

Het zwijgen van de Hoge Raad

Het zwijgen van de Hoge Raad

A.G. CASTERMANS, I.S.J. HOUBEN, K.J.O. JANSEN,
P. MEMELINK & J.H. NIEUWENHUIS
(red.)

met bijdragen van:

A.G. Castermans
Y.L.L.A.M. Delfos-Roy
P.W. den Hollander
E.H. Hondius
P.A.C.E. van der Kooij
M.A. Loth
P. Memelink

M.V. Polak
C.E.C.J. Ponsioen
E.A. van Schagen
J.M. Smits
P.C.J. De Tavernier
W.L. Valk
J.H. Wansink

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2009, Castermans, Houben, Jansen, Memelink & Nieuwenhuis

Kluwer, Deventer

ISBN 978-90-13-07029-3

NUR 822-201

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische veeelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF	VII
DEEL I – ACHTERGRONDEN VAN ZWIJGZAAMHEID	1
1 Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt <i>M.A. Loth</i>	3
2 <i>Roma locuta, causa non finita</i> . Over het zwijgen van de Hoge Raad <i>E.H. Hondius</i>	17
3 Over de motivering van arresten van het Belgische Hof van Cassatie <i>P.C.J. De Tavernier</i>	25
4 Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten <i>P. Memelink</i>	47
5 Ingebrekestelling en non-conformiteit <i>W.L. Valk</i>	69
DEEL II – ZWIJGEN OVER TRANSNATIONALE KWESTIES	77
6 De Hoge Raad als Europese rechter: mag het ietsje meer zijn? <i>J.M. Smits & E.A. van Schagen</i>	79
7 Spreken is zilver, verwijzen is goud? <i>M.V. Polak</i>	89
8 Het zwijgen van de Hoge Raad in ‘Maars/Nordprofiel’ <i>P.A.C.E. van der Kooij</i>	115

DEEL III – ZWIJGEN DOOR TOEPASSING VAN ARTIKEL 81 RO	129
9 Toepassing artikel 81 RO door de civiele kamer van de Hoge Raad. Een kwantitatief onderzoek tegen de achtergrond van het rapport Hammerstein <i>C.E.C.J. Ponsioen</i>	131
10 Werkgeversaansprakelijkheid voor RSI, <i>repetitive strain</i> voor de rechter <i>A.G. Castermans & P.W. den Hollander</i>	161
11 Onbeantwoorde vragen over werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen? <i>Y.L.L.A.M. Delfos-Roy</i>	189
12 Zwijgen over verzwijging. Een leemte in de wet ten spijt. <i>J.H. Wansink</i>	209

Woord vooraf

Met enige regelmaat laat de Hoge Raad aan hem in cassatie voorgelegde vragen onbeantwoord. Hij doet dan wel ‘uitspraak’, maar zwijgt intussen op essentiële punten. Dit leidt, eveneens met enige regelmaat, tot teleurstelling bij justitiabelen en juristen. In het oog springt de veelvuldige toepassing van artikel 81 RO: de Hoge Raad verwerpt de cassatieklachten zonder motivering omdat zij ‘niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling’. Aldus doet de hoogste civiele rechter er het zwijgen toe, soms ook in gevallen waarin een inhoudelijke toelichting zeer welkom was geweest. Voorts kan worden gedacht aan het zwijgen over transnationale aspecten van een zaak, bijvoorbeeld indien de Hoge Raad al of niet kiest voor het stellen van prejudiciële vragen, of indien hij zwijgt over de potentiële invloed van gemeenschapsrecht of *soft law* van Europese origine. Hoe vallen zulke vormen van zwijgzaamheid te verklaren? Is de teleurstelling die erover ontstaat terecht? Op welke terreinen is een meer ‘uitgesproken’ benadering gewenst? Dat zijn enkele van de vragen die in deze jubileumeditie van het BWKJ centraal staan.

Het eerste deel van de bundel bevat bijdragen waarin, vanuit een algemeen perspectief, de mogelijke achtergronden van het zwijgen van de Hoge Raad worden geschetst. *Loth* bespreekt de consequenties van de introductie van een verlostelsel bij de Hoge Raad. Centraal staat de wens om de instroom van zaken te beperken tot, en uit te breiden met, de zaken die er werkelijk toe doen. *Loth* pleit voor zwijgzaamheid met beleid: de rechtsorde is volgens hem meer gediend met minder, maar goed gemotiveerde en goed getimede uitspraken op geselecteerde leerstukken, dan met een groeiende stroom artikel 81 RO uitspraken. *Hondius* suggereert in zijn bijdrage twee mogelijkheden om het zwijgen van de Hoge Raad te doorbreken. Hij toont zich een voorstander van concurring of dissenting opinions en ziet, met enige kanttekeningen, voordelen in het invoeren van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Als voorbeeld noemt hij de Dexia-affaire, die heeft geleid tot een cascade van lagere rechtspraak en jarenlange rechtsonzekerheid. Met een prejudiciële procedure had de Hoge Raad zich eerder over de belangrijkste vragen kunnen uitlaten. Evenals *Loth* signaleert *Hondius* dus dat de zwijgzaamheid van de Hoge Raad niet alleen hierin schuilt dat hij zich in een voorliggende zaak onvoldoende uitspreekt, maar ook dat zaken die ertoe doen hem onvoldoende tijdig bereiken.

De Tavernier bespreekt de uiterst bondige motivering van de arresten van het Belgische Hof van cassatie. Aan de hand van twee arresten over principiële vraagstukken illustreert hij waarom dit bezwaarlijk is. Tegelijkertijd huldigt hij de opvatting dat de rechter in de eerste plaats een arbiter is en niet degene die de leiding in het rechtsvormingsproces op zich neemt. Dit laatste staat in scherp contrast met de ontwikkeling in Nederland en ook overige Europese landen, zoals die in de bijdrage van Loth wordt geschetst. Daar wordt een verschuiving in de visie op de taak van de cassatierechter waargenomen, waarbij de nadruk meer komt te liggen op rechtseenheid en rechtsontwikkeling, en minder op rechtsbescherming in individuele zaken. *Memelink* signaleert eveneens een roep om meer uitspraken van algemene aard en beziet of de verandering in het denken over de functie van het cassatie-instituut gevolgen kan en zou moeten hebben voor de manier waarop de Hoge Raad omgaat met zogenaamde ‘gemengde beslissingen’. Zij bepleit het loslaten van de gedachte dat recht en feiten steeds te scheiden zijn en meent dat de rechtsvormende taak in gemengde beslissingen vooral ligt bij de feitelijke rechter. *Memelink* concludeert dat de grens tussen zwijgen en spreken in cassatie diffuus is en in gemengde beslissingen niet steeds samenvalt met het verschil tussen de beoordeling van rechts- of motiveringsklachten.

Van een teleurstellend zwijgen kan niet alleen sprake zijn als het cassatieberoep met een verkorte motivering wordt verworpen, maar ook indien de Hoge Raad weliswaar casseert, maar inhoudelijk zwijgt. *Valk* beschrijft een dergelijk geval: de Hoge Raad casseert omdat het hof een essentiële stelling onbehandeld heeft gelaten, maar geeft geen inhoudelijk oordeel over de betreffende stelling, terwijl daarover in de literatuur juist verschil van inzicht bestaat.

Het tweede deel van de bundel bevat bijdragen over zwijgzaamheid in transnationale kwesties. *Smits & Van Schagen* menen dat de Hoge Raad, als ‘Europese rechter’, meer (uitdrukkelijk) aandacht zou moeten besteden aan de Europeanisering van het recht. Zo betogen zij dat de Hoge Raad meer uitleg zou moeten geven over de precieze rol van richtlijnconforme interpretatie. Ook kan er naar hun mening meer inspiratie uit Europese beginselen en buitenlands recht worden geput. *Polak* bespreekt het – tijdelijk – zwijgen van de Hoge Raad, indien hij de zaak niet zelf afdoet, maar prejudiciële vragen stelt aan het Hof van Justitie EG of het Benelux-Gerechtshof. De Hoge Raad blijkt terughoudend bij het verwijzen naar een supranationaal college, hetgeen *Polak* toejuicht uit een oogpunt van rechtsbescherming van de procespartijen. Het stellen van prejudiciële vragen moge de rechtseenheid en rechtsontwikkeling in Europa ten goede komen, voor de procespartij betekent het een vertraging in de procedure en hogere kosten. De bijdrage van *Van der Kooij* toont de andere kant van de medaille: hij richt zijn pijlen op een geval waarin ten onrechte géén prejudiciële vragen zijn gesteld. *Van der Kooij* refereert aan de verstrekkende invloed die een dergelijke beslissing kan hebben op de rechtsontwikkeling.

Het derde deel is gewijd aan een specifieke vorm van zwijgen door de Hoge Raad, gelegen in de toepassing van artikel 81 RO. De Hoge Raad kan een klacht met een verkorte motivering verwerpen indien die klacht naar zijn oordeel niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. De eerste voorwaarde – de cassatieklacht moet tot verwerping leiden – is op zichzelf onvoldoende voor toepassing van artikel 81 RO. Gelukkig maar, want arresten als *Baris/Riezenkamp*, *Quint/Te Poel*, *Eelman/Hin*, *Kelderluik*, *Booy/Wisman* en *Saladin/HBU* zijn allemaal gewezen met verwerping van het cassatieberoep, evenals *Vermeulen/Lekkerkerker*, *Gasbuis*, *Citronas*, *Sogelease*, *Oerlemans/Driessen* en *Inno Holding/Sluis*. Het komt dus vooral aan op de tweede voorwaarde.

Ponsioen onderwerpt de wijze van toepassing van artikel 81 RO door de civiele kamer van de Hoge Raad over het eerste kwartaal van 2008 aan een onderzoek. Zij vond een aantal uitspraken waarin rechtsvragen met gebruik van artikel 81 RO zijn afgedaan, terwijl uit de conclusie van de advocaat-generaal kon worden afgeleid dat een inhoudelijk oordeel in de rede lag. Zijn ons nieuwe standaardarresten onthouden? Het is niet uit te sluiten. Misschien was het te vroeg voor een standaardarrest, misschien leende de zaak zich niet voor een algemene regel, aldus *Ponsioen*. De vraag is of de Hoge Raad zichzelf en de lagere rechters daarmee een dienst bewijst. Een zwijgzame Hoge Raad werkt in de hand dat partijen zaken blijven bepleiten langs alle denkbare, niet afgesneden dogmatische lijnen, en daarmee is ontegenzeggelijk de werklast van de Hoge Raad en van lagere rechters in het geding. Zo vragen *Castermans & Den Hollander* of de toepassing die de Hoge Raad geeft aan artikel 81 RO in een zaak over werkgeversaansprakelijkheid voor RSI-klachten niet leidt tot een grotere toeloop van zaken in plaats van werkbeparing, waar het toch om begonnen was. En passant suggereren zij de Hoge Raad bij de beoordeling van zijn verantwoordelijkheid voor de rechtsontwikkeling ook de uitspraken van de Centrale raad van beroep te betrekken.

Het woord 'teleurstelling' valt meermalen waar auteurs spreken over zaken die met toepassing van artikel 81 RO zijn afgedaan, maar tevens wordt geconstateerd dat cassatietechnisch de Hoge Raad wellicht niet anders kon beslissen dan hij heeft gedaan (*Wansink*), of dat de Hoge Raad terecht zwijgt omdat uit eerdere jurisprudentie duidelijk genoeg valt af te leiden hoe de beslissing in dit concrete geval zou dienen te luiden (*Delfos-Roy*).

De redactie neemt na veertien jaar afscheid van Luuk Reurich. Wij zullen zijn bevlogenheid en scherpzinnige creativiteit missen.

DEEL I

Achtergronden van zwijzaamheid

1 | Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt

M.A. Loth [■]

1 INLEIDING

‘Rechtsvorming door de cassatierechter is een kunst; van alle kunsten biedt de kunst van het zaklopen de meeste inspiratie: geen voorzichtige stapjes, maar ferme sprongen.’¹

Met dit fraaie beeld wist Hans Nieuwenhuis in 2000 het werk van de Hoge Raad kernachtig te verwoorden. Worden er nu, bijna 10 jaar later, nog ferme sprongen gemaakt aan het Lange Voorhout? Niet van vreugde in ieder geval, nu de werkbelasting de grenzen van de capaciteit heeft bereikt. Rechtsvormende ambities worden gesmoord in een eindeloze stroom zaken, middelen en klachten, waar uiteindelijk niemand mee gebaat is. Het ‘V-woord’ is dan ook niet langer taboe; kan een verlofstelsel de Hoge Raad met enkele sprongen weer bij de tijd brengen? Een bijdrage over het trilemma van de Hoge Raad, selectie aan de poort, en de beslissing om over een zaak te beslissen.²

De Hoge Raad staat voor een belangrijke ontwikkeling, waarvan de reikwijdte nog niet helemaal te voorzien valt: de introductie van een gematigd verlofstelsel (art. 80a RO nieuw). Het is mogelijk dat deze ontwikkeling een beperkte evolutie in het functioneren van de Hoge Raad meebrengt, maar het valt niet te ontkennen dat zij in potentie revolutionaire betekenis heeft.

In deze bijdrage wil ik onderzoeken welke consequenties deze ontwikkeling heeft voor de rechtsvinding van de Hoge Raad. Daartoe wil ik eerst stilstaan bij de problematiek waarvoor de Hoge Raad zich gesteld ziet, en waarvoor het beoogde gematigde verlofstelsel een oplossing moet bieden (tweede paragraaf). Voorts zal ik ingaan op de vraag wat de taak is van de Hoge Raad, en hoe dit wordt beïnvloed door de introductie van zo’n verlofstelsel (derde paragraaf). Het ligt immers voor de hand dat de Hoge Raad zich beperkt tot die zaken die bijdragen tot de realisering van zijn taak. Daarna zal ik ingaan op de selectie van zaken aan de poort, waarbij onderscheid zal worden gemaakt tussen twee soorten verlofstelsels en de mogelijke relatie tussen beide

■ M.A. Loth is raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden.

1 J.H. Nieuwenhuis, ‘De kunst van het zaklopen’, *NJB* 2000, p. 687-689.

2 Dit artikel is in nagenoeg gelijke vorm eerder gepubliceerd in de bundel *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009.

(vierde paragraaf). Tegen die achtergrond wordt de vraag besproken waarop dient te worden geselecteerd, welke gronden daarvoor van belang zijn (vijfde paragraaf). Ten slotte sta ik stil bij de vraag wat de toekomst zal brengen. Bij de bespreking van de verschillende vragen zal ik meermalen verwijzen naar het verlostelsel van de US Supreme Court dat, hoewel anders van opzet en strekking, mede daardoor een bron van waardevolle inzichten vormt.

2 HET PROBLEEM

De aanleiding tot de introductie van een gematigd verlostelsel is natuurlijk de groeiende instroom van zaken. Het rapport van de Commissie Hammerstein noemt de cijfers: in 2007 kwamen bij de civiele kamer ruim 500 zaken binnen (in 1973 nog ruim 150), bij de strafkamer bijna 4000 (in 1973 nog 560), en in de belastingkamer ruim 750 (in 1973 nog bijna 300). Daarnaast leeft breed het gevoel dat de complexiteit en de bewerkelijkheid van de zaken is toegenomen. Tot dusver is de stijging opgevangen met de introductie van, en een groeiend gebruik van, artikel 81 RO, dat het mogelijk maakt om zaken zonder motivering af te doen indien de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling daar niet om vragen. Maar de grenzen van het gebruik van artikel 81 RO komen in zicht en er is behoefte aan nieuwe instrumenten om de groeiende werklast het hoofd te bieden. In haar analyse wijst de Commissie Hammerstein er overigens op dat de problematiek daartoe niet beperkt is, omdat er ook twijfels leven omtrent de vraag of zaken die wel de aandacht verdienen van de Hoge Raad altijd (tijdig) de Hoge Raad bereiken. Terecht plaatst de Commissie de problematiek in de sleutel van de vraag hoe de instroom van zaken kan worden beperkt én uitgebreid tot de zaken die er werkelijk toe doen. Dat lijkt de kern te zijn van de problematiek; de zaken die er toe doen.

De Hoge Raad wordt geconfronteerd met uiteenlopende verwachtingen vanuit verschillende richtingen, die een moeilijk trilemma opleveren. In de eerste plaats doet de samenleving een groeiend beroep op de rechtspraak van de Hoge Raad. De stijgende instroom van zaken, vooral bij de strafkamer, is daarvan het onmiskenbare resultaat. Kennelijk is er een groeiende behoefte aan de rechtsbescherming die de Hoge Raad kan bieden. Zodra het woord 'rechtsbescherming' valt, springen de seinen op rood, omdat dit één van de kerntaken is van de Hoge Raad.

Is het dan eigenlijk wel geoorloofd om überhaupt te denken aan beperking van de instroom? Het principiële karakter van die vraag wordt nogal gerelativeerd door het eenvoudige gegeven dat het instellen van cassatieberoep in strafzaken nogal eens wordt gemotiveerd door de omstandigheid dat dit (letterlijk) uitstel van executie oplevert. Inmiddels is de achterstand in de afhandeling zodanig opgelopen dat in veel zaken de redelijke termijn van artikel 6 EVRM wordt overschreden hetgeen de verzoeker een strafkorting oplevert. Ook dat is een minder principieel motief om beroep in cassatie in

te stellen. Achter de gezochte rechtsbescherming kortom, gaan niet altijd even respectabele motieven schuil. De vraag is dan niet of ingeleverd mag worden op de rechtsbescherming, maar waar de burger en de samenleving beter mee af zijn: met een verkorte uitspraak ex artikel 81 RO na ruim twee jaar, of met een niet-ontvankelijkheid in kansloze beroepen waardoor meer tijd en aandacht kan worden gegeven aan de zaken die er werkelijk toe doen.

De samenleving vraagt meer uitspraken, maar de rechtsorde vraagt iets anders. Een ongecontroleerde groei van het aantal uitspraken van de Hoge Raad is lang niet altijd bevorderlijk voor de rechtsontwikkeling. De eindeloze stroom motiveringsklachten heeft vooral betekenis voor het concrete geval, vaak voor de feitenrechtspraak, maar nauwelijks voor de rechtsorde als geheel. Er is een groeiende hoeveelheid uitspraken waar de rechtsontwikkeling niet mee is gediend, niet alleen omdat het steeds moeilijker wordt om door de bomen het bos te zien, of om de vereiste aandacht te besteden aan de zaken die er wel toe doen, maar ook omdat zij op deelterreinen leiden tot een te fijnmazige jurisprudentie die voor anderen dan insiders nauwelijks meer te volgen is. Wanneer de jurisprudentie van de Hoge Raad te casuïstisch wordt – en ieder heeft daarbij zijn eigen voorbeelden – dan verliest zij zeggingskracht en sturend vermogen. De rechtsorde vraagt vooral sturing, met rechtsvormende uitspraken die duidelijke bakens bieden op momenten dat helderheid geboden is. Jan Vranken stelde jaren geleden al de prikkelende vraag of de rechtsvorming het resultaat moet zijn van toeval of beleid.³ Enkele jaren geleden voegde ik daar de vraag aan toe welke soorten uitspraken de meeste sturing bieden: smalle en ondiepe uitspraken dan wel brede en diepe uitspraken.⁴ De rechtsorde lijkt meer gediend met minder, maar goed gemotiveerde en goed getimede uitspraken op geselecteerde leerstukken, dan met een groeiende stroom artikel 81 RO uitspraken. De rechtsorde kortom, vraagt iets anders dan de samenleving.

Ten slotte is er nog de eigen ambitie van de Hoge Raad. Zijn eigen ambitie wordt goed gevat in de titel van het rapport van de Commissie Hammerstein: 'Versterking van de cassatierechtspraak'. Hoewel de discussie vaak handelt over interne kwesties als de werklast, zoekt de Hoge Raad in feite meer externe relevantie. Daartoe bestaat ook reden, omdat de omgeving en daarmee ook de positie van de Hoge Raad aanzienlijk zijn veranderd. Vanaf het begin van de 20^e eeuw kon de geschiedenis van de Hoge Raad worden verteld als een succesverhaal. Door belangrijke rechtsvormende uitspraken had de Hoge Raad zich als zelfstandige rechtsvormende macht gepositioneerd naast de wetgever (de Hoge Raad als 'wetgever-plaatsvervanger', zoals de trotse uitdrukking luidt). De toenemende betekenis van supranationale gerechten als het HvJ en

3 J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000, p. 1-5.

4 M.A. Loth, 'Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in?', *Trema* 2007, p. 317-325.

het EHRM enerzijds, en het nieuwe zelfbewustzijn van de feitenrechters met hun rechterlijke samenwerking anderzijds, hebben dat succesverhaal gerelativeerd. Gechargeerd gesteld: wat is nu de positie van de Hoge Raad? Wie zit er op zijn uitspraken te wachten, behalve die rechtzoekende burger die uitstel van executie of strafvermindering zoekt? Dat zijn prikkelende vragen die de 'sense of urgency' rond de problematiek vergroten. De drie hoorns van het trilemma zijn daarmee gegeven. Wat moet de Hoge Raad nastreven? Meer uitspraken, meer sturing, of meer relevantie?

3 DE TAAK VAN DE HOGE RAAD

Waarom is de Hoge Raad op aarde? Dat is geen vrijblijvende vraag voor onschuldige bespiegelingen, maar een noodzakelijke voorvraag voor de keuze welke zaken de Hoge Raad wil doen, en op welke wijze hij deze zaken wil doen. In het rapport van de Commissie Hammerstein is gekozen voor een accentverschuiving. De nadruk zal meer komen te liggen op rechtseenheid en rechtsontwikkeling, terwijl rechtsbescherming meer in het teken van de kwaliteitsbewaking van de feitenrechtspraak komt te staan; alleen die fouten van de feitenrechter zullen worden geredresseerd die ertoe leiden dat de betrokkene significant nadeel lijdt. Deze accentverschuiving ligt om verschillende redenen voor de hand. Enerzijds sluit zij aan bij een algemene ontwikkeling bij hoogste gerechten om de toegang te beperken tot die zaken die het belang van de concrete zaak overstijgen, anderzijds doet zij dat door aan te sluiten bij het instrument bij uitsteking van de Hoge Raad om zijn eigen werklast te beïnvloeden, namelijk zijn 'Kompetenz-Kompetenz'. Over beide achtergronden een enkel woord.

Eerst de internationale trend, waarover Veegens in de laatste druk opmerkt:

'Overall tekent een ontwikkeling in dezelfde richting zich af. De betekenis van de zaken waarvan de hoogste rechter kennis neemt, moet uitgaan boven die van het concrete geschil tussen partijen. Telkens weer vindt men het gerezen zijn van een belangrijke *rechts*vraag ten minste als een van de criteria voor de toelating genoemd'.⁵

Voor de beschrijving van deze trend verwijs ik naar Veegens, die leert dat zowel de Cour de cassation (nr. 5), het Bundesgerichtshof (nr. 17), de House of Lords (nr. 20), als het US Supreme Court (nr. 21) enigerlei vorm van verlostelsel kent. Deze keuze hangt onverbreekelijk samen met de taakstelling van het gerecht, zoals bijvoorbeeld het Supreme Court laat zien. Het Supreme Court ziet het niet als zijn taak om onrechtvaardigheden te redresseren, en zelfs niet om alle fouten van lagere rechters te corrigeren, maar om aan de rechtsvorming

5 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 22.

bij te dragen. 'The court basically sees itself not as a place to right wrongs in individual cases but as a place to clarify the law', schrijft Perry in een studie over het Amerikaanse verlostelsel waar ik de titel van deze bijdrage aan heb ontleend, en:

'To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolution will have immediate importance far beyond the particular facts of the case'.⁶

Zo heet wordt de soep bij ons niet opgediend, zo bleek hiervoor al, maar een accentverschuiving in deze richting is wel degelijk aan de orde. De Hoge Raad houdt zich thans teveel bezig met zaken die nauwelijks hun eigen belang overstijgen.

De wijze waarop de voorgestelde accentverschuiving vorm wordt gegeven past goed in onze cassatietraditie. De meest effectieve manier waarop de Hoge Raad zijn eigen werk kan beïnvloeden is van oudsher immers de uitoefening van zijn 'Kompetenz-Kompetenz', dat wil zeggen, de bevoegdheid om zijn eigen bevoegdheid te bepalen. Ik doel natuurlijk op de mogelijkheid om de vage grens tussen recht en feit te verschuiven, waardoor de instroom van zaken groeit dan wel juist krimpt. Via de toetsing van de motivering van de feitenrechter, oefent de Hoge Raad niet alleen marginale controle uit op diens wijze van omgaan met de feiten, maar ook op zijn eigen instroom van zaken. Historisch gezien is dit een onderscheidend kenmerk van de Hoge Raad,⁷ beleidsmatig gezien biedt het een instrument voor keuze en selectie. In *De Hoge Raad op de hei* heeft Maurits Barendrecht laten zien dat de drie hoofdtaken van de Hoge Raad communicerende vaten zijn waarvan de onderlinge verhouding onder andere wordt bepaald door de keuze tussen de afdoening via motiveringsklachten dan wel via rechtsklachten.⁸ In dat licht impliceert de suggestie van het rapport van de Commissie Hammerstein, die aansluit bij de traditie van de Hoge Raad, een verschuiving in de richting van de rechtsklachten. De Hoge Raad houdt zich thans teveel bezig met motiveringsklachten.

4 SELECTIE AAN DE POORT

Het doel is derhalve om meer aandacht te geven aan de zaken die er toe doen. Het middel om dat doel te bereiken is de selectie van zaken aan de poort. Artikel 80a RO maakt het mogelijk om een beroep in cassatie niet-ontvankelijk

6 H.W. Perry jr., *Deciding to decide; agenda-setting in the United States Supreme Court*, Cambridge/London: Harvard University Press 1991, p. 36, 220.

7 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 9.

8 J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei; kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door de civiele cassatie: een analyse van denkrichtingen voor de toekomst*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, h. 2 en 3.

te verklaren indien (a) de aangevoerde klachten niet nopen tot de beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, en (b) die klachten vanuit het belang van de rechtsbescherming en het belang van de bewaking van de kwaliteit van de rechtspraak onvoldoende gewicht hebben voor behandeling in cassatie. Uit de Toelichting blijkt dat het om twee cumulatieve vereisten gaat, waarvan de eerste samenvalt met die van artikel 81 RO. Artikel 80a RO maakt het dus mogelijk, kort gezegd, om artikel 81 RO gevallen niet-ontvankelijk te verklaren indien de Hoge Raad deze van onvoldoende belang acht. Dat oordeel is afhankelijk van een belangenafweging tussen het belang van de rechtsbescherming en dat van de kwaliteitsbewaking, kortom van doelmatigheidsoverwegingen. Zo beschouwd staat de Hoge Raad voor het eerst in zijn geschiedenis voor de keuze in welke gevallen hij een zaak om doelmatigheidsredenen zal weigeren. Voor de duidelijkheid van de discussie is het goed om twee ontwikkelingsrichtingen te onderscheiden, die in zekere zin twee uitersten representeren, alsmede een combinatie van die twee.⁹

De eerste, minst vergaande ontwikkeling is die van wat ik een *'negatief verlofstelsel'* zal noemen, een stelsel dat erop is gericht om uitsluitend de kansloze zaken in een vroeg stadium 'weg' te selecteren. Naar schatting betreft dit ongeveer een derde van de civiele zaken, de helft van de strafzaken, en driekwart van de belastingzaken.¹⁰ In een negatief verlofstelsel behoeft over de procedure en de criteria voor selectie aan de poort in beginsel geen meningsverschil te bestaan. Wat de procedure betreft, is de installatie van een selectiekamer de meest aangewezen oplossing. De kamer kan de negatieve selectie van kansloze zaken delegeren aan enkele van haar leden, omdat een relatief grote mate van consensus bestaat over de vraag welke zaken tot die categorie behoren. Slechts over de grensgevallen is in redelijkheid meningsverschil mogelijk. Bovendien is het uit een oogpunt van werkbesparing rationeel om de selectie door enkele leden van de kamer te laten uitvoeren, zodat niet de hele kamer (alsnog) naar die zaken moet kijken. Ook over het selectie criterium hoeven in eerste instantie weinig vragen te rijzen. De selectie van zaken is immers afhankelijk van hun slaagkans, dat wil zeggen, de selectie geschiedt op grond van een prognose omtrent de verwachte uitkomst. Kansrijke zaken worden doorgelaten, kansarme worden afgewezen. Voor de twijfelgevallen kunnen vuistregels worden opgesteld, afhankelijk van de vraag welke belangen men in abstracto het zwaarste vindt wegen (bijvoorbeeld 'in geval van twijfel doorlaten').

Een dergelijk verlofstelsel heeft een andere strekking dan wat ik een *'positief verlofstelsel'* zal noemen, dat wil zeggen, een stelsel dat erop is gericht om uit

9 'Wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten in verband met de versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad', *Kamerstukken II 2007/08*, 29 279.

10 *Kamerstukken II 2007/08*, 29 279, nr. 78, p. 12.

het ruime zaakaanbod die zaken te selecteren die men wil afdoen. Een voorbeeld biedt het selectiestelsel van het Supreme Court, dat ten tijde van de studie van Perry (in 1991) zo'n 5% van de 5000 ingediende verzoeken toeliet. Natuurlijk resulteert een positief verlofstelsel, evenals een negatief verlofstelsel, uiteindelijk in twee categorieën zaken (de zaken die al dan niet worden toegelaten), maar dat neemt niet weg dat de selectie een andere inhoud en strekking heeft, hetgeen consequenties heeft voor de procedure en de criteria. Anders dan in een negatief verlofstelsel is het in een positief verlofstelsel om principiële redenen onvermijdelijk dat alle raadsheren aan de selectie deelnemen, zodat die beslissing niet aan een selectiekamer kan worden gedelegeerd. De beslissing om een zaak al dan niet te selecteren is immers – evenals het gebruik van de 'Kompetenz-Kompetenz' – een rechterlijke beslissing, die mede berust op overwegingen omtrent de vraag hoe de zaak zal of zou worden beslist (indien toegelaten). Het is om die reden dat bij het Supreme Court het verzoek om toelating (de 'writ of certiorari') na een degelijke voorbereiding door de 'law clerks' door alle raadsheren in raadkamer wordt beoordeeld. Voor de besluitvorming geldt overigens wel een ruimhartiger stemregel dan de gebruikelijke meerderheidsregel – namelijk 'the rule of four' in plaats van een 'rule of five' – omdat het niet passend wordt gevonden dat de meerderheid een controversiële zaak van de agenda kan houden. Voorts bestaat in een positief verlofstelsel, anders dan in een negatief verlofstelsel, ten principale onduidelijkheid over de criteria voor de selectie van zaken. In een positief verlofstelsel als dat van het Supreme Court wordt de beoordeling van een verzoek om toelating namelijk niet als een recht beschouwd, maar als de uitoefening van rechterlijke beslissingsvrijheid:

'A review on writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion'.

Een zaak wordt uitsluitend toegelaten indien daarvoor 'compelling reasons' bestaan, waartoe kunnen behoren (voor zover hier van belang) verdeeldheid onder de appelrechters of afwijkende beslissingen van lagere rechters (rule 10 van de Supreme Court rules). Voor het overige is het opsporen van systematiek in de beslissingen om zaken al dan niet toe te laten, een kwestie van onderzoek door de 'Supreme Court watchers'.

Ten slotte is er nog een derde ontwikkelingsmogelijkheid, die erop neer komt dat de Hoge Raad begint met een negatief verlofstelsel dat zich op een termijn van 5 à 10 jaar ontwikkelt tot een positief verlofstelsel. Deze ontwikkeling acht ik zelf het meest waarschijnlijk en eigenlijk ook wel het meest wenselijk. Gelet op de ruime ervaring die er al is met de selectie van artikel 81 RO zaken is het goed om in de toepassing van het nieuwe artikel 80a RO daar in aanvang bij aan te sluiten. Natuurlijk levert het altijd enige winst op indien de kansloze zaken al eerder in de procedure worden 'weg' geselecteerd. Het zou goed zijn om het effect van die negatieve selectie jaarlijks te meten, en tegelijkertijd te bezien in hoeverre dat effect toereikend is om de (vermoedelijk)

stijgende instroom van zaken het hoofd te bieden. Wanneer deze toepassing van artikel 80a RO onvoldoende soelaas biedt, wordt het tijd om de toepassing van artikel 81 RO uit te breiden waardoor meer zaken in aanmerking komen voor toepassing van artikel 80a RO. Een voortdurende groei van de categorie zaken die voor toepassing van artikel 81 jo. artikel 80a RO in aanmerking komt, zal er toe leiden dat het omslagpunt wordt genaderd waarop een negatief verlofstelsel doorgroeit tot een positief verlofstelsel. Dat omslagpunt is bereikt wanneer zaken die in beginsel tot cassatie zouden kunnen leiden, bij de poort worden geweigerd. Men kan dat op principiële gronden verwerpen, maar men kan er ook pragmatischer tegenaan kijken. Rechtsbescherming wordt nogal eens met hoofdletters geschreven, maar ik roep in herinnering dat niet ieder cassatieberoep op respectabele gronden wordt ingesteld. De Hoge Raad is oorspronkelijk niet bedoeld als derde instantie, maar als instantie om de kwaliteit van het recht te borgen. Het ingevoerde verlofstelsel heeft bovendien tot doel te bereiken dat de Hoge Raad zich kan beperken tot de zaken die er toe doen, en dat zijn niet noodzakelijk de zaken die kansrijk zijn. In laatste instantie gaat het natuurlijk om de vraag waartoe de Hoge Raad op aarde is. Wie wil dat de Hoge Raad meer sturing geeft in de rechtsorde, en wie meer relevantie nastreeft, kan er (op de duur) niet omheen dat de Hoge Raad dan niet ook nog eens derde instantie kan zijn. Voor een hoogste rechter moet dit geen moeilijke keuze zijn.

5 SELECTIE WAAROP?

In de discussie over het verlofstelsel wordt vaak verwezen naar de wenselijkheid van duidelijke criteria voor de selectie van zaken. Aansluitend bij artikel 80a RO en de Toelichting wordt de vraag gesteld – met name vanuit de cassatiebalie – wanneer een zaak van ‘onvoldoende gewicht’ moet worden geoordeeld, of wanneer de rechtszoekende geen ‘significant nadeel’ lijdt. Vanuit rechtsvindingsperspectief is dit om verschillende redenen geen vruchtbaar uitgangspunt voor de discussie. In de eerste plaats ligt het niet voor de hand om de open criteria uit de wet op voorhand in te vullen, zolang nog geen ruime ervaring met selectie aan de poort is opgedaan. Integendeel, het verdient veeleer aanbeveling om van start te gaan met de open criteria uit de wet en deze eerst gaandeweg, met het groeien van de ervaring nader in te vullen. Voorts, en dat is nog belangrijker, leert de ervaring uit het buitenland dat verlofstelsels altijd met open en vage criteria werken (vergelijk de ‘compelling reasons’ uit de regels van het Supreme Court). Rechters blijken juist bij deze beslissingen graag over een ruime beslissingsruimte te beschikken, en met reden. De beslissing om een zaak toe te laten of te weigeren moet op een grote mate van beslissingsvrijheid berusten, omdat die beslissing niet anders kan worden genomen dan op grond van een groot aantal mogelijke redenen, ontleend aan ontwikkelingen in de samenleving, in de rechtsorde, in de feitelijk-

ke rechtspraak, en natuurlijk ook in de eigen prioriteiten. Bovendien zijn de relevante omstandigheden, meer nog dan het eigenlijke rechtsoordeel over de merites van de zaak, afhankelijk van tijd en plaats. De agenda van een hoogste rechter die responsief is kan geen almanak zijn, maar pleegt afhankelijk van de behoeften naar tijd en plaats te worden ingevuld.

Dat neemt natuurlijk niet weg dat wel kan worden nagedacht over de vraag wat voor soort overwegingen een rol speelt bij de vraag welke zaken al dan niet worden toegelaten. Ook hier kan – onder erkenning van de verschillen (zie par. 4) – worden geleerd van de ervaringen van het Supreme Court. Aan de studie van Perry ontleen ik een aantal redenen om een zaak al dan niet toe te laten die ik voor zover relevant vertaal naar de Nederlandse situatie, en vervolgens heb gerangschikt onder zelf gedefinieerde categorieën.

5.1 De zaak zelf

Allereerst zijn eigenschappen van de zaak zelf van belang. De aandacht van de Hoge Raad gaat primair uit naar zaken die een rechtsvraag aan de orde stellen. Het is niet zozeer de zaak die telt, maar de rechtsvraag die voor de oplossing van de zaak beantwoording verdient.¹¹ Zoals een Amerikaanse raadsheer eens zei:

‘A case will come back if it is really important.’¹²

Tegelijkertijd kan dat ook een reden zijn om die zaak nu niet toe te laten, wanneer dat op andere gronden niet goed uitkomt. Hoe dan ook, juist omwille van de versterking van de rechtsvormende taak moet een zaak in principe precedentwerking hebben. Dat kan een klein punt betreffen, maar ook een substantiële rechtsvraag. In de tweede plaats kan ook het belang dat in de zaak op het spel staat, een overweging zijn om die zaak al dan niet toe te laten. Hiervoor is al meermalen verwezen naar het criterium dat een zaak – in het licht van de adequate inzet van de cassatierechtspraak – van onvoldoende gewicht is voor behandeling. Het beroep kan een fout van de feitenrechter aan de orde stellen die onbelangrijk voorkomt, dat wil zeggen, waardoor de verzoeker geen significant nadeel lijdt. Een verwant criterium is, in de derde plaats, dat een zaak te nauw verweven is met de feiten om voor cassatie van betekenis te zijn. Er is veel kaf onder het koren in de eindeloze stroom motiveringsklachten die de Hoge Raad bereikt. In het strafrecht kan men denken aan veel klachten over de bewezenverklaring. In het onderzoek van Perry merkte één van de law clerks op:

11 Zie ook J.B.M. Vranken, ‘Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand’, *NJB* 2009, p. 1082-1094.

12 Perry 1991, p. 221.

'The Court really doesn't sit there to decide whether the evidence is sufficient.'¹³

Ook de Hoge Raad volstaat hier met een marginale toetsing van de bewijsmotivering van de feitenrechter. In de vierde plaats kan een zaak onvoldoende rijp zijn om te worden toegelaten. Soms is een zaak pas rijp wanneer zij door verschillende feitenrechters is berecht, en soms pas wanneer zij in de doctrine voldoende is uitgekristalliseerd om te beslissen. Uit het onderzoek van Perry blijkt dat ook wordt gekeken naar welke feitenrechter op de zaak heeft gezeten, welke rechters betrokken waren, en welke 'dissents' er zijn geschreven. Met de rijpheid van een zaak is verbonden de vraag of er nog andere zaken in de pijplijn zitten, die dezelfde rechtsvraag misschien beter aan de orde stellen. Ten slotte is ook van belang of het beslissende gerecht zelf een bijdrage aan de oplossing van het probleem denkt te kunnen leveren in de vorm van een duidelijk antwoord op de rechtsvraag. Soms lijkt dat niet het geval, hetzij omdat geen duidelijke oplossing in zicht is, hetzij omdat het gerecht zelf te verdeeld is om met een duidelijk antwoord te kunnen komen.

5.2 De feitenrechtspraak

De meest dringende reden voor het Supreme Court om een zaak toe te laten is, zoals we al zagen, verdeeldheid onder de lagere rechters. Ook voor de Hoge Raad is in de verhouding tot de feitenrechtspraak een belangrijke, tweeledige taak weggelegd. In de eerste plaats is er de uniformerende taak, die meebrengt dat divergerende jurisprudentie van de hoven op één lijn moet worden gebracht (rechtseenheid). Daarvan te onderscheiden is de toezichthoudende taak, inhoudende dat afwijkingen van vaste jurisprudentie en andere fouten worden rechtgezet (kwaliteitsbewaking). In beide deeltaken is de traditionele taak van de Hoge Raad te herkennen: de bescherming van de wet tegen de rechter. In de uitoefening van zijn taak is de Hoge Raad gebonden aan zijn cassatietechnische beperking tot rechtsklachten en belangrijke motiveringsklachten. Zoals hiervoor al bleek heeft de beoogde verschuiving in de taakstelling van de Hoge Raad belangrijke consequenties voor de feitenrechtspraak. Allereerst brengt zij mee dat de feitenrechters (met name de hoven) zelf een grotere verantwoordelijkheid krijgen voor de rechtseenheid. Voorts leidt zij er toe dat de hoven een grotere inbreng krijgen in de kwaliteitsbewaking van de feitenrechtspraak (van met name de rechtbanken). Bij de selectie van zaken bij de Hoge Raad zal de constatering van divergentie tussen feitenrechters of van fouten in hun uitspraken niet zonder meer tot toelating van de desbetreffende zaken leiden. Alleen indien daar een belang van rechtsontwikkeling of kwaliteitsbewaking mee gediend is, ligt interventie van de Hoge Raad in de rede. Meermalen is

13 Perry 1991, p. 224.

er al op gewezen dat de hoven zich daarom op hun nieuwe taken als hoogste feitenrechter moeten voorbereiden (vergelijk Hammerstein II). Vooral van een versterking van de rechterlijke samenwerking tussen de hoven, in het voetspoor van de rechtbanken, is veel te verwachten. Overigens is hier ook een beweging in de tegenovergestelde richting gaande. Nieuwe instrumenten als een ruimer gebruik van cassatie in het belang der wet en de mogelijkheid van prejudiciële vragen moeten ervoor zorgen dat de Hoge Raad de zaken aan zich kan trekken die hem nu niet (tijdig) bereiken. In de verhouding tot de feitenrechtspraak is derhalve sprake van zowel een terugtrekkende, als van een optrekkende Hoge Raad. Beide ontwikkelingen zullen hun invloed hebben op de beslissing om in cassatie zaken al dan niet toe te laten.

