

‘DE HOGE RAAD IN 2025’ UIT 2010

REVISITED IN 2020: EEN TUSSENSTAND OP TWEE DERDE VAN DE RIT

Ivo Giesen*

1 INLEIDING: EEN BIJDRAGE VOOR EEN WETENSCHAPPELIJKE VRIEND

Ton Hol heeft in zijn rijke carrière als positiefrechtelijk rechtsfilosoof uiteraard ook diverse malen geschreven over rechtsvinding en rechtsvorming.¹ Binnen die thematiek valt ook de voor mij meest dierbare wetenschappelijke samenwerking² met Ton, te weten onze samenwerking, tussen 2009 en 2011, in het kader van het in juni 2010 te Utrecht door ons – tezamen met François Kristen, en in samenwerking met de Hoge Raad – georganiseerde congres ‘*De Hoge Raad in 2025*’ dat uitmondde in een gelijknamige bundel.³ Hoewel wij toen al enkele jaren collega’s waren en ik Ton zelfs al kende sinds het einde van mijn studententijd toen wij beiden lid waren van de sectie Rechtstheorie van uitgever *Ars Aequi Libri*, leerde ik in die jaren pas de ware Ton, zeg maar de ‘*Ton in action*’, goed kennen. Hij rolde als het ware zijn *Rolodex* (bestaan die dingen nog?) uit en binnen een mum van een tijd hadden we een prachtige bezetting qua sprekers uit alle mogelijke rechtsgebieden en bovendien alle medewerking van iedereen die we nodig hadden voor een succesvol congres. Tevens wist Ton, als altijd, soepel alle valkuilen en problemen te omzeilen, ontduiken, ‘bypassen’ of desnoods weg te poetsen. Glansrijk.

* Ivo Giesen is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan *Ucall* en het Molengraaff Instituut; hij is sinds september 2019 de opvolger van prof. Ton Hol als Hoofd Departement Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht.

Teneinde, zeker in het *Liber* voor Ton, geen *faux pas* qua wetenschappelijke integriteit te maken, maak ik graag vooraf nog deze disclaimer: de hoofdmoot van deze bijdrage is in gewijzigde vorm eerder verschenen als onderdeel van I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht*, Monografie BW Deel A-3, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nrs. 56-59. Die monografie lag bij de drukker toen deze bijdrage afgerond werd (in maart 2020). Gegeven het veelal beperkte bereik van een (op de privaatrechtelijke praktijk gerichte) monografie zoals deze, meende ik dat het geen kwaad kon om enkele van mijn gedachten over rechtsvorming langs deze weg nogmaals aan een breder en deels ander publiek te openbaren.

1 Ik noem hier slechts zijn bijdrage ‘De staat van de rechtsvinding’, *Trema* 1998, p. 1-5.

2 De bestuurlijke samenwerking tussen Ton en mij is van later datum, april 2017, toen ik onder zijn leiding een plek kreeg in het Bestuur Rechtsgeleerdheid van de UU.

3 Zie A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

In deze bijdrage te zijner ere keer ik – tien jaar later, en vijf jaar voordat het daadwerkelijk 2025 is, op twee-derde dus van de tijdspanne die we in 2010 meenden te moeten overzien – terug naar de thematiek van dat congres en die bundel, namelijk de positie van de Hoge Raad der Nederlanden, gegeven de contouren van de cassatierechtspraak, als het om rechtsvinding en rechtsvorming gaat. Die keuze ligt voor de hand omdat er nog steeds het nodige aan de hand is op dit vlak. Zo wordt op het moment van schrijven van deze bijdrage art. 80a RO, de bepaling die de selectie van zaken aan de poort van de Hoge Raad regelt, geëvalueerd door onderzoekers van de UU, nadat niet al te lang geleden nog de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad positief geëvalueerd werd.⁴ Ik ga dus opnieuw trachten enigszins – maar nu slechts een jaar of vijf – vooruit te kijken. Wat valt er te verwachten – met name in de rechtspraak – in de nabije toekomst als het om rechtsvorming en rechtsvinding gaat, voor zover nu te overzien, en gegeven wat er net achter ons ligt?

Let wel: ik doe hier geen poging de toekomst te voorspellen, dat kan ik niet; maar ik wil wel staand in het heden, vanuit het recente verleden (zie onderdeel 2) vooruitkijken naar wat er gegeven de situatie nu, zit aan te komen als het om rechtsvorming in Nederland gaat. Daarbij focus ik op de idee dat rechtsvorming steeds meer een ‘beleidsmatig’ karakter ontwikkelt (onderdelen 3 en 6), waarbij ‘casusdominantie’ de aloude ‘casusgerichtheid’ vervangt (onderdelen 4 en 5), en op de rol van derden (onderdelen 7 en 8). Het gaat mij hier dus louter om de hoofdzaken; ik negeer randzaken die vooral ‘de vorm’ betreffen. Denk hierbij aan het gebruik, vanaf juni 2019, in navolging van de strafkamer, door de Hoge Raad van voetnoten in plaats van verwijzingen in de tekst.⁵ Denk ook aan de samenvatting van hetgeen beslist is aan het einde van het arrest.⁶ Ik richt mij zodoende bovendien vooral op de positie van de hoogste rechter.

