, Kamminga & Weterings), advies uitdeelt (Van Bijnen) of een oproep doet (Kamminga & Weterings, Buijssen & Dierikx). Die aanbevelingen zullen in elk geval in bepaalde zaken ter harte worden genomen want zij gaan dan vergezeld van een systeem van toezicht daarop (Vranken). In het kader van de informatiegaring wordt ook de voorlopige uitspraak (Vranken) of het onderscheid tussen een ontwerparrest en een eindarrest (Hertogh) mogelijk gemaakt, teneinde na de voorlopige uitspraak informatie in te kunnen winnen en dan alsnog een definitieve uitspraak te kunnen doen. De prejudiciële beslissing komt ook nog langs (Vranken). De procespartij die na afloop nog toelichting wenst, kan die via de griffie verkrijgen (Hertogh, Giesen).

Een enkeling had behoefte aan een duidelijk en expliciet moment van introspectie door de Hoge Raad, voorafgaande aan de meer inhoudelijke kant van de zaak. Met name de bijdrage van Veldhuizen laat dat zien. Anderen hebben voor zichzelf, voorafgaand aan hun nieuwe arrest, een moment van reflectie ingeruimd (Van Boom, Van Bijnen, Loos). Tot slot: het schrijven in 'gewone' en begrijpelijke taal was moeilijker dan gedacht. Het heeft heel wat schrap- en schaafwerk gekost.

4 Afsluitend

De nadruk van de meeste auteurs ligt op de inhoudelijke kant van de zaak. Wij hadden dat ook verwacht. De motivering van de Hoge Raad kan volgens ons opener, minder technisch-juridisch en sterker gericht zijn op zijn taak als rechtsvormer in een Europese context, met oog voor de gevolgen van zijn uitspraken en opgeschreven in zoveel mogelijk gewone mensentaal. De opzet die ons voor ogen staat en die wij in onze Inleiding en verantwoording hebben uiteengezet, laat hem daar voldoende tijd voor. Wij realiseren ons dat niet alle ideeën en voorstellen meteen praktisch uitvoerbaar zijn, maar ook 'wilde items' kunnen soms een denkrichting wijzen.