5.3 De rechtsorde

Hiervoor is al opgemerkt dat de rechtsorde meer gediend is met enkele goed gekozen richtinggevendende uitspraken dan met een eindeloze stroom meer of minder interessante reacties op motiveringsklachten. Hier is derhalve ruimte voor keuze en beleid. Waar is de rechtsorde mee gediend? Het antwoord op die vraag is sterk afhankelijk van het al dan niet optreden van andere normstellende instituties. Op welke gebieden blijft de wetgeving achter bij maatschappelijke ontwikkelingen, of bij rechtsontwikkelingen op internationaal en supranationaal niveau? Welke van die tegenstellingen zijn het meest urgent, en hoe kan de Hoge Raad bij het overbruggen daarvan een rol spelen? Is er behalve een noodzaak ook een mogelijkheid tot rechtsvorming? Welke issues en controverses leven er in de feitenrechtspraak? Welke knopen moeten hier doorgehakt worden en welke zijn daarvan het meest urgent? Komt daartoe ook gelegenheid voor de Hoge Raad in de vorm van een geschikte zaak? De beslissing om een zaak al dan niet toe te laten, kan niet los worden gezien van het antwoord op dergelijke vragen. Voor de Hoge Raad zijn ze in twee opzichten vernieuwend ten opzichte van de bestaande praktijk. In de eerste plaats gaat het om strategische vragen, in die zin dat het antwoord op die vragen mede afhankelijk is van wat andere actoren doen. Voorts gaat het om beleidsvragen, in die zin dat de beantwoording een prioriteitsstelling veronderstelt omtrent wat meer of minder belangrijk wordt gevonden. Twee relativeringen zijn echter op hun plaats. In de eerste plaats is het niet zo dat dergelijke vragen thans geen enkele rol spelen. In de context van de oordeelsvorming over de merites van zaken spelen zij wel degelijk een rol – soms impliciet, soms expliciet – maar in de context van de beslissing tot toelating zullen zij een nadrukkelijker rol spelen. In die setting wordt immers de agenda van de Hoge Raad bepaald. Ten slotte is het ook niet zo dat de genoemde vragen altijd in abstracto en expliciet voorwerp van beraad zouden moeten zijn, laat staan tot consensus zouden moeten leiden. De Hoge Raad blijft vanzelfsprekend een rechtsprekend orgaan. Het is om die reden dat het Supreme Court

de beslissing tot toelating in beginsel heeft onderworpen aan dezelfde procedure als de beslissing over de merites van een zaak (behoudens afwijkingen als de 'rule of four'). Dat neemt echter niet weg dat de beslissing om te beslissen sterker doortrokken is van strategische en beleidsmatige overwegingen dan de beslissing over de merites van de zaak. Overigens blijkt niet van een aantoonbaar verband tussen beide soorten beslissingen, in die zin dat de toelatingsbeslissing anticipeert op de beslissing over de merites van de zaak. Wel bleek er bij de raadsheren een grotere neiging zaken toe te laten waarin de beslissing van de lagere rechter verkeerd werd gedacht dan zaken waarin dat niet het geval is.¹⁴

5.4 De samenleving

Soms vraagt de samenleving om een rechterlijke uitspraak op het hoogste niveau in een controversiële zaak. Het betreft meestal kwesties die politiek omstreden zijn (het stakingsrecht), vanuit levensbeschouwelijk of moreel gezichtspunt tot verdeeldheid leiden (abortus, euthanasie), grote sociale betekenis hebben (onwettige kinderen), of een unieke combinatie vormen (onrechtmatige geboorte of leven). Het maatschappelijk belang en het rechtsvormend belang vallen overigens lang niet altijd samen. Soms veroorzaakt een zaak grote maatschappelijke onrust, zonder dat er juridisch veel nieuws onder de zon is (de spraakmakende herzieningsverzoeken), en soms is het omgekeerde het geval (onrechtmatige geboorte of leven). In al deze gevallen zijn er vanzelfsprekend sterke indicaties om de zaak toe te laten, omdat de Hoge Raad een voortrekkersrol in het publieke debat kan en heeft te vervullen, soms om de grenzen te verkennen, soms juist om knopen door te hakken. Lastig wordt het wanneer zich een zaak aandient die niet past binnen de taakstelling van de Hoge Raad, maar niettemin sterk aan het rechtvaardigheidsgevoel appelleert. Ook bij het Supreme Court worden soms zaken toegelaten die moeilijk te verenigen zijn met de filosofie dat het er niet is 'to right wrongs';

*'Try as they might, justices cannot always resist acting as a court of last resort. Sometimes they will take a case that is a flagrant abuse of justice even though it presents no particularly interesting question of law.'*¹⁵

Kennelijk is ook daar de praktijk soms harder dan de leer.

14 Perry 1991, p. 268-270, 280.

15 Perry 1991, p. 265.

6 WAT BRENGT DE TOEKOMST?

In de Inleiding merkte ik reeds op dat met de invoering van een gematigd verlofstelsel een weg wordt vervolgd die al met de invoering van artikel 81 RO was ingeslagen. Een geleidelijke ontwikkeling derhalve, maar wel één met mogelijk revolutionaire consequenties. Op de korte termijn zal de geleidelijkheid van het negatieve verlofstelsel overheersen. Selectiekamers zullen kansloze beroepen 'weg' selecteren, te beginnen met de artikel 81 RO zaken maar mogelijk ook andere zaken waarin het belang van de rechtsbescherming in de individuele zaak niet opweegt tegen dat van de adequate inzet van de cassatie-rechtspraak. Het is mogelijk dat het daarbij blijft, met als resultaat dat de consequenties van de invoering van artikel 80a RO overzichtelijk blijven. Een ander scenario is echter dat de instroom van beroepen blijft groeien. Indien die ontwikkeling zich voordoet zal de druk toenemen om de categorie zaken die voor toepassing van artikel 81 juncto artikel 80a RO in aanmerking komt, te laten uitdijen. De doelstelling is immers om de begrensde capaciteit te besteden aan de (1000 of 400) zaken die er het meeste toe doen, zodat ook zaken zullen afvallen die weliswaar tot cassatie zouden kunnen leiden, maar waarbij geen grote belangen op het spel staan. In dit scenario zal het geïnstalleerde negatieve verlofstelsel doorgroeien naar een positief verlofstelsel, dat is gericht op de selectie van de zaken die een behandeling in cassatie waard zijn. Met de selectie van zaken zal eerst meer ervaring moeten worden opgedaan vooraleer de open criteria uit de wet verder kunnen worden ingevuld. De selectie van zaken veronderstelt echter altijd veel beslissingsruimte en daarmee ook open criteria. Verschillende soorten overwegingen – ontleend aan de zaak zelf, de feitenrechtspraak, de rechtsorde en de samenleving in ruimere zin – zullen een rol spelen. Wanneer de Hoge Raad zelf zijn agenda wil kunnen afstemmen op zijn omgeving, zal daartoe ruime beslissingsvrijheid moeten blijven bestaan.

In dit licht dienen de consequenties voor de werkwijze van de Hoge Raad en voor zijn positionering te worden gezien. In de nabije toekomst zal niet veel capaciteit vrijkomen om de zaken anders te instrueren of te motiveren dan thans het geval is. Wanneer het negatieve verlofstelsel is geïnstalleerd, zullen zowel de Raad als het Parket de handen vol hebben aan de verwerking van de (groeierende) instroom. De betekenis van de Hoge Raad zal niet ingrijpend veranderen. Wanneer het negatieve verlofstelsel zich – al dan niet onder druk van een voortdurend groeiende instroom – zal ontwikkelen naar een positief verlofstelsel, ziet de toekomst er echter anders uit. In dat geval komt in beginsel capaciteit vrij – afhankelijk van het aantal toegelaten beroepen – om belangrijke zaken anders te instrueren of te motiveren. 'Indien na een 'selectie aan de poort' een geringer aantal zaken voor inhoudelijke behandeling in aanmerking komt', zo schreven onlangs F.F. Langemeijer, J.E. van de Bunt

en S. Sierksma, 'kan aan die zaken evenredig meer tijd worden besteed'.¹⁶ In zijn bijdrage heeft Jan Vranken een voorschot genomen op de mogelijkheden om de informatie te verbeteren die de tendens naar een sterkere rechtsvormende rol zullen moeten ondersteunen. Zowel Vranken als Langemeijer c.s. gaan uitvoerig in op de mogelijkheid van het gebruik van 'briefs' van 'amicus curiae', naar het voorbeeld van het Supreme Court.

'In zaken waarin een rechtsvraag aan de orde is die in het belang van de rechtseenheden of de rechtsontwikkeling beantwoording door de Hoge Raad behoeft, kunnen amicus curiae-brieven – mits naar vorm en omvang strak gereguleerd – wellicht bijdragen aan de kwaliteit van de uitspraak en aan de aanvaarding van de nieuw gevormde rechtsregel.'¹⁷

Ook andere wijzigingen in de werkwijze dienen zich in de discussie aan; van een ruimer gebruik van de pleidooizitting, tot meer overleg met de ketenpartners, de introductie van 'concurring' en 'dissenting opinions', of zelfs ambtshalve cassatie. Het is duidelijk dat deze ontwikkelingen, indien geëffectueerd, de zichtbaarheid, positie en betekenis van de Hoge Raad ingrijpend zouden beïnvloeden. Zoals het Supreme Court?, zo werd onlangs de President van de Hoge Raad gevraagd. 'Een héél klein beetje', luidde zijn antwoord.¹⁸

16 F.F. Langemeijer, J.E. van de Bunt, S. Sierksma, 'Het raadplegen van externe deskundigen in burgerlijke zaken door de Hoge Raad of het parket', *Trema* 2009, p. 130.

17 Langemeijer c.s. 2009, p. 135.

18 'Tussen ideaal en nuchterheid, interview met de nieuwe president van de Hoge Raad mr. G.J.M. Corstens, van Caroline Lindo', *NJB* 2009, p. 1074.

2 | *Roma locuta, causa non finita*
Over het zwijgen van de Hoge Raad
E.H. Hondius [■]

1 INLEIDING

‘Om uiteenlopende redenen laat de Hoge Raad aan hem voorgelegde vragen soms onbeantwoord’. Dit stelden de redacteuren in hun uitnodiging tot het leveren van een bijdrage aan deze bundel. Wat zijn deze uiteenlopende redenen? Het meest in het zicht is de wens om het aantal zaken dat de civiele kamer moet beslissen hanteerbaar te houden. Vandaar de veelvuldige toepassing van art. 81 RO, waardoor de Hoge Raad aan een inhoudelijke beoordeling van het middel niet toekomt omdat de cassatieklachten niet nopen ‘tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling’. Blijkens het Jaarverslag 2008 geschiedt dit in ruim 40% van de gevallen. Deze ruime toepassing is, gelet op de wens om de toegang tot de cassatierechter te beperken, begrijpelijk. Omdat het parket in deze zaken wel gewoon concludeert, kan men zich een goed beeld vormen van het type zaken waarop de Hoge Raad ons een antwoord onthoudt. Ik moet bekennen dat ik de rechtspraak.nl soms enthousiast ter hand neem, om dan tot mijn teleurstelling te bemerken dat een – in mijn ogen – interessante zaak niet in behandeling is genomen.

In de tweede plaats kan de redengeving van de Hoge Raad in zaken die wel integraal worden afgedaan, te wensen overlaten. Ook dit is begrijpelijk omdat de rechtspleging bij ons door een collectief geschiedt. Mogelijk is dat de reden waarom een zaak niet vaak als principieel wordt opgevat of waarom geregeld een ‘zuiver juridische’ argumentatie wordt gehanteerd, zonder verwijzing naar achterliggende economische en sociale factoren. Denkbaar is ook dat het bij uiteenlopende visies van individuele raadsheren niet lukt om op het punt van de redengeving tot een gezamenlijk standpunt te komen. Arresten als *Lindenbaum/Cohen* en *Damhof/Staat* zijn er de schoolvoorbeelden van.

In de derde plaats kan het zijn dat de Hoge Raad zich niet geroepen acht om in de voorgelegde vraag uitspraak te doen. Jeffrey is een bekend voorbeeld, maar de uitleg van algemene voorwaarden en kerkelijke statuten is voor de praktijk een belangrijker vraagstuk.

■ E.H. Hondius is faculteitshoogleraar Europees privaatrecht, Universiteit Utrecht.

In de vierde plaats is het mogelijk dat de Hoge Raad vanwege een gebrekkige toelichting niet goed voorgelicht wordt en daarom ook niet tot een goede beantwoording van de gestelde vragen komt. Ik denk hierbij niet alleen aan onbeholpen geformuleerde cassatiemiddelen, maar ook aan de figuur van cassatie in het belang der wet, waar het ontbreken van advocaten soms tot slechte arresten leidt. Bekend en berucht zijn de Schelde-arresten; pas in Schelde III kwam er dankzij de tegenspraak van advocaten een goed arrest uit de bus.

In de vijfde plaats – nu treed ik buiten de vraagstelling van de redacteurs – kan het zijn dat een uitspraak van de Hoge Raad wel een antwoord geeft op de gestelde vragen, maar in een (te) laat stadium. Een voorbeeld is de *Dexia*-affaire, waar een drietal uitvoerig gemotiveerde arresten na tien jaar procederen in duizenden rechtszaken tegen een kostprijs van miljoenen euro's eindelijk klaarheid heeft gebracht.

Het is een interessante exercitie om deze vijf – en er zijn er blijkens de andere bijdragen aan deze bundel nog meer – vragen gezamenlijk te beantwoorden. De vragen lopen echter uiteen en vereisen ook een uiteenlopende beantwoording. De te formuleren antwoorden kunnen daarbij nog eens haaks op elkaar staan.

In deze bijdrage wil ik mij beperken tot een stellingname ten aanzien van drie van de zojuist opgeworpen vragen. Allereerst is er de vraag waarom de Hoge Raad zo nodig op alle vragen een antwoord moet geven. Anders gesteld: hebben wij behoefte aan een precedentenstelsel (nr. 3)? In de tweede plaats zou invoering van de mogelijkheid van een concurring of dissenting opinion de openheid van de argumentatie kunnen vergroten (nr. 4). En tenslotte lijkt de prejudiciële beslissing een panacee die het politieke tij mee heeft – invoeren dus (nr. 5)? Ik begin met een beknopte rechtsvergelijkende notitie (nr. 2) en sluit af met een conclusie (nr. 6).

2 DE HOOGSTE RECHTSpraak ELDERS

Sinds een aantal jaren stuurt de *House of Lords* de – gratis – abonnees op de Britse variant van rechtspraak.nl (maar dan beperkt tot de uitspraken van de *House of Lords*) een digitale uitdraai van alle arresten welke diezelfde dag zijn gewezen. Voor ieder juridisch gevormd lezer is het een genot deze te lezen. Brunner vond de arresten van de Hoge Raad al boeiend, maar de uitspraken van de *Law lords* winnen het op alle fronten van onze hoogste rechter. Zelfs bestuursrechtelijke en strafrechtelijke casus weten deze *lords* smakelijk onder de aandacht van hun gehoor te brengen. Het is echter niet helemaal *cricket* om dit alleen maar aan de voortreffelijke voorbereiding op hun hoge ambt van de Britse rechters toe te schrijven (ze zijn allemaal *barrister* geweest). Ongetwijfeld speelt het geringe aantal zaken – zo'n 70 per jaar – een hoofdrol. De *Law lords* hebben gewoon de tijd om goed over hun *opinion* na te denken.

Kom daar maar eens om bij de Hoge Raad. Die heeft jaarlijks het tienvoudige aantal zaken te beoordelen en dan hebben we het alleen nog over de civiele kamer. Bij de strafkamer is het met 4000 zaken helemaal rampzalig. Met wat kunst- en vliegwerk is het in ons land nog net te redden, maar heel anders wordt het met name richting zuiden. In landen als Frankrijk, Italië en Spanje loopt het aantal zaken voor de hoogste rechter – in deze landen toevallig allemaal cassatierechters – letterlijk in de tienduizenden. Dat betekent dat er tientallen kamers met honderden raadsheren zijn, waar alleen al het bewaren van de rechtseenheid tussen de verschillende kamers een hele institutionele bovenbouw vereist.

Deze aantallen zullen er ongetwijfeld toe bijdragen dat ook in Frankrijk, Italië en Spanje de redengeving van de cassatierechter vaak lapidair is. Wie een eeuw teruggaat in onze eigen geschiedenis, zal zien dat dit ook bij de Hoge Raad het geval was. Gelukkig is de Hoge Raad wat richting *Bundesgerichtshof* opgeschoven, dat al decennia lang een hoge mate van motivering laat zien. Ik laat hierbij in het midden of dit mede moet worden toegeschreven aan de afwijkende aard van het Duitse revisie-instrument.

De grote aantallen uitspraken van de hoogste rechter werken er mogelijk ook aan mee dat uitspraken van lagere rechtspraak in een land als Frankrijk nauwelijks serieus worden genomen. Omgekeerd is het in het Verenigd Koninkrijk dankzij het extreem lage aantal uitspraken van de *House of Lords* ook het *Court of Appeal* dat hoog in aanzien staat.

Wat hiermee gezegd wil zijn? Dat de situatie van het ene land radicaal verschilt van die in het andere. Bij zeventig arresten is de kans dat de hoogste rechter zich over een bepaalde zaak uitlaat geringer dan wanneer het om vijftigduizend zaken gaat.

3 PRECEDENTEN

Het toekennen van betekenis aan arresten van de hoogste rechter is grotendeels terug te voeren naar het stelsel van precedenten. Er bestaan met betrekking tot het precedentenstelsel in ons land enige wijdverbreide misverstanden. Ik geef toe dat ik die zelf ook wel heb gedeeld. Een eerste misverstand is dat het precedentenstelsel *civil law* en *common law* sinds mensenheugenis verdeeld heeft gehouden. In de Europees-continentale stelsels heeft wetgeving het primaat en is de rechter in beginsel niet meer dan 'bouche de la loi'; in common law stelsels geldt daarentegen sinds de *battle of Hastings* het *stare decisis*-beginsel. Geen van de beide onderdelen van deze gedachte is juist. Voor de Franse revolutie gold in Europa het woord van de rechter als wet en omgekeerd kent de common law pas sinds het eind van de negentiende eeuw een strict precedentenstelsel.

Al even hardnekkig is de gedachte dat de continentale stelsels richting *common law* bewegen. Het zou maar een kwestie van tijd zijn voordat ook

Europees continentale rechters aan de rechtspraak van hun Hoge Raad gebonden zijn. Veel auteurs zien dit als een wenselijke ontwikkeling. Sommige constitutionele hoven hebben reeds een dergelijk stelsel ontwikkeld. Een kleine bom is onlangs in het verre Lithouwen gelegd met de uitspraken van het Constitutionele hof dat uit het grondwettelijk voorgeschreven gelijkheidsbeginsel kan worden afgeleid dat de rechter strict gebonden is aan de eigen precedents en die van hogere rechters. Op deze uitspraken is meteen de nodige kritiek gekomen.¹ Maar ook elders in Europa lijkt een deel van de literatuur wel iets in een precedentenstelsel te zien.

Eerder heb ik verdedigd dat dit geen goede ontwikkeling zou zijn. Twee redenen heb ik daarvoor aangevoerd.² In de eerste plaats is er een inhoudelijk argument. De ontwikkelingen gaan tegenwoordig zo snel, dat de Hoge Raad ze amper kan bijhouden. Het gevolg is dat er nog arresten in de boeken staan waarvan duidelijk is dat die thans anders zouden worden gewezen. Hoe wij dat weten? Door de uitspraak in context te plaatsen – op aanpalende terreinen is de rechtspraak opgeschoven en het ligt voor de hand dat deze ontwikkeling zich op het terrein van onze casus zal voortzetten. Voor degenen die zoals een buitenlandse incidentele Beobachter van het Nederlands juridisch landschap met de context niet bekend is dreigen dan ook de nodige *faux pas*. In de tweede plaats – het argument is met het eerste verwant – kennen wij tegenwoordig niet meer één hoogste rechter, maar drie. Naast de Hoge Raad zijn er de verschillende Europese rechters en dan met name het Europees Hof van Justitie en het Europees Hof voor de rechten van de Mens. De Raad van State reken ik niet eens mee, maar elders is er meestal ook nog eens een constitutioneel hof, dat aan de rechtsvorming mede vorm geeft. Met zo'n vierschaar aan gerechten is het eenvoudig te gecompliseerd om van één precedentenstelsel te spreken.

Dit alles neemt niet weg dat precedents in ons recht een belangrijke rol spelen. Het grote verschil met het *stare decisis* van de common law is evenwel dat het de rechter hier te lande uiteindelijk vrij staat om tot een ander oordeel te komen dan de Hoge Raad.

4 CONCURRING EN DISSENTING OPINIONS

Een van de markante verschillen tussen *civil* en *common law* is gelegen in het feit dat de continentale rechter gewoonlijk en *banc* rechtspreekt, terwijl haar common law collega dat *seriatim* doet: iedere rechter geeft zijn eigen mening.

1 Danguté Ambrasienė en Solveiga Cirtautienė, 'Teismu praktikos reiksmė Lietuvoje /stare decisis v. jurisprudence constante', in: *Private law past, present and future*, Liber amicorum Valentinas Mikelėnas, Vilnius: Justitia 2008, p. 13/31 (met Engelstalige samenvatting).

2 Zie mijn algemeen rapport over precedentenwerking voor het rechtsvergelijkend congres van de Académie internationale de droit comparé te Utrecht (2006).

De tegenstelling is niet helemaal zwart/wit. In de continentale stelsels nemen constitutionele hoven gewoonlijk een uitzonderingspositie in en in common law gerechten is het niet ongebruikelijk dat rechters zich aansluiten bij hun noble and learned friend, terwijl de *Privy Council* het nog tot 1966 zonder dissenting opinions moest doen. Niettemin: de verschillen zijn markant. Hoe deze te verklaren? De voormalige Australische opperrechter Michael Kirby – in eigen land bekend als ‘dissenter’ – noemt in een opstel in de *Law Quarterly Review* tien redenen.³ Twee hiervan wil ik er uitlichten. Kirby’s eerste verklaring is dat de common law een mondelinge traditie heeft. Dat houdt verband met de rechtspraak door juries, waarvan de leden in het verleden niet steeds konden lezen. Een tweede verklaring is gelegen in de sociale achtergrond van de common law rechter; deze heeft ten tijde van zijn benoeming al een lange juridische carrière achter de rug en ‘So recruited, the newly-minted judge does not easily throw off the highly independent habits of a lifetime’.⁴ De *common law* rechter ziet zichzelf niet graag als ambtenaar, ‘[n]or would they necessarily suppress their own opinions because others more senior in rank, or more numerous, hold different opinions’.⁵

Dit zijn beide argumenten die een verklaring – pogen te – geven voor het verschil tussen de twee stelsels; steun aan een voorstel om in Nederland om te gaan geven zij niet. Die steun is wel te vinden bij Kirby’s overige acht verklaringen, die onder meer zien op de transparantie van het stelsel, intellectuele integriteit en de ingebouwde veiligheidsklep. Ook voor de rechter zelf kan het plezierig zijn dat hij niet wordt aangesproken op de andere visie van de meerderheidsopinie. De argumenten van de toenmalige premier président van de Franse *Cour de cassation* Guy Canivet – hij is tegenwoordig voorzitter van de *Conseil constitutionnel*⁶ – vóór behoud van het oude overtuigen niet.

Ooit sprak de Nederlandse Juristen-Vereniging zich al eens (in 1972) uit vóór de dissenting opinion. Niet zo lang geleden bleek uit een *NJB*-salon dat voorstanders – Willy M.E. Thomassen⁷ en de huidige president Geert Corstens⁸ – thans ook in de Hoge Raad zijn te vinden. Het onderwerp moge niet hoog op de politieke agenda staan, wat let de regering om conform een suggestie van Maurits Barendrecht⁹ een jaar proef te draaien met dit stelsel dat in de *common law* zijn sporen heeft verdiend. Is het niet tegennatuurlijk om in een tijd waarin om beperking van de werkzaamheden voor de Hoge Raad wordt gevraagd, een instituut te introduceren dat veeleer een uitbreiding van

3 Michael Kirby, (2007) 123 *Law Quarterly Review* 379-400.

4 Kirby, p. 387.

5 Kirby, p. 388.

6 Guy Canivet, ‘The Court of Cassation: looking into the future’, (2007) 123 *Law Quarterly Review* 401-417.

7 W.M.E. Thomassen, ‘Het geheim van de raadkamer en de dissenting opinion’, *NJB* 2006, p. 686-690.

8 Geert Corstens, *NJB* 2006, p. 697.

9 *NJB* 2006, p. 697.

de taken zal meebrengen? In de eerste plaats: concurren of dissenten hoëft niet: het mag. Ook in *common law*-stelsels worden veel zaken collectief afgedaan of volstaat de *concurring opinion* met de woorden 'I have head the privilege of reading the opinion of my noble and learned friend Lord Hubble the Pup in advance and I wholly agree'. En in de tweede plaats zal thans aan de totstandkoming van een compromistekst geregeld een barrage aan discussienota's vooraf zijn gegaan, discussienota's die thans in de openbaarheid kunnen worden gebracht.

5 PREJUDICIËLE VRAGEN

Eigenlijk buiten de vraagstelling van de redacteuren van deze bundel lijkt de vraag te vallen of we met de invoering van de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen in elk geval tijd zouden winnen. We zijn er dankzij het Europese Hof van Justitie allemaal mee bekend. En er is een goede reden om dit punt in de discussie te betrekken, nu de commissie-Hammerstein invoering in ons land in overweging heeft gegeven. Ik meen dat valt vol te houden dat deze mogelijkheid ook met onze vraagstelling van doen heeft. Een zaak als de Dexia-affaire illustreert hoelang rechtsonzekerheid kan voortduren: we hebben tot juni 2009 moeten wachten voordat de Hoge Raad zich over enkele van de belangrijkste vragen heeft uitgelaten. Met een prejudiciële procedure had de uitspraak van de Hoge Raad kunnen worden bespoedigd.

Ik ontken niet dat zo'n procedure ook nadelen heeft. Drie wil ik hier noemen, maar slechts één wil ik aan een nadere beschouwing onderwerpen. In de eerste plaats is van de prejudiciële procedure voor het Hof in Luxemburg bekend dat deze een flinke vertraging in de procesvoering betekent. In de tweede plaats is natuurlijk juist het feit dat de lagere rechtspraak in de Dexia-zaak lang heeft moeten zweven de oorzaak dat zo ongeveer alle aspecten al aan de orde waren geweest, hetgeen het wijzen van de drie arresten ongetwijfeld heeft vereenvoudigd. In de derde plaats – en daar wil ik in het bijzonder op wijzen – laat de Luxemburgse rechtspraak ook zien dat er twee soorten prejudiciële arresten zijn: die welke in lijn met de Franse achtergrond leiden tot apodictische uitspraken welke aan wetgeving doen denken. En daarnaast uitspraken die uit hoofde van common law invloeden sterk tot de omstandigheden van het geval zijn beperkt. Mijn voorkeur gaat uit naar deze laatste methode, die een slag om de arm betekent voor gevallen die de rechter op dat moment niet heeft voorzien. Het belangrijkste is evenwel dat Nederland indien het deze procedure zou invoeren duidelijk kleur hoort te bekennen.

6 CONCLUSIE

De Hoge Raad zwijgt. Hij zwijgt om verschillende redenen – bewust, om de reeks te behandelen zaken binnen de orde te houden, omdat het uiteenzetten van de economische argumenten niet past in het juridisch discours, of omdat de collectieve besluitvorming compromissen, ook in de redengeving, noodzakelijk maakt. Of omdat een zaak gewoon te laat op de rol is gekomen.

In deze bijdrage is niet op al deze achtergronden ingegaan. Slechts twee mogelijkheden om het zwijgen te doorbreken kwamen aan de orde. Het meest simpel te realiseren is invoering van de mogelijkheid voor individuele rechters om een afwijkend oordeel uit te spreken. Deze optie zal op den duur tot een grotere openheid voor wat betreft de werkelijke argumenten kunnen leiden. Met de mogelijk gevreesde aanslag op de rechterlijke tijd valt het vermoedelijk wel mee: concurren of dissenten hoeft niet en het brengt voor een deel in de openbaarheid wat nu achter het geheim van raadkamer verscholen gaat.

Prejudiciële vragen kunnen eveneens een bijdrage aan grotere openheid leveren, en dan vooral qua tijd. De Dexia-affaire is er een goed voorbeeld van. Bij invoering dient wel te worden stilgestaan bij de aard van de prejudiciële beslissing. Gaat het om een apodictische uitspraak die bijna kracht van wet heeft of om een beslissing in de omstandigheden van dit geval. Voor beide oplossingen zijn in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie voorbeelden te vinden. Het zou niet goed zijn deze zaak op haar beloop te laten.

Voordat deze twee opties aan de orde kwamen konden we constateren dat het zwijgen van de hoogste rechter per rechtsstelsel aanzienlijk kan verschillen. In het Verenigd Koninkrijk krijgt de hoogste rechter maar weinig kansen om zich uit te spreken, maar die kansen benut hij wel ten volle. In de trits Frankrijk/Italië/Spanje krijgt de rechter onnoemelijk veel mogelijkheden, maar daar maakt hij niet steeds ten volle gebruik van. Ook op een ander punt zien we een tegenstelling tussen *common* en *civil law*. Anders dan sommige auteurs bepleiten, lijkt het niet gelukkig om voor ons recht toenadering tot het *stare decisis* beginsel van de *common law* te zoeken.

3 Over de motivering van arresten van het Belgische Hof van Cassatie

P.C.J. De Tavernier [■]

1 INLEIDING

Juristen die vertrouwd zijn met de huidige vorm en wijze van motivering van arresten van de Hoge Raad, zijn niet zelden verrast door de uiterst bondige stijl van de arresten van het Belgische Hof van Cassatie. In Nederland is de wijze van motivering van de arresten van de Hoge Raad sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw grondig veranderd. In de regel zijn de uitspraken breder gemotiveerd dan voorheen het geval was, met name in zaken van grote maatschappelijke of juridische betekenis. Zo verwijst de Hoge Raad vaak naar standpunten die in de rechtsliteratuur zijn verdedigd, wanneer deze steun bieden aan de gegeven oplossing. Hij gaat daarbij discussies met de doctrine niet uit de weg.¹ Soms plaatst de Hoge Raad zijn standpunt ook in het verband van de bestaande eigen rechtspraak, waarmee hij zijn taak om leiding te geven aan de rechtsontwikkeling beklemtoont.² Wanneer er wordt afgeweken van zijn vroegere jurisprudentie, dan noemt hij die jurisprudentie met zoveel woorden en motiveert hij op grond van welke bezwaren die jurisprudentie voor heroverweging in aanmerking komt.³ Met het stierkalf-arrest,⁴ waarin de Hoge Raad voor de eerste keer gemotiveerd omging,⁵ werd een belangrijke stap gezet van de Franse traditie in de richting van de Duitse en Anglo-Amerikaanse wijze van motivering.⁶

De manier waarop de arresten van het Belgische Hof van Cassatie zijn geredigeerd, staat hiermee in schril contrast. Het Hof van Cassatie lijkt zich daarvan – gelukkig maar – steeds meer en meer bewust te zijn. De voorzitter van de Eerste Kamer van het Hof van Cassatie geeft in zijn preadvies over de werking van de hoogste rechtscolleges in België en Nederland ruiterslijk

■ P.C.J. De Tavernier is universitair docent bij de afdeling civiel recht, Universiteit Leiden.

1 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie* (2005), nr. 184.

2 *Ibid.*, nr. 186.

3 *Ibid.*, nr. 187.

4 HR 7 maart 1980, NJ 1980, 353 (*Stierkalf*).

5 Met 'omgaan' wordt bedoeld: een andere koers kiezen, afwijken van eerdere uitspraken. Zie hieromtrent b.v. J.K. Franx, *De Hoge Raad: voorgaan, doorgaan en omgaan*, Deventer: Kluwer 1994, p. 3.

6 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie* (2005), nr. 188. Zie over de verschillen tussen de Franse en de Duitse motiveringspraktijk W. Van Gerven, 'Creatieve rechtspraak', *R.W.* 1997-98, p. 220-221.

toe dat ‘de huidige toestand wat de transparantie betreft niet echt bevredigend is’.⁷ De woorden van Lord Carswell over het oude Engeland ‘where freedom flows slowly broadens down, from precedent to precedent’,⁸ ontleend aan Tennysons gedicht ‘You ask me why’,⁹ lijken aan het Belgische Hof van Cassatie niet besteed te zijn. Het Hof van Cassatie steunt in zijn arresten evenmin op eigen vroegere rechtspraak, laat staan op rechtspraak van lagere rechters.¹⁰ Op dit punt is het verschil met Nederland levensgroot.¹¹ Het Belgische Hof van Cassatie verwijst in zijn motivering, voor zover daar al sprake van zou zijn, ook niet naar doctrine. Dit wordt overgelaten aan de *amicus curiae* in zijn conclusies. Blijkbaar wil het Hof, zoals de Gentse hoogleraar Bouckaert opmerkt, ‘zich niet “verlagen” door terug te grijpen naar een slechts informele autoriteit en vrees het meegesleurd te worden in de doctrinaire twisten van geleerde juristen’.¹² Ten slotte: ook *obiter dicta* en ‘dissenting opinions’ komt men in de Belgische cassatierechtspraak niet tegen.¹³ Toch lijkt er beterschap in zicht: in een arrest van 24 juli 2007 vermeldt het Hof van Cassatie expliciet dat het ‘omgaat’.¹⁴ In de 20^e eeuw was dat ondenkbaar. Signalen in dat verband werden alleen maar zijdelings weergegeven in de conclusies van het openbaar ministerie of door het feit dat het Hof een voltallige zitting hield, wat op zich reeds een signaal was.

2 DE ‘APODICTISCHE’ MOTIVERINGSSTIJL VAN HET BELGISCHE HOF VAN CASSATIE

De redenering in de Belgische cassatierechtspraak is op het eerste gezicht steeds dezelfde. Verougstraete heeft die redenering treffend samengevat:

‘Major is de wettekst of het algemeen rechtsbeginsel dat het dictum van het Hof zal gronden. In de major wordt die algemene norm verder uitgewerkt of gedeeltelijk

7 I. Verougstraete, ‘Cassatie in civiele zaken (Belgisch recht)’, in: W.D.H. Asser e.a., *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges. Preadviezen van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 160.

8 *A v Secretary of State for the Home Department* [2006] 2 AC 221, p. 152 (Lord Carswell).

9 ‘A land of settled government/A land of just and old renown/Where Freedom slowly broadens down/From precedent to precedent...’

10 Zie B. Bouckaert, *Hoe gemotiveerd is Cassatie? Pleidooi voor een waarachtig precedentenhof en een hernieuwde motiveringscultuur* (Voordracht gehouden aan de Rijksuniversiteit Leiden, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, op 23 januari 1997), Gent: Story-Scientia 1997, p. 23, die terecht aanvoert dat ‘indien het Hof zelf naar precedenten zou verwijzen, het niet alleen zijn rechtsvormende rol zou bevestigen, maar bovendien zou hieruit blijken dat het Hof zijn standpunt soms wijzigt en derhalve een rechterlijk beleid voert’.

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*, p. 24.

13 *Ibid.*, p. 24-25.

14 Cass. 24 juli 2007, R.W. 2007-08, 312, concl. A-G D. Thijs; zie over dit arrest b.v. I. Verougstraete 2007, p. 160.

geconcretiseerd naar de casus toe. In de minor wordt gezegd wat de de 'juge de fond' heeft beslist. De conclusie ligt dan voor de hand: verwerping of cassatie. De moeilijkheid ligt in de uitwerking van de major, en daarin ligt de creativiteit van het Hof of zijn inbreng in het recht. Om te komen tot die uitwerking zijn meestal een aantal complexe redeneringen vereist, die leiden tot de concretisering van de norm. Het denkproces doet denken aan een binaire vorm van redenering of van *trial and error*. Het resultaat is een apodictische motivering waarin de cassatierechter de oplossing voorstelt als de enige logische. Een essayische opbouw waarin de rechter zijn redenering opbouwt in een compleet verhaal zou best mogelijk zijn en komt overigens vaak voor in de noten die de rapporteurs maken als voorbereiding van hun arrest. Dit is niet de keuze die het Hof voor de eindredactie gemaakt heeft in de voorbije decennia, hoewel het geen moeite zou kosten om de arresten op die wijze voor te stellen'.¹⁵

Een treffend voorbeeld van een dergelijke apodictische motivering waarin het Hof van Cassatie de oplossing als de enige logische voorstelt, treft men aan in een arrest van het Hof van Cassatie van 19 juni 1997,¹⁶ waarin het zich heeft uitgesproken over de vraag of artikel 1384, eerste lid BW ('Men is aansprakelijk, niet alleen voor de schade welke men veroorzaakt door zijn eigen daad, maar ook voor die welke men veroorzaakt door de daad van personen voor wie men moet instaan, of van zaken die men onder zijn bewaring heeft') een wettelijke grondslag vormt voor een *algemeen* beginsel van aansprakelijkheid voor andermans daad. Met name moest het Hof zich uitspreken over de wettigheid van een uitspraak van het Hof van Beroep te Bergen van 27 december 1995, waarin werd beslist dat artikel 1384 BW wel degelijk een dergelijk algemeen beginsel bevat.¹⁷

De feiten die aan de uitspraak van het Hof van Beroep te Bergen ten grondslag lagen, zijn eenvoudig en kunnen als volgt worden samengevat. Een minderjarige sticht opzettelijk brand in een gebouw, nadat hij erin geslaagd is te ontsnappen uit een medisch-psychologisch observatiecentrum waarin hij dezelfde dag was geplaatst krachtens een beslissing van de jeugdrechtbank. De benadeelde eigenaar van het gebouw en zijn verzekeraar stellen een eis

15 I. Verougstraete 2007, p. 159.

16 Cass. 19 juni 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1122, m.nt. T. Papart, 'La justice a rendez-vous avec le législateur', *J.T.* 1997, p. 582, concl. A-G M. Piret en R. Cass. 1998, 369, m.nt. A. Van Oevelen.

17 Zie over dit arrest P. De Tavernier, 'Naar een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor andermans daad? Beschouwingen bij een arrest van het Hof van Cassatie van 19 juni 1997', *T.B.B.R.* 1998, p. 109-132 en 430-453; A. Van Oevelen, 'Geen algemeen beginsel van buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad en onderwijsinstellingen zijn niet te beschouwen als onderwijzer, in de zin van art. 1384, lid 4 B.W.', *R.W.* 1998-99, p. 149-153.

tot schadevergoeding in tegen het observatiecentrum. Zij baseren hun eis primair op de artikelen 1382¹⁸ en 1383¹⁹ BW, subsidiair op artikel 1384, eerste lid BW

De rechtbank van eerste aanleg verklaart de eis ongegrond.²⁰ De eigenaar en zijn verzekeraar stellen hoger beroep in tegen het vonnis. In zijn arrest van 27 december 1995 willigt het Hof van Beroep te Bergen de eis tot schadevergoeding in.²¹ Het hof baseert zich daarbij niet op de artikelen 1382 en 1383 BW, maar uitsluitend op artikel 1384, eerste lid BW. Het Hof van Beroep motiveert zijn beslissing als volgt:

‘Attendu qu’il n’y a rien d’illogique à soutenir que l’alinéa 1er contient un principe général de responsabilité du fait d’autrui comme la jurisprudence a considéré qu’il contenait un principe général de responsabilité du fait des choses (...) et qu’il doit être considéré que, dès lors qu’elle avait accueilli et l’avait pris en charge dès le départ de la déléguée permanente à la protection de la jeunesse, l’association intimée, pouvoir organisateur du centre d’observation ‘Suzanne Van Durme’, devait répondre du mineur d’âge concerné, au sens de l’article 1384, alinéa 1, du Code civil.’

Het Hof van Beroep beslist met andere woorden, (1) dat het niet onlogisch is om aan te nemen dat artikel 1384, eerste lid BW een algemeen beginsel omtrent de aansprakelijkheid voor andermans daden bevat en (2) dat op basis van dat beginsel een erkende inrichting die met subsidies van de overheid jongeren in moeilijkheden huisvest en hen laat genieten van een voldoende omkadering opdat een opvoedingsproject en een observatie door een multidisciplinaire groep kan plaatsvinden, aansprakelijk is voor een foutieve handeling gesteld door de minderjarigen die aan haar werden toevertrouwd.

Het arrest van het Hof van Beroep was ongetwijfeld geïnspireerd op de *Blieck*-rechtspraak²² van het Franse *Cour de cassation* – de appelrechter van Bergen citeert deze rechtspraak overigens expliciet – waarin werd beslist om artikel 1384, eerste lid *Code civil* met betrekking tot de aansprakelijkheid voor andermans daad een ruimere toepassing te geven dan de limitatieve opsom-

18 Art. 1382 B.W.: ‘Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden’.

19 Art. 1383 B.W.: ‘Ieder is aansprakelijk niet alleen voor de schade welke hij door zijn daad, maar ook voor die welke hij door zijn nalatigheid of door zijn onvoorzichtigheid heeft veroorzaakt’.