2 ONTWIKKELINGEN IN DE RECHTSVINDING SINDS HET BEGIN VAN DEZE EEUW

In 2003 alweer poneerden Jan Vranken en ik in de inleiding van de bundel ‘*De Hoge Raad binnenstebuiten*’⁷ de volgende stelling: ‘omdat de Hoge Raad op het terrein van de rechtsontwikkeling en rechtseenheid, mede door zijn eigen opstelling, zo belangrijk geworden is’, moet hij daar ‘bewuster en stelselmatiger op [...] inzetten dan hij nu doet’. Dat vonden

4 Zie I. Giesen, F.G.H. Kristen, E.R. de Jong e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016, alsmede de bijdragen van Giesen, Frenk, Kristen, Röttgering, Happé en Wattel in Hol e.a. 2011, met verdere verwijzingen.

5 Bijvoorbeeld in HR 21 juni 2019, NJ 2020/16 (*Houtman q.q./Rabobank*).

6 Zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026; RvdW 2020/88 (*Schorsing tenuitvoerlegging*), r.o. 5.8.

7 J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

wij toen een eis van de tijd.⁸ We verklaarden het gegeven dat dit nog niet gebeurd was uit, ten eerste, de werklast, en we reikten oplossingen aan om die last te reduceren, hetgeen inmiddels deels doorgevoerd is via bijvoorbeeld art. 80a RO, per 1 juli 2012, al wordt dat artikel vooral in het strafrecht is ingezet⁹ en nauwelijks in civilibus:¹⁰ het ging in 2018 in civiele zaken om 0,49% van de uitspraken, tegen 0,45% in 2017.

Onze tweede verklaring¹¹ was dat de overtuiging dat rechtspraak dient te geschieden op basis van het individuele geval, ofwel: casusgerichtheid,¹² toen nog heersend was; daarmee is rechtsvinding en rechtsvorming slechts een bijproduct. Ook reikten wij hier alternatieve ideeën aan, zoals het stellen van prejudiciële vragen, inmiddels verwezenlijkt via art. 81a RO en art. 392 e.v. Rv. Uit diverse van de overige bijdragen aan de bundel *'De Hoge Raad binnenstebuiten'* bleek bovendien dat de meeste schrijvers een 'actieve' Hoge Raad wensten te zien, en dat kan ook zonder de band met het concrete geschil los te laten.¹³ En dus ligt de vraag voor: is dat van de grond gekomen sindsdien? Of is rechtsvorming nog steeds een (welkom) bijproduct van geschilbeslechting door de hoogste rechter?

3 MINDER TOEVAL, MEER BELEID IN DE RECHTSVORMING?

Nog weer anders geformuleerd: is de Hoge Raad een 'andere' rechtsvormer geworden? Gaat hij de laatste jaren bewuster om met rechtsvorming, 'beleidsmatiger' en minder door toeval gedreven?¹⁴ Ik denk het wel. Een eerste voorvraag hierbij is natuurlijk: is dit wel te meten? Dat is inderdaad complex, om een understatement te gebruiken, maar Barendrecht

8 Zie J.B.M. Vranken & I. Giesen, 'Inleiding en verantwoording', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 6 en p. 6-11. Die bijdrage was schatplichtig aan J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000, p. 1-5, en aan W.D.H. Asser e.a., *Een nieuwe balans*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, m.n. hoofdstuk 9. De 'oude' situatie waartegen wij toen 'ageerden', is kenbaar uit o.a. J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, en J.L.W. Sillevius Smit, 'Dient de regeling van cassatie in burgerlijke zaken te worden gewijzigd, en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?', *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

9 Vgl. HR 7 juni 2016, *NJ* 2016/430 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

10 Zie B.T.M. van der Wiel, 'Motivering door de Nederlandse cassatierechter', *TCR* 2018, p. 66, en het *Jaarverslag 2018* van de Hoge Raad.

11 Vranken & Giesen 2003, p. 11-14, met verwijzingen.

12 J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel***. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 5 e.v.

13 I. Giesen & J. Vranken, 'Slotbeschouwing: de eerste resultaten van het experiment', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 173-174.

14 Vgl. Vranken 2000, p. 1-5.

heeft eerder al een (voor mij) geslaagde poging gedaan in een studie die het beleid rondom het takenpakket van de Hoge Raad tracht te doorgronden.¹⁵

En dan de hoofdvraag zoals net opgeworpen. De Hoge Raad zelf ontkent dat er iets gewijzigd is in zijn manier van opereren: de Hoge Raad heeft geen agenda, zo luidt het mantra, nog steeds.¹⁶ Ik teken hierbij meteen aan dat de Hoge Raad ook 'vroeger' al welbewust rechtsvormende arresten heeft gewezen; de privaatrechtelijke voorbeelden zijn bekend en variëren van *Lindenbaum/Cohen* tot *Baris/Riezenkamp* en van *Waterwingebied* tot *DES-dochters*. Dat gebeurde echter steeds in een individueel geschil en dus van geval tot geval, en dat is nog zo.¹⁷

Niettemin – en hoewel velen nog uitgaan van deze 'one case at a time' benadering¹⁸ – zal het antwoord op de hiervoor gestelde vraag (meer beleid?) toch 'ja' moeten zijn, want er is de laatste jaren het nodige, stilletjes aan, veranderd. Aldus bijvoorbeeld Vranken, die spreekt over een wisseling van 'zaakgerelateerd' naar 'rechtsvraaggerelateerd',¹⁹ en De Groot die de moeilijkheden met de 'van-geval-naar-geval'-benadering schetst (wanneer is de tijd rijp om welke stap te zetten?).²⁰ Het heeft geen zin, overigens, om dan meteen in termen van 'rechterlijk activisme' te spreken want die term brengt voor iedereen andere (vaak onnodig negatieve) connotaties mee.²¹

De hier bedoelde sluipende ontwikkeling is volgens mij ook te zien in de rechtspraak. De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld veel welwillendheid getoond als het erom gaat de juiste rechtsvraag daadwerkelijk beantwoord te krijgen; formele beletsels worden daartoe over-

15 Zie Barendrecht 1998.

16 Zie F.B. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *AA* 2015, p. 932, en G. de Groot, 'Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 143-144 (zaaksgebonden karakter). Zie ook T. Hartlief, 'Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht?', *AA* 2015, p. 925-926: er is geen programma of meerjarenplan. Anders echter: M.A. Loth, 'Beslissen te beslissen', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 225 en 226.

17 Aldus bijvoorbeeld K.J.O. Jansen, 'Wat bedoelt de Hoge Raad?', *NTBR* 2019/4, p. 17.

18 Zie C. Sunstein, *One case at a time*, Cambridge: Harvard University Press 2001, waarin (genuanceerd) 'judicial minimalism' (beslissingen klein houden) wordt verdedigd als dominante strategie van het *Supreme court* in de Verenigde Staten, hetgeen empirisch bevestigd is door R. Andersen, 'Measuring Meta-Doctrine: An Empirical Assessment of Judicial Minimalism in the Supreme Court', *Harvard Journal of Law and Public Policy* 2009/1045, afl. 32. Voor een vertaling naar en 'toepassing' van dit idee in Nederland, zie M. Loth e.a., 'Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in?', *Trema* 2007, p. 317 e.v.

19 J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009/806, p. 1085 e.v.

20 De Groot 2014, p. 158-160. Zie ook al I. Giesen, A.M. Hol & F.G.H. Kristen, 'De Hoge Raad in 2025: hoe ver zijn we onderweg?', in: Hol e.a. 2011, p. 294, alsmede op p. 293 (wijzend op de bijdrage van Frenk in dezelfde bundel) en p. 297.

21 Vgl. W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel. Veertig jaar later*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 223-224.

wonnen indien nodig. Een voorbeeld is het arrest *X./Van Galen q.q.*, waarin een prealabel verweer voorafgaand aan de eigenlijke middelen besproken werd.²² Ook schrikt de Hoge Raad er niet voor terug om een betrekkelijk recent arrest (i.c. het *Van Dun/Staat*-arrest) te verduidelijken in een zaak die op andere gronden allang beslist was (het arrest *Muetstege/Amsterdam*).²³

Bovendien is zeker dat de Wet Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad²⁴ zoals neergelegd in art. 392 e.v. Rv de hoogste rechter via elke gestelde vraag ‘dwingt’ om zich rekenschap te geven van de bredere implicaties van zijn antwoord; dat is inherent aan de regeling die ziet op vragen die, te kort gezegd, ‘in meerdere gevallen’ spelen. De focus op de individuele zaak waarover bijvoorbeeld Barendrecht in 1998²⁵ nog berichtte (maar daar dan wel al als een dilemma voor de rechter), wordt daarmee verminderd.²⁶

Maar ook los daarvan, en in de reguliere cassatiezaken, borrelt er iets, al is dat wellicht (wat verder) onder de oppervlakte.²⁷ Het aantal arresten waarin de Hoge Raad via de frase ‘vooropgesteld wordt dat’ begint met een algemene inleiding of overweging over de materie die voorligt, is bijvoorbeeld gegroeid (hoewel hierover geen precieze cijfers voorradig zijn). Helemaal nieuw is deze manier van doen natuurlijk niet, het arrest *Staat/Shell* uit 1994²⁸ is er een vroeg voorbeeld van, maar de frequentie van gebruik lijkt, als gezegd, wel verhoogd te zijn. Dit zegt mijns inziens iets over de ‘mindset’ van de Hoge Raad. Het lijkt er dan toch een beetje op dat rechtsvorming geen ‘bijproduct’ meer is, zoals dat in het verleden wel het geval was.