20 Rb. Doornik 17 september 1992, onuitg., geciteerd door T. Demesse, ‘Le nouveau principe général de responsabilité aquilienne du fait d’autrui’, (noot onder Bergen 27 december 1995), *R.G.A.R.* 1996, nr. 12578, p. 4*verso*.

21 Bergen 27 december 1995, *R.G.A.R.* 1996, nr. 12578, m.nt. T. Demesse. Zie over dit arrest De Tavernier 1998, p. 129-131, nrs. 37-38 en Papart 1997, p. 1124-1125.

22 Cass. fr. ass. plén. 29 maart 1991 (*Blieck*), *D.* 1991, J., 324, m.nt. C. Larroumet, *D.* 1991, I.R., 116, *Gaz. Pal.* 6 augustus 1992, 513, m.nt. F. Chabas, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21673, concl. A-G D.H. Dontenwille en m.nt. J. Ghestin en *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1991, 541, besproken door P. Jourdain.

ming van de daarop volgende bepalingen. Het hof beperkt zich daarbij niet tot het proclameren van een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor andermans daad, maar somt ook meteen de voorwaarden op waarvan dit principe afhankelijk zou worden gesteld, met andere woorden welke criteria bij de ruimere toepassing van artikel 1384, eerste lid BW gehanteerd zouden moeten worden. Zo verwijst de appelrechter, zij het slechts impliciet, naar de permanente wijze waarop de instelling de handel en wandel van de schadeverwekker dient te organiseren:

‘Il est de l’essence de son activité, et de son objet social, de prendre en charge, pour une durée de plusieurs mois, des mineurs en difficulté, déracinés, et dont certains ont, nécessairement, déjà commis certaines infractions’.

Voorts vermeldt het hof het risico dat deze wijze van opvang voor derden creëert:

‘Que pareilles méthodes éducatives, voire thérapeutiques comportent nécessairement pour les tiers, certains risques (...)’.

Dit criterium komt bijna woordelijk overeen met het dispositief van het hierna te bespreken *Blieck*-arrest van het Franse Hof van Cassatie van 29 maart 1991. Het Hof van Beroep wijst ook op de mogelijkheid van de instelling om zich tegen het risico te verzekeren:

‘Qu’il doit d’ailleurs, réglementairement, être couvert par une police d’assurance en responsabilité civile, non seulement pour ce qui concerne ses propres manquements et ceux de son personnel, mais aussi pour ce qui est des fautes des mineurs d’âge eux-mêmes’.

Het observatiecentrum stelt prompt cassatieberoep in. Daarin voert eiseres het volgende aan. Artikel 1384, eerste lid BW bepaalt dat ‘men aansprakelijk is niet alleen voor de schade welke men veroorzaakt door zijn eigen daad, maar ook voor die welke veroorzaakt wordt door de daad van personen voor wie men moet instaan, of van zaken die men onder zijn bewaring heeft’, terwijl 1384, tweede tot vierde lid BW de personen opsomt die aansprakelijk zijn voor de door anderen veroorzaakte schade alsook de personen voor wie zij moeten ‘instaan’. Artikel 1384 BW noch enig ander wetsartikel bepaalt, aldus het observatiecentrum, dat iemand die niet tot één van de in het tweede tot het vierde lid opgesomde categorieën behoort, meer bepaald een persoon die een observatiecentrum beheert, aansprakelijk is voor de schade veroorzaakt door de daad van een minderjarige die door de jeugdrechter bij hem is geplaatst. Het arrest van het hof van beroep verklaart nu dat 1384, eerste lid BW een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor andermans daad formuleert en dus in het tweede tot het vierde lid geen beperkende opsomming geeft van de personen voor wie andere personen moeten ‘instaan’. Het arrest neemt dus

als vaststaand aan dat een persoon aansprakelijk kan worden verklaard voor de daad van een derde zonder dat de wet in dat geval van aansprakelijkheid voor een ander heeft voorzien. Echter, zo stelt het middel, alleen de wetgever en niet de rechter kan de gevallen bepalen waarin een persoon moet instaan voor andermans daad. De vermoedens van aansprakelijkheid bedoeld in artikel 1384 BW wijken af van het gemeen recht inzake aansprakelijkheid krachtens hetwelk een persoon enkel aansprakelijk is voor de door zijn eigen daad veroorzaakte schade (artikelen 1382 en 1383 BW). Die vermoedens kunnen wegens het uitzonderlijke karakter ervan niet worden uitgebreid tot andere dan de bij de wetgever bepaalde gevallen. Het arrest houdt dus een schending in van artikel 1384 BW.

Op apodictische wijze beslist het Hof van Cassatie dat dit middel gegrond is:

‘Attendu que l’article 1384 du Code civil n’établit pas, en son alinéa 1er, un principe général de responsabilité du fait d’autrui; Que cette responsabilité n’existe que dans les limites des régimes particuliers, différents les uns des autres, qu’il instaure de manière exhaustive dans les alinéas suivants; Qu’en décidant que la demanderesse, en sa qualité de pouvoir organisateur du centre médico-psychologique qui avait pris en charge le mineur responsable du dommage, devait répondre du comportement de ce mineur ‘au sens de l’article 1384, alinéa 1er, du Code civil’, l’arrêt viole cette disposition légale’.

Hiermee ging het Hof volledig in op het advies van advocaat-generaal Piret, die op grond van een klassieke argumentatie de verbreking van het arrest had aanbevolen.

3 KRITIEK OP DE BESTAANDE MOTIVERINGSPRAKTIJK VAN HET HOF VAN CASSATIE

De apodictische motiveringswijze, waarin niets merkbaar is van de moeilijke politieke keuze die het Hof onvermijdelijk heeft moeten maken, is voor kritiek vatbaar. De Corte heeft deze kritiek in een feestbundel naar aanleiding van de 175^e verjaardag van het Belgische Hof van Cassatie treffend samengevat:²³

‘De ontwikkeling in de motivering wordt voorgesteld alsof het door het Hof uiteindelijk besliste punt op een evidente wijze voortvloeit uit de wet. Men voelt zich als partij bijna gegeneerd dat men zoiets heeft durven vragen aan het Hof. Het arrest maakt geen alternatieven zichtbaar en geeft dus ook geen aanduiding waarom voor de ene en niet voor de andere oplossing werd gekozen’.

23 R. De Corte, ‘De eerste 175 jaar van het Hof van Cassatie’, in: *Hof van Cassatie van België. 175^e verjaardag*, Brussel: Larcier 2008, p. 149.

Met de Tilburgse hoogleraar Adams kan worden aangevoerd dat de Belgische argumentatieve en motiveringspraktijk niet evenredig is meegegroeid met de samenleving waarin die moet functioneren, gelet op de sterk gewijzigde rol en taak van de rechter tijdens de laatste decennia.²⁴ Terecht beklemtoont Adams in dit verband dat rechters midden in de samenleving staan en er mee vorm aan geven. Zij nemen hun verantwoordelijkheid, en daar hoort bij dat er ook verantwoording moet worden afgelegd. Aangezien vrije taakoefening en verantwoording afleggen in een hedendaagse democratie onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, spreekt het vanzelf dat de vrijheid die rechters krijgen en nemen, in de motivering van de rechterlijke uitspraak tot uiting komt. Het is immers bij uitstek die plaats waar die rechterlijke vrijheid zichtbaar gestalte krijgt. En het is dan ook daar waar maatschappelijk verantwoording kan worden afgelegd.²⁵

Belgische hoven en rechtbanken zijn verplicht hun beslissingen te motiveren. Dit volgt uit artikel 149 van de Belgische Grondwet: 'Elk vonnis is met redenen omkleed. Het wordt in openbare terechtzitting uitgesproken'. Deze verplichting is ook van toepassing op het Hof van Cassatie,²⁶ ook al is deze grondwettelijke verplichting uiteraard niet dezelfde voor de feitenrechter en voor de cassatierechter. Terwijl de motivering van de feitenrechter het Hof van Cassatie moet toelaten na te gaan of de feitenrechter juist heeft geoordeeld, zijn het in cassatie niet de procespartijen die op het voorplan van de bekommernissen van het Hof staan, maar wel het recht. In de ogen van het Hof van Cassatie is het immers zijn belangrijkste taak om zorg te dragen voor de rechtseenheid, de rechtszekerheid en de rechtsevolutie.²⁷

Deze grondwettelijke motiveringsplicht wordt vaak opgevat als een vormvereiste met een beperkte draagwijdte. Het gaat er niet om of de motivering omstandig of juist is. Wel gaat het er om dat er een motivering is die een antwoord is op de conclusies.²⁸ In de rechtsleer wordt deze opvatting in direct verband gebracht met de mercuriale rede die de toenmalige advocaat-generaal Dumon op 1 september 1978 omtrent de motiveringsplicht van vonnissen en

24 M. Adams, 'De argumentatieve en motiveringspraktijk van hoogste rechters: rechtsvergelijkende beschouwingen', *R.W.* 2008-09, p. 1505.

25 *Ibid.*, p. 1507.

26 I. Verougstraete, 'Het Hof van Cassatie en de motiveringsplicht', in: *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel: Bruylant 2000, p. 1070, nr. 11.

27 Vgl. E. Faye, *La cour de cassation. Traité de ces attributions et de sa compétence et de la procédure observée en matière civile*, 1ère éd. Chevalier-Marescq, 1903, p. 12: 'Ses justiciables ne sont pas en réalité les parties, dont l'intérêt n'est qu'accessoirement engagé devant elle, mais les arrêts envisagés uniquement dans leurs rapports avec la loi. Elle tient donc pour constants les faits reconnus par les juges et l'interprétation qu'ils ont donné aux conventions d'après l'intention des contractants; elle n'a qu'à rechercher si, en présence de ces éléments admis comme certains, la loi a été exactement appliquée.' Zie hierover Verougstraete 2007, p. 147.

28 Adams *R.W.* 2008-09, p. 1507. Zie ook Verougstraete 2000, p. 1068-1070, nr. 10.

arresten en de bewijskracht van akten heeft uitgesproken en waarin onder meer wordt aangevoerd:

‘Als de rechter niet willekeurig heeft beslist, omdat hij naar de verantwoording van zijn beslissing die zich opdringt, heeft gezocht en meent dat hij deze gevonden heeft, als hij aan de partijen de gelegenheid heeft gegeven in te zien waarom hij een dergelijke beslissing heeft genomen, als hij het toezicht van de appèlrechter of die van het Hof van Cassatie (binnen de zo-even herhaalde perken) mogelijk heeft gemaakt, als hij geantwoord heeft op de ‘conclusie’ van de partijen ... dan heeft hij natuurlijk deze grondwets-bepaling niet geschonden, zelfs indien zijn ‘verantwoording verkeerd’ is, d.w.z. indien zij strijdig is met een andere (...) zelfs indien de ‘inlichting’ die de partijen hebben gekregen of het antwoord op hun ‘conclusie’ om dezelfde reden ‘verkeerd’ is, zelfs indien het toezicht dat de motivering mogelijk heeft gemaakt en die dus voldoet aan artikel (149) van de Grondwet, tot vernietiging (cassatie) zou kunnen leiden wegens schending van een andere rechtsregel.’²⁹

Deze redenering mag een meer omstandige motivering niet in de weg staan. Er is immers geen noodzakelijk of logisch verband tussen de juridische draagwijdte van de motiveringsverplichting en de wenselijke omvang en inhoud ervan.³⁰ Met andere woorden: de beperkte juridische draagwijdte van de motivering staat een omvangrijkere motivering niet in de weg.³¹ De voorzitter van de eerste kamer van het Hof van Cassatie geeft ootmoedig toe dat de wijze waarop het Hof zijn beslissingen motiveert waarschijnlijk niet volledig of helemaal niet voldoet aan de verzuchtingen van de partijen die vermoedelijk wat meer uitleg zouden appreciëren.³² Het excuus dat hij voor de gebrekkige motivering van cassatiearresten inroept, namelijk dat niet de procespartijen op het voorplan van de bekommernissen van het Hof staan, maar wel het recht³³ – het is immers de taak van het Hof om te waken voor een ‘juiste’ toepassing en interpretatie van de wet – kan in gevallen waarin een meer omstandige motivering zich opdringt, niet overtuigen.³⁴ Waarom niet?

Het antwoord op deze vraag hangt samen met grondige verandering die de taak van de rechter tijdens de laatste decennia heeft ondergaan. Het beeld van de *volledig* heteronome,³⁵ blindelings aan de wet onderworpen rechter, heeft afgedaan. De rechter is niet meer (louter) ‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’. Terecht merkt Adams op dat de rechter is geëvolueerd van

29 F. Dumon, ‘De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van akten’, *R.W.* 1978-1979, 262. Zie hierover Adams *R.W.* 2008-09, p. 1507 en I. Verougstraete 2000, p. 1068-1069, nr. 10.

30 Adams *R.W.* 2008-09, p. 1508.

31 *Ibid.*

32 Verougstraete 2007, p. 159, nr. 25.

33 *Ibid.*, p. 159-160, nr. 25.

34 Zie ook Adams *R.W.* 2008-09, p. 1508.

35 Zie over het ‘heteronoom zelfbeeld’ van het Hof van Cassatie Bouckaert 1997, p. 13 e.v.

een toepasser van het recht naar een belangenbeslechter.³⁶ Aangezien de wet steeds vaker complexe belangenverhoudingen aan elkaar koppelt, bijvoorbeeld door middel van vage normen of eisen van sociale rechtvaardigheid, kan de rechter in ieder geval niet meer volstaan met de toepassing van een rechtsnorm die uitdrukking geeft aan de door de wetgever gewilde belangenafweging, maar moet hij zelf steeds explicieter een belangenafweging verrichten. De actievare en vrijere rol van de rechter die daaruit voortvloeit is onmisbaar om het rechtssysteem als organisatievorm van maatschappelijke ontwikkelingen en verhoudingen en als mechanisme ter oplossing van de conflicten die daaruit ontstaan, adequaat te laten functioneren.³⁷ Dit 'beleid' van de rechter impliceert dat er keuzes moeten worden gemaakt tussen alternatieve oplossingen in het licht van objectieven, die niet altijd in concreto zijn vastgesteld. De doelstellingen en de oplossingen waarvoor de rechter uiteindelijk kiest, worden hem weliswaar vaak aangereikt door een precieze wet, dikwijls ook, naar verluidt zelfs meer en meer, door een vage wet, soms alleen maar door de orde in de samenleving waarin hij leeft, en door de organisatie van de Staat waarvan hij deel uitmaakt, in welk geval de rechter de daaruit af te leiden concrete maatregel nader moet formuleren.³⁸

De rechter moet er wel op bedacht zijn om in zijn rechtsvormende taak de grenzen van zijn bevoegdheid ten opzichte van de wetgever niet te overschrijden. Terecht wordt in de literatuur beklemtoond dat de rechter in de eerste plaats een arbiter is en niet degene die de leiding in het rechtsvormingsproces op zich neemt.³⁹ Principieel en primair is de taak van de rechter om geschillen te beslechten en niet, ofschoon vaker een onvermijdelijke bijkomstigheid, gericht op rechtsvorming.⁴⁰

Voor een *concrete* afbakening van die grenzen – de *theoretische* afbakening van de rechterlijke en de wetgevende macht gaat het bestek van mijn artikel te buiten – heeft Van Gerven in de vorm van drie situatietypes een nuttige leidraad geformuleerd.⁴¹ In de eerste plaats zijn er situaties waarbij geen belangrijke waardeconflicten moeten worden verwacht omdat de enige belangrijke en prevalerende waarde die op het spel staat, dat er orde heerst, ongeacht welke orde. Dit is bijvoorbeeld het geval met betrekking tot verkeersregels. In deze situaties moet de rechter, voor zover mogelijk, de rechtsregels toepas-

36 M. Adams, 'Het ongemakkelijke huwelijk tussen recht en politiek. Een essay over de rechter als evenwichtskunstenaar', *R.W.* 1996-97, p. 1211, met verwijzing naar E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming', in *Rechtsstaat & Beleid. Een keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, 296-312.

37 Adams R.W. 2008-09, p. 1506.

38 W. Van Gerven, *De taak van de rechter in een West-Europese democratie*, Antwerpen, Kluwer, 1977, p. 21.

39 Adams R.W. 1996-97, p. 1214, nr. 23.

40 De rechter heeft immers een beperktere democratische legitimiteit dan de wetgever. Hij kan nauwelijks ter verantwoording worden geroepen.

41 Zie W. Van Gerven en J.C.M. Leyten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 20-23. Zie over deze leidraad Adams R.W. 1996-97, p. 1213, nrs. 15-16.

sen op de feitsituatie die voorligt. *In de tweede plaats* zijn er gevallen waarbij waardeoordelen in het geding zijn waarover op dat moment een brede consensus bestaat, zoals bijvoorbeeld situaties betreffende het domein van de onrechtmatige daad. Foutaansprakelijkheid blijft het basisprincipe, maar dit principe kan in bepaalde gevallen worden doorkruist door een risicoaansprakelijkheid. De achterliggende en met elkaar conflicterende waarden zijn hier enerzijds de gedachte dat de mens een vrije wil heeft en dat hij daarom, en alleen daarom, de gevolgen van zijn foutief handelen (of niet-handelen) moet dragen, en anderzijds de idee dat het slachtoffer vergoed moet worden voor de geleden schade, ongeacht of die al dan niet door een fout werd veroorzaakt. Beide waardeoordelen vinden in ons rechtstelsel een zekere erkenning zodat voortdurend een evenwicht tussen beiden moet worden gezocht. In dergelijke gevallen genieten vage normen de voorkeur, die de rechter in staat stellen een soepele uitvoering aan de wettelijk vastgestelde waardenprioriteiten te geven. Voor zover er geen wetgeving ter beschikking staat, moet de rechter aansluiting zoeken bij heersende maatschappelijke consensus dienaangaande. In deze situatie heeft de rechter een veel creatievere taak dan in de voorgaande. *In de derde plaats* zijn er situaties waarbij er sprake is van waardeoordelen waar nog wel controverse over bestaat, zoals bijvoorbeeld in ethische kwesties. Wanneer over een dergelijke kwestie nog geen wetgeving bestaat, moet de rechter een niet te abstracte regel opstellen. Het gaat dan om beslissingen in het individuele geval. Als de wetgever te lang stilzit, en indien dit stilzitten te wijten is aan een gebrek aan efficiëntie, kan de rechter een regel met een hoge(re) mate van abstractie opstellen.

De wijze waarop de (hoogste) rechter zijn uitspraken motiveert, verschilt naarmate er sprake is van één van de hiervoor besproken situatietypes. Van Gerven schetst deze verschillen als volgt.⁴² In het eerste situatietype komt de motivering van een rechterlijke beslissing neer op een vrij eenvoudige toepassing van de regel op de feitsituatie die voorligt. In het tweede situatietype is de rechterlijke motivering complexer, omdat binnen het vigerende rechtssysteem verscheidene regels kunnen worden aangehaald om de waardeoordelen die in de beslissing worden geuit, aanvaardbaar te maken, dat wil zeggen als consistent te laten voorkomen met de meer fundamentele waardeoordelen die aan de geciteerde regels (of het gehele regelensysteem) ten grondslag liggen. Het voorgaande geldt ook ten aanzien van het derde situatietype, met dien verstande dat de rechtsregels die kunnen worden ingeroepen, schaarser en ook meer ambigu zijn.

De hiervoor gedifferentieerde motiveringsplicht impliceert dat de (hoogste) rechter, voor zover ertoe genoopt wordt om zich regelgevend op te stellen, zijn beslissingen uitvoeriger zal moeten motiveren. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de rechter een bepaalde stand van zaken met betrekking tot het recht

42 W. Van Gerven, *a.w.*, p. 24.

in stand houdt, terwijl er redenen zijn om dit niet te doen, alsmede wanneer de rechter zijn vroegere jurisprudentie wijzigt.⁴³ Precies op dit punt kan kritiek worden geuit op de huidige apodictische stijl van de cassatierecht-spraak. Ik illustreer dit aan de hand van twee voorbeelden.

4 ENKELE VOORBEELDEN VAN DE HUIDIGE 'APODICTISCHE' MOTIVERINGSSTIJL: CASS. 19 JUNI 1997 EN CASS. 19 SEPTEMBER 2006

Voor mijn eerste illustratie keer ik terug naar het arrest van het Hof van Cassatie van 19 juni 1997, waarin het Belgische Hof van Cassatie weigerde om, naar het voorbeeld van het Franse *Cour de cassation*, de bezwaren tegen de limitatieve lijst van vermoedens van aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door personen voor wie men moet instaan, op te vangen door middel van een uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 1384, eerste lid BW

In zijn befaamde *Blieck*-arrest van 29 maart 1991 oordeelde het Franse Hof van Cassatie namelijk dat een instelling, die aanvaard heeft om op permanente wijze de handel en wandel van een mentaal gehandicapte te organiseren en te controleren, voor deze persoon moet instaan in de zin van artikel 1384, eerste lid *Code civil* en bijgevolg verplicht is de schade die deze veroorzaakt te vergoeden. Hiermee besliste het hoogste Franse rechtscollege voor het eerst dat ook *buiten* de opsomming van artikel 1384 *Code civil* gevallen van aansprakelijkheid voor andermans daad bestaan. In latere arresten werden de contouren van deze aansprakelijkheid voor andermans daad op grond van artikel 1384 eerste lid *Code civil* tot op zekere hoogte duidelijk.⁴⁴

- 1 Er moet sprake zijn van een zorg (*charge*)⁴⁵ of minstens een taak (*mission*)⁴⁶ om het doen en laten van een ander te controleren.
- 2 Het moet het gaan om een zorg of taak die de aangesprokene het recht en de plicht (*le droit et le pouvoir*) geven om het doen en laten van een ander te organiseren, te leiden en te controleren (*la direction, l'organisation et le controle*).⁴⁷
- 3 Dit doen en laten kan betrekking hebben op zowel de levenswijze (*mode de vie*)⁴⁸ als op een specifieke activiteit van de ander.⁴⁹

43 Adams R.W. 2008-09, p. 1509.

44 Zie hierover P. De Tavernier, *De buitencontractuele contractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 307-308, nr. 436 en de talrijke verwijzingen naar Frans recht aldaar.

45 Cass. fr. 6 juni 2002, D. 2002, 2750, m.nt. M. Huyette.

46 Versailles 8 juni 2001, D. 2001, I.R. 2461.

47 Cass. fr. 2e civ. 7 mei 2003, D. 2003, 2256, m.nt. M. Huyette.

48 Cass. fr. 2e civ. 6 juni 2002, D. 2002, 2750, m.nt. M. Huyette.

49 Parijs 9 juni 2000, J.C.P. 2001, I, nr. 340, p. 1494, kritisch besproken door G. Viney.

- 4 Het is niet voldoende dat voornoemde prerogatieven louter feitelijk worden uitgeoefend. Zij moeten steunen op een juridisch gefundeerd gezag.⁵⁰ Deze juridische grondslag kan zowel slaan op een wettelijke regeling als een overeenkomst of een uitspraak van de rechter daartoe.⁵¹
- 5 Voor de toepassing van artikel 1384, eerste lid *Code civil* is het niet noodzakelijk dat de aangesprokene de voormelde zorg of taak heeft aanvaard of dat deze een permanent karakter (*caractère permanent*) heeft.⁵²
- 6 De aangesprokene kan zowel een natuurlijk persoon⁵³ als een rechtspersoon⁵⁴ zijn.

Het voorgaande heeft tot gevolg dat de rechtspraak voor de toepassing van artikel 1384, eerste lid *Code civil* een aantal beperkingen heeft gesteld.⁵⁵ Zo moet het gezag rechtens gegrond zijn. Een occasionele, vrijwillige of spontane zorg van korte duur die niet berust op een wettelijk, contractueel of door de rechter toegekend gezag, brengt geen aansprakelijkheid van een derde op grond van artikel 1384, eerste lid *Code civil* teweeg. Voorts heeft het *Cour de cassation* te kennen gegeven dat welbepaalde personen van het toepassingsgebied van artikel 1384, eerste lid *Code civil* moeten worden uitgesloten, zoals bijvoorbeeld familieleden aan wie kinderen tijdens de vakantie worden toevertrouwd, onthaalmoeders en babysitters.⁵⁶

Het Belgische Hof van Cassatie weigerde de Franse *Blieck*-rechtspraak na te volgen. Nochtans maakt de syntaxis van art 1384, eerste lid BW de idee van een *jurisprudentiële* uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 1384, eerste lid BW aantrekkelijk:⁵⁷ gelet op het feit dat de rechtspraak uit dit wetartikel een algemeen beginsel kon afleiden met betrekking tot zaken die men onder zijn bewaring heeft, waarom geldt dan niet hetzelfde ten aanzien van personen voor wie men moet instaan?⁵⁸ Bovendien kunnen voor de Franse oplossing een aantal serieuze argumenten worden aangevoerd. Zo kan worden gewezen op de parlementaire voorbereidingsstukken. Hoe schril is bijvoorbeeld niet het contrast tussen de talrijke toepassingsmogelijkheden waaraan men tijdens de voorbereiding van artikel 1384 *Code civil* heeft nagedacht en de huidige – en in het arrest van 19 juni 1997 geformuleerde – opvatting die het

50 Zie nochtans Parijs 9 juni 2001, *J.C.P.* 2001, I, nr. 340, p. 1494, kritisch geannoteerd door G. Viney.

51 Cass. fr. 2e civ. 7 mei 2003, *D.* 2003, 2256, m.nt. M. Huyette.

52 Zie b.v. ten aanzien van sportclubs: Cass. fr. 2e civ. 22 mei 1995, *J.C.P.* 1995, II, nr. 22550, m.nt. J. Mouly.

53 Cass. fr. crim. 10 oktober 1996, *D.* 1997, J., 309, m.nt. M. Huyette.

54 P. Jourdain, 'Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui?', in: *Resp. Civ. et Ass.* november 2000, nr. 11bis, p. 7.

55 Zie hierover De Tavernier 2006, p. 308 en de verwijzingen aldaar.

56 Zie daarover Jourdain 2000, p. 8.

57 De Tavernier 1998, p. 434, nr. 4.

58 B. Dubuisson, 'Autonomie et irresponsabilité du mineur', in: *Documents du Centre de droit des obligations*, nr. 97/16, Louvain-la-Neuve: UCL 1997, p. 49, nr. 58.

toepassingsgebied van artikel 1384 BW tot een steriele opsomming van vier categorieën van personen wil beperken?⁵⁹ Heeft Pothier, één van de voorlopers van de *Code civil*, niet geschreven:⁶⁰

‘Ce que nous disons des père, s’applique aux mères, lorsqu’après la mort de leurs maris, elles ont leurs enfants sous leur puissance. Cela peut s’appliquer pareillement aux précepteurs, pédagogues, et à tous ceux qui ont des enfants sous leur conduite?’

Gelet op de huidige sociaal-economische context kan het de magistraten van het Hof van Cassatie toch niet ontgaan dat de categorie van personen die op een of andere manier voor een ander ‘instaan’ gevoelig is uitgebreid? Terecht is opgemerkt dat het Hof van Cassatie in de voorbereidingsstukken zelf van de *Code civil* een teleologisch argument voor de uitbreiding van het personeel toepassingsgebied van artikel 1384, eerste lid BW kon vinden.⁶¹ Men mag er immers van uitgaan dat de wetgever van 1804 in artikel 1384 *Code civil* wellicht *elke* persoon heeft beoogd die indertijd op een of andere manier voor anderen doen en laten moest instaan.⁶² Heeft het Hof van Cassatie bij de invoering een algemene aansprakelijkheidsregel voor schade veroorzaakt door zaken, op grond van de risico’s van de toegenomen mechanisering, niet bewezen dat het in staat is ‘d’adapter libéralement et humainement les textes aux réalités et aux exigences de la vie moderne’?⁶³

In het raam van het voorgaande valt te betreuren dat het Hof van Cassatie eens te meer⁶⁴ zo karig is geweest met de motivering van zijn uitspraak. Als enig motief wordt vermeld, zoals ik reeds aangaf, dat de buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad enkel bestaat binnen de perken van de bijzondere regelen die op limitatieve wijze in artikel 1384, tweede, derde en vierde lid zijn opgesomd. De raad van raadsheer Huybrechts volgend dat men een cassatiearrest steeds moet lezen in samenhang met de middelen en met de conclusie van het openbaar ministerie,⁶⁵ mag in voorliggend geval redelijk worden aangenomen dat het dieper liggende motief van het cassatiearrest van 19 juni 1997 is dat, naar oordeel van het Hof van Cassatie, het *aan de wetgever* toekomt om zich uit te spreken over een algemeen beginsel van

59 Zie hierover uitvoerig A-G D.H. Dontenwille, concl. voor Cass. fr. ass. plén. 29 maart 1991, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21673, p. 170-171.

60 R.-J. Pothier, *Traité des obligations selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur*, Parijs: Letellier 1805, I, p. 363, nr. 455.

61 I. Moreau-Margrève, ‘La vie du droit. Prudente sagesse’, *J.T.* 1997, p. 705.

62 *Ibid.*

63 Dubuisson 1997, p. 50, nr. 59.

64 W. Van Gerven, ‘Creatieve rechtspraak’, *R.W.* 1997-98, p. 222.

65 L. Huybrechts, ‘De gekwelde cassatierechter’, *Vlaamse Jurist Vandaag*, mei 1998, p. 8.

buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad en om in voorkomend geval de contouren van zulk beginsel vast te leggen.⁶⁶

Voor dat *vermoedelijke* motief om niet te kiezen voor een *jurisprudentiële* uitbreiding van het personeel toepassingsgebied van de bestaande vermoedens van aansprakelijkheid voor de schade veroorzaakt door iemand voor wie men 'instaat', valt wel wat te zeggen. Dat het toepassingsgebied van artikel 1384, eerste lid *Code civil* zich naar Frans recht steeds duidelijker is gaan aftekenen, zoals uit het hiervoor geschetste overzicht van de Franse cassatierechtspraak ter zake moge blijken, belet niet dat het een hele tijd kan duren vooraleer er zich een geheel eenvormige rechtspraak heeft ontwikkeld.⁶⁷ Ook meer fundamenteel bestaat er reden om de creatie van een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor andermans daad niet aan de rechtspraak over te laten: het al dan niet accepteren van een dergelijk beginsel en, in bevestigend geval, de nadere uitwerking van zo'n beginsel – in het bijzonder het toepassingsgebied *ratione personae* ervan – wordt best aan de wetgever overgelaten, gelet op de vele beleidskeuzes die er in dit verband moeten worden gemaakt.⁶⁸ Dit neemt niet weg dat het Hof van Cassatie, gelet op hetgeen vóór of tegen een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor andermans daad kan worden aangevoerd, er in het geval van het arrest van 19 juni 1997 beter aan gedaan zijn eigen argumentatie meer te expliciteren.

Een treffend voorbeeld van een plotse *wijziging* van rechtspraak door het Hof van Cassatie zonder deugdelijke motivering daartoe is een arrest van 29 september 2006 over de kwestie van de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid.⁶⁹ Dit vraagstuk vormde in de jaren '70 en '80 van de vorige eeuw één van de meest netelige discussiepunten in het verbintenissenrecht. Bij de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid gaat het om de vraag of een contractspartij, die schade lijdt door een contractuele wanprestatie, haar vordering tot schadeloosstelling tegen die wederpartij zowel op de regelen van de contractuele als die van de buiten-

66 A-G J. Piret, concl. voor Cass. 19 juni 1997, *J.T.* 1997, p. 582-584.

67 Moreau-Margrève 1997, p. 705.

68 'De rechter beschikt voor het maken van die beleidskeuzes immers niet, zoals de wetgever, over alle materiaal, zoals een overzicht van de (sociaal-economische) beleidsimplicaties op basis van uitvoerig empirisch onderzoek of rapporten van adviescolleges, dat aan het gewone proces van wetgevingen voorafgaat (of daar in elk geval vooraf zou moeten gaan)', aldus terecht opgemerkt door Adams *R.W.* 1996-97, p. 1214. Zie in dezelfde zin A. Van Oevelen, 'Er bestaat geen algemeen beginsel van buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad en onderwijsinstellingen zijn niet te beschouwen als onderwijzer, in de zin van art. 1384, vierde lid B.W.', *R. Cass.* 1998, p. 363, nr. 6.

69 Cass. 29 september 2006, *Pas.* 2006, 1911 en *R.W.* 2006-07, 1717, m.nt. A. Van Oevelen. Zie over dit arrest, naast de annotatie van A. Van Oevelen in het *R.W.* ook H. Bocken, 'Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Verfijners, verdwijners en het arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006', *NjW* 2007, p. 722-731 en I. Boone, 'Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid verfiynd', (noot onder Cass. 29 september 2006), *NjW* 2006, p. 946-947.

contractuele aansprakelijkheid kan baseren, indien die contractuele wanprestatie tevens een buitencontractuele fout in de zin van de artikelen 1382-1383 BW oplevert.⁷⁰ Tot vóór 1973 erkende het Hof van Cassatie principieel de mogelijkheid tot samenloop.

Met een arrest van 7 december 1973,⁷¹ dat onder (Belgische) juristen bekend staat als het 'nalatige-stuwadoorsarrest' of het 'Müller Thomson-arrest', wijzigde het Hof van Cassatie zijn standpunt.⁷² De feiten die tot dit arrest aanleiding gaven, kunnen als volgt worden samengevat. Een afzender sluit een vervoersovereenkomst met een rederij voor het vervoer van een hydro-lische draaimachine. Voor het inladen van de machine aan boord van het schip doet de rederij, zoals dat gebruikelijk is, een beroep op een gespecialiseerde stuwadoorsfirma.⁷³ Bij het opheisen op de kaai te Antwerpen stort de kist met de hydro-lische draaimachine neer. Hierbij raakt het vervoerde stuk beschadigd. De fout werd begaan tijdens de inscheping waarmee de stuwadoer, ter uitvoering van het vervoerscontract, door de rederij was belast. De verzekeraar, gesubrogeerd in de rechten van de verzender, stelt een vordering in tot vergoeding van de geleden schade. Vanwege het contractueel bedongen beding dat de schadeloosstelling beperkt, richt hij die vordering niet tegen de rederij, maar rechtstreeks tegen de stuwadoer en dit op basis van artikel 1382 BW, dus via buitencontractuele weg. De grondslag zelf van de vordering wordt door de stuwadoer betwist in de vorm van een exceptie van niet-ontvankelijkheid. De stuwadoer voert aan dat het laden van de koopwaar een verbintenis is die voortvloeit uit de vervoersovereenkomst, waarbij hij enkel optreedt als een uitvoeringsagent, zodat het slachtoffer slechts een verhaal heeft tegen de vervoerder. In een arrest van het Hof van Beroep te Brussel werd deze exceptie van niet-ontvankelijkheid verworpen, omdat de stuwadoer niet deelnam aan het sluiten van de eigenlijke vervoersovereenkomst, zodat hij als een derde op buitencontractuele basis (op grond van art. 1382 BW) kan worden aangesproken. De inlader kon aldus – afgezien van een vordering tegen zijn wederpartij – eventuele rechten op grond van een door de derde begane fout tegen deze

70 A. Van Oevelen, 'De samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid: een koers-wijziging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie', *R.W.* 2006-07, 1718. Zie ook H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne, L. Weynant en M. Debaene, 'Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999)', *T.P.R.* 2000, p. 1936-1937, nr. 175.

71 Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395, concl.A-G P. Mahaux, *Pas.* 1974, I, 376, *R.W.* 1973-74, 1597, m.nt. J. Herbots, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9317, m.nt. J.-L. Fagnart en *R.C.J.B.* 1976, 15, m.nt. R.O. Dalcq en F. Glansdorff.

72 Zie over dit arrest uitvoerig I. Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. e.v. en I. Deweerdt, *Grondbeginselen van het Belgisch Privaatrechtelijk Zeerecht*, I, Antwerpen: ETL 1998, p. 121 e.v.

73 Een stuwadoer is een professioneel die zich met het laden en lossen van over zee of binnenwateren vervoerde goederen bezighoudt en waarop een hoofdschuldenaar, vaak een zeervervoerder, een beroep doet voor de uitvoering van zijn contractuele verbintenissen.

derde laten gelden. De uitspraak van het hof werd door het Hof van Cassatie vernietigd. In zijn arrest van 7 december 1973 besliste het Hof van Cassatie 'enerzijds dat de aangestelde of de uitvoeringsagent, die de vervoerder in de plaats stelt om het vervoerscontract geheel of gedeeltelijk uit te voeren, ten aanzien van de uitvoering van het contract en ten opzichte van de medecontractant van de vervoerder, geen derde is'. Verder oordeelt de cassatierechter dat 'anderzijds de aangestelde of de uitvoeringsagent, die optreedt om een contractuele verbintenis van een partij uit te voeren, extra-contractueel enkel aansprakelijk kan gesteld worden indien de hem verweten fout de schending uitmaakt, niet van de contractueel aangegane verbintenis, doch van een ieder een opgelegde verplichting en indien die fout een andere dan een louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade heeft veroorzaakt'.

In de jaren '70 van de vorige eeuw ontbrandde in de literatuur een hevige strijd omtrent de draagwijdte die aan het 'nalatige-stuwadoorsarrest' moest worden toegekend. Een strijd tussen de 'verfijners' en de 'verdwijners'.⁷⁴ Volgens de 'verfijners' heeft het Hof van Cassatie in zijn arresten van 7 december 1973 en 8 april 1983⁷⁵ zijn principiële standpunt ten gunste van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid enkel verfijnd, in die zin dat een aansprakelijkheidsvordering tussen contractspartijen op grond van artikel 1382 BW nog mogelijk blijft als aan twee voorwaarden is voldaan, namelijk a) als de fout niet alleen bestaat in de schending van een contractuele verplichting, maar ook een miskennis van de algemene zorgvuldigheidsverplichting inhoudt, en b) als de schade niet louter contractueel is, dat wil zeggen als de schade niet bestaat in het voordeel dat het slachtoffer enkel van het contract mocht verwachten.⁷⁶ Volgens de 'verdwijners', daarentegen, is door de arresten van 7 december 1973 en 8 april 1983 de mogelijkheid van samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid zo goed als verdwenen. Een aansprakelijkheidsvordering tussen contractspartijen op grond van artikel 1382 e.v. BW is slechts mogelijk als aan de twee volgende voorwaarden is voldaan, namelijk a) als de fout geen schending uitmaakt van een contractuele verplichting, maar enkel een miskennis is van de algemene zorgvuldigheidsnorm, met andere woorden als de fout geheel vreemd is aan de uitvoering van het contract, en b) als die fout een andere dan een louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract voortvloeiende schade heeft

74 Zie daarover Bocken 2007, p. 722 e.v. en Van Oevelen 2006-07, p. 1718-1720.

75 Zie b.v. Cass. 8 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 934, *Pas.* 1983, I, 834, *R.W.* 1983-84, 163, m.nt. J. Herbots. Zie in dezelfde zin: Cass. 14 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 179, *Pas.* 1986, I, 155 en *R.C.J.B.* 1988, 341, m.nt. M. Van Quickenborne.

76 Zie o.m. H. Herbots, 'De nalatige stuwadoor', (noot onder Cass. 7 december 1973), *R.W.* 1973-74, 1600-1604 en H. Cousy, *Problemen van productenaansprakelijkheid*, Brussel, Bruylant, 1978, p. 330-331, nr. 227.

veroorzaakt, met andere woorden als ook de schade geheel vreemd is aan de uitvoering van het contract.⁷⁷

Tot voor kort waren de meeste auteurs ervan overtuigd dat het dispuut tussen de 'verfijners' en de 'verdwijners' over de uitlegging van de cassatierechtspraak inzake samenloop definitief beslecht was in het voordeel van de verdwijners.⁷⁸ Zo blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak van de feitenrechters van de voorbije twintig jaar zeer duidelijk dat zij in de meeste uitspraken de verdwijningstheorie toepassen.⁷⁹ Hetzelfde kan men concluderen op grond van de standvastige jurisprudentie van het Hof van Cassatie met betrekking tot een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering, ingesteld door een contractspartij tegen de uitvoeringsagent van haar wederpartij.⁸⁰

Een arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006⁸¹ deed de discussie tussen de 'verfijners' en de 'verdwijners' weer helemaal opblaaien.⁸² In dat arrest wijzigde het Hof van Cassatie namelijk de voorwaarden van de samenloop op het stuk van het *fout* vereiste in die zin dat nu als voorwaarde wordt gesteld dat de aan de contractant ten laste gelegde fout 'een tekortkoming uitmaakt niet alleen aan de contractuele verbintenis maar ook aan de algemene zorgvuldigheidsnorm die op hem rust'. Dat is de formule van de verfijners. Omdat de fout niet meer geheel vreemd moet zijn aan de uitvoering van het contract, leidt dit op het eerste gezicht tot een versoepeling van de samenloopvoorwaarden en tot een verruiming van de mogelijkheden om contractanten aansprakelijk te stellen, zij het onder voorbehoud van wat hierna over het schadevereiste wordt gezegd.⁸³ Wat de schade betreft, hanteert het arrest dezelfde formule als de vroegere samenlooparresten: de schade moet een andere zijn dan de schade die aan de slechte uitvoering van de overeenkomst is te wijten. Op dit punt blijft het Hof van Cassatie trouw aan de verdwijningstheorie. Sluit het arrest op het niveau van de schade de deur die het leek te openen op het niveau van de fout? Het antwoord hangt af van de betekenis die men geeft aan de woorden 'andere dan aan de slechte uitvoering (van de overeenkomst) te wijten schade'.

77 Zie b.v. R. Kruithof, 'Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen', *T.P.R.* 1983, p. 609-611, nr. 106 en H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne en P. Hamelink, 'Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)', *T.P.R.* 1980, p. 1445-1463, nrs. 232-242.

78 Bocken 2007, p. 722 en Van Oevelen 2006-07, p. 1719.

79 Zie de talrijke verwijzingen bij Van Oevelen 2006-07, p. 1719.

80 Cass. 1 juni 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1071 en *R.W.* 2001-02, m.nt. K. Broeckx.

81 *Cf. supra*, voetnoot nr. 70.

82 Zie over deze discussie Bocken 2007, p. 724 en Van Oevelen 2006-07, p. 1720-1721.

83 Deze verruiming kan voor een slachtoffer interessant zijn in de gevallen waarin de aansprakelijkheidsverzekering van de wederpartij wel zijn buitencontractuele aansprakelijkheid dekt, maar niet zijn contractuele aansprakelijkheid. Zie daarover I. De Weerd, 'Samenloop en coëxistentie van contractuele en quasi-delictuele aansprakelijkheid in het maritiem recht', *Eur. Veroerr.* 1989, p. 526, nr. 3 en Van Oevelen 2006-07, p. 1720.

Over de betekenis van het schadebegrip in de samenloopregel bestaan twee opvattingen. Volgens een meerderheidsopvatting gaat het om het ruime begrip van artikel 1149 BW (elke vorm van schade die voortvloeit uit de wanprestatie), dat zowel op het positief als op het negatief contractsbelang kan slaan.⁸⁴ Volgens de verifiers gaat het daarentegen enkel om de ‘louter contractuele schade’, dat wil zeggen het verlies van het voordeel dat een contractant van zijn overeenkomst kan verwachten of het positief contractsbelang.⁸⁵ Wanneer men het ruimere schadebegrip hanteert, mag met Boone worden geconcludeerd dat de versoepeling van de voorwaarde met betrekking tot de fout een slag in het water dreigt te worden.⁸⁶

Waarom heeft het Hof van Cassatie de formulering van de voorwaarden voor de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid eigenlijk veranderd? Het arrest geeft op deze vraag geen antwoord. Dat valt te betreuren, gelet op de opdracht van het Hof om te zorgen voor de eenheid in de interpretatie en de toepassing van het recht en zo de rechtszekerheid te waarborgen. Daarom komt het Hof van Cassatie, nadat het een betwiste rechtsvraag heeft opgelost, maar zelden op zijn voorgaande jurisprudentie terug, behalve wanneer een arrest van het Hof de gerechtelijke vrede niet heeft verwezenlijkt of wanneer zijn rechtspraak niet meer is aangepast aan de gewijzigde sociaal-economische omstandigheden.⁸⁷ Zulke *revirement de jurisprudence* dringt zich met betrekking tot de samenloopproblematiek niet op. Enerzijds was er na decennia strijd tussen de ‘verifiers’ en de ‘verdwijners’ vanaf de jaren ‘90 juist wel een gerechtelijke vrede gekomen in ‘cumulland’, gelet op het feit dat de verdwijningstheorie zowel in de rechtspraak als in de literatuur uiteindelijk zegevierde. Anderzijds zie ik geen redenen om aan te nemen dat de gevestigde jurisprudentie met betrekking tot de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid niet meer zou zijn aangepast aan de sociaal-economische context.⁸⁸ En als die redenen er wel zijn, wat weerhoudt dan de raadsheren van het Hof van Cassatie om de rechts-onderhorigen uit te leggen op grond van welke motieven zijn vaste rechtspraak met betrekking tot de problematiek van de samenloop (gedeeltelijk) de rug toe te keren?⁸⁹

84 Zie b.v. E. Dirix en A. Van Oevelen, ‘Kroniek. Verbintenissenrecht. Gerechtelijke jaren 1978-1979 en 1980’, *R.W.* 1980-81, 2457.

85 Zie Claeys 2003, p. 156 en de verwijzing aldaar.

86 Boone 2006, p. 947 en Van Oevelen 2006-07, p. 1721.

87 Van Oevelen 2006-07, p. 1721, met verwijzing naar A. De Vreese, ‘De taak van het Hof van Cassatie’, *T.P.R.* 1967, p. 584, nr. 30.

88 Van Oevelen 2006-07, *ibid.*

89 Bocken 2007, p. 730-731.

5 CONCLUSIE

Ik heb tot nu toe vooral kritiek geuit op de motiveringspraktijk van het Belgische Hof van Cassatie. De vaststelling dat veel van de nodige uitleg omtrent een uitspraak van het Hof te vinden zou zijn door een arrest te lezen in samenhang met bijvoorbeeld de conclusies van de advocaten-generaal of in de voetnoten in de officiële publicatiereeks *Arresten van het Hof van Cassatie*, kan mijn gevoel van onbehagen over de bestaande situatie niet wegnemen. De vermelde conclusies worden overigens niet altijd gepubliceerd, 'wegens tijdsgebrek', aldus voorzitter Verougstraete.⁹⁰ Bovendien is het openbaar ministerie niet (meer) aanwezig op het beraad en wordt het evenmin betrokken bij de eindredactie van de arresten.⁹¹

Ik wil hiermee niet zeggen dat er bij het Hof van Cassatie geen goede wil aanwezig is om zijn uitspraken transparanter te maken. Dit meen ik alvast te mogen afleiden uit de woorden van de voorzitter van de Eerste kamer van het Hof, Verougstraete, die in het voorwoord van het Jaarverslag van 2003 schrijft dat 'het beleid van de rechter transparant moet zijn, ook in het Hof van Cassatie. Het Hof kan zijn normatieve en pedagogische taak alleen maar goed vervullen als de redenering gevolgd door het Hof en die geleid heeft tot een bepaalde oplossing, kan begrepen worden'.⁹² Deze goede wil blijkt niet alleen uit de publicatie, sinds 1998, van een jaarverslag door het Hof van Cassatie, waarin onder de hoofding 'Belangrijke arresten van het hof', zijn belangrijkste uitspraken worden gepresenteerd, óók voor zover die rechtspraak een wijziging betekent van het standpunt dat het Hof voorheen innam, maar ook uit het feit dat het Hof tegenwoordig soms expliciet aangeeft dat het is 'omgegaan'.⁹³

De verwachtingen mogen echter niet té hoog gespannen zijn. Een invoering van een systeem van *concurring* en *dissenting opinions* bijvoorbeeld, 'waardoor duidelijker zou worden gemaakt dat de aangehouden beslissing niet de enig juridisch aanvaardbare is en aldus de oplossing voorwerp blijft uitmaken van een debat in juridische middens en, dankzij de leesbaarheid van de beslissingen, in de samenleving',⁹⁴ zal er, gelet op de bezwaren die daartegen zijn

90 Verougstraete 2000, p. 94.

91 Adams R.W. 2008-09, p. 1509.

92 Voorwoord door I. Verougstraete, in Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België, 2003-II, p. 195, te raadplegen op <http://www.juridat.be/cass/cass_nl/p6.htm>. Reeds in het Jaarverslag van het Hof van Cassatie 1997-98 stond op p. 81 geschreven: 'De rechterlijke beslissing moet zodanig worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar te maken'.

93 'Dit laat wel onverlet dat het Hof zelf op enig moment zijn verantwoordelijkheid moet nemen in zijn rechtspraak zelf; het jaarverslag is slechts secundaire bron van informatie', aldus terecht Adams R.W. 2008-09, p. 1510.

94 W. Van Gerven 1997-98, p. 221.

geformuleerd bij monde van voorzitter Verougstraete, wellicht niet snel komen. Volgens Verougstraete is trouwens niet wenselijk dat het Hof van Cassatie

‘het achterste van zijn tong laat zien en het volledig denkproces zou uiteenzetten (...) Een lid van het Hof dat spontaan sympathie zou hebben voor vakverenigingen, voor vluchtelingen, voor de fiscus, voor vrije sexuele relaties enz. zal bewust vermijden dat die sympathie een rol speelt in zijn benadering van de problematiek. Als hij die inspanning doet zal hij het ook niet appreciëren dat in een arrest vermeld wordt dat hij die subjectieve geestesgesteldheid heeft maar zijn emoties heeft kunnen overwinnen. Die loutering in de gedachte weerspiegelt zich ook in de redactie van het arrest: alleen komt voor in het arrest wat van doorslaggevend geval was.’⁹⁵

Overigens is welbepaalde kritiek die sommigen tegen de beknopte apodictische stijl van bijvoorbeeld het Franse *Cour de cassation* hebben geuit, schromelijk overdreven. Ik noem hier bij wijze van voorbeeld de Amerikaanse comparatist J.P. Dawson. Die auteur stoort ‘er zich mateloos aan dat de Franse hoogste rechter zich door die stijl niet blootgeeft, dat hij niet toegeeft dat er bij iedere rechterlijke beslissing interpretatieve kwesties moeten worden beslecht en dat daarbij onvermijdelijk beleidsoverwegingen komen kijken. De Franse, en bij uitbreiding ‘civilian’, rechterlijke motiveringsstijl gaat wat hem betreft zelfs hand in hand met ‘the suppression of [internal] dissent’ en ‘devient views’.⁹⁶ Adams heeft overtuigend aangetoond dat een dergelijk standpunt ‘geen faire analyse is van de gang van zaken met betrekking tot in ieder geval het Franse Hof van Cassatie, en er alle reden is om het te herzien.’⁹⁷ Weliswaar, zo geeft M. Adams toe, zijn de motiveringen van het Franse *Cour de cassation* veelal extreem kort en hebben ze steeds de vorm van een versluierd syllogisme waarin niets merkbaar is van de moeilijke ethische en politieke keuzes die het Hof vaak onvermijdelijk heeft moeten maken. Gelet op het feit dat de motiveringspraktijk van het Franse Hof van Cassatie is ingebed in een alomvattend systeem van *checks and balances*, is het echter onterecht om over die motiveringswijze van het Franse *Cour de cassation* te zeggen dat, omdat er ‘cartesiaans’ wordt gemotiveerd, geen sprake zou zijn van legitieme rechtspraak.⁹⁸

Voor een ruimere taakstelling, wat de motivering van de beslissingen van het Hof van Cassatie betreft, rijst het belangrijke probleem van de beperkte materiële en personele middelen waarover het Hof van Cassatie momenteel beschikt. Voor het kalenderjaar 2008 overschreed het aantal nieuwe zaken de 3000. Om de toevloed van cassatieberoepen in te dijken bestaat weliswaar een

95 Verougstraete 2000, p. 93.

96 Adams R.W. 2008-09, p. 1499, met verwijzing naar J.P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor: University of Michigan Law School 1968, p. 410-411.

97 Adams R.W. 2008-09, p. 1499.

98 Adams R.W. 2008-09, p. 1499 en 1510.

instrumentarium. Zo is, bij wijze van voorbeeld, één van de vereisten voor de ontvankelijkheid van het cassatieberoep de verplichte tussenkomst van een lid van de orde van advocaten bij het Hof van Cassatie; zij alleen mogen in burgerlijke en sociale zaken voor het Hof optreden en conclusies nemen. Het advies over de slagingskansen waarop de raadpleging van een advocaat bij het Hof van Cassatie systematisch uitloopt, kan, dankzij de hoge specialisatie en het intellectuele gezag van degenen van wie het uitgaat, een halt toeroepen aan het instellen van een groot aantal cassatieberoepen die geen werkelijke kans van slagen hebben.⁹⁹ Voorts kan worden gewezen op artikel 25 van de wet van 6 mei 1997 strekkende tot de bespoediging van de procedure van het Hof van Cassatie.¹⁰⁰ Door die wet werd een nieuw artikel 1105*bis* toegevoegd aan het Gerechtelijk Wetboek, waardoor de voorzitter van de kamer, op voorstel van de raadsheer-verslaggever en na advies van het openbaar ministerie, de zaak kan voorleggen aan een beperkte kamer met drie (in plaats van vijf) raadsheren wanneer de beslissing in verband met het cassatieberoep blijkbaar voor de hand ligt.

De lezer van deze bundel, waarin ruime aandacht wordt besteed aan artikel 81 RO, zal wellicht meer aandacht hebben voor de overweging die in het Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België van 2003 is geformuleerd: 'Er kan ook een, zij het minder radicaal sorteringsmechanisme worden doorgevoerd van de cassatieberoepen die voor behandeling in aanmerking komen en waarbij de gevolgde procedure zal afhangen van de zaak of van haar belang'.¹⁰¹ Hoor ik hier geen echo van hetgeen Van Gerven reeds in 1997, met name in zijn *R.W.*-bijdrage 'Creatieve rechtspraak' schreef? Van Gerven:¹⁰²

'Natuurlijk, ook wanneer aan bekwame "all round" rechters de taak van rechtspreken is toevertrouwd, blijft het structurele bezwaar, wat de hoogste rechtscolleges betreft, dat zij niet over de nodige tijd beschikken om meer uitvoerige en vooral meer verhelderende arresten te schrijven. Een drastisch middel om dit bezwaar te overkomen bestaat erin om het (buitengewone) rechtsmiddel bij het hoogste rechtscollege van een filter te voorzien, waardoor het aantal aanhangig gemaakte rechtszaken wordt beperkt tot zaken die werkelijk van belang zijn voor de handhaving van de eenheid van jurisprudentie, of voor de aanpassing van rechtsregels aan nieuwe evoluties in recht en samenleving'.

Recent werd in de Belgische Senaat een wetsvoorstel ingediend, tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, betreffende het versneld afhandelen van som-

99 Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België, 2003-II, p. 282.

100 *B.S.* 25 juni 1997.

101 Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België, 2003-II, p. 288.

102 Van Gerven 1997-98, p. 222.

mige cassatieberoepen.¹⁰³ Dit wetsvoorstel neemt, met wijzigingen, de tekst over van een voorstel dat reeds op 27 januari 2005 in de Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers werd ingediend.¹⁰⁴ Dit wetsvoorstel beoogt de invoering van een bepaling analoog aan die van de Nederlandse regeling, vervat in artikel 81 RO, waardoor het Hof van Cassatie de mogelijkheid zou krijgen om zaken vereenvoudigd af te handelen. Een dergelijke regeling werd trouwens reeds gesuggereerd in het Jaarverlag van het Hof van Cassatie van 1991.¹⁰⁵

Ik besluit kort als volgt. De rechter is in de eerste plaats een arbiter en niet degene die de leiding moet nemen in het rechtsvormingsproces. Dit neemt niet weg dat hij steeds vaker wordt gedwongen zich regelgevend op te stellen. In geval van rechtsvormend optreden moet hij, om als democratisch orgaan goed te functioneren, verantwoording afleggen in de vorm van een deugdelijke motivering.¹⁰⁶ Daarvoor zijn voldoende materiële en personele middelen wel een noodzakelijke, maar ook geen voldoende voorwaarde. Terecht schrijft Adams dat vooruitgang in deze aangelegenheid vooral een kwestie van cultuur en inzicht is.¹⁰⁷ Het is zeer de vraag of de invoering van een artikel 81 RO-achtig artikel kan zorgen voor een snelle ‘cultuuromslag’ in de motiveringspraktijk van het Belgische Hof van Cassatie.

103 Wetsvoorstel 13 maart 2008 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, betreffende het versneld afhandelen van sommige cassatieberoepen (ingediend door M. Taelman en P. Vankrunkelsven), *Parl. St. Senaat*, 2007-2008, nr. 4-639/1.

104 Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, betreffende het versneld afhandelen van sommige cassatieberoepen (ingediend door F. Borginon), *Parl. St. Kamer* 2004-2005, nr. 1569/001.

105 Op p. 487 van het betreffende Jaarverslag.

106 Adams R.W. 1996-97, p. 1214-1215.

107 Adams R.W. 2008-09, p. 1508.

4 | Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten

P. Memelink [■]

1 INLEIDING

Zwijgen kan de mens op vele manieren. We kunnen zwijgen als het graf, zwijgen in alle talen, zwijgen dat we zweten, of instemmend zwijgen, immers: wie zwijgt stemt toe. Soms wordt zwijgen hoger gewaardeerd dan spreken (spreken is zilver, zwijgen is goud), soms gaat zwijgen gepaard met spreken (onder ons gezegd en gezwegen), en soms kan het lijken alsof ‘zwijgen dicht bij de leugen ligt en de waarheid niet ver van de waan’.¹

Uit de bijdragen in deze bundel moge blijken dat niets menselijks de Hoge Raad vreemd is. Ook hij kan op vele manieren zwijgen. In deze bijdrage staat niet het welbewust zwijgen met een beroep op artikel 81 RO centraal,² of het noodgedwongen zwijgen wegens het bereiken van de grenzen van zijn rechtsvormende taak,³ maar het zwijgen wegens ‘verstrengeling van recht en feiten’. Een vorm van zwijgen die zich vooral, maar niet uitsluitend, voordoet bij beoordeling door de Hoge Raad van beslissingen van lagere rechters aan de hand van open normen of onbepaalde begrippen.

In de literatuur klinkt met enige regelmaat de roep om een ruimere toetsing van dit soort zogenaamde ‘gemengde beslissingen’ in cassatie. Die roep past in een tendens. Zij verdient aandacht en een plaats in de discussie die sinds enige jaren wordt gevoerd over de taken en vooral de prioriteiten die de Hoge Raad zou moeten hebben.⁴ Een discussie die onder andere wordt gevoerd onder druk van het toenemend aantal zaken in cassatie en de wens dat de Hoge Raad zich, aan de top van de rechtspraakpiramide, kan concentreren

■ P. Memelink is universitair docent bij de afdeling civiel recht, Universiteit Leiden. Zij dankt student-assistent Barbara van Asten voor haar hulp bij het uitzoek- en opzoekwerk voor deze bijdrage en voor de grondige nalezing daarvan.

1 Thomas Acda, zinsnede uit het lied ‘Tegen de tijd’, gezongen door Huub van der Lubbe op het album *Concordia* (2004).

2 Zie daarover het derde deel van deze bundel.

3 Zie daarover vooral S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *NJB* 2000, p. 747-758.

4 Zie daarover bijv. het rapport van de commissie Hammerstein, *Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad*, (feb. 2008) en de tweejaarlijkse verslagen van de Hoge Raad: *De Hoge Raad in beweging* (Verslag 2005-2006) en *Een vorm van selectie versterkt het gezag van de Hoge Raad en bevordert de kwaliteit van de rechtspraak* (Verslag 2007-2008), alle drie te raadplegen via: <<http://www.rechtspraak.nl/Gerechten/HogeRaad/Over+de+Hoge+Raad/Publicaties/>>.

op zijn wezenlijke taken. Er klinkt kortom een roep om meer uitspraken van *algemene aard*, om leiding van de Hoge Raad waar het betreft de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en – daarmee samenhangend – het voorkomen van rechtsonzekerheid. Die roep klinkt niet alleen vanuit de wetenschap, maar ook vanuit de praktijk. Daarvan getuigt het stijgende aantal ‘proefprocedures’ en collectieve acties, waarin om een ‘algemene’ uitspraak wordt gevraagd die voor vele soortgelijke zaken leidinggevend kan zijn.⁵

De roep is niet aan dovemansoren gericht geweest. De Hoge Raad denkt hard na over zijn ‘normstellende taak’, over de selectie van zaken en over de toekomst van de cassatierechtspraak. Zo is inmiddels een wetsvoorstel aanhangig dat de mogelijkheid creëert voor lagere rechters om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad⁶ en de Procureur-Generaal heeft een eerste oproep gedaan om zaken onder zijn aandacht te brengen die zich wellicht zouden lenen voor ‘cassatie in het belang der wet’.⁷ Ik zal niet verder stilstaan bij die pogingen om het gezag van de Hoge Raad te versterken en zijn taak als bewaker van rechtseenheid en rechtsontwikkeling goed uit de verf te laten komen.

Ik concentreer mij in deze bijdrage op de vraag of aan de roep om *algemene uitspraken* en een meer leidinggevende rol waar het de rechtsontwikkeling en rechtseenheid betreft, ook beantwoord kan en moet worden door een ruimere toetsing in cassatie van ‘gemengde beslissingen’.

2 ACHTERGRONDEN EN UITGANGSPUNTEN BIJ DE BEOORDELING VAN ‘GEMENGDE BESLISSINGEN’

Zwijgen wegens ‘verstrengeling van de beslissing met de feiten’ heeft alles te maken met de werkwijze van de Hoge Raad en met de beperkingen die de procedure in cassatie met zich meebrengt. De gronden voor cassatie zijn beperkt tot een beoordeling van vormverzuimen (met name motiveringsgebreken) en de schending van het – Nederlandse – recht (art. 79 RO). Anders gezegd, de Hoge Raad is geen feitenrechter of derde instantie.⁸ Hij buigt zich in beginsel slechts over de vraag of het recht al dan niet geschonden is en over de vraag of de uitspraak door de lagere rechter afdoende is gemotiveerd. Dat

5 Men denke bijv. aan de *Vie d’or*-zaken (NJ 2008, 528 en 529), de *Effectenlease*-zaken (RvdW 2009, 683, 684 en 685), en recentelijk de *Cashback*-zaak (RvdW 2009, 844).

6 Zie daarover bijv. N. Frenk en A.M. Wolfram-van Doorn, ‘Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad’, en R.P.J.L. Tjittes en R. Meijer, ‘Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad’, beide verschenen in *RM Themis* 2009, p. 154-175.

7 Zie *NTBR* 2009, p. 282.

8 Zoals vrijwel iedere regel kent ook deze uitzonderingen. In sommige gevallen treedt de Hoge Raad wel degelijk als feitenrechter op. Zie daarover nader Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, Cassatie* (2005), nr. 35, 74, 154, 176 en 178.

gegeven is in deze bijdrage tot uitgangspunt genomen, evenals de gebruikelijke opvatting omtrent de doeleinden van het cassatie-instituut:⁹ het bieden van rechtsbescherming aan justitiabelen,¹⁰ het bewaken van de rechtseenheid en het leveren van een bijdrage aan de rechtsvorming of rechtsontwikkeling.¹¹ Deze drie doeleinden worden wel de 'functies' of 'bestaansredenen' van de cassatierechtspraak genoemd.¹²

2.1 Het problematische onderscheid tussen feiten en recht

Het hiervoor gegeven uitgangspunt dat de Hoge Raad geen feitenrechter is, maar slechts beslist over rechtsvragen (of motiveringsgebreken), is niet onproblematisch. Het veronderstelt dat wij onderscheid kunnen maken tussen feiten en recht. Anders gezegd:¹³

'Aan het instituut van cassatie ligt ten grondslag de voorstelling dat rechtspraak niet anders is dan de toepassing van rechtsregels op door de rechter vastgestelde feiten. Volgens deze voorstelling redeneert de rechter in de vorm van een *sylogisme*: de rechtsregel vormt de *maior*, de feiten vormen de *minor* en het rechtsgevolg de *conclusio*.'

De veronderstelling dat wij feiten en regel van elkaar kunnen onderscheiden is om verschillende redenen problematisch.

Ten eerste bestaat tussen deze aanname en de werkzaamheden van de rechter een intrinsieke spanning. De rechter beslist immers steeds op grond van feiten en omstandigheden die aan hem worden voorgelegd. Recht spreken gebeurt met andere woorden altijd op grond van de feiten en de 'rechtsbeslissing' is dus onherroepelijk het gevolg van een beoordeling *in concreto*. De opdracht aan de Hoge Raad om zonder beoordeling van die feiten te toetsen of het recht is geschonden, is in dat opzicht een wat vreemde. De keuze is

9 Zie uitgebreid, met bronvermeldingen, Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 73. Zie bijv. ook de Verslagen van de Hoge Raad 2005-2006, p. 23-28 en 2007-2008, p. 27-29.

10 In dit verband wordt ook wel gesproken van 'het tegengaan of corrigeren van onjuiste beslissingen'.

11 Over het algemeen wordt de rechtsvormende taak echter erkend. Zie bijv. J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000, p. 1-5; H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 270; Martens 2000, p. 747-748.

12 Marc Loth, Ingrid den Hollander, Alexander Schild, Ruben Wiegering en Erika Schulten, 'Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in?', *TREMA* 2007, p. 317. De Hoge Raad zelf spreekt van 'functies', zie zijn Verslag 2007-2008, p. 27-29.

13 E. Korthals Altes, *Burgelijke Rechtsvordering* 2, Titel 11. Cassatie, art. 79 RO, aant. 6 (Kluwer Losbl.).

desondanks op tal van pragmatische en dogmatische gronden goed verdedigbaar.¹⁴

Het daarvoor noodzakelijke onderscheid tussen feitelijke- en rechtsbeslissingen blijft echter ontegenzeggelijk problematisch. Reeds lang wordt in Nederland gediscussieerd over de vraag of feiten en recht wel van elkaar te (onder)scheiden zijn.¹⁵ Volgens de heersende leer zijn in ieder geval in sommige gevallen feiten en recht *niet* van elkaar te scheiden. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de toepassing of de rechterlijke beoordeling van open normen en onbepaalde begrippen.¹⁶ Beslissingen aan de hand van dergelijk open normen of onbepaalde begrippen zijn naar hun aard verstrengeld met de feiten en omstandigheden van het geval. Een verhelderende omschrijving van die verstrengeling bij de hantering van open normen, vond ik bij Loth c.s.:¹⁷

‘De taak van de rechter is dan niet zozeer het *toetsen* van de omstandigheden van het geval aan regels, maar om het *wegen* van de omstandigheden van het geval binnen een open norm.’ [cursivering in origineel]

Van een strikt syllogistische redenering lijkt in deze gevallen kortom geen sprake.¹⁸ De *weging* leidt tot concretisering van de open norm, waardoor de gevonden norm en de feiten en omstandigheden onlosmakelijk verstrengeld zijn. Het is dus niet verwonderlijk dat vooral beslissingen aan de hand van open normen en onbepaalde begrippen met de ‘gemengde beslissing’ in verband worden gebracht.¹⁹

Een tweede probleem is dat zowel de opvattingen over wat een rechtsbeslissing is en wat een feitelijk beslissing, schuiven. Asser merkt terecht op dat allerlei normen binnen onze maatschappij de ene keer het recht binnen schuiven en de andere keer er weer uit.²⁰ Hij noemt als voorbeelden de toegenomen privacygevoeligheid, de afgenomen gevoeligheid voor wat aanstotelijk is voor

14 Zo moet aan procedures een einde komen (*litis finiri oportet*) en is een beperking van de werklust van de Hoge Raad gerechtvaardigd, juist met het oog op zijn taken als rechtsvormer en bewaker van de rechtseenheid.

15 Zie voor een overzicht van de discussie E. Korthals Altes, ‘De cassatierechter op de grens van recht en feit’, in: *De hanteerbaarheid van het recht* (Pels Rijcken-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 48-49.

16 Zie over de bezigde terminologie, over mijn voorkeur voor het begrip ‘open normen’ boven ‘vage normen’ en over de verschillende wijze waarop normen open kunnen zijn: P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden 2009), Den Haag: Bju 2009, p. 35-46.

17 Loth c.s. 2007, p. 325.

18 Overigens wordt het syllogisme vooral gehanteerd voor de motivering van de beslissing en niet zozeer voor het ‘vinden’ van die beslissing.

19 E. Korthals Altes, *Burgelijke Rechtsvordering 2*, Titel 11. Cassatie, art. 79 RO, aant. 6 (Kluwer Losbl.). Snijders/Klaassen/Meijer 2007, nr. 273; Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie* (2005), nr. 101 (met name p. 226-227).

20 W.D.H. Asser, ‘Rechtsvorming door de Hoge Raad: enkele inleidende opmerkingen’, in: W.M.T.Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 17.

de eerbaarheid en de vraag of bijvoorbeeld veiligheidsvoorschriften, gedragscodes en protocollen ook juridische status en gevolgen moeten krijgen.²¹ De Corporate Governance Code (ook wel Code Tabaksblat) is een voorbeeld van zo'n gedragscode waarvan de juridische status op dit moment nog wat schimmig is.

Niet alleen de vraag welke beslissingen behoren tot het domein van het recht kan veranderen. Daarnaast gebeurt het dat beslissingen die voorheen als strikt feitelijk werden beschouwd, in de loop der tijd geherdefinieerd worden, en als gemengde beslissingen – beperkt – toetsbaar blijken in cassatie (over de omvang van die toets zo meer). Een bekend voorbeeld betreft de uitleg van overeenkomsten.²² In het verleden werd die uitleg als strikt feitelijk beschouwd, omdat men meende dat het bij de uitleg van wilsverklaringen ging om niets anders dan de vaststelling van de bedoelingen (de geestestoestand) van de betrokkenen. Inmiddels hanteren wij de opvatting dat het bij 'uitleg' niet alleen gaat om de subjectieve bedoeling van partijen, maar om de geobjectiveerde bedoeling. Het komt ook aan 'op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'.²³ Een gevolg van deze ontwikkeling is dat dergelijke uitlegvragen inmiddels tot de 'gemengde beslissingen' worden gerekend. De rest is geschiedenis; de Hoge Raad ontwikkelde inmiddels allerlei uitgangspunten en vuistregels voor de uitleg van – verschillende soorten – wilsverklaringen en overeenkomsten.

2.2 De gemengde beslissing onder de loep

Wat is nu precies een 'gemengde beslissing'?

Overduidelijk feitelijk van aard is de vaststelling van de feiten in een procedure, zonder verdere juridische beslissing. Zuiver juridisch van aard is de bepaling van de inhoud, betekenis en strekking van een rechtsregel.²⁴ De eenvoudigste omschrijving van de gemengde beslissing is dan de volgende. Alle beslissingen die niet strikt feitelijk of zuiver juridisch zijn, zijn gemengd van aard. Anders gezegd: 'Op het grensvlak van de rechtsbeslissing en de feitelijke beslissing bevindt zich de gemengde beslissing'.²⁵ Het voordeel van die omschrijving is dat zij *alle* gemengde beslissingen omvat, ook die waarin niet zozeer een open norm of onbepaald begrip een rol speelt, maar daarnaast

21 W.D.H. Asser 2008, p. 17-18.

22 Zie over deze ontwikkeling uitgebreid E. Korthals Altes, *Burgelijke Rechtsvoordering 2*, Titel 11. Cassatie, art. 79 RO, aant. 7 (Kluwer Losbl.).

23 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (*Haviltex*).

24 Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, Cassatie* (2005), nr. 98.

25 Snijders/Klaassen/Meijer 2007, nr. 273.

bijvoorbeeld de hiervoor al gememoreerde beslissingen omtrent de uitleg van wilsverklaringen. De omschrijving biedt voor het overige echter nauwelijks tot geen houvast.

De Hoge Raad zelf beschouwt als ‘gemengd’ die beslissingen die zowel kenmerken van feitelijke- als rechtsbeslissingen bevatten, en noemt als voorbeelden de uitleg van een (arbeids)overeenkomst, de vraag of bepaalde omstandigheden een beroep op noodweer inhouden en beslissingen over de toepassing van rechtsregels met vage normen zoals de redelijkheid en billijkheid.²⁶

Ook in de literatuur vinden we deze omschrijving terug; ‘gemengd’ zijn die beslissingen die deels feitelijk, deels juridisch van aard zijn.²⁷ Juridisch is dan dat deel van de beslissing waarin de rechter zich uitspreekt over de betekenis van het in de rechtsregel voorkomende onbepaalde begrip.²⁸ Het oordeel dat de regel in de concrete omstandigheden van het geval al dan niet van toepassing is, wordt het feitelijke deel van de beslissing genoemd. Deze omschrijving gaat uit van het traditionele syllogistische model van de rechterlijke redenering; de toepassing van een regel op de feiten en omstandigheden van het geval.

Gemengde uitspraken zijn veelal te herkennen aan de specifieke formuleringen die de Hoge Raad hanteert bij de beoordeling daarvan.²⁹ In het verleden hanteerde de Hoge Raad vaak de zinsnede dat het Hof ‘zonder schending van enige rechtsregel’ kon beslissen zoals hij deed of ‘niet was uitgegaan van een onjuist begrip X’. Die formulering gebruikt hij nog steeds wel.³⁰ Ik telde sinds 1980 in het totaal 24 uitspraken waarin een dergelijke zinsnede werd gehanteerd. De Hoge Raad lijkt met name sinds de jaren ‘90 een voorkeur ontwikkeld te hebben voor deze formulering daar waar hij procesrechtelijke vragen moet beoordelen.³¹

Sinds de jaren ‘80 geeft de Hoge Raad echter de voorkeur aan een andere formulering en bedient hij zich – in verschillende varianten, al naar gelang de zinsconstructie – van de zinsnede dat het oordeel van de lagere rechter

26 Verslag 2005-2006, p. 32.

27 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie* (2005), nr. 101 en E. Korthals Altes, *Burgelijke Rechtsvordering* 2, Titel 11. Cassatie, art. 79 RO, aant. 6 (Kluwer Losbl.).

28 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie* (2005), nr. 101. In de woorden van Snijders c.s. het ‘beperkt generaliseerbare’ deel van de beslissing.

29 Dat geldt niet voor alle gemengde beslissingen, want soms toetst de Hoge Raad ‘volledig’.

30 Zie voor recente voorbeelden HR 26 juni 2009, LJN BI1124 (*Harlinger Hells Angels*) en HR 19 juni 2009, LJN BI8771 en iets ouder HR 30 mei 2008, NJ 2008, 556 m.nt. E.J. Dommering (*Endstra-tapes*).

31 In de helft van de zaken betrof het procesrechtelijke kwesties, zoals het afzien van voorlichting door deskundigen, beslissingen omtrent het toelaten tot bewijsvoering, de kostenveroordeling, de wijze van bekrachtiging van een vonnis, de uitleg van proces-suele stukken of het niet toelaten tot pleidooi.

‘niet (of geen) blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting’.³² Vaak gevolgd door de opmerking dat de juistheid van het oordeel in cassatie verder niet kan worden getoetst omdat het ‘verweven is met waarderingen van feitelijke aard’. Nadere concretisering van de open norm of het onbepaalde begrip blijft in die gevallen achterwege. Deze vorm van toetsing wordt wel ‘afstandelijk’ of ook wel ‘marginaal’ genoemd.

2.3 Toepassen van de regel versus *wegen* van omstandigheden

Hoe de omschrijving van de ‘gemengde beslissing’ en hoe de formulering door de Hoge Raad ook luidt, duidelijk is dat het grootste probleem zit in ‘de kwalificatie van de feiten’.³³ Tussen de – feitelijke – feitenvaststelling en de – zuiver juridische – interpretatie van de rechtsregel in ‘hangt’ de kwalificatiebeslissing (ook wel *subsumptie*). Mag de Hoge Raad beoordelen of de rechtsregel past op deze feiten en omstandigheden, of andersom, of de feiten en omstandigheden onder deze regel vallen?

De in essentie syllogistische benadering die aan het cassatie-instituut ten grondslag ligt, schiet mijns inziens juist tekort daar waar het gemengde beslissingen betreft. Het syllogisme verklaart vaak niet goed waarom een wilsverklaring op een bepaalde manier moet worden uitgelegd, of waarom een norm in bepaalde omstandigheden zus of zo luidt. Oorzaak daarvan is dat feiten en recht – de *maior* en de *minor* – zich in die concrete gevallen niet goed *laten* scheiden. In die gevallen is, zoals gezegd, niet zozeer sprake van *toepassing* van de regel, maar van een *weging* of *waardering* van alle omstandigheden onder (invulling van) de norm.

De gedachten over de vrijheid die de feitenrechter toekomt bij die waardering van de omstandigheden van het geval, lijken te verschillen in de literatuur. Auteurs die schrijven over gemengde beslissingen leggen – zij het genuanceerd – verschillende accenten. Sommigen koppelen het gemengde karakter van de beslissingen aan een cruciale beoordeling van de specifieke omstandigheden van het geval.³⁴ In andere woorden, de beslissing is in hun ogen gemengd *vanwege* de verstrengeling van de gevonden norm met de specifieke omstandigheden van het geval. Dat wil volgens deze auteurs echter meestal

32 Zie daarover Snijders/Klaassen/Meijer 2007, nr. 273 en E. Korthals Altes, *Burgelijke Rechtsvordering* 2, Titel 11. Cassatie, art. 79 RO, aant. 6 sub b (Kluwer Losbl.). De Hoge Raad lijkt overigens een lichte voorkeur te hebben voor gebruik van het woordje ‘niet’. Van kwantitatief onderzoek naar het aantal gemengde beslissingen heb ik – wegens de complexiteit daarvan – moeten afzien.

33 Zo ook Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie* (2005), nr. 98.

34 Zie bijv. Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie* (2005), nr. 101 en Snijders/Klaassen/Meijer 2007, nr. 273. Snijders c.s. spreken in dit verband van een ‘beperkt generaliseerbare invulling door de lagere rechter van een vage norm aan de hand van een bepaald feitencomplex’.

niet zeggen dat de beperkte toetsing in cassatie van een open norm of het onbepaalde begrip meebrengt dat verschillende beslissingen in feitelijke instantie toelaatbaar en mogelijk zijn. Ik laat de bewerkers van *Veegens' Cassatie* aan het woord:³⁵

‘Naar onze mening mag men echter niet zeggen dat dit betekent ‘dat die norm of dat begrip binnen bepaalde grenzen verschillende beslissingen toelaat. *Positiefrechtelijk* kan slechts één beslissing juist zijn en als exponent van een systeem van positief recht kan de Hoge Raad niet zeggen dat in een concreet geval een norm of een begrip beslissingen in tegengestelde zin toelaat.’ [cursivering in origineel]

Andere schrijvers leggen echter juist het accent op de beoordelingsvrijheid die de rechter heeft. Beslissend is volgens Korthals Altes bijvoorbeeld:³⁶

‘of het gaat om toepassing van begrippen waarbij de rechter een zekere beoordelingsvrijheid heeft. Heeft de rechter deze vrijheid dan heeft hij – binnen zekere grenzen – de vrijheid om tal van omstandigheden die bij toepassing van het onbepaalde begrip relevant kunnen zijn in zijn beslissing te betrekken.’

Soms wordt zelfs aangenomen dat die beoordelingsvrijheid met zich brengt dat verschillende feitenrechtters, of zelfs verschillende kamers van eenzelfde gerecht, tot verschillende oordelen mogen komen in vergelijkbare zaken. De Hoge Raad zou dergelijke – verschillende – oordelen slechts op ‘begrijpelijkheid’ mogen toetsen en voor zover die oordelen voldoende gemotiveerd zijn, in stand moeten laten.³⁷

De opvatting die men heeft omtrent de vrijheid van de lagere rechter bij de weging en beoordeling van de feiten, bepaalt met andere woorden in hoge mate hoe men denkt over de toetsingsmogelijkheden in cassatie. Daarom is het interessant om na te gaan hoe de Hoge Raad zelf denkt over die beoordelingsvrijheid van de lagere rechter en de grenzen aan zijn toetsingsmogelijkheden. De Hoge Raad schrijft in één van zijn verslagen dat ‘voor de vaststelling en waardering van de feiten’ in cassatie geen plaats is.³⁸ Dat over de *vaststelling* van feiten in cassatie niet met vrucht kan worden geklaagd, ligt gelet op zijn taken, voor de hand. Waar het de *waardering* van feiten en omstandigheden betreft, is dat in gevallen van verstrengeling van recht en feiten echter minder vanzelfsprekend.

Zodra de *weging* of *waardering* van feiten en omstandigheden aan de orde is, rijst kortom de vraag in hoeverre toetsing in cassatie mogelijk is. Kan en

35 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie* (2005), nr. 101 (p. 226).

36 E. Korthals Altes, *Burgelijke Rechtsvordering 2*, Titel 11. Cassatie, art. 79 RO, aant. 6 (Kluwer Losbl.).

37 Zie bijv. A-G. D.W.F. Verkade in zijn conclusie (sub 4.17.1- 4.18.1) voor HR 10 juli 2009, *LNJ* BI3408 (*Cashback-actie*).

38 Hoge Raad Verslag 2005-2006, p. 32.

moet de Hoge Raad, met het oog op de rechtseenheid en rechtsontwikkeling, niet controleren of de lagere rechter de feiten en omstandigheden juist heeft gewaardeerd? De vraag valt in tweeën uiteen. Dat de Hoge Raad een kwalificatiebeslissing zou *kunnen* toetsen, betekent immers niet automatisch dat hij zulks ook steeds *moet* doen.

3 KAN DE HOGE RAAD GEMENGDE BESLISSINGEN VOLLEDIG TOETSEN?

De meningen over de vraag in hoeverre de Hoge Raad zogenaamde gemengde beslissingen *kan* toetsen waren in het verleden verdeeld. Zo werd bijvoorbeeld door Meijers³⁹ en Van Praag⁴⁰ bepleit dat de kwalificatiebeslissing feitelijk van aard is, voor zover de kwalificatie van de feiten afhankelijk was van de wisselende omstandigheden van het geval. Deze auteurs meenden dat van een volledige toetsing van de kwalificatiebeslissing geen sprake kon zijn. Aangenomen wordt dat de gedachte dat in deze gevallen niet getoetst *kan* worden, voortbouwt op de ideeën van Donner en Wiarda.⁴¹ Van Praag nuanceerde die gedachte al en achtte naast de strikt feitelijke kwalificatievragen ook ‘gemengde gevallen’ mogelijk, waarin meer *in abstracto* een twijfelachtig punt van wetsuitlegging beslist kon worden.