4 MEER ‘CASUSDOMINANTIE’

En dus zijn we mijns inziens nu hier aanbeland: nog steeds principieel vertrekkend vanuit een individueel geschil, kijkt en denkt de Hoge Raad inmiddels in zekere mate ‘over dat individuele geschil heen’, onder andere door het gebruik van ‘vooropstellingen’. De ‘casusgerichtheid’ is daarmee afgezwakt; men is eerder ‘casusdominant’ gaan werken. Ik

22 HR 26 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1294, NJ 2016/497 m.nt. F.M.J. Verstijlen.

23 Ik doel op HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, NJ 2015/181 (*Van Dun/Staat*), resp. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662, NJ 2019/144 (*Muetstege/Amsterdam*).

24 Zie ook Giesen 2020, nr. 61.

25 Barendrecht 1998, p. 91-92.

26 Aldus ook reeds Vranken 2000, p. 4, en zo ook J.F. de Groot, ‘Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad’, in: B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 370.

27 Vgl. nader Giesen 2020, nr. 12.

28 HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/535.

juich dat toe.²⁹ Ik heb dit meer ‘casusdominant’ werken immers al eerder bepleit, en – normatief gedreven – als onvermijdelijk geduid,³⁰ overigens zonder daarop het hier gebruikte etiket ‘casusdominant’ te plakken. Voor de goede orde: ik bedoel daarmee dat het individuele geschil in eerste instantie leidend (en dus dominant) maar niet allesbepalend is.³¹ Nu zou men hier kunnen tegenwerpen dat zelfs als die insteek van ‘vooropstellingen’ meer en meer wordt benut, de waarde daarvan kwestieus is omdat het nog maar de vraag is hoeveel van die ‘vooropstellingen’ feitelijk baanbrekend zijn. Ik meen echter dat dit significant is, ook als het hierbij louter zou gaan om een inleiding om de stand van zaken te duiden. Die stand van zaken is immers uit de aard der zaak casusoverstijgend, en toont dus dat het individuele geschil niet allesbepalend (meer) is.

Wat daarvan verder zij, ook op andere manieren laat de Hoge Raad inmiddels zien ‘casusdominant’ te (willen) werken. Dat is bijvoorbeeld zichtbaar bij wat ik ‘prospectieve ruling’ – en dus niet ‘prospectieve overruling’ zoals we dat uit de Common law kennen – noem. Ik wijs in dit verband op het *Redelijke termijn tbs*-arrest, en ik citeer uit r.o. 4.1 (met mijn curs., *IG*):

Op het onderhavige geval is, evenals in de zaak Brand, het op 11 juli 1997 in werking getreden art. 12 van de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden nog niet van toepassing. Deze bepaling was wel van toepassing in de zaak Morsink, maar dit maakte voor het oordeel van het EHRM over de duur van aanvaardbaar uitstel van de opname in een tbs-kliniek geen verschil. Hetgeen hierna wordt overwogen, is dan ook tevens van belang voor gevallen die zich onder de werking van het genoemde art. 12 hebben afgespeeld of *zullen afspelen*, omdat deze bepaling buiten toepassing moet worden gelaten voor zover zij een langere termijn toestaat dan aanvaardbaar is op grond van art. 5 EVRM.³²

29 Over dit spanningsveld bijvoorbeeld C.E. Drion, ‘Het spanningsveld in cassatie tussen geschilbeslechting en rechtsvorming’, *NJB* 2014/1507, alsmede Loth 2009, p. 214-216, die aldaar spreekt over een accentverschuiving richting zaken die hun eigen belang overstijgen.

30 Zie I. Giesen, ‘Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neveneffecten op de positie en de taak van de Hoge Raad’, in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 51-70.

31 Vgl. tevens L. Timmerman, ‘Hoe kan uitvoering worden gegeven aan rechtsvorming door de rechter?’, in: G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 25-36, die drie methoden van rechtsvorming schetst die steeds verder losraken van het individuele geval. In het bestuursrecht blijkt deze afbakening tussen individueel geschil en rechtsvorming in abstracto ook te spelen, zie J. de Poorter, ‘Rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe het bovenindividuele perspectief in de rechterlijke procedure te verankeren’, *AA* 2018, p. 870.

32 HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5074, *NJ* 2008/242 m.nt. E.A. Alkema.

Ik heb elders bovendien vastgesteld dat het er alle schijn van heeft dat de Hoge Raad tegenwoordig vaker ‘om’ gaat.³³ Dat ‘omgaan’ past bij ‘casusdominant’ werken, want het is in die gevallen betrekkelijk evident dat het niet enkel om de betreffende zaak ‘an sich’ gaat, maar dat er een lijn in de rechtspraak aan verandering onderhevig is, voor het verleden, maar vooral voor de toekomstige gevallen.