Deze opvatting, dat de – gemengde – kwalificatiebeslissing geheel feitelijk van aard is en niet toetsbaar in cassatie, lijkt tegenwoordig door de meesten echter verlaten. Verschillende auteurs menen dat de Hoge Raad dergelijke beslissingen volledig kan toetsen.⁴² Zij zien de gemengde beslissing in wezen als een rechtsbeslissing, waarover de Hoge Raad in volle omvang kan oordelen. Zo schrijven Asser en Tjittes zonder schroom:⁴³

‘De hierboven besproken kwalificatie van feiten is eveneens in beginsel een rechtsbeslissing.’

En

‘Naast rechtsbeslissingen kent men gemengde beslissingen. Dat zijn beslissingen die *in wezen rechtsbeslissingen zijn* dus ook als zodanig zouden kunnen worden getoetst maar die verweven zijn met feitelijke waarderings- en beslissingen.’
[cursivering, PM]

39 E.M. Meijers, noot onder HR 2 november 1917, *WPNR* 2500 (1917), p. 572-575 (zie met name p. 574).

40 Van Praag, *RM* 1925, p. 141.

41 Zie uitgebreider Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, Cassatie* (2005), nr. 96 en vooral 98.

42 Zie bijv. Asser c.s., *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: Bju, 2007, p. 213.

43 R.P.J.L. Tjittes en W.D.H. Asser, *Rechtsmiddelen*, Deventer; Kluwer 2007, p. 69-70.

Ook de bewerkers van Veegens' Cassatie menen in de derde en vierde druk (en wijken daarmee af van de tweede druk) dat

'niets zich ertegen verzet dat de cassatierechter steeds toetst of de lagere rechter (...) aan die feiten een juiste kwalificatie heeft gegeven'.⁴⁴

Elders merken zij op dat beperking van de kwalificatiecontrole dogmatisch moeilijk te rechtvaardigen is.⁴⁵ Kwalificatie van de feiten is volgens hen bij uitstek een typisch juridische denkoperatie.⁴⁶ Dit standpunt verdedigen zij op grond van het argument dat de vaststelling van de feiten en de juridische kwalificatie van die feiten, uitzonderingen daargelaten, steeds te scheiden is, en dat alle in rechtregels gebezigde begrippen rechtsbegrippen zijn. Uit de juistheid van deze twee punten volgt *onontkoombaar*, aldus Korthals Altes en Groen, dat de cassatierechter steeds en volledig kan toetsen. De feitelijke rechter zal dan niet in staat zijn om zijn beslissing feitelijk in te kleden en zo cassatiebestendig te maken.⁴⁷

De laatste redenering is niet onbekritiseerd gebleven. Hammerstein wijst erop dat hoven niet de neiging hebben om hun oordelen feitelijk in te kleden en zo 'cassatieproof' te maken, terwijl de Hoge Raad bovendien door 'feitelijke beslissingen' heen breekt als dat werkelijk nodig is en hij dat op grond van de aangevoerde middelen kan.⁴⁸

Wat daar ook van zij, de discussie over de vraag of de Hoge Raad gemengde beslissingen volledig *kan* toetsen lijkt beslecht. Ik heb het standpunt dat hij niet volledig zou kunnen toetsen in de recentere literatuur vrijwel nergens meer aangetroffen.⁴⁹ In Nederland wordt algemeen aangenomen dat het probleem van de toetsing van gemengde beslissingen niet zozeer een dogmatisch probleem is, maar een probleem van competentieafbakening.⁵⁰ Anders gezegd, de Hoge Raad beperkt zijn taak *zelf* en bezit – tot op zekere hoogte – de vrijheid om te kiezen wanneer hij, uit het oogpunt van rechtsvorming of

44 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie* (2005), nr. 97 (p. 210).

45 A.w., p. 212.

46 A.w., p. 211.

47 A.w., p. 210.

48 A. Hammerstein, 'Een betere oplossing dan de cassatie is nog niet gevonden' (Boekbespreking Veegens' *Cassatie*, 4^{de} druk), *TvCR* 2006, p. 9.

49 Alleen C.A.J.M. Kortmann zou die mening toegedaan kunnen zijn, waar hij twijfelt of de Hoge Raad wel bevoegd is tot rechtsvorming. Zie zijn bijdrage in de eerder genoemde *Ars Aequi-bundel Raad & Daad* (p. 31-37), getiteld: 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad'. De door hem in de ring gegooid handschoen is opgepakt door P.P.T. Bovend'Eert, die reageert met: 'Wetgever, rechter en rechtsvorming', *RM Themis* 2009, p. 145-153.

50 Als een van de eersten wees Koopmans daarop, zie: T. Koopmans, *Juridische dialectiek*, (Mededelingen der KNAW, afd. Letterkunde nieuwe reeks – deel 45 – no. 3), Amsterdam/Oxford/New York 1982. Zie voorts Ras 1990, p. 1487; Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie* (2005), nr. 97 (p. 211 en 213); E. Korthals Altes, *Burgelijke Rechtsvordering* 2, Titel 11. Cassatie, art. 79 RO, aant. 6 (Kluwer Losbl.).

rechtseenheid, volledig toetst en wanneer hij beslissingsruimte aan de lagere rechter laat.

Het debat spitst zich veeleer toe op de vraag of de Hoge Raad die toetsing ook inderdaad vaker aan zich zou *moeten* trekken.

4 BELEID; MOET DE HOGE RAAD GEMENGDE BESLISSINGEN VOLLEDIG TOETSEN?

De Hoge Raad behoudt zich keuzevrijheid voor door gemengde beslissingen over het algemeen afstandelijk te toetsen, maar in te grijpen indien hij een richtinggevend oordeel wenselijk en mogelijk acht. De afstandelijke toetsing van gemengde beslissingen komt tot uitdrukking in de hantering van de zinsnede dat 'de beslissing niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting', of een variant daarvan.

4.1 Argumenten voor ruimere toetsing

Zou de Hoge Raad zich actiever *moeten* opstellen en gemengde beslissingen vaker volledig moeten toetsen? In de literatuur klinkt met enige regelmaat een roep om minder zwijgen en om ruimer toetsen door de Hoge Raad van zogenaamde 'gemengde beslissingen'.

Zo pleiten Korthals Altes en Groen voor deze ruimere toetsing in cassatie.⁵¹ De argumenten die zij aanvoeren voor een ruimere materiële toetsing van gemengde beslissingen, zijn niet alle even sterk. Zo komt het hiervoor al besproken argument dat hoven hun uitspraken dan niet langer 'cassatiebestendig' kunnen maken, mij inderdaad niet heel sterk voor. Ik heb niet de indruk dat hoven, of andere lagere rechters, trachten hun gemengde beslissingen aan toetsing in cassatie te onttrekken.⁵²

Een fundamentele reden voor ruimere toetsing is gelegen in het feit dat de zinsnede met de dubbele ontkenning (de beslissing geen blijkt geeft van

51 Korthals Altes bepleitte dit al jaren geleden, zie: E. Korthals Altes, 'De cassatierechter op de grens van recht en feit', in: *De hanteerbaarheid van het recht* (Pels Rijcken-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 47-66. De inhoud van dit artikel heeft, via deze auteur als bewerker, zijn weg gevonden naar zowel de losbladige Rechtsvordering, *Burgelijke Rechtsvordering 2*, Titel 11. Cassatie, art. 79 RO, aant. 6 (Kluwer Losbl.) als het standaardwerk over *Cassatie* van D.J. Veegens. E. Korthals Altes was – tezamen met H.A. Groen – zowel de bewerker van de derde druk van *Veegens' Cassatie* (1989), als van de opvolger daarvan: Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, Cassatie* (2005). Het pleidooi voor een ruimere toetsing is in de losbladige overigens niet opgenomen, wel de uitwerking van de verschillende wijze waarop volgens hem aan open normen nader invulling wordt gegeven (d.m.v. subregels, vuistregels en gezichtspunten).

52 A. Hammerstein (2006, p. 9) heeft daarin naar mijn mening gelijk.

een onjuiste rechtsopvatting) zo weinig informatief is. Korthals Altes en Groen klagen dat daarbij:⁵³

‘(...) niet duidelijk wordt (...) welke rechtsopvatting juist of onjuist is, zodat de precedentwaarde van zo’n uitspraak, of zo men wil, de rechtsvormende betekenis ervan, gering is. Naar onze mening zou de Hoge Raad de betekenis van deze verwerpende uitspraken kunnen vergroten door veel meer dan thans het geval is aan te geven aan de hand van welke maatstaven de betrokken vage norm of het betrokken vage normbestanddeel moet worden toegepast, en te oordelen dat in de bestreden uitspraak die maatstaven niet zijn miskend.’

De bewerkers pleiten kortom voor meer rechtsvormende activiteit op het gebied van open normen en onbepaalde begrippen. Zij zijn er voorstander van dat de Hoge Raad vaker gezichtspunten aanreikt of vuist- of subregels formuleert, niet alleen in vernietigende uitspraken, maar ook wanneer de Hoge Raad het cassatieberoep verwerpt.⁵⁴ Ook andere auteurs hebben, met betrekking tot verschillende rechtsvragen en -gebieden, op ruimere toetsing aangedrongen.⁵⁵

Voor een ruimere toetsing pleitte bovendien Asser recentelijk.⁵⁶ De voordelen van een ruimere toetsing zijn volgens Asser legio: het verdwijnen van ingewikkelde en weinig transparante ‘cassatietechniek’, meer ruimte om de kern van de gewraakte rechterlijke beslissing in het licht van de rechtstoepassing goed ter discussie te stellen, de Hoge Raad kan meer inzicht verschaffen in een goede beoefening van de ‘kwalificatiekunst’ en hij kan op dit terrein leiding geven aan de ontwikkeling van het recht.

Zijn benadering is echter anders dan die van de bewerkers van Veegens’ *Cassatie*. Anders dan de bewerkers daarvan stelt Asser voorop dat recht en feiten *niet* te scheiden zijn. Hij noemt vervolgens de ‘kwalificatie van de feiten’ de belangrijkste taak van allen die het recht vormen en toepassen en acht het in dat verband niet goed begrijpelijk – en kennelijk ook niet goed verdedigbaar – dat de Hoge Raad, aan wie bij uitstek de rechtsvorming en rechtsontwikkeling is toevertrouwd, zich bij die ‘kerntaak’ beperkingen oplegt.⁵⁷ Asser

53 Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, Cassatie* (2005), nr. 189.

54 A.w., nr. 189 (p. 391).

55 Zie bijv. (maar niet uitsluitend): R.A.A. Duk, ‘De Hoge Raad en de kennelijk onredelijke opzegging’, *SMA* 2004-4, p. 164-170, waarin hij de vuistregels schetst die de laatste 40 jaar op dit terrein zijn geformuleerd, lacunes signaleert en pleit voor meer ‘kwalitatieve richtsnoeren’. Hij doet enkele suggesties voor mogelijke vuistregels in toekomstige zaken, met name op het punt van de deugdelijkheid van de ontslaggrond. Zie bijv. ook M.C. Schouten, ‘Toegang tot cassatie wegens schending van de Corporate Governance Code’, *V&O* 2004-9, p. 142-145, die de hoop en verwachting uitsprekt dat de Hoge Raad zich in een standaarduitleg van de Corporate Governance code zal gaan begeven, ‘zoals hij ook pleegt te doen bij bepaalde veelvoorkomende wilsverklaringen of bedingen’ (p. 145).

56 Zie het eerder (in noot 30) genoemde Preadvies (2007), p. 214-216.

57 Asser c.s. 2007, p. 214-215.

verwerpt verder het tegenargument dat de cassatie-instantie bij ruimere toetsing zou verworpen tot een derde feitelijke instantie.⁵⁸

‘Deze tegenwerping is vooral daarom niet sterk, omdat de kwalificatie niet impliceert dat de Hoge Raad zou zijn genoodzaakt tot een onderzoek naar de feiten – het typische aspect van het werk van de feitenrechter –, laat staan dat nieuwe feiten en feitelijke stellingen zouden behoren te worden toegelaten. Onderzoeken naar en vaststellen van feiten is een ander aspect van het rechterlijk werk dan waarderen en beoordelen.’

Het tegenargument dat de volledige toetsing van ‘gemengde beslissingen’ tot een stortvloed aan zaken zou leiden, vindt in Asser’s ogen evenmin genade. Volgens hem heeft de Hoge Raad voldoende mogelijkheden om een klacht over de kwalificatiebeslissing die slecht beargumenteerd is ‘zonder noemenswaardige motivering’ af te doen.

Heeft Asser daarmee alle argumenten die pleiten tegen een ruimere toetsing weerlegd?

4.2 Argumenten voor terughoudendheid

Een aantal auteurs meent dat het feit dat volledig getoetst *kan* worden, niet automatisch mag leiden tot de conclusie dat de Hoge Raad ook *moet* toetsen.⁵⁹ De argumenten van hen die pleiten voor een terughoudender beleid ten aanzien van toetsing in cassatie van gemengde beslissingen zijn lastiger uit de literatuur te destilleren dan de argumenten van hen die roepen om een ruimere toetsing.

Inderdaad is het argument dat de Hoge Raad geen derde feitelijke instantie vormt in de literatuur herkenbaar, evenals het door Asser genoemde argument dat een ruimere toetsing zou leiden tot een toevloed aan zaken. Zo noemt Hammerstein als voordeel van terughoudendheid dat aan de feitenrechter voldoende ruimte wordt gelaten voor een weging en waardering van de feiten van het concrete geval. Dat heeft volgens hem weer tot voordeel dat de Hoge Raad zich kan beperken tot ‘toetsing van kwalificatie op aanvaardbaarheid van de toepassing en op algemene gezichtspunten’, waardoor hij doelmatig kan werken en voldoende aandacht kan overhouden voor rechtseenheid en rechtsontwikkeling.⁶⁰ Deze beperking van zijn taak zou goed passen bij de opvatting dat de Hoge Raad geen derde instantie is.

Opvallend is dat zowel de voor- als de tegenstanders van een ruimere toetsing in cassatie van gemengde beslissingen menen dat de Hoge Raad

58 T.a.p., p. 215.

59 Zie bijv. H.E. Ras, ‘Cassatie in burgerlijke zaken’ (Boekbespreking Veegens’ *Cassatie*, 3^{de} druk), *NJB* 1990, p. 1487.

60 Hammerstein 2006, p. 9.

algemene gezichtspunten moet ontwikkelen die de lagere rechter houvast kunnen bieden bij beslissingen die een weging van de omstandigheden van het geval in het kader van een open norm of onbepaald begrip inhouden. De voorstanders pleiten voor een actieve houding van de Hoge Raad. Volgens de tegenstanders van een ruimere toetsing zou de Hoge Raad zich bij de kwalificatiecontrole moeten beperken tot die gevallen waarin algemene gezichtspunten *kunnen* worden ontwikkeld.⁶¹ De lagere rechters behouden daarmee een grote mate van vrijheid bij de weging van feiten en omstandigheden in het kader van open normen en onbepaalde begrippen, terwijl de Hoge Raad anderzijds de ruimte heeft om door middel van gezichtspunten algemene lijnen uit te zetten indien hem dat wenselijk voorkomt.

Zij die een terughoudender toetsingsbeleid voorstaan wijzen vooral op de weerbarstigheid van de werkelijkheid. Om allerlei redenen is het geven van algemene gezichtspunten, volgens hen, vaak niet mogelijk of niet voor de hand liggend. Die redenen zijn breder en fundamenteler dan het 'gevaar' voor een overvloed aan zaken en het creëren van een derde feitelijke instantie.

Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat de norm is toegespitst op en daardoor verstrengd is met de zeer specifieke feiten en omstandigheden van het geval. Soms laten de feiten een veralgemenisering kortom niet toe. Als voorbeeld dient vaak het arrest *Ontvanger/Hamm*.⁶² Er bestaan echter meer redenen om van het geven van een algemeen gezichtspunt of een vuistregel af te zien. Soms is de lijn van ontwikkeling in recht of maatschappij nog niet duidelijk, andere keren bestaat over de gewenste richting geen consensus in de raadkamer, dan weer blijft een algemene regel achterwege omdat de gevolgen daarvan voor de praktijk niet goed te overzien zijn of omdat het rechtsgebied onderhevig is aan snelle veranderingen, zodat een uitspraak vermoedelijk snel achterhaald zal zijn. Een andere bekende en veelgenoemde reden om van rechtsvorming af te zien is dat de Hoge Raad soms niet op de stoel van de wetgever wil gaan zitten en oordeelt dat een algemene uitspraak de grenzen van zijn bevoegdheid te buiten zou gaan. Zo zijn er tal van redenen om, in voorkomende gevallen, af te zien van rechterlijke rechtsvorming.⁶³

Voor de hantering van open normen en onbepaalde begrippen zou de Hoge Raad de rechtsvorming alleen moeten aanpakken, aldus Ras,⁶⁴ voor zover het terrein te overzien is, en leiding geven zinvol is. Juist de terreinen waarop gebruik wordt gemaakt van open normen en onbepaalde begrippen zijn naar hun aard vaak echter lastig te overzien. Open normen en onbepaalde begrippen

61 Zo ook Ras 1990, p. 1487.

62 HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 437 m.nt. PvS. Zie daarover Loth c.s. 2007, p. 318 en J.B.M. Vranken in een zeer beknopte en heldere noot onder HR 7 juni 2002, *NJ* 2002, 608 (*Mr. Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*).

63 Zie over de redenen om een 'smalle' uitspraak te doen uitgebreider Loth c.s. 2007, p. 322-323 en ook W.E. Haak, 'Rechtsvorming door de hoogste rechter, toeval of beleid?', *NJB* 2000, p. 714.

64 Ras 1990, p. 1488.

worden immers vooral gehanteerd bij de beantwoording van rechtsvragen op gebieden die hetzij nog in ontwikkeling zijn, hetzij zich vanwege de diversiteit aan mogelijk gevallen niet gemakkelijk in algemene regels laten vatten.⁶⁵ Open normen en onbepaalde begrippen spelen dus juist een rol in de klassieke twijfelgevallen en veel minder in gevallen waarin de oplossing voor de hand ligt. Dat het geven van sub- of vuistregels en gezichtspunten op die gebieden vaak lastig is, ligt dan ook voor de hand.

Zij die menen dat een behoudend toetsingsbeleid ten aanzien van gemengde beslissingen op zijn plaats is, benadrukken het stapsgewijze en voorzichtige karakter van rechtsvorming door de Hoge Raad. Zij benadrukken bovendien de relevantie van de feiten en omstandigheden van het geval. Zo merken Hammerstein en Haak op dat de Hoge Raad slechts aan rechtsvorming en rechtseenheid kan doen door middel van beslissing in concrete gevallen.⁶⁶ Anders gezegd; geen rechtsvorming zonder feiten. Rechtsvorming wordt door deze auteurs – evenals wetsuitleg en rechtseenheid – een belangrijk *bijproduct* genoemd van de cassatierechtspraak. De taak van de Hoge Raad is volgens hen voornamelijk gelegen in geschilbeslechting in hoogste aanleg.⁶⁷

Het lijkt erop dat de voorstanders van een ruimer toetsingsbeleid andere accenten leggen wat betreft de functies van de cassatierechtspraak en de taakopvatting van de Hoge Raad. De noodzaak (en bevoegdheid) tot rechtsontwikkeling staat bij deze auteurs hoger op de agenda. Zo meent Asser dat rechterlijke rechtsvorming een essentieel onderdeel is van de democratische rechtsorde.⁶⁸ Een soortgelijke mening is Vranken toegedaan, waar hij opmerkt dat ‘rechterlijke rechtsvorming móét’.⁶⁹ Vranken verbaast zich er over dat anderen ‘vasthouden aan de idee dat rechterlijke rechtsvorming slechts een bijproduct is van rechtspraak in individuele gevallen’ en meent dat, door de keuzevrijheid van de Hoge Raad om al dan niet een rechtsvormende uitspraak te doen, de rechtsontwikkeling teveel afhangt van toevallige factoren.⁷⁰ Vranken stoort zich bovendien aan het gebrek aan motivering waarom de Hoge Raad de ene keer wel en de andere keer niet rechtsvormend optreedt of van rechtsvorming juist afziet.

Al met al hangt het antwoord op de vraag of de Hoge Raad gemengde beslissingen vaker volledig moet toetsen dan ook vooral samen met gedachten over de taakopvatting en functie(s) van de cassatierechter. Duidelijk is dat er vooral spanning bestaat tussen enerzijds de wens tot het werkbaar houden

65 Zie daarover uitgebreider Memelink 2009, p. 48 e.v.

66 Hammerstein 2006, p. 6. Haak 2000, p. 713.

67 Zie bijv. Martens 2000, met name noot 2; Hammerstein 2006, p. 6; Loth c.s. 2007. In: Snijders/Klaassen/Meijer 2007, nr. 270, wordt in dit verband onderscheid gemaakt tussen het private belang (rechtsbescherming) en het publieke belang (rechtsontwikkeling en rechtseenheid).

68 W.D.H. Asser in de *Ars Aequi*-bundel *Raad & Daad*, p. 12.

69 Asser-Vranken, *Algemeen deel* ***. *Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 9.

70 Vranken 2005, nr. 10. Zie daarover ook Vranken 2000, p. 3.

van ons cassatiesysteem en anderzijds onze hang naar zekerheid en duidelijkheid waar het de rechtsontwikkeling betreft. Die spanning ontstaat vooral op het grensvlak tussen feit en recht, daar waar de beslissing een weging of waardering van de feiten en omstandigheden inhoudt.

5 WAT IS SPREKEN, WAT IS ZWIJGEN?

Hoe doet de Hoge Raad? Onthoudt hij zich inderdaad altijd van een *weging* of *waardering* van de feiten en omstandigheden, zoals hij schrijft in zijn verslag over 2005-2006? Nee, soms toetst de Hoge Raad volledig, ondanks de verstrengeling van de beslissing van de lagere rechter met de feiten en omstandigheden van het geval. Interessant is natuurlijk de vraag of de Hoge Raad vaker dan voorheen het zwijgen doorbreekt en een beslissing, ondanks het gemengde karakter daarvan en ondanks verstrengeling met de feiten, volledig toetst. Die vraag laat zich niet goed beantwoorden zonder inhoudelijke bestudering van alle jurisprudentie over een bepaalde periode en vergelijking daarvan met een eerdere periode. Ik heb dergelijk onderzoek niet verricht en beperk me in deze bijdrage tot enkele opmerkingen over de informatieve waarde van de verschillende wijzen van toetsing (rechtstoets en motiveringstoets, beperkte of volledige toets).

Beoordeling van de rechtstoepassing in gemengde beslissingen vindt zowel plaats aan de hand van rechtsklachten als aan de hand van motiveringsklachten. De mogelijkheid tot beoordeling van een beslissing aan de hand van rechtsklachten en motiveringsklachten is 'spiegelbeeldig'.⁷¹ Zuivere rechtsbeslissingen kunnen alleen worden aangevochten met een rechtsklacht, feitelijke beslissingen slechts met een motiveringsklacht. De daar tussenin gelegen gemengde beslissingen kunnen hetzij op grond van een rechtsklacht, hetzij op grond van een motiveringsklacht worden beoordeeld en vernietigd (of in stand gelaten).

5.1 Spreken door een 'volledige' toets

De Hoge Raad toetst in voorkomende gevallen gemengde beslissingen wel degelijk volledig. Asser merkt daarover op dat aan het onderscheid tussen feiten en recht meer dan eens 'slechts lippendienst' wordt bewezen⁷²

'(...) doordat de Hoge Raad, indien hij dat voor een juiste rechtsbedeling nodig vindt, in verregaande mate op de stoel van de feitenrechter gaat zitten.'

71 Snijders/Klaassen/Meijer 2007, nr. 274.

72 W.D.H. Asser, *Ars-Aequi Bundel Raad & Daad*, p. 27.

Wanneer spreekt de Hoge Raad? Volgens sommigen wanneer hij een andere uitkomst van het geschil van belang vindt.⁷³

‘Men kan zich overigens niet aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad gemengde beslissingen minder beperkt toetst naar gelang hij vindt dat de beslissing zonder meer een andere had moeten zijn.’

Dergelijk ‘beleid’ zou er op duiden dat de rechtsbeschermingsfunctie van cassatie voorop staat. Paradoxaal genoeg gaat die rechtsbescherming – ‘deze uitspraak mag niet in stand blijven’ – dan vaak hand in hand met rechtsontwikkeling, omdat de Hoge Raad juist wanneer hij een uitspraak vernietigt algemene gezichtspunten, vuistregels of relevante omstandigheden noemt.

Een voorbeeld van een arrest waarin de Hoge Raad de beslissing van de lagere rechter volledig toetst, ondanks verstrengeling met de feiten, betreft Spruijt/Tigchelaar.⁷⁴ In die kwestie spreekt de Hoge Raad zich uit over de vraag of Spruijt een beroep op overmacht toekomt nu zij de door haar van Tigchelaar gehuurde auto niet tijdig kan terugbrengen, ten gevolge van diefstal door haar bijrijder. Het betreft een vraag die in hoge mate is verstrengeld met de feiten en omstandigheden van het geval en waarover Rechtbank en Hof fundamenteel van mening verschilden.⁷⁵ De Hoge Raad stoort zich vrijwel niet aan de verstrengeling van het geval met de feiten en oordeelt:

‘Het Hof heeft evenwel blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door aan de hand van deze maatstaf [de in het verkeer geldende opvattingen] en veronderstellenderwijs uitgaande van de juistheid van de door Spruijt gestelde feiten, te oordelen dat het risico dat G. zich de auto zou toeëigenen voor rekening van de huurder diende te komen. Wanneer een auto voor betrekkelijk korte tijd is gehuurd van een professionele verhuurder van auto’s en de huurder niet in staat is die auto op het overeengekomen tijdstip weer aan de verhuurder af te geven omdat zij is gestolen zonder dat te dier zake sprake is van schuld van de huurder, komt deze tekortkoming van de huurder naar in het verkeer geldende opvattingen in beginsel niet voor zijn rekening.’

De Hoge Raad gaat ‘veronderstellenderwijs’ uit van de juistheid van de gestelde feiten en toetst volledig. De regel die hij formuleert kan een vuistregel worden genoemd en vindt inmiddels in de jurisprudentie navolging en hanteering.⁷⁶

In het arrest Spruijt/Tigchelaar vernietigde de Hoge Raad de uitspraak van het Hof. Volledige toetsing, voorzien van de formulering van een vuist-

73 Snijders/Klaassen/Meijer 2007, nr. 273.

74 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69.

75 De Rechtbank oordeelde het beroep op overmacht gegrond, het hof wees dat beroep krachtig van de hand.

76 Zie daarover Memelink 2009, p. 332-333.

regel kan echter ook plaatsvinden in een verwerpend arrest. Een voorbeeld daarvan is te vinden in het arrest Oerlemans/Driessen.⁷⁷ Met een rechtsklacht in cassatie komt Oerlemans op tegen het oordeel van het Hof dat deze partij in beginsel aansprakelijk is voor de schade door de ondeugdelijkheid van het aan Driessen geleverde vat vloeibare mest en dat haar geen beroep op overmacht toekomt. Oerlemans richt haar klacht tegen het oordeel dat de – buiten haar toedoen ontstane – gebreken in het doorverkochte product, voor haar risico komen en dat van andere omstandigheden die tot overmacht moeten leiden niet is gebleken. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep, maar doet ons wel een vuistregel aan de hand. In beginsel brengen de verkeersopvattingen mee dat in een geval als dit (de verkoop van een industrieel vervaardigd product) schade ten gevolge van een gebrek in het product voor rekening van de verkoper komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen. Hij vervolgt (in r.o. 3.6, 3^{de} alinea):

‘dit zal slechts anders kunnen zijn in geval van, door de verkoper zo nodig te bewijzen, bijzondere omstandigheden. Het bestaan van dergelijke bijzondere omstandigheden, waarop in het onderhavige geval overigens geen beroep is gedaan, zal niet snel mogen worden aangenomen.’

De overweging suggereert dat de Hoge Raad heeft gezien of in dit geval omstandigheden aanwezig waren die noopten tot een ander oordeel dan in beginsel uit de gegeven vuistregel volgde. Kortom, een volledige toets, die leidde tot verwerping van de klacht, maar wel informatieve waarde heeft voor toekomstige gevallen.

Ander voorbeelden van volledige toetsing van het oordeel van de lagere rechter, ondanks verwevenheid met waarderingen van feitelijke aard bieden het arrest *Leffers/Staat* (waarin vernietiging volgde) en het *Landbouwvliegers*-arrest (waarin de klacht werd verworpen).⁷⁸ Voor zover toetsing van materiële wetgeving aan het willekeurbeginnsel aan de orde is, behoudt de Hoge Raad zich het recht voor om volledig te toetsen. De Hoge Raad kan en zal dat eveneens doen ten aanzien van tal van andere rechtsvragen die hij van voldoende importantie acht om volledig te toetsen.

5.2 Spreken en zwijgen bij een beperkte toets

Een volgende vraag is of ook de vernietiging van een arrest op grond van een motiveringsklacht en zelfs de verwerping van een motiveringsklacht nadere informatie kan opleveren voor latere zaken, bijvoorbeeld in de vorm van

⁷⁷ HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 213 m.nt. JH.

⁷⁸ HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638 (*Leffers/Staat*) en HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251 m.nt. MS (*Landbouwvliegers*).

vuistregels, subregels of gezichtspunten. Met andere woorden, hebben deze arresten *precedentwaarde*? De meningen daarover lijken verdeeld.

Volgens Asser kan ook de motiveringscontrole leiden tot toetsing van een juiste toepassing van het recht.⁷⁹

‘(...) de motiveringscontrole biedt de Hoge Raad de noodzakelijke ruimte de toetsing van de rechtstoepassing door de feitenrechter zo goed mogelijk uit te voeren. Dat brengt de nauwe verbinding tussen feit en recht nu eenmaal mee.’

Een andere mening vond ik elders. Van de beperkte toetsing van gemengde beslissingen moeten wij ons niet te veel voorstellen, aldus Snijders c.s., ook niet bij de interpretatie van uitspraken van de Hoge Raad.⁸⁰ Dit soort beslissingen, die leiden tot het gebruik van de zinsnede dat het oordeel van het Hof ‘geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting’, bevatten volgens de auteurs van dit handboek maar weinig informatie.

Ik vraag mij voorzichtig af of die constatering heden ten dage nog juist is. De motiveringscontrole is wellicht informatiever dan wij vroeger dachten, met name daar waar open normen en onbepaalde begrippen, en andere gemengde oordelen, in het geding zijn. Juist bij hantering van onbepaalde begrippen en bij de uitleg van wilsverklaringen is het recht immers onherroepelijk verstrengeld met de feiten. Hammerstein merkt mijns inziens terecht op dat rechtsoordelen de laatste decennia in hoge mate verknoopt zijn geraakt met de feitelijke context, en dat het onderscheid tussen recht en feiten in cassatie steeds meer lijkt te gaan knellen.⁸¹

Tel daarbij op de strengere motiveringseisen die sinds het arrest *Vredo/Veenhuis*⁸² aan lagere rechters worden gesteld en we begrijpen de opmerking van Hammerstein dat de Hoge Raad in de loop der tijd terughoudender is geworden waar het betreft het zelf wegen van feiten, maar de *feitelijke afweging* juist *scherper toetst*. Met andere woorden, de feitelijke rechter wordt vrij(er) gelaten in zijn afweging van gezichtspunten, argumenten, feiten en omstandigheden, maar gedwongen om die afweging wel goed te motiveren. Voor feitelijke beslissingen geldt immers⁸³

‘dat zij zodanig moeten worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden, de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.’

79 W.D.H. Asser, *Ars-Aequi Bundel Raad & Daad*, p. 27.

80 Snijders/Klaassen/Meijer 2007, nr. 273.

81 Hammerstein 2006, p. 9.

82 HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 m.nt. DWFV (*Vredo/Veenhuis*). Dit betrof een uitspraak in kort geding. Het uitgangspunt voor de motivering is – in een gewone procedure – herhaald in HR 17 november 2006, NJ 2006, 621 (*Karadirek/Coöperatie VTN*).

83 HR 17 november 2006, NJ 2006, 621 (*Karadirek/Coöperatie VTN*) r.o. 4.3.

Het oordeel van de lagere rechter moet kortom ‘begrijpelijk’ zijn en die kwaliteit van het feitelijke oordeel wordt gewaarborgd via de motiveringstoets in cassatie.

Daarbij komt het voor dat een motiveringsklacht aanleiding geeft tot een vrij volledige toetsing in cassatie. Een recent voorbeeld van zo’n uitspraak, waarin de Hoge Raad uitgebreid ingaat op de begrijpelijkheid van ’s Hofs redenering in het licht van de specifieke omstandigheden van het geval, biedt een arrest waarin partijen van mening verschilden over de aansprakelijkheid voor de ondeugdelijkheid van een gehuurd hijskraantje.⁸⁴ Advocaat-Generaal Spier meent dat het oordeel in deze zaak, wegens verstrengeling daarvan met de feiten en omstandigheden van het geval, is voorbehouden aan de feitenrechter, die in de gegeven situatie veel beter kan beoordelen aan welke vereisten de verhuurde kraan diende te voldoen.⁸⁵ De Hoge Raad vernietigt echter op grond van de motiveringsklachten de beslissing van het Hof.

In deze kwestie speelden – onder andere – zowel de vraag naar de motivering van het oordeel over de ondeugdelijkheid van de zaak als de vraag naar eigen schuld van de hurende partij een rol. De Hoge Raad lijkt in zijn uitspraak die twee vragen, althans wat de motivering door het Hof betreft, uit elkaar te trekken en eisen te stellen aan de gemotiveerde beantwoording van beide vragen afzonderlijk.⁸⁶ De uitspraak zou wat dat betreft van informatieve waarde kunnen zijn voor toekomstige zaken, voor zover blijkt dat deze motiveringseis breder is dan alleen dit geval, en bijvoorbeeld geldt voor alle zaken waarin een beroep op aansprakelijkheid wegens ondeugdelijkheid van een zaak door de één, samengaat met een beroep op eigen schuld door de ander. Een vernietiging op grond van een motiveringsklacht kan kortom van informatieve waarde zijn voor de motiveringsplicht ten aanzien van soortgelijke feitelijke zaken.

Een laatste vraag is of ook een arrest waarin een motiveringsklacht wordt *verworpen* desondanks enige mate van informatieve waarde kan hebben. Ik meen daarvan een prachtig voorbeeld te hebben gevonden in het Steiger-arrest.⁸⁷ De Hoge Raad overweegt daarin, naar aanleiding van motiveringsklachten (r.o. 3.3.1):

‘Voorzover het middel strekt ten betoge dat een steiger volgens verkeersopvatting altijd onderdeel uitmaakt van de grond of oever waaraan de steiger ligt, faalt het omdat dat betoog in zijn algemeenheid te ver gaat. Of de verkeersopvatting dat meebrengt, hangt af van de omstandigheden van het geval. De beoordeling daarvan is van feitelijke aard en kan in cassatie slechts in beperkte mate worden getoetst.’

84 HR 25 september 2009, LJN BI7179 (*Blokbouw*).

85 Conclusie A-G. Spier sub 3.5 onder c.

86 Zie met name r.o. 3.6.

87 HR 28 februari 2003, NJ 2003, 272.

De Hoge Raad laat de beoordeling van de feitelijke situatie in dit geval aan de lagere rechter en verwerpt de motiveringsklacht. Desondanks valt naar mijn mening uit het arrest iets op te maken omtrent de verkeersopvatting in dit geval en soortgelijke gevallen. Uit de uitspraak volgt dat het onjuist is om aan te nemen dat een steiger naar verkeersopvatting altijd bestanddeel is van de oever waaraan hij ligt.⁸⁸ De uitspraak heeft daarmee wel degelijk een algemenere relevantie dan alleen voor het beoordeelde geval. Ik geef toe dat de informatieve waarde van die overweging gering is, nu wij daaruit slechts kunnen opmaken dat een bepaalde regel *niet* bestaat, maar zij is desondanks niet nihil.

6 AANZET VOOR EEN DISCUSSIE OVER DE TOETSING VAN GEMENGDE OORDELEN

Hoe nu verder met de toetsing van gemengde beslissingen? We moeten mijns inziens afstappen van twee onjuiste ideeën die de discussie over de toetsing van gemengde oordelen vertroebelen.

De eerste van die ideeën is het krampachtig vasthouden aan de gedachte dat feiten en recht in beginsel te scheiden zijn, uitzonderingen daargelaten. Hoeveel uitzonderingen op de regel hebben wij nodig om te concluderen dat de uitzondering welhaast regel is geworden? Indien het juist is dat alle in rechtsregels gebezigde begrippen rechtsbegrippen zijn, dat het aantal gemengde beslissingen toeneemt⁸⁹ en dat het onderscheid tussen recht en feiten in cassatie steeds meer gaat knellen, wordt het misschien tijd om te onderkennen dat recht en feiten zich in veel gevallen *niet* laten scheiden. Is niet steeds vaker sprake van een *waardering* en *weging* van feiten en omstandigheden, in plaats van een eenvoudigweg toepassen van regels op feiten? Ik vermoed van wel.

Betekent dit ook automatisch dat de Hoge Raad in al die gevallen *steeds* algemene subregels, vuistregels en gezichtspunten moet ontwikkelen? Ik denk niet dat dit mogelijk en nodig is. Niet mogelijk is het omdat de praktische problemen die de voorstanders van een terughoudender toetsing schetsen reëel zijn, en niet nodig omdat het arsenaal voor rechtsvinding bij de invulling van open normen en onbepaalde begrippen naar mijn mening veel breder is dan alleen het werken met subregels, vuistregels en gezichtspunten. Gelet op het feit dat het soms – nog – niet mogelijk is om algemene aanknopingspunten te formuleren, moeten wij ons niet blindstaren op die oplossing als panacee

⁸⁸ Zie hierover ook Memelink 2009, p. 112-113 en 241.

⁸⁹ Een goed kwantitatief onderzoek naar die veronderstelling zou welkom zijn. Bij mijn poging daartoe kreeg ik inderdaad de indruk dat het aantal gemengde beslissingen de afgelopen decennia is gestegen. De indruk kan echter vertekend zijn, want zij moet worden afgezet tegen de stijging van het totale aantal zaken.

voor de problemen. Andere rechtsvindingsmethoden zijn eveneens voorhanden.⁹⁰

Een gevolgtrekking die naar mijn mening *wel* gemaakt kan en moet worden, is – de acceptatie van de gedachte – dat een belangrijk deel van de rechtsvormende taak in ‘gemengde beslissingen’ ligt bij de feitelijke rechter. Die is immers bij uitstek op de hoogte (of kan op de hoogte geraken) van alle feiten en omstandigheden die van belang zijn voor de ‘weging binnen de norm’. De feitelijke rechter zal moeten trachten om zijn waardering van de feiten en omstandigheden goed te motiveren en inzichtelijk te maken. Daarvoor is mijns inziens vooral van belang dat de feitenrechter de *in concreto* gevonden regel voldoende precies en expliciet formuleert voor het gegeven geval, hoe moeilijk dat ook is. Een scherpere formulering en uitgebreidere motivering in feitelijke aanleg stelt de Hoge Raad vervolgens beter in staat om zich zowel over de weging als de motivering daarvan uit te (kunnen) laten. Aan de keuzevrijheid die de Hoge Raad op dit punt heeft, zou ik niet al te veel willen morrelen. Hij moet de gelegenheid houden om uitspraken waarmee in zijn ogen niets mis is, op beknopte wijze af te doen. In verband daarmee kom ik bij het tweede punt.

Ten tweede moeten we ten aanzien van gemengde beslissingen mijns inziens af van de idee dat verwerpende arresten of arresten met een beperkte toets niet of nauwelijks informatieve waarde hebben voor latere zaken. Alleen al het gegeven dat de weging van omstandigheden door de feitenrechter volgens de Hoge Raad door de beugel kan, heeft informatieve waarde, zeker in combinatie met de verscherpte motiveringseisen. Recht en feiten zijn in kwesties van gemengde aard immers niet goed te scheiden. Uit het voorgaande moge blijken dat de Hoge Raad volgens mij ook spreekt (en kan spreken) wanneer hij slechts motiveringsklachten beoordeelt, al was het alleen maar over die – voor de feitelijke rechter zo belangrijke – motiveringseisen.

De grens tussen zwijgen en spreken is kortom diffuus en valt niet steeds samen met het verschil tussen de beoordeling van rechts- of motiveringsklachten.

⁹⁰ Zie voor wat betreft de invulling van verkeersopvattingen bijvoorbeeld een aanzet daarvoor in hoofdstuk 7 van mijn proefschrift.

5 | Ingebrekestelling en non-conformiteit

W.L. Valk [▪]

1 VRAAGSTELLING

Deze korte bijdrage gaat over een vraag uit de alledaagse praktijk van het privaatrecht: moet de koper die schadevergoeding of ontbinding nastreeft op de grond dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt (art. 7:17 BW), de verkoper in gebreke stellen? Op het eerste gezicht lijkt het antwoord eenvoudig: voor zover nakoming niet onmogelijk is,¹ is verzuim vereist (art. 6:74 lid 2 en 6:265 lid 2 BW) en dus in beginsel een ingebrekestelling (art. 6:82 BW). Maar is het werkelijk zo eenvoudig?

Veel non-conformiteitszaken in de praktijk van de rechtspraak betreffen de koop van woningen. Het stramien is als volgt. Er is een bestaande woning verkocht en geleverd. Na verloop van tijd ontdekt de koper een of meer gebreken. Hij schakelt een aannemer in om de gebreken te herstellen en vordert het bedrag van de herstellkosten als schadevergoeding, of stuurt eventueel aan op prijsvermindering bij wijze van gedeeltelijke ontbinding. De koper heeft diverse obstakels te vermijden. Om rechtsverlies te voorkomen moet hij binnen bekwame tijd na ontdekking de verkoper van het gebrek kennisgeven (art. 7:23 lid 1 BW). Vervolgens geldt een verjaringstermijn van twee jaar (art. 7:23 lid 2 BW). De koper doet er bovendien verstandig aan om de verkoper in de gelegenheid te stellen om de gebreken te onderzoeken vóórdat herstel plaatsvindt. Laat hij dat na, dan riskeert hij het verwijt dat hij de verkoper onredelijk in zijn bewijspositie heeft benadeeld en daarmee rechtsverwerking. Behoort naast dit alles van de koper te worden gevergd dat hij de verkoper in de gelegenheid stelt de gebreken binnen een redelijke termijn te herstellen? Dat is de vraag waarom het gaat.

2 NUANCERINGEN IN DE RECHTSPRAAK

Overbekend is dat het vereiste van de ingebrekestelling door de Hoge Raad gedurende de afgelopen jaren in diverse opzichten is genuanceerd. Die nuance-

[▪] W.L. Valk is vice-president van het gerechtshof te Arnhem.

¹ Nauwkeuriger: in geval van schadevergoeding voor zover nakoming niet blijvend onmogelijk is en in geval van ontbinding voor zover nakoming niet tijdelijk of blijvend onmogelijk is.

ringen zien in de eerste plaats op de rol van de redelijkheid en billijkheid. De opsomming in artikel 6:83 BW van gevallen waarin het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, is niet limitatief; ook de redelijkheid en billijkheid spelen in dit verband een rol.² Die redelijkheid en billijkheid kunnen zich niet alleen in de gedaante van de beperkende werking voordoen (met de daarbij passende terughoudendheid), maar ook in die van de aanvullende werking.³

Het vereiste van de ingebrekestelling heeft in de tweede plaats belangrijk aan betekenis ingeboet door de ruime opvatting die de Hoge Raad hanteert van het begrip ‘onmogelijkheid’.⁴ In geval van een tekortschieten in de nakoming van een voortdurende verplichting, kan deze verplichting in de toekomst weliswaar nog worden nagekomen, maar daarmee wordt de tekortkoming in het verleden niet ongedaan gemaakt, zodat wat deze tekortkoming betreft nakoming niet meer mogelijk is. Verzuim is in zoverre niet vereist (art. 6:74 lid 2 en 6:265 lid 2 BW) en een ingebrekestelling dus evenmin. Hetzelfde geldt met betrekking tot een tekortschieten in een verplichting om niet te doen.⁵ Opvallende (misschien moet ik zeggen: verrassende) toepassingen van deze leer zijn de arresten *Robinson/Arie Molenaar Racing VOF*⁶ en *Endlich/Bouwmachines*.⁷

In verband met onze vraagstelling verdient bijzondere aandacht de zaak *Van der Meer/Beter Wonen*.⁸ Het gaat in die zaak om de verplichting van de huurder om het gehuurde bij het einde van de huur in goede staat terug te geven. Die verplichting kan volgens de Hoge Raad niet worden gesplitst in een verplichting tot teruggave van het gehuurde en een eventuele verplichting om het gehuurde in goede staat te brengen. Daarom kan de huurder deze verplichting naar haar aard slechts nakomen op het tijdstip waarop de huurovereenkomst eindigt. Men zou verwachten dat in het geval waarin de huurder dat heeft nagelaten, nakoming onmogelijk is geworden en dus verzuim niet is vereist – en dáárom ook geen ingebrekestelling – maar de Hoge Raad zegt dat de huurder van rechtswege in verzuim is. Voor het resultaat maakt het natuurlijk weinig uit: er is geen ingebrekestelling nodig.

2 HR 6 oktober 2000, NJ 2000, 691 (*Verzicht/Rowi*), met een beroep op de wetsgeschiedenis van de bepaling.

3 HR 4 oktober 2002, NJ 2003, 257, m.nt. JH (*Fraanje/Götte*).

4 Vergl. onder meer G.T. de Jong, ‘Ook via het onmogelijkheids criterium verliest de ingebrekestelling terrein’, *NJB* 2007, p. 2746 e.v.

5 HR 11 januari 2002, NJ 2003, 255, m.nt. JH (*Schwarz/Gnjatovic*) en HR 22 juni 2002, NJ 2007, 343 (*Fisser/Tycho*).

6 HR 20 januari 2006, NJ 2006, 80.

7 HR 22 oktober 2004, NJ 2006, 597, m.nt. JH. Hijma is in zijn noot kritisch over de toepassing van het criterium van de onmogelijkheid op het besliste geval.

8 HR 27 november 1998, NJ 1999, 380.

3 OPVATTINGEN IN LITERATUUR

Wat betekent een en ander voor gevallen van non-conformiteit? De literatuur is verdeeld. Van Schaick heeft de lijn van het arrest Van der Meer/Beter Wonen doorgetrokken naar andere verbintenissen tot op- of aflevering. De verplichting om de verkochte zaak af te leveren en de conformiteitseis van art. 7:17 BW zijn direct met elkaar verbonden en de op de verkoper rustende verbintenis kan naar haar aard niet worden gesplitst in een verplichting tot aflevering van de verkochte zaak en een verplichting om die zaak af te leveren in een staat waarin zij aan de koopovereenkomst beantwoordt. Ook in gevallen van non-conformiteit treedt volgens Van Schaick daarom het verzuim van rechtswege in.⁹

Van Schaick is bestreden door Dammingh.¹⁰ Volgens Dammingh vormt het belang van een derde, namelijk de opvolgende huurder, mede de achtergrond van de regel van Van der Meer/Beter Wonen. Die achtergrond ontbreekt wat betreft de verplichting tot aflevering in geval van koop. Dammingh gaat ervan uit dat de koper van een non-conforme zaak wel een ingebrekestelling uit dient te brengen. Dammingh wordt op zijn beurt bestreden door Wanders.¹¹ Wanders neemt het op voor de opvatting van Van Schaick, maar spreekt daarnaast zijn sympathie uit voor een alternatieve redenering die een ingebrekestelling overbodig maakt. Die alternatieve redenering begrijpt de door partijen overeengekomen datum van aflevering als een fatale termijn in de zin van artikel 6:83 sub a BW.

4 SPREKEN EN ZWIJGEN

Zwijgen kan de Hoge Raad op diverse manieren: door toepassing van art. 81 Wet RO, door een kwestie als voorbehouden aan de feitenrechter te bestemmen, door een middel niet te behandelen in het geval dat reeds een ander middel tot cassatie leidt, enzovoort. Zwijgen kan de Hoge Raad ook in diverse gradaties. Als de Hoge Raad verwijst naar (onderdelen van) de conclusie van het parket en zich 'voor het overige' baseert op art. 81 Wet RO, zal uit die conclusie veel kunnen worden afgeleid over de opvatting van de Hoge Raad. En wanneer een kwestie aan de feitenrechter wordt overgelaten, belet dat de Hoge Raad niet om die rechter aanwijzingen te geven, door gezichtspunten mee te geven of zelfs een vuistregel. Dat de Hoge Raad in alle talen zwijgt kan men in deze gevallen bepaald niet zeggen. Het onderscheid tussen zwijgen

9 A.C. van Schaick, 'Het verzuim bij verbintenissen tot op- of aflevering', *NTBR* 2004, p. 446 e.v., in het bijzonder p. 448.

10 J.J. Dammingh, 'Non-conformiteit bij de koop van woningen', *Adv.bl.* 2005, p. 630.

11 P. Wanders, 'Non-conformiteit bij de koop van woningen', *Adv.bl.* 2006, p. 84 e.v., met naschrift van Dammingh op p. 85 e.v.

en spreken is dus vloeiend, zoals het dat ook in de dagelijkse sociale verhoudingen is.

Iets tussen zwijgen en spreken in, is ook aan de orde indien de Hoge Raad een door het hof onbehandeld gelaten stelling als ‘essentieel’ bestempelt, zonder die stelling inhoudelijk te behandelen. Het is dat wat zich voordoet wat betreft het onderwerp van deze bijdrage. Ik doel op een arrest van de Hoge Raad van 14 februari 2003, dat alleen in elektronische vorm is gepubliceerd.¹²

5 FEITEN EN PROCESVERLOOP IN DE FEITELIJKE INSTANTIES

De zaak betrof de koop van een woning, geheel conform het stramien zoals aan het begin van deze bijdrage verwoord. De verkoper betwistte de door de koper gestelde gebreken, maar voerde ook aan dat de koper alle rechten ter zake van eventuele tekortkomingen had verloren, nu hij niet tijdig had geklaagd (art. 7:23 BW), althans de verkoper niet tijdig in gebreke had gesteld en de verkoper in het geheel niet in de gelegenheid was gesteld om een eventueel verzuim te herstellen.¹³ De rechtbank kwam aan deze verweren niet toe, omdat de vordering reeds op andere gronden werd afgewezen.

De koper ging in hoger beroep. Verkoper stelde (gelet op de devolutieve werking van het hoger beroep onnodig) in incidenteel beroep de bedoelde verweren opnieuw aan de orde, wat betreft het beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling enigszins impliciet door aan te voeren dat de koper hem niet in de gelegenheid had gesteld om de gebreken te herstellen.

Het Bossche hof verwierp bij tussenarrest het beroep op de klachtplicht van art. 7:23 BW gemotiveerd. Volgens het hof was er tijdig geklaagd met een brief van de advocaat van de koper, waarbij deze de verkoper aansprakelijk stelde. De brief was gericht aan het adres van de notaris voor wie het transport had plaatsgevonden en bij wie partijen voor de uitvoering van de overeenkomst domicilie hadden gekozen. De notaris had de brief doorgestuurd naar de verkoper, maar de verkoper had geweigerd de brief in ontvangst te nemen. Het hof kwam vervolgens tot bewijsopdrachten aan koper en verkoper wat betreft de door de koper gestelde gebreken en de bekendheid van de verkoper daarmee. Over het beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling zei het arrest van het hof niets.

¹² LJN AF0871, JOL 2003, 103.

¹³ Zie conclusie P-G Hartkamp onder 2.

6 HET ARREST VAN DE HOGE RAAD

De verkoper stelt tegen het tussenarrest beroep in cassatie in. Het middel klaagt erover dat het hof een essentiële stelling van de verkoper onbesproken heeft gelaten, namelijk dat de koper hem in gebreke had moeten stellen. P-G Hartkamp en Hoge Raad hebben er weinig woorden voor nodig om tot de conclusie te komen dat het middel slaagt: het hof had inderdaad de kwestie van de ingebrekestelling niet onbesproken mogen laten.

Hartkamp gaat in zijn conclusie ‘ten overvloede’ op de door het hof onbesproken gelaten essentiële stelling ook inhoudelijk in. Hij gaat er impliciet vanuit dat een ingebrekestelling in beginsel nodig was, maar wijst er vervolgens op dat de koper zich zowel in eerste aanleg als in hoger beroep op het standpunt had gesteld dat de verkoper zich in redelijkheid niet op het ontbreken van een ingebrekestelling kon beroepen. In dat verband wijst het Hartkamp op het arrest inzake *Verzicht/Rowi*¹⁴ en gaat hij in op de wijze waarop de verkoper met de brief houdende aansprakelijkstelling was omgegaan. Op een eventuele analogie met de opleveringsverplichting van de huurder, zoals aan de orde in het arrest *Van der Meer/Beter Wonen*,¹⁵ gaat Hartkamp niet in. De vraag of een ingebrekestelling in beginsel vereist is en de daaraan voorafgaande vraag of verzuim nodig is, worden door hem niet geïmpliciteerd.

De Hoge Raad beperkt zich tot de volgende overweging:

‘Het eerste onderdeel van het middel voert terecht aan dat het Hof aan een essentiële stelling van [verkoper] is voorbijgegaan. Naast het verweer dat [koper] hem niet tijdig van de gebreken van de woning op de hoogte heeft gesteld, heeft [verkoper] immers – zowel in eerste aanleg als in hoger beroep – aangevoerd dat [koper] hem in de gelegenheid had moeten stellen eventuele gebreken binnen een redelijke termijn alsnog zelf te (laten) herstellen. Deze, voor de beoordeling van de vraag of [verkoper] in verzuim was (art. 6:81 e.v. BW) relevante stelling wordt in het bestreden arrest niet besproken. Het hof had daaraan niet zonder motivering voorbij mogen gaan. Het onderdeel slaagt dus.’

Wat valt uit deze overweging af te leiden? Volgt eruit dat de opvatting van Van Schaick niet die van de Hoge Raad is? Het arrest is van voor de publicatie van het *NTBR*-artikel van Van Schaick. Dat een of meer leden van de Hoge Raad zich inmiddels door de inhoud van die publicatie hebben laten overtuigen, laat zich dus niet op voorhand uitsluiten. Maar men kan uit het arrest ook niet afleiden dat naar de *toenmalige* opvatting van de Hoge Raad de afleveringsverplichting van de verkoper, wat betreft de kwestie van verzuim en ingebrekestelling, niet gelijk kan worden gesteld aan de opleveringsverplichting

14 HR 6 oktober 2000, NJ 2000, 691 (*Verzicht/Rowi*).

15 HR 27 november 1998, NJ 1999, 380 (*Van der Meer/Beter Wonen*).

ting van de huurder als bedoeld in het arrest Van der Meer/Beter Wonen. De Hoge Raad zegt niet meer dan dat het verweer van de verkoper dat de koper hem in de gelegenheid had moeten stellen eventuele gebreken binnen een redelijke termijn alsnog zelf te (laten) herstellen relevant is voor de vraag of de verkoper in verzuim is en dus besproken had moeten worden.

Maar zou de Hoge Raad het niet gewoon ronduit hebben gezegd, als hij de afleveringsverplichting van de verkoper wél zou beschouwen als vergelijkbaar met de opleveringsverplichting van de huurder? Dat lijkt mij allerm minst vanzelfsprekend. Het is zeer wel denkbaar dat in raadkamer verschillend over een vraag wordt gedacht en dat men elkaar vindt op een formulering die de kwestie waarover men van opvatting verschilt, in het midden laat. En zelfs als binnen het college een min of meer unanieme opvatting bestaat, laat zich denken dat men niet wil vooruitlopen op een vraag die men nog niet behóeft te beantwoorden. De conclusie moet dus zijn dat de Hoge Raad de vraag of in non-conformiteitszaken een ingebrekestelling nodig is, niet heeft beslist.

7 IS EEN INGEBREKESTELLING NODIG?

Hoe beantwoord ik zelf de vraag of in geval van non-conformiteit een ingebrekestelling vereist is? Ik begin achteraan: bij de feiten. In alle aan mij als rechter voorgelegde non-conformiteitszaken betwistte de verkoper de non-conformiteit. Als de gelegenheid zich voordeed (bij pleidooi of op een comparitie), stelde ik de verkoper de vraag: 'U zegt dat u ten onrechte niet in gebreke bent gesteld. Als de koper u nu wél in gebreke zou hebben gesteld, wat had u dan gedaan? Zou u iets anders hebben gedaan dan zeggen wat u in deze procedure ook zegt, namelijk dat er volgens u geen sprake is van non-conformiteit?' Sommige verkopers gaven op die vraag het eerlijke antwoord dat zij met de ingebrekestelling niets zouden hebben gedaan. Andere verkopers, die mogelijk de strekking van de vraag doorzagen, antwoordden dat zij zorgvuldig zouden hebben bezien of het verwijt van non-conformiteit terecht was. Mijn reactie placht dan te zijn: 'Mag ik aannemen dat u er in het kader van deze procedure ook zorgvuldig naar hebt gekeken en dat we rekening moeten houden met de mogelijkheid dat u niets met de ingebrekestelling zou hebben gedaan, omdat u meende – zoals u dat nu ook meent – dat van non-conformiteit geen sprake is?'

Ik geef het toe: ik maakte het met deze kritische vragen de verkopers niet gemakkelijk. Maar zijn de antwoorden niet illustratief voor de problematiek? Natuurlijk werd ik beïnvloed door de aard van de zaak: koop van een bestaande woning. Want geen van de door mij bedoelde zaken ging over de koop van een nieuwe woning, dus bijvoorbeeld een koop-aannemingsovereenkomst, of over de verkoop van een auto door een dealer of ander autobedrijf.

Wat ik wil zeggen is dat de vraag of het ontbreken van een ingebrekestelling een overtuigend antwoord oplevert voor de afwijzing van een vorde-

ring van de teleurgestelde koper, sterk afhangt van de feiten en meer in het bijzonder van de aard van de koopovereenkomst. Een beantwoording van die vraag langs zuiver juridisch-technische lijnen, kan daardoor onmogelijk bevredigen. Van Schaick heeft volkomen gelijk dat de redenering uit het arrest Van der Meer/Beter Wonen in een strikt logische zin ook in non-conformiteitszaken opgaat, maar zij kan bijvoorbeeld in geval van een koop-aannemingsovereenkomst toch niet overtuigen. Waarom zou de verkoper(-aannemer) van een nieuwbouwwoning niet de gelegenheid moeten hebben om het gebrek te herstellen? Hetzelfde geldt in geval van verkoop van bijvoorbeeld een auto door een autobedrijf. Maar dat neemt niet weg dat in al die gevallen waarin de koop een bestaande woning betreft, met als verkoper een partij die voor het herstel van de gebreken evenzeer een aannemer had moeten inschakelen als de koper dat moest, de redelijkheid van de opvatting dat géén ingebrekestelling nodig was, zich opdringt.

Als mijn observaties juist zijn, is het wat betreft de kwesties van verzuim en ingebrekestelling van groot belang om maatwerk te kunnen leveren. De Jong heeft er terecht op gewezen dat dit maatwerk naar oud recht (ik bedoel het recht zoals dat gold voorafgaand aan de invoering van de huidige vermogensrecht, dus 1 januari 1992) tot op zekere hoogte vanzelfsprekend was.¹⁶ In gevallen van ondeugdelijke nakoming bestond er immers geen duidelijke hoofdregel, in die zin dat een ingebrekestelling wel of niet vereist was, maar kwam het aan op de vraag of de goede trouw in de gegeven omstandigheden meebracht dat de schuldeiser de schuldenaar in gebreke diende te stellen.¹⁷

De mogelijkheid om wat betreft verzuim en ingebrekestelling maatwerk te leveren is hervonden met de hiervoor aangeduide rechtspraak van de Hoge Raad over de rol van redelijkheid en billijkheid. Als de Hoge Raad de feitenrechter meer houvast wil bieden, kan dat door een vuistregel te formuleren. Het zal duidelijk zijn hoe die vuistregel wat mij betreft zo ongeveer zou moeten luiden: 'In geval van koop van een gebruikte zaak behoeft de koper ter zake van non-conformiteit in het algemeen niet in gebreke te stellen en brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval mee dat het verzuim van rechtswege intreedt. Dat is anders indien de verkoper, voor de koper kenbaar, zich professioneel bezighoudt met het vervaardigen of herstellen van zaken gelijk aan of vergelijkbaar met de verkochte zaak.'

16 G.T. de Jong, 'Het afnemend werkingsgebied van de ingebrekestelling', *NTBR* 2005, p. 288 e.v.

17 HR 22 mei 1981, *NJ* 1982, 59, m.nt. CJHB (*Van der Gun/Farmex*) en HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 626, m.nt. CJHB (*Automatic Signal/De Haas*).

DEEL II

Zwijgen over transnationale kwesties

6 | De Hoge Raad als Europese rechter: mag het ietsje meer zijn?

J.M. Smits & E.A. van Schagen ■

1 INLEIDING

Het thema van dit vijftiende BWKJ is het zwijgen van de Hoge Raad. Hoewel het woord zwijgen strikt genomen een neutrale betekenis heeft, begrijpen wij de term in verwijtende zin: waar zwijgt de Hoge Raad hoewel spreken, indien al niet verplicht, in elk geval beter is? Deze bijdrage behandelt die vraag voor de situatie waarin de Hoge Raad als Europese rechter optreedt. Zoals bekend is de Hoge Raad immers niet alleen rechter in de nationale rechtsorde, maar vervult hij ook een belangrijke rol als rechter van de Europese Unie¹ waar het gaat om de toepassing en handhaving van Europees recht. Naast die formele – grotendeels door het EG-verdrag en de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie bepaalde – rol is de Hoge Raad ook nog op een andere manier Europese rechter: hij is rechter *in Europa* en daarmee bij voorkeur niet ongevoelig voor de Europeanisering van het recht zoals die zich vooral het afgelopen decennium heeft gemanifesteerd. In het navolgende wordt op beide aspecten ingegaan: paragraaf 2 is gewijd aan de wijze waarop de Hoge Raad zijn rol als rechter *van* de Europese Unie vervult (en zich met name kwijt van zijn taak nationaal recht richtlijnconform te interpreteren) en paragraaf 3 aan de meer algemene vraag of hij zich voldoende bewust is van zijn rol *in* de Europese Unie, dus in een snel internationaliserende samenleving. Paragraaf 4 bevat enkele conclusies.

2 DE HOGE RAAD ALS GEMEENSCHAPSRECHTER: RICHTLIJNCONFORME UITLEG

Zoals bekend zijn nationale rechters (zoals de Nederlandse Hoge Raad) belangrijke organen binnen de Europese Unie: zij vervullen een essentiële rol bij het handhaven van Europees recht. Dat betekent niet alleen dat zij Europees recht dat directe werking heeft moeten toepassen en zo nodig de Staat aansprakelijk moeten houden voor onjuiste of te late implementatie van richtlijnen, het

■ J.M. Smits is hoogleraar Europees privaatrecht en rechtsvergelijking aan de Universiteit van Tilburg (TICOM), onderzoekshoogleraar *Comparative Legal Studies* aan de Universiteit van Helsinki en oud-redacteur van het BW-krant Jaarboek. E.A. van Schagen is assistent-in-opleiding aan de Universiteit van Tilburg (TICOM).

1 Hieronder wordt ook de term 'gemeenschapsrechter' gebruikt.

betekent ook dat zij nationaal recht conform Europees recht moeten uitleggen, ongeacht of dat recht voortvloeit uit (bijvoorbeeld) het EG-Verdrag² of uit richtlijnen. De vraag die ons in deze paragraaf bezighoudt is hoe de Hoge Raad deze plicht tot richtlijnconforme interpretatie opvat en of hij hieraan niet een andere invulling zou moeten geven.

De plicht tot richtlijnconforme interpretatie vloeit direct voort uit art. 10 jo. art. 249 EG-Verdrag, maar is ook los daarvan inherent aan het systeem van het Verdrag.³ Dit betekent dat de nationale rechter niet alleen de omzettingwetgeving,⁴ maar ook het al eerder bestaande (of later tot stand gekomen) recht⁵ moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en de strekking van de richtlijn.⁶ Art. 10 EG-Verdrag brengt bovendien mee dat deze plicht een inspanningsverplichting van de nationale rechter behelst: hij moet actief op zoek naar methoden om het recht zoveel mogelijk richtlijnconform te interpreteren.⁷

Het is duidelijk dat de plicht tot richtlijnconforme interpretatie door EG-Verdrag en Europees Hof zodanig algemeen is geformuleerd dat de nationale rechter ruimte heeft voor een eigen invulling.⁸ Naar ons oordeel getuigt de invulling die de Hoge Raad aan de plicht geeft te weinig van een waarlijk Europese houding: hij houdt te veel vast aan de traditionele nationale uitlegmethoden waar hij recht ook in het licht van een richtlijn kan uitleggen. Bovendien is het gebruik van de richtlijnconforme uitleg weinig consistent: de rechtspraak vertoont geen heldere lijn. Ten slotte getuigt de houding van de Hoge Raad ook niet van de wens om te rade te gaan bij buitenlandse collega's. Deze drie punten worden hier nader verklaard.

In de eerste plaats valt op dat de Hoge Raad in een aantal gevallen waarin hij richtlijnconform interpreteert zeer de nadruk legt op de opvatting van de Nederlandse wetgever over de betekenis van het geïmplementeerde recht. Zoals al aangegeven zien wij in art. 10 EG-Verdrag een plicht voor de rechter om actief op zoek te gaan naar manieren om richtlijnconform te interpreteren.

2 Zie voor verdragsconforme interpretatie bijv. HvJ EG 4 februari 1988, 157/86 (Murphy) en Asser/Hartkamp 3-I, 2008, nr. 79.

3 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397-403 (Pfeiffer), waarover G. Betlem, 'Richtlijnconforme interpretatie', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse vermogensrecht, Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2007, p. 105 die rept van conforme uitleg als een fundamenteel ongeschreven algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.

4 HvJ EG 10 april 1984, 14/83 (Von Colson and Kamann).

5 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (Marleasing), bevestigd door HvJ EG 13 juli 2000, C-456/98 (Centrosteeel). W.-H. Roth, 'Die richtlinienkonforme Auslegung', in: K. Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, Berlin: De Gruyter 2006, p. 257.

6 Zie bijv. de recente overzichten bij Betlem 2007, p. 97 e.v., in Asser/Hartkamp 3-I, 2008, nr. 142 e.v. en bij Roth 2006, p. 257.

7 Zie W. van Gerven, 'The horizontal effect of directive provisions revisited: the reality of catchwords', in: D. Curtin & T. Heukels (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration*, Dordrecht: Nijhoff 1994, p. 346.

8 Zie voor de diverse mogelijkheden M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2001, p. 83 e.v.

Dat de keuze van andere interpretatiemethoden daardoor beperkt kan worden bleek reeds in *Marleasing*,⁹ en ook in *Pfeiffer*¹⁰ oordeelde het Hof van Justitie uitdrukkelijk dat de nationale rechter binnen de grenzen van het nationale recht de interpretatiemethode moet gebruiken die leidt tot een richtlijnconform resultaat. Met name relevant is echter de uitspraak in *Björnekulla Fruktindustrier*,¹¹ waarin het Hof overwoog dat nationaal recht nog steeds moet worden geïnterpreteerd in het licht van bewoordingen en strekking van de richtlijn, ook al zou een tegenovergestelde interpretatie voortvloeien uit de totstandkomingsgeschiedenis van de nationale implementatieregeling. De opvatting van de nationale wetgever is dus niet bepalend¹² of – beter gezegd – de rechter moet ervan uitgaan dat de nationale wetgever de bedoeling had zijn implementatieverplichting volledig na te komen en dat kan tot een andere interpretatie van geïmplementeerd recht leiden dan de wetgever misschien voor ogen stond.¹³ Dit is belangrijk omdat de Hoge Raad bij richtlijnconforme interpretatie juist wél veel belang lijkt te hechten aan de wil van de wetgever¹⁴ en diens interpretatie van het geïmplementeerd recht. Met deze interpretatiemethode, waarbij wordt aangenomen dat het nationale recht overeenkomt met de richtlijn, wordt over het algemeen een richtlijnconform resultaat bereikt.¹⁵ Deze voorkeur van de Hoge Raad staat echter op gespannen voet met *Björnekulla Fruktindustrier*, zeker als de bedoeling van de wetgever verschilt met die van de richtlijn, zoals in *Asseldonk/Ter Schure*.¹⁶

De Hoge Raad is echter weinig consistent in deze voorkeur: soms refereert hij namelijk juist wel rechtstreeks aan een richtlijn bij de uitleg van nationaal recht.¹⁷ Dat was bijvoorbeeld het geval in *Lycos/Pessers*,¹⁸ waarin de Hoge

9 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*), par. 12.

10 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/403 (*Pfeiffer*), par. 116. Zie ook A-G Van Gerven in zijn conclusie voor HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88 (*Barber*), nr. 50, S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: OUP 2005, p. 199 en G. Betlem, 'The doctrine of consistent interpretation – Managing legal uncertainty', *OJLS* 2002, p. 401.

11 HvJ EG 29 april 2004, C-371/02 (*Björnekulla Fruktindustrier*), par. 13.

12 Roth 2006, p. 261.

13 HvJ EG 6 december 1993, C-334/92 (*Wagner Miret*).

14 Zie over de aanpak van de Hoge Raad Wissink 2001, p. 152 e.v. en de door hem genoemde jurisprudentie, alsmede HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, 567 (*Weevers Stous*) en HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 408 (*WRA/Oldenhoeck*).

15 Wissink 2001, p. 154 e.v.

16 HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 330 (*Asseldonk/Ter Schure*). In deze zaak concludeerde de Hoge Raad dat uit art. 5 lid 3 WGB duidelijk bleek dat de wetgever een uitzondering had gemaakt. Hoewel deze uitzondering waarschijnlijk niet overeenkwam met de richtlijn, mocht de Hoge Raad artikel 5 WGB niet buiten toepassing laten. Vgl. HR 25 oktober 1996, *NJ* 1997, 649 (*Pink Floyd Music c.s./Rigu Sound*) en de conclusie van A-G Van Gerven bij HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*), pt. 20.

17 Vgl. P.J.G. Kapteyn, 'Application and enforcement of Community law', in: P.J.G. Kapteyn e.a. (eds.), *The law of the European Union and the European Communities*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 531.

18 HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 133 (*Lycos/Pessers*).

Raad uitgebreid ingaat op het doel en de strekking van Richtlijn 2000/31 inzake elektronische handel en in *Upjohn/Van Ommeren*¹⁹ waarin de Hoge Raad voor de maatstaf voor productaansprakelijkheid anticipeert op Richtlijn 85/374. Ook in *Buyck/Van den Aemele*²⁰ en in *Assoud/SNS*²¹ refereerde de Hoge Raad bij interpretatie van het nationale recht rechtstreeks aan de relevante richtlijn. Dit maakt de koers van de Hoge Raad tot een zwabberende: de rol die de bedoeling van de wetgever speelt bij de richtlijnconforme uitleg is onduidelijk.

In de tweede plaats is de Hoge Raad in andere zaken erg terughoudend en gaat hij helemaal niet over tot richtlijnconforme interpretatie, hoewel daar wel aanleiding voor bestaat. Een zaak waarin de Hoge Raad bijvoorbeeld voorbij ging aan een ‘Europese’ betekenis van geïmplementeerd recht is *Delta Lloyd/Hartholt*,²² waarin de Europese achtergrond van art. 6:238 lid 2 BW niet naar voren komt. Dat gebeurde evenmin in *Consumentenbond/EnergieNed*,²³ hoewel in de conclusie van A-G Hartkamp art. 7 van Richtlijn 93/13 inzake oneerlijke bedingen wel werd genoemd. Ten slotte werd in *De Boer/TMF*²⁴ niet ingegaan op de Europese achtergrond van art. 6:194 BW, hoewel de conclusie van A-G Wuisman daar in sterke mate toe uitnodigde. Volgens A-G Wuisman heeft het Hof impliciet een maatstaf gehanteerd die overeenkomt met de maatstaf van het Hof van Justitie. De Hoge Raad volgt deze conclusie niet, en refereert niet aan de Europese achtergrond van artikel 6:194 BW, of Europese rechtspraak. In plaats daarvan volgt de Hoge Raad impliciet zijn eerdere oordeel in *Boterenbrood c.s./MeesPierson*.²⁵

Dit brengt ons op een derde punt: de Hoge Raad moet naar ons oordeel niet alleen vaker en consistenter richtlijnconform uitleggen, hij moet dat ook in sterkere mate Europees doen. Richtlijnconforme interpretatie is gebaseerd op de gedachte dat Europees recht moet doorwerken in de nationale rechtsorde met het doel van harmonisatie. Daaraan draagt niet alleen bij dat het Hof van Justitie Europees recht interpreteert, maar ook dat *nationale* rechters te rade gaan bij hoe hun collega’s elders richtlijnen interpreteren. Inspiratie daarvoor kan worden ontleend aan andere internationale instrumenten waarin het vaak is aangewezen om de regeling op uniforme wijze te interpreteren en dus kennis

19 HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652 (*Upjohn/Van Ommeren*). Vgl. HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 219 (*Du Pont/Hermans*) en HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 159 (*Koolhaas e.a./Rockwool*).

20 HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 418 (*Buyck/Van den Aemele*). Vgl. Asser/Hartkamp 3-I, 2008, nr. 145.

21 HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6 (*Assoud/SNS*).

22 HR 14 oktober 2005, *NJ* 2006, 117 (*Delta Lloyd/Hartholt*). Vgl. HR 3 oktober 2008, *NJ* 2009, 80 (*Achmea/Cobussen*).

23 HR 16 maart 1997, *NJ* 2000, 1 (*Consumentenbond/EnergieNed*), pt. 10 van de conclusie van A-G Hartkamp. Vgl. HR 22 maart 1996, *NJ* 1996, 568 (*Mediasafe*), waarin de Hoge Raad in r.o. 3.5.2 eerst naar het nationale recht kijkt en daarna naar Europese wetgeving (in die zin eveneens A-G Mok in pt. 4.3.3 in zijn conclusie voor het arrest).

24 HR 30 mei 2008, *RvdW* 2008, 565 (*De Boer/TMF*).

25 HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 888, r.o. 3.4 (*Boterenbrood c.s./MeesPierson*).

te nemen van hoe parallelle jurisdicties de regeling hebben opgevat.²⁶ Een bekend voorbeeld hiervan is art. 7 lid 1 Weens Koopverdrag dat de rechter verplicht om bij de uitleg van het verdrag rekening te houden met het internationale karakter ervan en met de noodzaak eenvormigheid in de toepassing ervan te bevorderen. De gedachte die hieraan ten grondslag ligt geldt ook bij richtlijnconforme uitleg: te rade gaan bij buitenlandse hoogste rechters bevordert de totstandkoming van een werkelijk geharmoniseerd recht. Wat de Hoge Raad recent al deed bij de uitleg van het Geneefs Chequeverdrag²⁷ en van de Hague-Visby Rules²⁸ kan ook bij de uitleg van nationaal recht conform Europese richtlijnen.

Uit het voorafgaande blijkt dat de Hoge Raad geen vaste koers vaart bij de richtlijnconforme uitleg. Dat valt te betreuren. Juist een Hoge Raad die sterker wil inzetten op zijn taken van het bevorderen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling – zoals bepleit door de Commissie Hammerstein²⁹ – zou een minder terughoudende én consistentere opstelling kunnen aannemen tegenover Europese richtlijnen.

3 DE HOGE RAAD ALS RECHTER IN EUROPA

Bekend is dat het Europese Hof van Justitie niet zelden tracht om beginselen te vinden die gemeenschappelijk zijn aan het recht van de lidstaten.³⁰ Het Hof heeft daar een goede reden voor: als het Hof Europees recht interpreteert op basis van art. 234 EG-Verdrag doet het dat om uniformiteit van interpretatie van dat recht te garanderen. Dat is zonder rechtsvergelijkend onderzoek misschien wel mogelijk (bij interpretatie van een richtlijn wordt immers vooral gekeken naar het *doel* dat er mee wordt nagestreefd), maar het Hof realiseert zich dat rechtsvergelijkend onderzoek wel degelijk nuttig is. Een pregnante formulering daarvan gaf het Hof in 1982 toen het zei:³¹

26 Vgl. A. Schwartze, 'Die Rechtsvergleichung', in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, Berlin: De Gruyter 2006, p. 88 en eerder E.H. Hondius, *Nieuwe methoden van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming in een Verenigd Europa*, rede KNAW, Amsterdam: KNAW 2000, p. 40.

27 HR 19 september 2008, NJ 2009, 51 (Windt/Truckland Zuid-Holland).

28 HR 1 februari 2008, NJ 2008, 505 (Nile Dutch Africa Lijn c.s./Delta Lloyd c.s.).

29 Zie Commissie normstellende rol van de Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008, waarover J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: Talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009, p. 1082 e.v.

30 Zie het overzicht bij J.M. Smits, 'Comparative law and European private law', in: C. Twigg-Flesner (ed.), *Cambridge Companion to EU Private Law*, Cambridge: CUP 2009 (te verschijnen).

31 HvJ EG 18 mei 1982, 155/79 (AM & S/Commissie), Jur. 1982, 1575. Recent verwees het Hof naar 'algemene beginselen van het burgerlijk recht': HvJ EG 10 april 2008, C-412/06 (Hamilton/Volksbank Filder), par. 42.

‘Het gemeenschapsrecht, dat voortkomt uit een niet slechts economische, maar ook juridische vervlechting van de lidstaten, moet rekening houden met de beginselen en begrippen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben.’

Dat heeft een algemener strekking dan art. 288 lid 2 EG-Verdrag, dat enkel voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de EG verwijst naar de ‘algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben.’ Dit betekent (helaas) niet dat het Hof vaak expliciet verwijst naar rechtsvergelijkend materiaal,³² maar zeker is dat het op de achtergrond (en vooral via de conclusies van de Advocaten-Generaal) een belangrijke rol vervult.

De vraag is of een dergelijke ‘Europese’ houding ook van de nationale rechters (en in het bijzonder van de hoogste rechters) kan worden verwacht: zou de Hoge Raad in de huidige, sterk internationaal georiënteerde, samenleving zich niet als een waarlijk Europese rechter moeten profileren en daarom, bij het uitoefenen van zijn rechtsvormende taak, in sterke mate inspiratie moeten putten uit de op het terrein van het privaatrecht inmiddels in overvloed aanwezige Europese beginselen³³ en uit buitenlands recht?

Het is niet moeilijk om vast te stellen dat de Hoge Raad dit tot nu toe slechts in zeer beperkte mate doet.³⁴ Men zou verwachten dat de publicatie van diverse sets van Europese beginselen (en vooral van de *Principles of European Contract Law*) een belangrijke impuls zou hebben gegeven aan een meer internationale stijl van redeneren, maar dit blijkt niet het geval. Dat is met name jammer omdat uit de rechtspraak van de Hoge Raad zelf blijkt hoezeer hij baat had gehad bij raadpleging van de PECL. Onder meer in gevallen waarin het ging om toerekening van wetenschap,³⁵ uitleg van de overeenkomst,³⁶ het uitoefenen van het recht op ontbinding,³⁷ de mededelingsplicht van de franchisegever³⁸ en de noodzaak van een ingebrekestelling³⁹ had de Hoge

32 Bijv. niet in de voor interpretatie van richtlijnen belangrijke zaken 4581/99 (Heininger v. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG), [2001], Jur. I-9945 en 168/00 (Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH), [2002] Jur. I-2631.

33 Naast de Principles of European Contract Law (PECL), Principles of European Tort Law (PETL), Principles of European Trust Law en Principles of European Family Law bevat ook het Ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader voor een Europees Privaatrecht beginselen en modelregels.

34 De nog altijd bekendste zaak is waarschijnlijk HR 21 mei 1943, NJ 1943, 455 (Van Kreuningen/Bessem). Zie verder het overzicht bij U. Drobnig & J. van Erp (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts*, Boston: Kluwer 1998 en recent Vranken 2009, p. 1088, die de Hoge Raad wat dit betreft in de Europese ‘achterhoede’ plaatst.

35 HR 11 november 2005, NJ 2007, 231 (Ontvanger/V.): art. 1:305 PECL.

36 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (Derksen/Homburg): art. 5:102 en 2:105 PECL.

37 HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (Mol c.s./Meijer Beheer): art. 8:103 PECL.

38 HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 (Paalman/Lampenier): de Unidroit Model Franchise Disclosure Law.

39 HR 11 januari 2002, NJ 2003, 255 (Schwarz/Gnjatovic): de PECL kennen geen verplichte ingebrekestelling.

Raad de eigen argumentatie sterker kunnen maken door te rade te gaan bij Europese of internationale beginselen.

Deze terughoudendheid moet worden bekritiseerd.⁴⁰ Er zijn twee redenen waarom het legitiem is voor de hoogste nationale rechter om inspiratie buiten het eigen rechtstelsel te zoeken.⁴¹ In de eerste plaats is er het argument dat ook de hoogste nationale rechters in Europa dienen bij te dragen aan Europese harmonisatie en dat rechtsvergelijkende inspiratie door wetgever en rechter daarbij helpt. De voormalige President van het Duitse *Bundesgerichtshof* Walter Odersky schreef terecht dat⁴² 'the national court is entitled to take note of the fact that a particular solution is conducive to the harmonisation of European law (...) It is an argument that he should use with increasing frequency as the integration of Europe proceeds.' Dit is een sterk argument: het past bij de gedachte dat Europese harmonisatie vooral *van onderop* dient te geschieden en niet op centralistische wijze moet worden ingevoerd door enige Europese of nationale wetgever.