Bij casusdominant werken zou ook nog passen dat de Hoge Raad vaker zogenaamde overzichtsarresten zou wijzen,³⁴ maar dat is vooralsnog vooral een instrument voor de strafkamer gebleken; als de civiele kamer het al benut, gebeurt dat (te) impliciet. Een tweetal recente uitzonderingen daarop, wellicht eerste tekenen van nieuw beleid in deze, betreffen het arrest *B./Dexia*,³⁵ waarin de Raad zelf bij r.o. 5 het kopje ‘Samenvatting van eerdere rechtspraak’ benut om de eigen effectenlease-rechtspraak te presenteren, alsmede het *Opzetclause*-arrest,³⁶ met name r.o. 3.5.1, waaruit ik als volgt citeer:

‘Nu deze clause in een groot aantal AVP-polissen voorkomt en van groot belang is bij de afwikkeling van schadevoorvallen, en nu over de strekking daarvan zowel in de feitenrechtspraak als in de literatuur uiteenlopend wordt geoordeeld, ziet de Hoge Raad aanleiding om, met het oog op de rechtseenheid, daarover het volgende te overwegen.’

Een derde, half strafrechtelijk en half civielrechtelijk voorbeeld van een overzichtsarrest, in dit geval over de civiele vordering van een benadeelde partij in het strafproces, biedt het *Wietteelt*-arrest dat echter officieel wel een arrest van de strafkamer is.³⁷

‘Casusdominantie’ in plaats van ‘casusgerichtheid’ is tevens zichtbaar in het bekende *Hangmat*-arrest, en het daaropvolgende arrest inzake het *Paard Imagine*,³⁸ waarin door de Raad tweemaal exact dezelfde vorm en structuur voor het arrest is gekozen, en een zeer algemene overweging over wanneer aansprakelijkheid aanvaard kan worden, als scharnierpunt fungeert. Het is zeker ook zichtbaar in de *Groninger gaswinning*-uitspraak³⁹ waarin

33 Zie Giesen 2020, nr. 44.

34 Vgl. het *Jaarverslag 2017* van de Hoge Raad, onder het kopje ‘De Hoge Raad in de rechtsstaat’.

35 HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, NJ 2017/9.

36 HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601, NJ 2018/463.

37 Zie HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, NJ 2019/379 (*Wietteelt*). Een voorstander hiervan is Timmerman 2009, p. 33, die op een nog ouder voorbeeld wijst, namelijk HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger van de belastingdienst Oost/X.*). Een verschil met de hiervoor genoemde arresten is echter dat de Hoge Raad hier zelf geen melding maakt van het overzichts karakter.

38 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*) en HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, NJ 2016/173 m.nt. T. Hartlief (*X./Delta Lloyd Schadeverzekeringen*).

39 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278; AB 2019/519.

twee van de negen prejudiciële vragen toch worden beantwoord hoewel dat strikt genomen niet hoefde: de Raad ‘ziet in het zaakoverstijgende en maatschappelijke belang van de vragen echter aanleiding deze toch te behandelen.’

Tot slot is deze ‘casusdominantie’ ook terug te zien bij het gebruik van *obiter dicta*, overwegingen ten overvloede, oordelen van de Hoge Raad over de desbetreffende zaak die in feite overbodig zijn omdat ze voor de beslissing in deze zaak niet van belang (kunnen) zijn, bijvoorbeeld na een niet-ontvankelijkheid⁴⁰ of na de conclusie dat er geen belang meer bestaat bij cassatie.⁴¹ De Hoge Raad lijkt – ook hier, lijkt, want cijfers ontbreken – deze techniek vaker in te zetten de laatste jaren, soms specifiek verwijzend naar ‘het belang van de rechtsontwikkeling’⁴² of het ‘belang voor de praktijk’.⁴³ Daarbij past dat hij niet schroomt om expliciet aan te geven dat de zaak in kwestie (ondanks het zaakoverstijgend belang) zich niet leent voor een *obiter*:

‘Nu de klachten van het principale middel falen, mist ING belang bij haar incidentele beroep. Het door ING aangevoerde (deze zaak overstijgende) principiële belang voor financiële instellingen kan niet als voldoende belang worden aangemerkt, reden waarom de Hoge Raad ook geen aanleiding ziet tot een overweging ten overvloede.’⁴⁴

Niet helemaal te karakteriseren als ‘obiter’, maar in feite wel als beslissingen die komen ‘bovenop’ hetgeen de Hoge Raad in elk geval moet doen, zijn die oordelen waarin een resterend geschilpunt wordt beslecht hoewel de Raad de zaak niet zelf kan afdoen,⁴⁵ en de

40 HR 13 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8925, NJ 2009/242 m.nt. P.A. Stein (*Heerlijkheid Mariënwaard*).

41 Zie in HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026; RvdW 2020/88 (*Schorsing tenuitvoerlegging*), met name in r.o. 2.2. Zie verder ook H. den Tonkelaar, ‘Obiter dictum’, AA 2019, p. 277 e.v. (m.n. over de lagere rechtspraak), alsmede HR 24 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:791; RvdW 2019/638 (*Chalet te Ede*), r.o. 3.5; HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:412, NJ 2019/388 (*Parkeergarage Zandvoort*); HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311, NJ 2018/12 (*Street-One Modehandel*) en tot slot nog HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571, NJ 2017/204 (*X./Vlisco Netherlands*), over het toen nieuwe arbeidsrecht, waarin de eigen rechtspraak wordt aangevuld nadat de klachten van het middel al besproken zijn.

42 HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB7189, NJ 2008/9 (*Aichi Sales*).

43 Zie HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3477, NJ 2009/341 m.nt. F.C.B. van Wijmen (*Univé Schade*). Vgl. ook nog HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, NJ 2011/473 m.nt. H.J. Snijders (*Baas in eigen huis/Plazacasa*), r.o. 5.2; HR 3 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6082, NJ 2013/329 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Holding/DHV*); HR 19 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:59, NJ 2018/227 (*Erkenningsverbod*), r.o. 3.7.1.

44 HR 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4720, NJ 2009/243 (*ING*).

45 Bijv. HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3096, NJ 2010/663 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Heembouw/Fortis*), r.o. 3.11.

oordelen die de Raad uit eigen beweging geeft: ‘Alvorens de klachten van het middel te behandelen, ziet de Hoge Raad aanleiding om in te gaan op de vraag of...’⁴⁶

5 CASUSDOMINANTIE VIA DE ‘VERPAKKING’

Tevens is terug te zien dat de vorm (hoe wordt de rechtsvorming verpakt?) gestroomlijnder (volgens vaste patronen) verloopt; daar lijkt althans steeds meer lijn in te zitten. Zichtbaar is bijvoorbeeld dat de Hoge Raad tegenwoordig vaker zelf de kern van het geschil benoemt en vooropstelt,⁴⁷ dan de lijnen uitzet, en tot slot de cassatiemiddelen bespreekt. Dat is waarschijnlijk vooral bedoeld voor de leesbaarheid, maar het is ook een vorm van ‘casusdominantie’ in plaats van ‘casusgerichtheid’. Zo lijkt men immers iets losser te (kunnen) komen van de (cassatie)procesrechtelijke inbedding (dat als een knellend korset kan worden ervaren) en de institutionele neiging richting details op het niveau van de hoogste rechter,⁴⁸ en wordt het mogelijk om enige ruimte te creëren om de (vaak lange) reeks van breed toegelichte cassatieklachten gericht en kort af te kunnen doen.

Ik juich dat toe.⁴⁹ Gerichtheid op de kernvraag in plaats van op de cassatiemiddelen voorkomt dat de Raad afgehouden wordt van de hoofdzaak en dat die middelen aan rechtsvorming in de weg staan. De veel meer rechttoe-rechtaan benadering van de afhandeling van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, waarbij de omlijsting door feiten minder dominant is⁵⁰ en cassatiemiddelen ontbreken, biedt eigenlijk een heel aantrekkelijk alternatief daarvoor (hoewel feiten en debat de rechter natuurlijk ook houvast kunnen bieden), wellicht wel aantrekkelijker dan het steeds meer (moeten) wroeten in steeds meer details van steeds uitvoeriger klachten en aansluitende schriftelijke stukken. Uiteindelijk staat de Hoge Raad (ook hier) voor een keuze, zo meen ik: gaat men voor (te grof ingedeeld) ‘hoofdzaken-rechtsvorming’ of voor ‘detail-rechtsbescherming’? En als dat laatste uit de bus zou rollen, kan dat straks dan nog zonder tevens een verlofstelsel in te voeren om de werklust binnen perken te houden?⁵¹ Het is in dit verband overigens interessant te constateren dat bijvoorbeeld in 1989 al min of meer dezelfde vragen werden gesteld (wat is de hoofdtaak van de Hoge Raad en hoe faciliteren we dat, ook organisatorisch?) bijvoorbeeld door Von Schmidt

46 Zie HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, NJ 2020/15 (*Ecuador/Chevron*), r.o. 4.2.1.

47 Bijv. HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (*Knooble*), r.o. 3.7.

48 Meer daarover in Giesen 2020, nr. 8.

49 Zo ook J.B.M. Vranken, ‘Omdat in deze zaak, naar mijn overtuiging, nog geen recht is gedaan’, *NJB* 2015/1324, p. 1833.

50 Voor een extreem voorbeeld, zie HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046; *RvdW* 2019/786 (*Rentederivaat ABN-Amro*): ‘specifieke feiten ... van beperkt belang’.

51 Ik werp hier de vraag alleen maar op, voor een begin van een antwoord, zie nader Giesen 2020, nr. 59.

auf Altenstadt,⁵² en dat een aantal van zijn antwoorden ons nu zeer bekend voorkomen en in het brandpunt van de belangstelling staan: een verlostelsel (selectie), prejudiciële vragen, en een herijkte cassatiebalie.