Er is nog een tweede reden waarom het legitiem is in een nationale context naar buitenlands recht te verwijzen. Elk rechtssysteem heeft als doel om tot de beste uitkomsten te komen en het ligt voor de hand dat het ene stelsel daar beter in slaagt dan het andere. Het is dan zinvol om te rade te gaan bij elders bereikte oplossingen. Het is uiteraard dan niet buitenlands recht dat *stricto sensu* wordt toegepast, maar enkel het zoeken van een relevant *argument* en de wijze waarop dat elders is uitgewerkt dat als inspiratiebron dient.⁴³

Een voor de hand liggend argument dat tegen het hier bepleite kan worden ingebracht is dat de gewone rechter zich de luxe⁴⁴ van rechtsvergelijkende inspiratie niet kan veroorloven. Dit argument kan niet worden aanvaard. Nog afgezien van het feit dat het hier niet werkelijk gaat om een luxe – kennis nemen van ervaringen elders kan de kwaliteit van de uitspraak immers bevorderen – wordt de juistheid van dit argument gelogenstraft door de praktijk in sommige andere Europese landen.⁴⁵ Met name in zaken waarin een oplossing niet onmiddellijk uit het eigen recht volgt, blijken buitenlandse hoogste rechters regelmatig inspiratie elders te zoeken. Zo ontleenden in Duitsland zowel de hoogste civiele rechter als het *Bundesverfassungsgericht* inspiratie aan buitenlandse bronnen toen zij de vraag moesten beantwoorden of smartengeld

40 De grote Europese propagandist van meer gebruik van rechtsvergelijking door de nationale rechter is zonder twijfel Basil Markesinis. Zie bijv. B. Markesinis, 'Comparative Law in Search of an Audience', *MLR* 53 (1990), p. 1 e.v.

41 Zie voor het navolgende J.M. Smits, 'Comparative Law and its Influence on National Legal Systems', in: M. Reimann & R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: OUP 2006, p. 513 e.v.

42 W. Odersky, 'Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur', *ZEuP* 1994, p. 1 e.v.

43 Zie H.P. Glenn, 'Persuasive Authority', *McGill LJ* 32 (1997), 261 e.v. en Markesinis 1990, 1 e.v.

44 Zie N.S. Marsh, 'Comparative Law and Law Reform', *RabelsZ* 41 (1977), p. 655.

45 Zie bijv. G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (eds.), *Comparative Law before the Courts*, London 2004.

kon worden gevorderd in geval van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.⁴⁶ In de jaren '80 en '90 dienden veel hoogste rechters in Europa te oordelen over gevallen van *wrongful birth* en *wrongful life* en dat deden zij vrijwel steeds met verwijzing naar rechtspraak van hun buitenlandse collega's.⁴⁷

Het fraaiste voorbeeld biedt echter het Engelse recht. Sinds de jaren negentig – een periode die door Lord Bingham werd omschreven als 'the time when England (...) ceased to be a legal island'⁴⁸ – vertrouwen de *House of Lords* en lagere rechters regelmatig op in continentaal Europa (met name Duitsland) besliste zaken. Zo werd in *Greatorex v. Greatorex*⁴⁹ een vordering tot vergoeding van psychische schade toegewezen op basis van argumenten die aan een soortgelijke Duitse zaak waren ontleend. In *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*⁵⁰ werden de reguliere regels over causaal verband niet toegepast in een geval waarin het slachtoffer aan asbest was blootgesteld, maar niet kon bewijzen bij welke van zijn voormalige werkgevers. Naast verwijzing naar andere *common law*-jurisdicties haalde de *House of Lords* rechtspraak uit Duitsland, Noorwegen, Frankrijk en Nederland aan. Eigen onderzoek behoeft de rechter ook slechts in beperkte mate te doen: kennisname van buitenlands recht vindt doorgaans plaats door het 'filter'⁵¹ van de literatuur. Zo verwees de rechter in de *wrongful birth*-zaak *McFarlane v. Tayside Health Board*⁵² naar de continentale rechtspraak die kenbaar was uit het *Ius Commune Casebook on Tort Law*⁵³ en andere literatuur. Bovendien hebben de hoogste rechters via het 'Network of the Presidents of the Supreme Judicial Courts of the Member States of the European Union' inmiddels toegang tot databases van nationale rechtspraak.⁵⁴

Wij pleiten er voor dat de Hoge Raad het voorbeeld van zijn buitenlandse collega's volgt. Wederom geldt dat indien de Hoge Raad zich inderdaad in sterkere mate gaat richten op het bevorderen van de rechtseenheid en rechtsonwikkeling – zoals bepleit in het rapport van de Commissie Hammer-

46 BGH 5 maart 1963, BGHZ 39, 124 en BVerfG 14 februari 1973, BVerfGE 34, 269.

47 Zie het overzicht van rechtspraak bij W. van Gerven e.a. (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford: Hart 2000, p. 114 e.v.; een overzicht van rechtspraak in de common law-landen is te vinden in High Court of Australia in *Cattanach v. Melchior*, [2003] HCA 38.

48 T.H. Bingham, "'There is a World Elsewhere": the Changing Perspectives of English Law', *ICLQ* 41 (1992), p. 514. Het keerpunt is *White and Carter v. McGregor* [1962] AC 413.

49 [2000] 1 *WLR* 1970.

50 [2003] 1 *AC* 32.

51 Zie B. Grossfeld, 'Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht', *AcP* 184 (1984), p. 295.

52 2000 *SC* (HL) 1.

53 Van Gerven e.a. 2000; de verwijzing was naar een eerder (in 1998) verschenen gedeelte van dit werk.

54 Zie <<http://www.network-presidents.eu>>.

stein⁵⁵ – meer aandacht voor Europeanisering van recht daar een onlosmakelijk onderdeel van is.⁵⁶ Het argument dat de Advocaat-Generaal al verwijst naar rechtsvergelijkend materiaal gaat niet op: het is zeker waarschijnlijk dat de rechter daardoor wordt beïnvloed, maar er valt veel voor te zeggen dat dit ook expliciet blijkt.

4 TEN SLOTTE

In het voorafgaande is ingegaan op twee aspecten van de Europese rol van de Hoge Raad. Enerzijds is gezien hoe hij als gemeenschapsrechter het Nederlandse recht richtlijnconform uitlegt en anderzijds hoe hij zijn rol als rechter *in* Europa invult. Op beide vlakken zijn we kritisch. De Hoge Raad legt veel nadruk op de opvatting van de wetgever bij interpretatie van geïmplementeerd recht, maar doet dat vervolgens niet steeds op consistente wijze. Bovendien blijkt de Hoge Raad niet steeds gebruik te maken van richtlijnconforme interpretatie waar dat wel kan. Hij zou daarom meer uitleg moeten geven over welke rol richtlijnconforme interpretatie naar Nederlands recht nu precies heeft te spelen. Een actievere rol van de Hoge Raad willen wij ook bepleiten als het gaat om het ontlenen van inspiratie aan Europese beginselen en buitenlands recht: daar loopt de Hoge Raad inmiddels uit de pas met andere hoogste rechters in Europa. De Hoge Raad als Europese rechter: het mag ietsje meer zijn.

55 Commissie normstellende rol van de Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008, p. 9.

56 Zoals de Commissie zelf overigens ook bepleit (2008, p. 9-10).

7 | Spreken is zilver, verwijzen is goud?

M.V. Polak ■

1 DE DRIESPRONG ‘SPREKEN-ZWIJGEN-VERWIJZEN’

Bij de afdoening van civiele cassatieprocedures bewandelt de Hoge Raad in veel gevallen een weg die op een tweesprong uitkomt. Vanaf deze tweesprong leidt de ene weg naar een inhoudelijke motivering van het oordeel van de Hoge Raad dat de cassatieklachten wel of niet slagen, terwijl de andere weg uitmondt in een verwerping van deze klachten zonder inhoudelijke motivering – de beruchte afdoening op de voet van artikel 81 RO. In een klein, maar interessant deel van de zaken belandt de Hoge Raad niet op een tweesprong, maar op een driesprong: naast de vertrouwde mogelijkheden van ‘spreken’ dan wel ‘zwijgen’ dient zich de mogelijkheid aan de zaak ten behoeve van de beantwoording van prejudiciële vragen te verwijzen naar het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen of het Benelux-Gerechtshof. Verwijzen betekent dat de Hoge Raad een beetje spreekt – ten behoeve van de formulering van de prejudiciële vragen en verder voorzover nodig om het supranationaal college in staat te stellen de vragen te beantwoorden – maar voor het overige vooralsnog zwijgt. Eerst nadat de prejudiciële vragen zijn beantwoord, herneemt de Hoge Raad het woord, om de cassatieprocedure af te doen.

In deze bijdrage probeer ik de driesprong ‘spreken-zwijgen-verwijzen’ in kaart te brengen. Ik wil allereerst onderzoeken wat de Hoge Raad beweegt bij zijn keuze tussen de mogelijkheid om een zaak direct zelf af te doen – via spreken dan wel zwijgen – en de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen – dus de zaak te verwijzen naar een supranationaal college – alvorens de cassatieklachten te behandelen. Welk beleid voert de Hoge Raad op dit vlak? En welke andere interessante lessen leert een analyse van de ‘driespronggevallen’, met name over het belang van goede prejudiciële vragen en over de afdoening van de cassatieprocedure nadat het supranationaal college de prejudiciële vragen heeft beantwoord?

Om deze ambitieuze vraagstelling binnen het bestek van deze bijdrage te kunnen beantwoorden, perk ik mijn onderzoeksterrein drastisch in.

■ M.V. Polak is hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking aan de Universiteit Leiden en verbonden aan het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek aldaar; advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam; en lid van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht.

In de eerste plaats beperk ik mij tot driespronggevallen in cassatieprocedures die betrekking hebben op het internationaal privaatrecht (hierna 'IPR'). Zoals ik hierna uit de doeken zal doen, leidt deze beperking ertoe dat ik mij concentreer op zaken waarin regels van Europees IPR een rol spelen en de Hoge Raad wordt geconfronteerd met de vraag of het wenselijk is prejudiciële vragen over de interpretatie van deze regels voor te leggen aan het Hof van Justitie. Andere rechtsgebieden die zich lenen voor prejudiciële vraagstelling aan het Hof, blijven buiten beeld, evenals de samenwerking tussen de Hoge Raad en het Benelux-Gerechtshof.

In de tweede plaats onderzoek ik slechts de rechtspraak van de Hoge Raad vanaf 1 januari 2000. Niet toevallig betreft dit een periode waarin de communautaire regelgever zich intensief met het IPR is gaan bemoeien en diverse IPR-instrumenten tot stand heeft gebracht. Een deel van de hierna te bespreken zaken heeft dan ook betrekking op de interpretatie van deze nieuwe instrumenten.

Ik begin met een beknopte inventarisatie van de Europese IPR-instrumenten (zie paragraaf 2) en met een bespreking van de grondslag voor prejudiciële vraagstelling ten aanzien van Europese en niet-Europese IPR-instrumenten (zie paragraaf 3). Vervolgens geef ik een schematisch overzicht van de zaken waarin de Hoge Raad al dan niet prejudiciële vragen heeft gesteld (zie paragraaf 4). Met behulp van dit gesystematiseerde zakenbestand tracht ik de driespronggevallen nader te onderzoeken op een vijftal interessante punten (zie paragraaf 5). Ik sluit af met een waardering van de huidige gang van zaken (zie paragraaf 6).

2 DE EUROPESE IPR-INSTRUMENTEN

Gedurende de eerste veertig jaar van haar bestaan heeft de Europese Gemeenschap zich op tamelijk bescheiden, maar zeer succesvolle wijze ingelaten met de opstelling van IPR-regels. Deze bescheiden ambitie strookte met de beperkte grondslag voor communautaire bemoeienis met het IPR, te vinden in artikel 293 (= art. 220 oud) EG-verdrag, dat de EG-lidstaten opriep om:

'met elkaar in onderhandeling [te treden] ter verzekering, voor hun onderdanen, van [onder meer¹] de vereenvoudiging van de formaliteiten waaraan de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en scheidsrechterlijke uitspraken onderworpen zijn'.

1 Artikel 293 (= art. 220 oud) EG-verdrag vormde eveneens de grondslag voor het Verdrag betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen, Brussel, 29 februari 1968, *Trb.* 1968, 113. Dit niet in werking getreden verdrag blijft verder buiten beschouwing.

Op basis van deze bepaling is in 1968 het EEX-verdrag² tot stand gekomen, dat zowel bepalingen inzake rechterlijke bevoegdheid als voorschriften met betrekking tot de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen bevat.

Hoewel artikel 293 EG-verdrag niet rept van de eenmaking van IPR-regels die het op een grensoverschrijdende rechtsverhouding toepasselijke recht aanwijzen, hebben de EG-lidstaten zich niettemin op dit terrein begeven, hetgeen resulteerde in het in 1980 gesloten Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna 'EVO').³

Een derde IPR-verdrag dat mede op initiatief van de Europese Gemeenschap tot stand is gebracht, is het in 1988 tussen de EG-lidstaten enerzijds en de lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna 'EVA') anderzijds gesloten EVEX-verdrag,⁴ dat nagenoeg een kopie vormt van het EEX-verdrag. De EVEX-versie van 1988 zal op termijn worden vervangen door de gewijzigde EVEX-versie die in 2007 is gesloten tussen de Europese Gemeenschap, inclusief Denemarken, enerzijds en de EVA-lidstaten anderzijds.⁵

Het beeld van een bescheiden optredende communautaire IPR-regelgever is drastisch gewijzigd als gevolg van de inwerkingtreding op 1 mei 1999 van de nieuwe artikelen 61 aanhef en onder c, en 65 EG-verdrag, die de communautaire instellingen regelgevende bevoegdheid toekennen 'op het gebied van de samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen' – met andere woorden: voor nagenoeg het gehele IPR – 'voorzover nodig voor de goede werking van de interne markt'. Op basis van deze nieuwe grondslag zijn gedurende de afgelopen tien jaar liefst zestien communautaire IPR-instrumenten tot stand gekomen:

- 1 Insolventieverordening;⁶
- 2 (a) Verordening Brussel II met betrekking tot huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheid;⁷ inmiddels vervangen door

2 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Brussel, 27 september 1968, *Pb EG* 1972, L 299/32, *Trb.* 1969, 101. Zie, voor de geconsolideerde versie van het EEX-verdrag, *Pb EG* 1998, C 27/1.

3 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome, 19 juni 1980, *Pb EG* 1980, L 266/1, *Trb.* 1980, 156. Zie, voor de geconsolideerde versie van het EVO, *Pb EG* 2005, C 334/1.

4 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano, 16 september 1988, *Pb EG* 1988, L 319/9, *Trb.* 1989, 58.

5 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano, 30 oktober 2007, *Pb EG* 2007, L 339/3.

6 Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb EG* 2000, L 160/1.

7 Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, *Pb EG* 2000, L 160/19.

- (b) Verordening Brussel II-bis met betrekking tot huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheid;⁸
- 3 (a) Betekeningsverordening 2000;⁹ inmiddels vervangen door
- (b) Betekeningsverordening 2007;¹⁰
- 4 EEX-verordening;¹¹
- 5 Bewijsverordening;¹²
- 6 Richtlijn inzake rechtsbijstand bij grensoverschrijdende geschillen;¹³
- 7 Verordening inzake Europese executoriale titel (hierna 'EET-verordening');¹⁴
- 8 Richtlijn inzake schadeloosstelling van slachtoffers van misdrijven;¹⁵
- 9 Verordening inzake Europese betalingsbevelprocedure (hierna 'EBB-verordening');¹⁶
- 10 Verordening inzake Europese procedure voor geringe vorderingen;¹⁷
- 11 Verordening Rome II met betrekking tot niet-contractuele verbintenissen;¹⁸

-
- 8 Verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000, *Pb EG* 2003, L 338/1.
 - 9 Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, *Pb EG* 2000, L 160/37.
 - 10 Verordening (EG) nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken ('de betekening en de kennisgeving van stukken'), en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad, *Pb EG* 2007, L 324/79.
 - 11 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb EG* 2001, L 12/1.
 - 12 Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, *Pb EG* 2001, L 174/1.
 - 13 Richtlijn 2002/8/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot verbetering van de toegang tot de rechter bij grensoverschrijdende geschillen, door middel van gemeenschappelijke minimumvoorschriften betreffende rechtsbijstand bij die geschillen, *Pb EG* 2003, L 26/41.
 - 14 Verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, *Pb EG* 2004, L 143/15.
 - 15 Richtlijn 2004/80/EG van de Raad van 29 april 2004 betreffende de schadeloosstelling van slachtoffers van misdrijven, *Pb EG* 2004, L 261/15. Deze richtlijn vindt haar grondslag in artikel 308 EG-verdrag en niet in de artikelen 61 aanhef en onder c, en 65 EG-verdrag.
 - 16 Verordening (EG) nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure, *Pb EG* 2006, L 399/1.
 - 17 Verordening (EG) nr. 861/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, *Pb EG* 2007, L 199/1.
 - 18 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ('Rome II'), *Pb EG* 2007, L 199/40.

- 12 Richtlijn inzake bemiddeling/mediation;¹⁹
- 13 Verordening Rome I met betrekking tot contractuele verbintenissen;²⁰
- 14 Alimentatieverordening.²¹

De hiervoor genoemde pre- en post-1999 IPR-instrumenten vragen om interpretatie en toepassing in concrete gevallen. Interpretatie en toepassing van regels van IPR zijn uiteraard toevertrouwd aan de nationale rechter. Ten behoeve van de uitleg van veel – maar niet alle! – Europese IPR-instrumenten komt daar echter nog het Hof van Justitie bij. In de volgende paragraaf sta ik stil bij de bevoegdheid van het Hof om IPR-instrumenten uit te leggen.

3 DE GRONDSLAG VOOR PREJUDICIËLE VRAAGSTELLING MET BETREKKING TOT IPR-INSTRUMENTEN

3.1 Inleiding

Dat de Nederlandse rechter ten behoeve van de interpretatie van bepaalde IPR-instrumenten prejudiciële vragen mag dan wel moet voorleggen aan het Hof van Justitie, is niet vanzelfsprekend. De interpretatiebevoegdheid van het Hof ten aanzien van de hiervoor in paragraaf 2 genoemde Europese IPR-instrumenten wijkt immers af van die ten aanzien van het ‘gewone’ communautaire recht, waarop de ‘gewone’ prejudiciële procedure van artikel 234 (= art. 177 oud) EG-verdrag van toepassing is. Ik licht dit toe in paragraaf 3.2. Vervolgens ga ik in paragraaf 3.3 kort in op de mogelijkheid het Hof in te schakelen voor de interpretatie van niet-Europese IPR-instrumenten. Ten slotte bespreek ik in paragraaf 3.4 de uitzonderingen op het verplichte karakter van de prejudiciële procedure.

3.2 Prejudiciële vraagstelling met betrekking tot Europese IPR-instrumenten

De hiervoor in paragraaf 2 genoemde Europese IPR-instrumenten kennen uiteenlopende grondslagen voor de interpretatiebevoegdheid van het Hof van Justitie.

19 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *Pb EG* 2008, L 136/3.

20 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *Pb EG* 2008, L 177/6.

21 Verordening (EG) nr. 4/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen, *Pb EG* 2009, L 7/1.

Voor het EEX-verdrag van 1968 vindt de interpretatiebevoegdheid van het Hof haar grondslag in een Protocol van 1971.²² Dit in 1975 in werking getreden Protocol beperkt de mogelijkheid om prejudiciële vragen over de uitlegging van het EEX-verdrag te stellen, tot bepaalde ‘hogere’ rechtscolleges: in Nederland de Hoge Raad, de appelrechters en de rechtbank die kennis neemt van het verzet tegen het verlot tot tenuitvoerlegging (art. 2). Voor de Hoge Raad geldt een ‘vraagstellingsverplichting’ (art. 3 lid 1), voor de andere instanties een ‘vraagstellingsbevoegdheid’ (art. 3 lid 2). De mogelijkheid van prejudiciële vraagstelling door de procureur-generaal bij de Hoge Raad ‘in het belang van een uniforme interpretatie’ (art. 4) is een dode letter gebleven.

Het EVO van 1980 kent twee Protocollen waarin aan het Hof bevoegdheid tot uitleg is toegekend.²³ Hoewel de Protocollen al in 1988 tot stand zijn gekomen, heeft het tot 1 augustus 2004 geduurd alvorens zij in werking traden. Op grond van deze Protocollen is sprake van een ‘vraagstellingsbevoegdheid’, die – voor Nederland – is opengesteld voor de Hoge Raad²⁴ en andere rechterlijke instanties ‘wanneer zij in beroep uitspraak doen’ (art. 2). Daarnaast kan de procureur-generaal bij de Hoge Raad zich onder bepaalde omstandigheden tot het Hof wenden (art. 3).

Het EVEX-verdrag van 1988 ontbeert een supranationaal college dat over de eenvormige interpretatie waakt. Prejudiciële vraagstelling aan het Hof over bepalingen van het EVEX-verdrag is niet aan de orde.²⁵ Wel benadrukken het aan het EVEX-verdrag toegevoegde Protocol 2 en twee bijbehorende Verklaringen de wenselijkheid van eenvormige interpretatie van het EVEX-verdrag, waartoe wordt opgeroepen (i) dat de rechters van de EG- en EVA-lidstaten bij de toepassing en de uitlegging van het EVEX-verdrag ‘naar behoren’ rekening houden met elkaars rechtspraak over dit verdrag, (ii) dat het Hof bij de uitlegging van het EEX-verdrag ‘naar behoren’ rekening houdt met de rechtspraak

22 Protocol betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Luxemburg, 3 juni 1971, *Pb EG* 1975, L 204/28, *Trb.* 1971, 140. Zie, voor de geconsolideerde versie van het Protocol, *Pb EG* 1998, C 27/28.

23 Eerste Protocol betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, voor ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980, Brussel, 19 december 1988, *Pb EG* 1989, L 48/1, *Trb.* 1989, 49; Tweede Protocol waarbij aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bepaalde bevoegdheden worden toegekend inzake de uitlegging van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, ter ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980, Brussel, 19 december 1988, *Pb EG* 1989, L 48/17, *Trb.* 1989, 50. Zie, voor de geconsolideerde versie van de Protocollen, *Pb EG* 2005, C 334/20 en 26.

24 HvJ EG 6 oktober 2009 (C-133/08, *ICF/Balkenende c.s.*) (nog niet gepubliceerd), r.o. 21.

25 HvJ EG 7 februari 2006 (*Advies 1/03*), *Jur.* 2006, p. I-1145, r.o. 19.

over het EVEX-verdrag,²⁶ en (iii) dat de rechters van de EVA-lidstaten bij de uitlegging van het EVEX-verdrag 'naar behoren' rekening houden met de rechtspraak over het EEX-verdrag van het Hof en van de rechters van de EG-lidstaten. Volgens de Hoge Raad is het wenselijk dat de rechters van de EG-lidstaten bij de uitlegging van het EVEX-verdrag 'dienovereenkomstig zullen handelen', dat wil zeggen: naar behoren rekening houden met de rechtspraak over het EEX-verdrag van het Hof en van de rechters van de EG-lidstaten.²⁷

De EVEX-versie van 2007 is voorzien van een Protocol betreffende de eenheid in de uitlegging daarvan, dat bepaalt dat het EVEX-verdrag nieuwe stijl

'deel wordt van het Gemeenschapsrecht en dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bijgevolg bevoegd is om uitspraak te doen over de uitlegging van dit verdrag met betrekking tot de toepassing ervan door de gerechten van de lidstaten van de Europese Gemeenschap'.

De communautaire IPR-instrumenten die na 1 mei 1999 tot stand zijn gekomen, berusten op de artikelen 61 aanhef en onder c, en 65 EG-verdrag. Dit brengt mee dat de rol van het Hof bij de interpretatie van deze post-1999 instrumenten wordt ingeperkt door artikel 68 EG-verdrag. Laatstgenoemde bepaling stelt de prejudiciële procedure van artikel 234 EG-verdrag slechts open voor de beantwoording van vragen die afkomstig zijn van de 'nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep'.²⁸ Voor Nederland betekent dit dat – behoudens hier niet nader te bespreken uitzonderingen – slechts de Hoge Raad prejudiciële vragen over de post-1999 communautaire IPR-instrumenten kan stellen. Op grond van artikel 68 EG-verdrag geldt voor de Hoge Raad wel weer een 'vraagstellingsverplichting'.

3.3 Prejudiciële vraagstelling met betrekking tot andere IPR-instrumenten

Ook andere dan de hiervoor in paragraaf 2 genoemde Europese IPR-instrumenten kunnen onder omstandigheden voorwerp zijn van prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie.

26 HvJ EG 2 april 2009 (C-394/07, *Gambazzi/DaimlerChrysler c.s.*), *RvdW* 2009, 827, r.o. 36: de verplichting om bij de uitlegging van het EEX-verdrag naar behoren rekening te houden met de rechtspraak over het EVEX-verdrag strekt zich niet alleen uit tot het Hof van Justitie, maar ook tot de nationale rechter.

27 HR 21 juni 2002 (*Spray Network/Telenor Venture c.s.*), *NJ* 2002, 563 (PV), *AA* 2003, p. 118 (MVP), r.o. 3.3. In deze zaak behartigde ik in cassatie de belangen van *Spray Network*.

28 Zie, over deze inperking door artikel 68 EG-verdrag, HvJ EG 25 juni 2009 (C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort*), *RvdW* 2009, 1078, r.o. 24-42.

Op grond van vaste rechtspraak acht het Hof zich bevoegd om uitleg te geven aan bepalingen van een nationale regeling, indien deze zich voor haar oplossingen in niet door het communautaire recht bestreken gevallen conformeert aan de in het gemeenschapsrecht gekozen oplossingen.²⁹ Niet voldoende is dat het nationale recht is gemodelleerd naar het gemeenschapsrecht en de bewoordingen daarvan gedeeltelijk overneemt.³⁰ Een en ander betekent dat de Hoge Raad het Hof prejudiciële vragen kan stellen over de interpretatie van de Verordening Brussel II-bis met betrekking tot huwelijkszaken, ook indien dit instrument in een concreet geval niet rechtstreeks toepasselijk is, maar op grond van de verwijzing daarnaar in artikel 4 lid 1 Rv van overeenkomstige toepassing is. Prejudiciële vraagstelling is ook denkbaar, indien de wet bepaalt – zoals in het voorgestelde artikel 10:159 BW³¹ geschiedt – dat de conflictregels van de Verordening Rome II van overeenkomstige toepassing zijn op verbintenissen ‘die buiten de werkingssfeer van de verordening “Rome II” en de terzake geldende verdragen vallen en die als onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt’. En wellicht is het Hof zelfs bereid zich te buigen over de uitleg van de artikelen 6 aanhef en onder a, 6a en 6 aanhef en onder e Rv, nu de wetgever de tekst daarvan vrijwel letterlijk heeft overgenomen van artikel 5 aanhef en onder 1 respectievelijk onder 3 EEX-verordening.³² Prejudiciële vraagstelling over een dergelijke ‘gemeenschapsrechtconforme’, maar in wezen nationaal-Nederlandse IPR-bepaling heeft zich overigens nog niet voorgedaan.

Er bestaat op dit moment nog geen duidelijkheid over de bevoegdheid van het Hof tot interpretatie van bepalingen van niet-Europese verdragen. Eind 2008 heeft de Hoge Raad in *TNT/AXA*³³ het Hof expliciet de vraag voorgelegd of het zich bevoegd acht om zich te buigen over de uitleg van artikel 31 CMR,³⁴ in een geval waarin de regeling inzake erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen van dit verdrag samenliep met die van de EEX-verordening. Daarbij wees de Hoge Raad op het precedent van de *Hermès-*

29 HvJ EG 11 december 2007 (C-280/06, *Autorità Garante/ETI c.s.*), *Jur.* 2007, p. I-10893, *NJ* 2008, 161 (MRM), r.o. 21-22.

30 HvJ EG 14 december 2006 (C-217/05, *Confederación/CEPSA*), *Jur.* 2006, p. I-11987, *NJ* 2007, 444, r.o. 21, op dit punt onderscheid makend met HvJ EG 28 maart 1995 (C-346/93, *Kleinwort Benson/City of Glasgow District Council*), *Jur.* 1995, p. I-615.

31 Zie, voor het wetsvoorstel Vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek), *Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 1-4.

32 Zie M.V. Polak, ‘Inspiration From Above: Making and Interpreting Dutch Law on Jurisdiction in Civil and Commercial Matters in Light of European Law’, in H. Snijders and S. Vogenauer (Eds.), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Munich: Sellier. European Law Publishers 2009, p. 124-127.

33 HR 28 november 2008 (*TNT/AXA*), *NJ* 2008, 623, r.o. 3.6.

34 Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR), Genève, 19 mei 1956, *Trb.* 1957, 84.

uitspraak,³⁵ waarin het Hof zich bevoegd achtte artikel 50 TRIPS-verdrag³⁶ uit te leggen.

3.4 Uitzonderingen op het verplichte karakter van de prejudiciële procedure

Het bestaan van een grondslag voor interpretatiebevoegdheid van het Hof van Justitie is een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde voor prejudiciële vraagstelling. De nationale rechter is niet onder alle omstandigheden gehouden gebruik te maken van de prejudiciële procedure, zelfs niet indien sprake is van een 'vraagstellingsverplichting', zoals hiervoor in paragraaf 3.2 enkele malen aan de orde kwam. In de *Cilfit*-uitspraak³⁷ heeft het Hof het verplichte karakter van de prejudiciële procedure in vier opzichten afgezwakt. In de eerste plaats beslist de nationale rechter zelfstandig en, zo nodig, ambtshalve over de wenselijkheid van prejudiciële vraagstelling, zonder daarbij te zijn gebonden aan de standpunten van de procespartijen (r.o. 9). Vervolgens kan de nationale rechter tot het oordeel komen dat een door een procespartij opgeworpen vraag van gemeenschapsrecht 'niet ter zake dienend is, dat wil zeggen wanneer het antwoord erop, hoe het ook luidt, geen invloed kan hebben op de oplossing van het geschil' (r.o. 10). Prejudiciële vraagstelling kan ook achterwege blijven indien de betrokken bepaling van Europees recht reeds door het Hof is uitgelegd: de zogenaamde *acte éclairé* (r.o. 13-15). Ten slotte kan – aldus het Hof – 'de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident zijn, dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost': de zogenaamde *acte clair* (r.o. 16). Alvorens te concluderen dat sprake is van een *acte clair* dient de nationale rechter rekening te houden met 'de eigen kenmerken van het gemeenschapsrecht, de bijzondere moeilijkheden bij de uitlegging ervan en het gevaar van uiteenlopende rechtspraak binnen de Gemeenschap' (r.o. 21).

4 DE RECHTSPRAAK VAN DE HOGE RAAD

Tussen 1 januari 2000 en 1 oktober 2009 heeft de Hoge Raad zich gebogen over een groot aantal zaken waarin (i) regels van Europees IPR – in zekere mate – een rol speelden, en (ii) zich de vraag liet stellen – vaak louter in

35 HvJ EG 16 juni 1998 (C-53/96, *Hermès/FHT*), *Jur.* 1998, p. I-3603, *NJ* 1999, 240 (DWFV, HJS en EAA), r.o. 22-33.

36 Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPS), Marrakesh, 15 april 1994, *Pb EG* 1994, L 336/1, *Trb.* 1994, 235, en 1995, 130.

37 HvJ EG 6 oktober 1982 (283/81, *Cilfit c.s./Ministerie van Volksgezondheid c.s.*), *Jur.* 1982, p. 3415, *NJ* 1983, 55, *AA* 1983, p. 320 (HGS).

theorie – of het wenselijk is het Hof van Justitie in te schakelen. Op basis van een tamelijk grove selectiemethode³⁸ – dus zonder pretentie van volledigheid – kom ik uit op ruim vijftig zaken. Dit zakenbestand laat zich als volgt vierendelen.

Tabel I bestrijkt de tien cassatieprocedures waarin de Hoge Raad, conform de conclusie van het parket, prejudiciële vragen heeft voorgelegd aan het Hof. Daarbij zijn de tien zaken gegroepeerd aan de hand van het IPR-instrument dat in de prejudiciële vraagstelling centraal stond. Vervolgens worden van elke zaak weergegeven: (i) de namen van de procespartijen, (ii) het arrest of de beschikking van de Hoge Raad waarin de prejudiciële vraagstelling is verrat, (iii) de uitspraak van het Hof – voor zover op 1 oktober 2009 reeds gewezen – naar aanleiding van de prejudiciële vraagstelling, en (iv) het arrest of de beschikking van de Hoge Raad waarin de cassatieprocedure is afgedaan. Ten slotte tracht ik de transparantie te bevorderen door in de voetnoten aan te geven bij welke zaken ik als advocaat betrokken ben geweest.

Tabel I: Prejudiciële vraagstelling, conform conclusie parket

Zaak	Vraagstelling Hoge Raad	Beantwoording Hof van Justitie	Afdoening Hoge Raad
EEX-verdrag			
<i>Weber/UOS</i>	4 februari 2000 NJ 2005, 335 (ThMdB)	27 februari 2002 (C-37/00) <i>Jur.</i> 2002, p. I-2013 NJ 2005, 336 (ThMdB)	31 januari 2003 NJ 2005, 337 (ThMdB)
<i>Van der Plas/Guis</i>	2 maart 2001 NJ 2003, 240 (PV)	28 mei 2001 (C-105/01) [zaak doorgehaald] <i>Pb EG</i> 2001, C 289/21	-
<i>PFA/Staat</i>	18 mei 2001 NJ 2005, 64 (PV)	15 mei 2003 (C-266/01) <i>Jur.</i> 2003, p. I-4867 NJ 2005, 65 (PV) <i>AA</i> 2003, p. 676 (MVP)	17 februari 2006 NJ 2008, 622 (PV)
<i>Roche c.s./Primus c.s.</i>	19 december 2003 NJ 2008, 75 (PV)	13 juli 2006 (C-539/03) <i>Jur.</i> 2006, p. I-6535 NJ 2008, 76 (PV)	30 november 2007 NJ 2008, 77 (PV)

38 De digitale jaargangen 2000-2009 van de *Nederlandse Jurisprudentie* en de *Rechtspraak van de Week* zijn onderzocht aan de hand van een lijst van in het IPR gebruikelijke trefwoorden, zoals 'betekening', 'bevoegdheid', 'erkenning', 'tenuitvoerlegging' en 'toepasselijk recht'.

Zaak	Vraagstelling Hoge Raad	Beantwoording Hof van Justitie	Afdoening Hoge Raad
EEX-verordening			
<i>Zuid-Chemie/Philippo's</i> ³⁹	4 april 2008 NJ 2008, 202	16 juli 2009 (C-189/08) <i>RvdW</i> 2009, 1085	
<i>TNT/AXA</i>	28 november 2008 NJ 2008, 623	zaak C-533/08 [nog geen uitspraak] <i>Pb EG</i> 2009, C 44/32	
<i>KLG/Zeuner</i> ⁴⁰	28 november 2008 NJ 2008, 624	18 februari 2009 (C-534/08) [zaak doorgehaald] <i>Pb EG</i> 2009, C 220/31	–
EVO			
<i>ICF/Balkenende c.s.</i>	28 maart 2008 NJ 2008, 191	6 oktober 2009 (C-133/08) (nog niet gepubliceerd)	
Insolventieverordening			
<i>German Graphics/Van der Schee q.q.</i>	20 juni 2008 NJ 2008, 354	10 september 2009 (C-292/08) (nog niet gepubliceerd)	
Betekenisverordening 2000			
<i>Leffler/Berlin Chemie</i>	17 oktober 2003 NJ 2004, 267	8 november 2005 (C-443/03) <i>Jur.</i> 2005, p. I-9611 NJ 2009, 66 (PV) <i>AA</i> 2006, p. 57 (MVP)	23 februari 2007 NJ 2009, 67 (PV)

Tabel II bevat drie zaken waarin de Hoge Raad géén prejudiciële vragen heeft gesteld, hoewel de conclusie van het parket wél daartoe strekte. In deze gevallen heeft de Hoge Raad ervoor gekozen de cassatieprocedure direct zelf af te doen.

39 In deze zaak behartigde ik in cassatie en in de prejudiciële procedure de belangen van Philippo's.

40 In deze zaak behartigde ik in cassatie de belangen van Zeuner.

Tabel II: Geen prejudiciële vraagstelling, ondanks daartoe strekkende conclusie parket

Zaak	Uitspraak Hoge Raad
EEX-verdrag	
<i>Bus/Chemconserve c.s.</i>	21 september 2001, NJ 2002, 254 (ThMdB)
<i>Otten/Sparkasse Bonn</i>	7 mei 2004, NJ 2004, 362, AA 2004, p. 647 (MVP)
Betekendingsverordening 2000	
<i>Ontvanger/Stokoe</i> ⁴¹	8 april 2005, NJ 2005, 347 (PV)

De tabellen III en IV geven een overzicht van de zaken waarin de Hoge Raad, in lijn met de conclusie van het parket, geen aanleiding zag om gebruik te maken van een in beginsel bestaande mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen en – evenals in de zaken van tabel II – de cassatieklachten direct zelf in behandeling heeft genomen. Tabel III bevat de zaken waarin de Hoge Raad zijn oordeel over de gegrondheid of de ongegrondheid van de cassatieklachten inhoudelijk heeft gemotiveerd; tabel IV bevat de zaken waarin het cassatieberoep op de voet van artikel 81 RO is verworpen.

Tabel III: Geen prejudiciële vraagstelling, conform conclusie parket

Zaak	Uitspraak Hoge Raad
EEX-verdrag	
<i>Cogenius/ Schothorst</i>	9 februari 2001, NJ 2001, 290 (PV)
<i>Janssen/Villaggio di Sunclass Tignale</i> ⁴²	5 oktober 2001, NJ 2003, 266 (PV)
<i>W/A</i>	7 december 2001, NJ 2002, 539 (PV)
<i>Spectra/Ziegler</i>	3 mei 2002, NJ 2005, 39 (PV)
<i>Siplast/Delbouw</i>	20 september 2002, NJ 2005, 40 (PV)
<i>Strickling/Driessen</i>	11 juli 2003, NJ 2005, 311 (PV)
<i>Lambrecht/P&H</i>	24 oktober 2003, NJ 2004, 652 (ThMdB), AA 2004, p. 52 (MVP)
<i>Frans Maas c.s./Petermann I</i>	6 februari 2004, NJ 2005, 403 (PV)
<i>IDAT/G</i> ⁴³	12 maart 2004, NJ 2004, 284 (PV)
<i>Philips/Postech c.s.</i>	19 maart 2004, NJ 2007, 585 (PV)
<i>Masselink/DPS</i>	9 juli 2004, NJ 2004, 621

41 In deze zaak behartigde ik in cassatie de belangen van de Ontvanger.

42 In deze zaak behartigde ik in cassatie de belangen van Villaggio di Sunclass Tignale.

43 In deze zaak behartigde ik in cassatie de belangen van G.

Zaak	Uitspraak Hoge Raad
EEX-verordening	
<i>B&N c.s./Westereems</i> ⁴⁴	29 september 2006, NJ 2007, 393 (KFH)
<i>Makro c.s./Diesel</i> ⁴⁵	11 juli 2008, NJ 2008, 417
<i>Realchemie/Agrar</i>	7 november 2008, NJ 2008, 579
<i>PwC/Dax</i>	11 september 2009, NJ 2009, 419
EVO	
<i>DIO/IMS</i>	28 januari 2005, NJ 2006, 469 (ThMdB)
<i>Vergo/Grootscholten</i>	28 januari 2005, NJ 2006, 517 (ThMdB)
<i>James Town/Dynamo Trust</i>	29 april 2005, NJ 2006, 479 (ThMdB)
<i>Baros/Embrica</i>	17 oktober 2008, RvdW 2008, 955
Insolventieverordening	
<i>V/Fortis</i>	9 januari 2004, NJ 2006, 308 (PV)
Verordening Brussel II	
<i>D/R</i>	15 februari 2002, NJ 2003, 371 (PV)
Verordening Brussel II-bis	
<i>X/Raad voor de Kinderbescherming</i>	27 april 2007, NJ 2008, 546 (ThMdB)
<i>X/Y</i>	19 oktober 2007, NJ 2008, 51 (SFMW)
Betekenningsverordening 2000	
<i>Oerlemans/Kools c.s.</i>	17 januari 2003, NJ 2003, 113 (PV)
<i>Herdera/Verelle</i>	25 juni 2004, NJ 2004, 451
<i>Ontvanger/Westera</i>	28 januari 2005, NJ 2005, 132
<i>Calander c.s./ Buhmann c.s.</i>	22 december 2006, NJ 2007, 24
<i>Magnus/Octopus</i>	30 mei 2008, NJ 2009, 70 (PV)
<i>Snellink q.q./Safran</i>	30 mei 2008, RvdW 2008, 573
<i>X/Y</i>	10 juli 2009, NJ 2009, 359

44 In deze zaak behartigde ik in cassatie de belangen van Westereems.

45 In *Makro c.s./Diesel* heeft de Hoge Raad, conform de conclusie, prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof, maar deze betroffen niet het IPR; de Hoge Raad heeft de vragen met betrekking tot de EEX-verordening, conform de conclusie, zelf afgedaan. Zie, voor de uitspraak van het Hof, HvJ EG 15 oktober 2009 (C-324/08, *Makro c.s./Diesel*) (nog niet gepubliceerd).