6 MINDER TOEVAL, MEER BELEID IN DE RECHTSVORMING (2)

Neem bijvoorbeeld het concept van prejudiciële vragen. Het is onmiskenbaar dat de ‘toevalsfactor’ bij rechtsvorming is verder afgezwakt door de introductie van de mogelijkheid om prejudiciële vragen te kunnen stellen aan de Hoge Raad (art. 392 e.v. Rv). Markant is bijvoorbeeld dat de Hoge Raad soms heel expliciet afstand neemt (‘beperkt belang’) van de specifieke feiten van het geval, nu het de bedoeling van de prejudiciële vragen is om voor een groot aantal zaken duidelijkheid te scheppen.⁵³

De invoering van een verlostelsel, selectie voor de poort, zou die beweging nog versterken. Immers, selectie, in welke vorm dan ook, vergt een zekere mate van beleid: wat zijn de selectiecriteria, wat zijn de af te wegen omstandigheden en factoren?⁵⁴ De mogelijkheid van een verlostelsel (selectie voor de poort) is besproken door de Commissie Hammerstein toen die in 2008 de rol en taak van de Hoge Raad onder de loep nam.⁵⁵ Van invoering van een echt verlostelsel is destijds echter (nog) afgezien, vanwege proportionaliteitsoverwegingen. Dit zwaardere middel om de toestroom van zaken in te dammen – zodat men kan focussen op die zaken die er daadwerkelijk toe doen – was nog niet nodig; men kon met een lichter instrument volstaan, de regeling van prejudiciële vragen en afdoening via art. 80a

52 P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, ‘De Hoge Raad op de helling’, in: A.G. Maris, *De Maris-bundel*, Deventer: Kluwer 1989, p. 53 e.v., met name p. 68-74.

53 HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046; *RvdW* 2019/786 (*Rentederivaat ABN-Amro*).

54 Zie bijvoorbeeld Loth 2009, p. 219-224, en H.B. Krans, ‘Keuzes voor de Hoge Raad’, *NTBR* 2011/75, afl. 10.

55 Zie Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008, en daarover o.a. M. Barendrecht, ‘Rechtsvorming via hogere rechtspraak’, *NJB* 2008/1070; H.A. Groen, ‘Selectie aan de poort’, *Trema* 2008, p. 340 e.v.; T. Hartlief, ‘Den Haag, let op Uw saeck’, *NJB* 2009/804; Vranken 2009, p. 1082-1085; Loth 2009, p. 211-226; G.J.M. Corstens, ‘Versterking van de cassatierechtspraak’, in: G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 13 e.v.; B. van der Wiel, ‘Selecteren in plaats van afserveren’, *AA* 2009, p. 855 e.v. (met reactie Hammerstein en naschrift in *AA* 2010, p. 112 e.v.); J. van Duijvendijk-Brand, ‘Waartoe is de Hoge Raad op aarde?’ *NJB* 2010/445. Zie ook nog A. Hammerstein, ‘De Hoge Raad ondersteboven’, *NJB* 2010/444, de bijdragen van Van Schendel, Asser, Keirse, Franken en Machielse in Hol e.a. 2011, met verdere verwijzingen, en het *Jaarverslag 2017* van de Hoge Raad, onder het kopje ‘De Hoge Raad in de rechtsstaat’. Over de voors en tegens van verlostelsels (in strafzaken) uitvoerig G. Pesselse, *Verlostelsels in strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

RO, een stelsel van selectie *aan* de poort dus.⁵⁶ Ook is er van oudsher al de nodige selectie *na* de poort, via art. 81 RO.⁵⁷

Ikzelf ben niet principieel tegen selectie voor de poort, maar wat mij betreft wordt zo’n verlofstelsel pas ingevoerd als dat écht nodig is om de Hoge Raad nog op hoog niveau te kunnen laten functioneren. Het is in de kern immers een belemmering van de toegang tot de rechter, weliswaar pas in derde instantie, maar toch.⁵⁸ Eerst zijn dus andere maatregelen te overwegen als de zaakbelasting te groot zou worden en/of het probleemoplossend vermogen van de Hoge Raad (te zeer) op de proef zou worden gesteld.⁵⁹ Ik denk dan aan: een andere interne werkwijze; meer civiele raadsheren; meer gebruik maken van art. 80a RO in plaats van art. 81 RO; meer steun vanuit het (te vergroten) Wetenschappelijk Bureau, etc.

7 MET MEER EXTERNE INBRENG?

In het kader van de vraag naar meer beleidsmatig opereren, rijst ook de vraag: moet de Hoge Raad de ‘maatschappelijke werkelijkheid’ meer betrekken bij zijn besluitvorming? En zo ja, hoe dan? Concreet vertaalt die vraag en dat begrip zich in een aantal mogelijke deelvragen, zoals: gaat men extra (empirische) informatie inwinnen bij procespartijen en andere betrokkenen (de stakeholders)? De regeling inzake prejudiciële vragen biedt daartoe de ruimte, zoals bekend, in art. 393 lid 1 en 2 Rv.⁶⁰ Of gaat de hoogste rechter zelf onderzoek (laten) doen? Positieve antwoorden op beide vragen geeft bijvoorbeeld Daan Asser.⁶¹ Hoewel dat uitzonderlijk is, is inmiddels ook duidelijk dat de Hoge Raad, mits hij daartoe in staat is, er desnoods toe over gaat om zelf informatie op te vragen, bijvoorbeeld via art. 83 RO.⁶² Een derde vraag is nog: gaat men volwaardig met *amici curiae* (ook wel ‘meedenkers’ genoemd) werken, en niet alleen als er een prejudiciële vraag (art. 393 lid 2

56 Daarover o.a. B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 263-266.

57 Zie daarover (met cijfers) C.E.C.J. Ponsioen, ‘Toepassing artikel 81 RO door de civiele kamer van de Hoge Raad’, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 131 e.v., en M.V. Polak, ‘Van Kazernestraat naar Korte Voorhout: tijd voor een nieuw arsenaal?’, in: R. de Graaff, T. Keijzer, C. de Kluiver & M. Samadi (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: AAL 2016, p. 289-291.

58 Vgl. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, ‘Wat moet de Hoge Raad?’, in: J.F. de Groot e.a. (red.), *Frank en Vrij. Thunissen-bundel*, Den Haag: IBR 2009, p. 19.

59 T. Hartlief, ‘Grenzen aan de groei’, *NJB* 2019/1992, afl. 32.

60 Zie ook de (positieve) evaluatie in Giesen e.a. 2016, p. 109-117.

61 W.D.H. Asser, ‘Ten afscheid’, in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 54.

62 Zie HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9274, *NJ* 2008/223 (*OvJ Zwolle*), r.o. 3.3.1. Vranken 2015, p. 1832-1833, zal die insteek graag onderschrijven.

Rv) voorligt? Nadat die optie ook voor de regeling van cassatie in het belang der wet is opengesteld door de Hoge Raad, lijkt dat ‘slechts’ een kwestie van tijd te zijn.⁶³

Echter, ook los van die specifieke vragen en mogelijkheden geldt dat meer rechterlijk beleid nastreven (en maken), ook meer informatie vergt, vooral empirische gegevens, zodat bijvoorbeeld ook de maatschappelijke gevolgen van een uitspraak zijn mee te nemen in het beslisproces en er (beter) vooruitgekeken kan worden. Dat ontbreekt nu nog goeddeels, meen ik, net als aan het begin van deze eeuw.⁶⁴ Er wordt inmiddels echter wel vaker op gehamerd.⁶⁵ De bepleite focus op ‘de maatschappelijke werkelijkheid’ vergt daarnaast het blootleggen van de echte, onderliggende argumenten.⁶⁶ Dat gaat m.i. de laatste jaren beter, zie bijvoorbeeld het *Baby Kelly*-arrest en de *Hangmat*-zaak, maar ook hier is nog een wereld te winnen, zie bijvoorbeeld het *Iraanse vluchteling*-arrest.⁶⁷

8 EEN IDEETJE OM AF TE RONDEN

Waar wellicht ook nog iets te winnen valt, is op het vlak van het achteraf evalueren van de rechterlijke rechtsvorming. Als onze wetgeving vrij stelselmatig gemonitord en geëvalueerd wordt, waarom zouden we dan niet ook eens wat vaker achteraf bezien of die ene, indertijd zo belangrijke rechtsvormende uitspraak van de Hoge Raad wel goed uitgepakt heeft? Ik vind dit idee van De Poorter voor het bestuursrecht ook in civiele zaken zeer wel het overwegen waard.⁶⁸ Het eerder door mij bepleite *Periodiek Overleg van Rechtsvormers* (ook wel: *POR*)⁶⁹ waarin vertegenwoordigers uit de hoek van zowel wetgeving als rechterlijke macht als wetenschap zitting zouden nemen, zou die taak op zich kunnen nemen en waar nodig suggesties kunnen doen aan de formele wetgever om veranderingen door te voeren. Dat *POR* zou daarin uiteraard (en ongevraagd) gesteund worden door de doctrine die de Hoge Raad en de rechtsvormende feitenrechtters sowieso al op de voet volgt.

63 Zie HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1342, *NJ* 2014/300 (*Vakantiegelduitkering*), waarin de Hoge Raad de inspraak door derden in een cassatie in belang der wet-procedure toestaat, geïnspireerd door art. 393 lid 2 Rv inzake de prejudiciële vraag-procedure, en nader Giesen 2020, nr. 16, en de literatuur aldaar.

64 Zie Giesen & Vranken 2003, p. 172-173.

65 Zie E.R. de Jong & T.E. van der Linden, ‘Rechtspreken met oog voor macro-effecten?’, *NTBR* 2017/2, afl. 1, p. 4-16; en E.R. de Jong, ‘Urgenda en de beoordeling van macro-argumenten’, *MvV* 2019, afl. 4, p. 133 e.v.

66 Vgl. Giesen & Vranken 2003, p. 174.

67 Ik doel op HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken, resp. HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465 m.nt. T. Hartlief, versus HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, *NJ* 2008/576.

68 J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving* (Oratie TiU), Tilburg: Tilburg University 2013, p. 37-38.

69 Zie recent nog in Giesen 2020, nr. 21.

En voor zover dat *POR* dan nog een charismatische, flexibele, waar nodig lichtjes bijsturende voorzitter nodig heeft om die zware klus te kunnen klaren, ken ik wel iemand die dat zeker zou kunnen en hopelijk ook nog (na zijn pensionering) zou willen doen... toch, Ton?