Tabel IV: Geen prejudiciële vraagstelling, conform conclusie parket en verwerping van het cassatieberoep op de voet van artikel 81 RO

Zaak	Uitspraak Hoge Raad
EEX-verdrag	
<i>Aquvex/Likom</i>	10 november 2006, <i>RvdW</i> 2006, 1066
<i>Frans Maas c.s./Petermann II</i>	9 februari 2007, <i>RvdW</i> 2007, 190
EEX-verordening	
<i>X/Y</i>	3 maart 2006, <i>RvdW</i> 2006, 242
<i>X/Aerts q.q.</i>	9 maart 2007, <i>RvdW</i> 2007, 279
<i>X/Fundusz</i>	21 maart 2008, <i>RvdW</i> 2008, 342
<i>Pentamedia/New Skies</i>	16 mei 2008, <i>RvdW</i> 2008, 525
<i>X/Y</i>	27 juni 2008, <i>RvdW</i> 2008, 689
Verordening Brussel II	
<i>X/Y</i>	1 september 2006, <i>RvdW</i> 2006, 769
<i>X/Y</i>	16 maart 2007, <i>RvdW</i> 2007, 311
Verordening Brussel II-bis	
<i>X/Y</i>	7 december 2007, <i>RvdW</i> 2007, 1047
<i>X/Centrale Autoriteit</i>	8 mei 2009, <i>RvdW</i> 2009, 615

Hierna duid ik de zaken van de tabellen I-IV telkens aan met de partijnamen en laat ik verdere gegevens onvermeld.

5 DE DRIESPRONGGEVALLEN NADER ONDERZOCHT

5.1 Inleiding

De driespronggevallen van de tabellen I-IV laten zich op tal van manieren onderzoeken. Ik begin met een algemene analyse van de tabellen I-IV (zie paragraaf 5.2). Vervolgens ga ik kort in op het gebruik van artikel 81 RO in de zaken van tabel IV (zie paragraaf 5.3). Daarna tracht ik aan de hand van enkele interessante driespronggevallen van de tabellen I, II en III het verwijzingsbeleid van de Hoge Raad te reconstrueren (zie paragraaf 5.4). Ten slotte lenen de zaken van tabel I zich voor een bespreking van het belang van goede prejudiciële vragen (zie paragraaf 5.5) en van de problematiek van de afdoening van de cassatieprocedure op basis van de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie (zie paragraaf 5.6).

5.2 Algemene analyse van de tabellen I-IV

Bestudering van de vier tabellen in onderling verband leert in de eerste plaats dat op een totaal van ruim vijftig cassatieprocedures over een tijdsbestek van bijna tien jaar (de zaken van de tabellen I, II, III en IV), de Hoge Raad in tien gevallen prejudiciële vragen heeft gesteld (de zaken van tabel I), terwijl het parket in dertien gevallen prejudiciële vraagstelling had gesuggereerd (de zaken van de tabellen I en II). Met andere woorden: een verwijzing naar het Hof van Justitie is slechts in circa 25% van de zaken een reële optie. In de overige 75% van de zaken (de zaken van de tabellen III en IV) menen raad en parket eendrachtig dat er geen rol is weggelegd voor Luxemburg, van welke zaken vervolgens nog weer een kwart op de voet van artikel 81 RO wordt afgedaan (de zaken van tabel IV). Prejudiciële vraagstelling is dus een uitzonderlijk fenomeen, ook in zaken waarin Europees IPR een rol speelt.

De vier tabellen leren voorts dat vier IPR-instrumenten – het EEX-verdrag, de EEX-verordening, het EVO en de Betekeningsverordening – daarin frequent figureren, terwijl andere IPR-instrumenten in elke tabel schitteren door afwezigheid. Het eerste fenomeen doet vermoeden dat de bepalingen van de vier frequent toegepaste Europese IPR-regimes niet sterk van elkaar afwijken voor wat hun ‘*acte-clair-gehalte*’ betreft: kennelijk steken zij zo in elkaar dat zij – in min of meer gelijke mate – de Hoge Raad af en toe dwingen tot het stellen van prejudiciële vragen en zich voor het overige lenen voor toepassing zonder inschakeling van het Hof. Met andere woorden: geen van deze IPR-instrumenten springt eruit als een wonder van juridische eenvoud dan wel als het spreekwoordelijke juridische doolhof. Het tweede fenomeen kan voor een belangrijk deel worden verklaard door de betrekkelijk recente inwerkingtreding van veel IPR-instrumenten, waardoor daarop betrekking hebbende zaken de Hoge Raad nog niet (kunnen) hebben bereikt. Bovendien betreffen sommige regimes, zoals de Bewijsverordening, materies die slechts in weinig zaken een rol spelen.

Een opvallende uitbijter in de tabellen I, II en III is de Betekeningsverordening, die eenmaal – in *Leffler/Berlin Chemie* – tot prejudiciële vraagstelling heeft geleid, maar in acht procedures (de zaken van de tabellen II en III), door de Hoge Raad zelf is uitgelegd. Daarbij past dan echter de kanttekening dat *Herdera/Verelle* en *Calander c.s./Buhrmann c.s.* betrekking hadden op dezelfde vraag die de Hoge Raad in *Oerlemans/Kools c.s.* al op eigen houtje had beantwoord, te weten of de niet-inachtneming van de voorschriften van de Betekeningsverordening in de weg staat aan verstekverlening tegen de niet in de cassatieprocedure verschenen buitenlandse verweerder. Voorts kon de Hoge Raad in *Ontvanger/Westera* de kwestie van de toepasselijkheid van de Betekeningsverordening op een door de Ontvanger ingestelde cassatieprocedure laten rusten, wetende dat deze vraag kort nadien in *Ontvanger/Stokoe* alsnog aan de orde zou komen. En ten slotte betroffen *Magnus/Octopus* en *Snellink q.q./Safran* eveneens dezelfde vraag, te weten of de verschijning van de buitenland-

se verweerder in de rechtsmiddelpprocedure meebrengt dat geen sancties zijn verbonden aan de niet-inachtneming van de voorschriften van de Betekeningsverordening. Kortom: in de zaken met betrekking tot de Betekeningsverordening schuilen veel dubbelgangers.

Ten slotte valt op dat de Verordeningen Brussel II en II-bis louter in de tabellen III en IV voorkomen. Ook hier past echter een kanttekening. Zo werd in *D/R* (tabel III) en in *X/Y* van 7 december 2007 (tabel IV) geklaagd over schending van een van deze IPR-instrumenten, terwijl de niet-toepasselijkheid daarvan in het voorliggende geval evident was. Voor prejudiciële vraagstelling bestond dan uiteraard geen aanleiding. Dit fenomeen brengt mij bij de zaken van tabel IV, waarin de Hoge Raad het cassatieberoep verwierp op de voet van artikel 81 RO.

5.3 Het gebruik van artikel 81 RO

Veel juristen is het bestaan van artikel 81 RO een gruwel. Hoe kan een hoogste rechtscollege een partij die cassatieberoep heeft ingesteld, heenzenden zonder haar uit te leggen waarom het beroep ongegrond is? En als de beschikbaarheid van dit paardenmiddel al aanvaardbaar wordt geacht, menen velen dat de Hoge Raad het te vaak uit de kast haalt, door te zwijgen in zaken waarin zwijgen niet op zijn plaats is.

De cassatieprocedures van tabel IV bevestigen niet het beeld van een Hoge Raad die te vaak zwijgt. In sommige zaken waren de rechtsklachten evident ongegrond, bijvoorbeeld omdat een ten tonele gevoerde IPR-regel onmiskenbaar niet relevant was voor het voorliggende geschilpunt. Zo werd in *X/Aerts q.q.* in cassatie geklaagd over schending van artikel 5 aanhef en onder 3 EEX-verordening, terwijl de bevoegdheid van de Nederlandse rechter berustte op artikel 2 Rv; en in *X/Fundusz* werd op evident ontoereikende gronden de EEX-verordening in stelling gebracht, waar het EVEX-verdrag van toepassing was. De motiveringsklachten in deze en andere zaken laten zich uiteraard niet goed beoordelen zonder bestudering van de processtukken, maar lijken dikwijls erop gericht de Hoge Raad als derde instantie de feiten opnieuw te laten beoordelen. Ik vind het niet verbazingwekkend – laat staan verwerpelijk – dat een overbelast rechtscollege ervoor kiest dergelijke klachten zonder inhoudelijke motivering te verwerpen.

5.4 Het verwijzingsbeleid van de Hoge Raad

De tabellen I-IV laten zien dat raad en parket vrijwel steeds op één lijn zitten voor wat de wijze van behandeling van driespronggevallen betreft. Prejudiciële vraagstelling door de Hoge Raad werd steeds voorafgegaan door een daartoe strekkende conclusie van het parket (de zaken van tabel I), terwijl het directe

spreken dan wel zwijgen van de Hoge Raad eveneens strookte met de voorafgaande conclusie (de zaken van tabel III respectievelijk tabel IV). Slechts in drie gevallen week de Hoge Raad af van een conclusie die strekte tot het stellen van prejudiciële vragen, en koos ervoor de zaak meteen zelf af te doen (de zaken van tabel II). Deze drie zaken verdienen uiteraard nadere aandacht, omdat zij mogelijk licht werpen op het beleid van de Hoge Raad rond het gebruik van de prejudiciële procedure. Ik betrek echter ook enkele andere interessante gevallen in mijn analyse.

In de driespronggevallen waarin het tot prejudiciële vraagstelling is gekomen (de zaken van tabel I), kwam in cassatie telkens beslissende betekenis toe aan een bepaling van een Europees IPR-instrument, terwijl deze bepaling noch als *acte éclairé* noch als *acte clair* kon worden beschouwd. De eenstemmigheid van raad en parket ten aanzien van de wenselijkheid van verwijzing naar het Hof van Justitie verbaast in deze gevallen dan ook niet.

Van divergentie tussen raad en parket kan overigens wel sprake zijn op detailniveau. Zo meende A-G Strikwerda in zijn conclusie voor *KLG/Zeuner* dat een bepaalde vraag van uitleg van artikel 34 aanhef en onder 3 EEX-verordening niet aan het Hof behoefde te worden voorgelegd (conclusie, paragraaf 19-20), maar nam de Hoge Raad deze vraag wel op in zijn prejudiciële vraagstelling aan het Hof, omdat het antwoord daarop niet 'buiten redelijke twijfel' uit de EEX-bepaling viel af te leiden (r.o. 3.3.7; zie tevens r.o. 5, vraag 3 (ii)). Indien prejudiciële vraagstelling onontkoombaar is, dan liever te veel dan te weinig vragen – is hier misschien de leidende gedachte van de Hoge Raad geweest.

Anderzijds stelde de Hoge Raad in *Zuid-Chemie/Philippo's*, in het kader van het principaal cassatieberoep, prejudiciële vragen over artikel 5 aanhef en onder 3 EEX-verordening, maar liet hij deze niet vergezeld gaan van vragen over de Betekeningsverordening, hoewel laatstgenoemd IPR-instrument relevant was in het kader van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep (r.o. 5 en 6). Een en ander strookte met de conclusie van A-G Strikwerda (conclusie, paragraaf 24-25). Wellicht was voor de Hoge Raad van belang dat hij acht weken na zijn uitspraak in *Zuid-Chemie/Philippo's* over dezelfde kwestie met betrekking tot de Betekeningsverordening arrest zou wijzen in *Magnus/Octopus* en *Snellink q.q./Safran*, twee zaken van tabel III, waarin prejudiciële vragen achterwege bleven.

Dan kom ik toe aan de drie driespronggevallen waarin de Hoge Raad is afgeweken van de conclusie van het parket en geen prejudiciële vragen heeft gesteld (de zaken van tabel II).

In *Bus/Chemconserve c.s.* concludeerde A-G Strikwerda tot prejudiciële vraagstelling, onder meer over de vraag of een vordering tot schadevergoeding wegens het afbreken van contractsonderhandelingen, voor de toepassing van artikel 5 EEX-verdrag moet worden gekwalificeerd als een contractueel dan

wel als een delictueel geschil (conclusie, paragraaf 9-16). De Hoge Raad nam deze suggestie niet over en verwierp het cassatieberoep. Daarbij benadrukte de Hoge Raad dat de appelrechter en eiseres tot cassatie ervan waren uitgegaan dat de gelaedeerde een delictuele vordering had ingesteld (r.o. 3.3). Misschien is dit een aanwijzing dat de Hoge Raad zich niet vrij achtte de kwalificatiekwestie buiten het cassatiemiddel om aan het Hof voor te leggen.⁴⁶

De zaak *Otten/Sparkasse Bonn* betrof de vraag of de wisselbepaling van artikel 69 Rv kon worden toegepast in het kader van de exequaturprocedure van het EEX-verdrag, teneinde het verzuim te herstellen dat het verzet tegen het verlot tot tenuitvoerlegging bij verzoekschrift in plaats van bij dagvaarding was ingesteld. A-G Strikwerda signaleerde hier een vraag van uitlegging van artikel 37 EEX-verdrag (conclusie, paragraaf 13),

‘waarvan m.i. niet kan worden gezegd dat er redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan hoe deze moet worden beantwoord.’

De Hoge Raad, daarentegen, zag geen reden voor prejudiciële vraagstelling, omdat de vraag of het EEX-verdrag toepassing van de wisselbepaling toelaat (r.o. 3.5.1),

‘naar redelijkerwijze niet voor twijfel vatbaar is, bevestigend [moet] worden beantwoord.’

Overigens getroostte de Hoge Raad zich er vervolgens veel moeite voor om – mede aan de hand van een analyse van de rechtspraak van het Hof – uit te leggen waarom toepassing van de wisselbepaling niet onverenigbaar is met de exequaturprocedure van het EEX-verdrag (r.o. 3.5.2-3.5.5).

In *Ontvanger/Stokoe* diende de Hoge Raad te oordelen over de vraag of de Betekeningsverordening van toepassing was op een dagvaarding waarmee de Ontvanger de in het Verenigd Koninkrijk wonende Stokoe in cassatie had gedagvaard. Daarbij deed zich de complicatie voor dat de Ontvanger in deze zaak primair op grond van een bepaling in de Invorderingswet en subsidiair op basis van onrechtmatige daad ageerde. A-G Strikwerda meende dat geen sprake was van een *acte clair* en concludeerde tot het stellen van prejudiciële vragen (conclusie, paragraaf 18). De Hoge Raad kende minder aarzeling (r.o. 2.6):

‘In deze zaak bestaat ... geen grond voor het stellen van prejudiciële vragen.’

46 Zie M.V. Polak, ‘De Juiste Visie?’, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2005, p. 1123-1124 (bijdrage voor rubriek De Redactie Privaat). Zie, voor een reactie, J.K. Franx, “‘Verstaat gij wat gij leest?’ (Hand. 8:31)”, *NIPR* 2007, p. 2.

In de visie van de Hoge Raad kon geen twijfel erover bestaan dat de subsidiaire vordering uit onrechtmatige daad binnen de reikwijdte van de Betekeningsverordening viel (r.o. 2.3) en was – ‘naar redelijkerwijs niet valt te betwijfelen’ – onder de omstandigheden van het geval geen plaats voor afsplitsing van de primaire vordering, waarmee deze buiten het toepassingsgebied van dit instrument zou vallen (r.o. 2.6). De Ontvanger had de cassatiedagvaarding daarom zowel voor de primaire als voor de subsidiaire vordering op de voet van de Betekeningsverordening moeten laten uitbrengen. Nu dit niet was gebeurd – in dit ‘proefcassatieproces’ was dit opzettelijk nagelaten – weigerde de Hoge Raad het gevraagde verstek en verstond dat de instantie was geëindigd. Daarbij hield de Hoge Raad uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat in andere gevallen van splitsing van samengestelde vorderingen wél prejudiciële vragen zouden worden gesteld (r.o. 2.5).

Deze drie zaken laten zien dat de Hoge Raad de divergentie ten opzichte van de conclusie van het parket niet steeds expliciet motiveert, maar wel nauwgezet onderzoekt of prejudiciële vraagstelling achterwege kan blijven. Naar het zich laat aanzien, greep de Hoge Raad in *Bus/Chemconserve c.s.* en in *Ontvanger/Stokoe* de specifieke procesconstellatie in cassatie aan om de centraal staande argumenten direct op hun merites te beoordelen en af te zien van prejudiciële vraagstelling. In *Otten/Sparkasse Bonn* meende de Hoge Raad dat de rechtspraak van het Hof de raad voldoende houvast bood om de in cassatie voorliggende uitleggingsvraag zelf te beantwoorden.

Ten slotte is er de categorie driespronggevallen waarin de Hoge Raad, conform de conclusie van het parket, geen prejudiciële vragen heeft gesteld (de zaken van tabel III). Ik licht hier twee zaken uit.

In *Oerlemans/Kools c.s.* diende de Hoge Raad voor het eerst te beslissen over de vraag of de Betekeningsverordening van toepassing was op de betekening van een cassatiedagvaarding en, zo ja, of de niet-inachtneming van de voorschriften van dit instrument in de weg stond aan verstekverlening tegen de in het buitenland wonende verweerder. Waar A-G Keus nog aarzelde over het stellen van prejudiciële vragen (conclusie, paragraaf 4.6), hakte de Hoge Raad zelf de knoop door, zonder zich expliciet uit te laten over de wenselijkheid van verwijzing naar Luxemburg (r.o. 2.2-2.8). Wellicht wilde de Hoge Raad de in de praktijk ontstane rechtsonzekerheid rond de toepassing van de Betekeningsverordening zo snel mogelijk uit de weg te ruimen en pleitte dit tegen prejudiciële vraagstelling.

In *Baros/Embrica* betrof een van de klachten in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep de toepassing van artikel 4 lid 5 EVO. A-G Huydecoper signaleerde dat de Hoge Raad enkele maanden eerder in *ICF/Balkenende c.s.* prejudiciële vragen had gesteld over de interpretatie van, onder meer, artikel 4 lid 5 EVO, en bij die gelegenheid het Hof had gevraagd zich uit te spreken over de restrictieve interpretatie van deze bepaling, zoals deze door de Hoge Raad

in het *Balenpers*-arrest⁴⁷ van 1992 was ontwikkeld. De advocaat-generaal meende echter dat in *Baros/Embrica* geen aanleiding bestond voor prejudiciële vraagstelling: het oordeel van de appelrechter kon bij geen enkele uitleg van artikel 4 lid 5 EVO door de beugel (conclusie, paragraaf 29):

‘[Ik] kan ... mij geen geval voorstellen waarin de door het hof opgesomde gegevens alléén, voldoende grond zouden kunnen opleveren om de uitzondering van art. 4 lid 5 EVO toepasselijk te doen zijn. In zoverre durf ik de stelling aan dat deze bepaling als ‘*acte clair*’ kan gelden.’

De Hoge Raad volgde dezelfde lijn (r.o. 5.2):

‘Bij de beoordeling van het ... onderdeel ... dient tot – in cassatie niet bestreden – uitgangspunt dat de uitzondering van art. 4 lid 5 EVO op de hoofdregel van lid 2 restrictief moet worden gehanteerd op de wijze zoals het hof ... heeft vooropgesteld. In dit licht voert het onderdeel terecht aan dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven door te overwegen dat de huurovereenkomst geen reële aanknopingspunten met Duitsland heeft op grond van de zes hiervoor ... weergegeven omstandigheden.’

Over prejudiciële vraagstelling sprak de Hoge Raad verder niet.

Welk beleid voert de Hoge Raad ten aanzien van het gebruik van de prejudiciële procedure? Deze vraag laat zich niet gemakkelijk beantwoorden, omdat de Hoge Raad niet steeds aangeeft waarom hij – conform of in afwijking van de conclusie van het parket – wel of niet tot verwijzing naar Luxemburg overgaat. Het is echter duidelijk dat de Hoge Raad – in nog iets sterkere mate dan het parket – vooral terughoudendheid betracht en de speelruimte van de *Cilfit*-doctrine ten volle benut. Dat Europees IPR van invloed kan zijn op de uitkomst van de cassatieprocedure, rechtvaardigt nog geen prejudiciële vraagstelling. Daarvoor is vereist dat in cassatie *beslissende* betekenis toekomt aan de juiste interpretatie van een Europese IPR-bepaling. Vervolgens blijven prejudiciële vragen achterwege, indien de Hoge Raad de in cassatie beslissende IPR-bepaling als een *acte éclairé* dan wel als een *acte clair* beschouwt, hetgeen de Hoge Raad niet zelden durft te beslissen. Ten slotte wordt een laatste reductie bereikt door zaken waarin de specifieke procesconstellatie in cassatie toelaat dat de Hoge Raad zelf knopen doorhakt, niet naar Luxemburg te verwijzen.

47 HR 25 september 1992 (*Balenpers*), NJ 1992, 750, AA 1993, p. 207 (ThMdB).

5.5 Het belang van goede prejudiciële vragen

De samenwerking tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie in het kader van de prejudiciële procedure van artikel 234 EG-verdrag staat of valt met een goede vraagstelling door de nationale rechter. Het Hof heeft op dit punt vaste rechtspraak ontwikkeld. In de visie van het Hof is het aan de nationale rechter om te beslissen over de noodzaak van een prejudiciële beslissing en over de relevantie van de prejudiciële vragen. Wel behoudt het Hof zich het recht voor om geen uitspraak te doen, indien duidelijk blijkt:

‘dat de prejudiciële vraag in werkelijkheid ertoe strekt via een kunstmatig geschil een uitspraak van het Hof uit te lokken of het Hof adviezen te doen geven over algemene of hypothetische vragen, dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdeding, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die nodig zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen.’⁴⁸

Laatstgenoemde zorg omtrent de beschikbaarheid van de vereiste feitelijke en juridische gegevens vertaalt zich in eisen aan de wijze van inrichting van de verwijzingsbeslissing:

‘(i) Het is noodzakelijk dat de nationale rechter ‘een omschrijving geeft van het feitelijke en juridische kader waarin zijn vragen moeten worden geplaatst, of althans de feiten uiteenzet waarop die vragen zijn gebaseerd’;
(ii) De in de verwijzingsbeslissing verstrekte gegevens moeten ‘niet alleen het Hof in staat stellen nuttige antwoorden te geven, doch ook de regeringen van de lidstaten en de andere belanghebbende partijen de mogelijkheid bieden ... opmerkingen te maken’;⁴⁹

In de zeven zaken van tabel I waarin het Hof reeds uitspraak heeft gedaan – *Weber/UOS*, *PFA/Staat*, *Roche c.s./Primus c.s.*, *Zuid-Chemie/Philippo’s*, *ICF/Balkenende c.s.*, *German Graphics/Van der Schee q.q.* en *Leffler/Berlin Chemie* – leverde het vorenstaande doorgaans geen problemen op. De prejudiciële vraagstelling werd vrijwel steeds zonder verdere plichtplegingen ontvankelijk geacht. Slechts in *Zuid-Chemie/Philippo’s* werd een vraag van de Hoge Raad als ‘zuiver hypothetisch’ aangemerkt en om die reden onbeantwoord gelaten (r.o. 33-36).

Het komt voor dat het Hof zich rechtstreeks buigt over de door de Hoge Raad gestelde vragen (*Weber/UOS*, r.o. 27, 37 en 59; *Leffler/Berlin Chemie*, r.o. 31). Gebruikelijker is echter dat het Hof begint met een herformulering van de prejudiciële vraag – ingeleid met de beleefdheidsfrase dat de verwijzende rechter ‘in wezen’ dan wel ‘in hoofdzaak’ wenst ‘te vernemen of ...’ (*PFA/Staat*,

48 HvJ EG 14 december 2006 (C-217/05, *Confederación/CEPSA*), *Jur.* 2006, p. I-11987, NJ 2007, 444, r.o. 17.

49 *Idem*, r.o. 26-27.

r.o. 15 en 37; *Roche c.s./Primus c.s.*, r.o. 18; *Zuid-Chemie/Philippo's*, r.o. 16; *ICF/Balkenende c.s.*, r.o. 31, 41 en 53; *German Graphics/Van der Schee q.q.*, r.o. 14 en 21; *Leffler/Berlin Chemie*, r.o. 56) – waarna het antwoord volgt op de door het Hof geschreven vraag.

Een stap verder ging het Hof in *Roche c.s./Primus c.s.*, door een veelledige vraag van de Hoge Raad eerst te reduceren en te herformuleren tot één enkele vraag (r.o. 18), om zich vervolgens op deze ene vraag te concentreren. In *ICF/Balkenende c.s.* stelde de Hoge Raad vijf vragen, waarvan het Hof er één in twee deelvragen splitste om het totaal van zes (deel-)vragen vervolgens in drie clusters samen te voegen en te beantwoorden (r.o. 31, 41 en 53). Ten slotte werden in *German Graphics/Van der Schee q.q.* twee prejudiciële vragen samengevoegd (r.o. 21). In de overige zaken liep het Hof in beginsel wel alle door de Hoge Raad gestelde vragen langs, tenzij een vraag niet meer relevant was in het licht van het antwoord van het Hof op een voorafgaande vraag (*Leffler/Berlin Chemie*, r.o. 55).

Een bijzondere complicatie diende zich aan in *PFA/Staat*. De prejudiciële vragen van de Hoge Raad zagen op de toepasselijkheid van het EEX-verdrag op een vordering van de Staat der Nederlanden tegen de in Frankrijk gevestigde verzekeringsmaatschappij PFA uit hoofde van een overeenkomst tussen partijen, waarbij PFA zich jegens de Staat 'als borg en hoofdelijk medeschuldenaar' had verbonden tot voldoening van bepaalde douaneschulden. In beide prejudiciële vragen repte de Hoge Raad louter van 'een privaatrechtelijke borgtochtovereenkomst' en kwam het hoofdelijk medeschuldenaarschap van PFA niet goed uit de verf. Anderzijds overwoog de Hoge Raad in het verwijzingsarrest (r.o. 3.8):

'Het Hof van Justitie kan bij de beantwoording van de hierna te stellen vragen uitgaan van de hiervoor onder 3.1 vermelde feiten',

terwijl in r.o. 3.1 onder (iii) en (iv), en in r.o. 3.2 van hetzelfde verwijzingsarrest uitdrukkelijk was vermeld dat de Staat PFA aansprak als borg én hoofdelijk medeschuldenaar. Ook de Nederlandse regering beklemtoonde in de procedure ten overstaan van het Hof dat PFA niet alleen als borg optrad, maar zich ook had verbonden als hoofdelijk medeschuldenaar. Geconfronteerd met deze complicatie, overwoog het Hof (r.o. 25-26):

'25. De vraag of een clause van hoofdelijkheid de aard van een verbintenis tot borgstelling wijzigt of slechts bepaalde gevolgen daarvan, is een vraag die door het nationale recht moet worden beantwoord.

26. In elk geval moet in casu worden vastgesteld dat de verwijzende rechter die zich moet uitspreken over de aard van de betrekking tussen PFA en de Nederlandse Staat, in zijn prejudiciële vragen aan het Hof uitsluitend spreekt van een 'borgtocht-overeenkomst'. Voor de beantwoording van deze vragen moet er daarom van worden uitgegaan dat PFA uitsluitend is gedagvaard in haar hoedanigheid van borg en niet als hoofdelijk schuldenaar.'

Toen de zaak vervolgens weer bij de Hoge Raad belandde, rees uiteraard de vraag of de cassatieklachten wel konden worden afgedaan op basis van de prejudiciële beslissing van het Hof of dat de kwestie van het hoofdelijk medeschuldenaarschap van PFA alsnog aan het Hof diende te worden voorgelegd. Deze vraag, die de Hoge Raad nog de nodige hoofdbrekens zou kosten, komt in de volgende paragraaf aan de orde. Hoe het ook zij: een zorgvuldiger geredigeerde vraagstelling was hier zeker mogelijk geweest.

5.6 Ná het Hof van Justitie: afdoening van de cassatieprocedure

Nadat het Hof van Justitie de prejudiciële vragen van de Hoge Raad heeft beantwoord, is de Hoge Raad weer aan de beurt om de cassatieprocedure af te doen. De vier zaken van tabel I waarin de Hoge Raad andermaal aan het woord is gekomen – *Weber/UOS*, *PFA/Staat*, *Roche c.s./Primus c.s.* en *Leffler/Berlin Chemie* – bevatten interessante lessen over de inpassing van Luxemburgse prejudiciële beslissingen in Nederlandse cassatieprocedures.

In *Weber/UOS* stond de vraag centraal of de Nederlandse rechter op grond van artikel 5 aanhef en onder 1 EEX-verdrag bevoegd was om kennis te nemen van een arbeidsgeschil tussen een in de Bondsrepubliek Duitsland wonende werknemer en een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde werkgever, waarbij een deel van de arbeid was verricht op het Nederlandse deel van het continentale plat. Het antwoord van het Hof op de prejudiciële vragen van de Hoge Raad bracht mee dat beslissende betekenis toekwam aan bepaalde feiten, terwijl deze feiten in cassatie niet vaststonden. De Hoge Raad ontkwam er dan ook niet aan om de zaak voor nader feitelijk onderzoek te verwijzen. Tegelijk beperkte de Hoge Raad de manoeuvreerruimte van de feitenrechter door precies aan te geven welk bevoegdheidsoordeel op welke feitenconstellatie paste. Anderzijds kregen partijen de gelegenheid om hun stellingen na verwijzing aan te passen naar aanleiding van de uitspraak van het Hof, waarmee – aldus de Hoge Raad (r.o. 2.4) – ‘in eerdere instanties nog geen rekening gehouden kon worden’.

Hiervoor in paragraaf 5.5 kwam al ter sprake dat de vraagstelling van de Hoge Raad in *PFA/Staat* over de toepasselijkheid van het EEX-verdrag ertoe leidde dat het Hof ervan uitging dat de Staat PFA louter als borg aansprak en niet (tevens) als hoofdelijk medeschuldenaar. Bij de afdoening van de cassatieklachten rees dan ook de vraag of de uitspraak van het Hof zonder meer bruikbaar was in de context van het hoofdelijk medeschuldenaarschap van PFA, die in de Nederlandse procedure wel degelijk een rol speelde. Met A-G Strikwerda (conclusie, paragraaf 13-17) kwam de Hoge Raad tot een bevestigde beantwoording van deze vraag (r.o. 2.1):

‘Dit [door het Hof] gekozen uitgangspunt belet de Hoge Raad niet de resterende onderdelen van het middel te beoordelen. Zoals hierna ... zal blijken, stellen de

antwoorden van het HvJEG de Hoge Raad in staat te beslissen zonder aanvullende prejudiciële vragen te stellen.’

In de visie van de Hoge Raad moest de hoofdelijke verbondenheid van PFA, in het kader van de vraag naar de toepasselijkheid van het EEX-verdrag, op dezelfde wijze worden beoordeeld als de verbondenheid van PFA als borg (r.o. 2.3).

De zaak *Roche c.s./Primus c.s.* had, onder meer, betrekking op de vraag of de Nederlandse rechter aan artikel 6 aanhef en onder 1 EEX-verdrag bevoegdheid kon ontlenen om kennis te nemen van een geschil ter zake van inbreuk op een Europees octrooi, waarbij diverse in verschillende verdragsluitende staten gevestigde vennootschappen waren gedagvaard voor feiten die zij op het grondgebied van een of meer van deze staten zouden hebben begaan. Nadat het Hof deze prejudiciële vraag ontkennend had beantwoord, diende de Hoge Raad de cassatieprocedure af te doen. Een complicerende factor daarbij was de uitspraak van het Hof in de prejudiciële procedure *GAT/LuK*,⁵⁰ die op dezelfde dag was gewezen als de uitspraak van het Hof in *Roche c.s./Primus c.s.* In *GAT/LuK* besliste het Hof dat artikel 16 aanhef en onder 4 EEX-verdrag zo moet worden begrepen dat indien in een octrooi-inbreukprocedure de geldigheid wordt betwist van het ingeroepen octrooi – ongeacht of dat bij wege van verweer of een (reconventionele) vordering geschiedt – de gerechten van de verdragsluitende staat op het grondgebied waarvan het octrooi is geregistreerd, bij uitsluiting bevoegd zijn omtrent die geldigheid te beslissen. Deze exclusieve bevoegdheidsbepaling vergt ambtshalve toepassing, zelfs in cassatie, zo leidde de Hoge Raad in *Roche c.s./Primus c.s.* (r.o. 2.5.3) af uit artikel 19 EEX-verdrag en de daarop betrekking hebbende uitspraak van het Hof in *Duijnstee/Goderbauer*.⁵¹ Hierdoor zag de Hoge Raad zich gedwongen om bij de afdoening van het cassatieberoep in *Roche c.s./Primus c.s.* terug te komen van zijn eerdere verwerping van een cassatieklacht in het verwijzingsarrest en de desbetreffende klacht opnieuw in behandeling te nemen. Vervolgens diende zich ook nog de complicatie aan dat de Hoge Raad in *Roche c.s./Primus c.s.* (r.o. 2.5.4) moest constateren dat in *GAT/LuK* geen antwoord kon worden gevonden op de vraag hoe de Hoge Raad in de voorliggende omstandigheden diende te beslissen. De Hoge Raad wist hieraan een mouw te passen zonder andermaal prejudiciële vragen te stellen.

In de zaak *Leffler/Berlin Chemie* had de appelrechter geweigerd verstek te verlenen tegen de in de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde Berlin Chemie en verstaan dat de appelinstantie was geëindigd, omdat Leffler had verzuimd om bij de betekening van de appeldagvaarding de taalvereisten van de Betekenningsverordening na te leven. Het cassatieberoep van Leffler leidde tot prejudi-

50 HvJ EG 13 juli 2006 (C-4/03, *GAT/LuK*), *Jur.* 2006, p. I-6509, NJ 2008, 78 (PV).

51 HvJ EG 15 november 1983 (288/82, *Duijnstee/Goderbauer*), *Jur.* 1983, p. 3663, NJ 1984, 695 (LWH en JCS).

ciële vragen van de Hoge Raad, waarop het Hof antwoordde (i) dat het verzuim om de taalvereisten in acht te nemen, zich leent voor herstel, en (ii) dat dit herstel in beginsel binnen een maand dient plaats te vinden. Bij de afdoening van de cassatieprocedure overwoog de Hoge Raad dat de door het Hof gecreëerde herstelmogelijkheid niet in de tekst van de Betekeningsverordening is vervat en daardoor voor Leffler niet kenbaar was toen hij de appelprocedure inleidde. Vervolgens vernietigde de Hoge Raad het arrest van de appelrechter en bepaalde dat de termijn waarbinnen Leffler alsnog tot herstel kon overgaan, geacht moest worden in te gaan op de datum van de uitspraak van de Hoge Raad (r.o. 2.4).

Deze vier driespronggevallen laten zien dat de afdoening van de cassatieprocedure op basis van de prejudiciële beslissing van het Hof niet per se een sinecure is. De Hoge Raad kan zich niet steeds beperken tot verwerping of gegrondbevinding van het cassatieberoep, maar moet soms creatieve oplossingen verzinnen.

6 WAARDERING

Is spreken zilver en verwijzen goud? Mijn analyse van de driespronggevallen in cassatieprocedures die betrekking hebben op het IPR en dateren van na 1 januari 2000, laat zien dat de zaken genuanceerder liggen.

Een arrest of beschikking waarin de Hoge Raad spreekt en motiveert waarom het cassatieberoep slaagt of faalt, overtuigt uiteraard meer dan een verwerping van het cassatieberoep op de voet van artikel 81 RO. Anderzijds bleek uit de analyse van de driespronggevallen dat de Hoge Raad het zwijgen reserveert voor evident ongegronde rechtsklachten of falende motiveringsklachten, hetgeen ik aanvaardbaar acht.

De Hoge Raad en het parket betrachten terughoudendheid ten aanzien van het gebruik van de prejudiciële procedure. Verwijzing naar Luxemburg geschiedt slechts indien in cassatie *beslissende* betekenis toekomt aan de juiste interpretatie van een Europese IPR-bepaling, die noch een *acte éclairé* noch een *acte clair* is. Indien de specifieke procesconstellatie in cassatie toelaat dat de Hoge Raad zelf knopen doorhakt, blijven prejudiciële vragen achterwege. Dit terughoudende verwijzingsbeleid juich ik toe. De rechtseenheid en de rechtsontwikkeling in Europa mogen gebaat zijn bij een frequent gebruik van de prejudiciële procedure, vanuit een oogpunt van rechtsbescherming van de procespartijen is de Hoge Raad gehouden erop toe te zien dat het proces niet onnodig wordt vertraagd en dat de kosten niet alle perken te buiten gaan. Dit partijperspectief kan dan ook rechtvaardigen dat geen verwijzing naar Luxemburg volgt. Uiteraard verdient het aanbeveling dat de Hoge Raad in voorkomend geval uitlegt waarom hij afwijkt van een conclusie van het parket die wél strekt tot het stellen van prejudiciële vragen.

Indien de prejudiciële procedure wordt gevolgd, komt het aan op een zorgvuldige redactie van de vragen die de Hoge Raad aan het Hof van Justitie

voorlegt. Alleen langs deze weg kan worden bereikt dat de antwoorden van het Hof bruikbaar zijn in het kader van de cassatieprocedure. Ten slotte lieten de driespronggevallen zien dat zich bij de afdoening van de cassatieprocedure op basis van de prejudiciële beslissing van het Hof soms complicaties aandienen die maatwerk van de Hoge Raad vergen.

8 | Het zwijgen van de Hoge Raad in 'Maars/Nordprofil'

P.A.C.E. van der Kooij ■

1 INLEIDING

Ook in zaken op het gebied van de intellectuele eigendom 'zwijgt' de Hoge Raad van tijd tot tijd. Het komt met enige regelmaat voor, dat een zaak onder verwijzing naar art. 81 RO wordt afgedaan. Het zal daarnaast niet verbazen dat het college ook op dit terrein af en toe 'zwijgt' in die zin, dat bepaalde, op zichzelf interessante, stellingen van partijen niet aan de orde (behoeven te) komen, omdat al is vastgesteld dat het cassatieberoep om andere redenen niet (of juist wel) tot vernietiging van het arrest van het Hof zal leiden.¹ Voorts komt het op het terrein van de intellectuele eigendom, en in het bijzonder in de deelgebieden auteurs-, merken- en modellenrecht, met grote regelmaat voor dat de Hoge Raad 'voorlopig zwijgt', omdat hij zich geroepen voelt prejudiciële vragen aan een hogere instantie, zoals het Benelux-Gerechtshof of het Hof van Justitie van de EG, voor te leggen.²

In deze bijdrage sta ik stil bij een zaak op het gebied van het (tekeningen-) modellenrecht, waarin de Hoge Raad van deze laatste mogelijkheid, tegen het advies van de A-G in, juist géén gebruik maakte, en ter rechtvaardiging daarvan een m.i. wat al te apodictische motivering gaf. Het betreft de procedure die uitmondde in HR 14 december 2001,³ hierna naar de namen van partijen aan te duiden als 'Maars/Nordprofil'.

In par. 2 passeert de zaak in een aantal episoden de revue, in par. 3 besteed ik aandacht aan literatuur en rechtspraak van vóór en ná de uitspraak van de Hoge Raad alsmede aan veranderingen in de regelgeving sindsdien, en in par. 4 ten slotte geef ik mijn eigen opvatting in dit verband weer.

■ P.A.C.E. van der Kooij is universitair hoofddocent intellectueel eigendomsrecht bij de afdeling ondernemingsrecht, Universiteit Leiden.

1 Een voorbeeld hiervan vormt HR 19 april 1974, *NJ* 1974, 498, m.nt. LWH, *BIE* 1975, 28 (Preresco/Prelubel), waarin de Hoge Raad niet toekwam aan de (zeker in die tijd) belangrijke vraag wat onder 'van belang zijnde eigenschappen' in art. 29 lid 1, sub a (oud) Zaaizaad- en Plantgoedwet moest worden verstaan.

2 Zie over het (al dan niet) stellen van prejudiciële vragen ook de bijdrage van M.V. Polak, elders in deze bundel.

3 HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 105, m.nt. DWFV; *BIE* 2003, 5.

2 De zaak 'Maars/Nordprofil'

2.1 Feiten en procesverloop

Voor zover hier van belang, draaide het in deze zaak om het volgende. Nordprofil produceert metalen plafondsysteem. Op 9 april 1991 heeft zij het uiterlijk van een door haar ontwikkeld zg. bandrasterprofiel ('een in de lengterichting voorgevormde strook metaal waarin uitsparingen zijn aangebracht voor het maken van horizontale en verticale verbindingen') internationaal als model gedeponeerd. Maars heeft aanvankelijk ten behoeve van een proefopstelling bandrasterprofielen bij Nordprofil besteld, maar is later eigen, gelijksoortige, profielen gaan vervaardigen.

In een uit 1985 stammende catalogus annex prijslijst van een derde concurrent, Suckow & Fischer, is een bandrasterprofiel afgebeeld dat zodanig met dat van Nordprofil overeenstemt, dat dit laatste niet als 'nieuw' in de zin van art. 4 (oud) BTMW kan worden aangemerkt, althans indien het afgebeelde profiel al vóór 9 april 1991 in de belanghebbende kring van handel van het Beneluxgebied feitelijk bekendheid heeft genoten.⁴ Deze catalogus was als zodanig vóór de genoemde datum op ruime schaal in de belanghebbende kring van handel van het Beneluxgebied verspreid en bekend. Van de catalogus is voorts een pocketversie gemaakt, die in grote oplage onder klanten in dit gebied is verspreid. De bedoelde afbeelding stond ook in de catalogus van Suckow & Fischer van 1986.

Nordprofil spreekt Maars in rechte aan wegens modelinbreuk: de profielen die Maars vervaardigt en verkoopt zijn naar haar mening identiek aan, of lijken (te) veel op die van Nordprofil. Maars verweert zich onder meer⁵ met de stelling dat het uiterlijk van het gedeponeerde model op 9 april 1991 niet nieuw was, en dat dientengevolge het modelrecht moet worden nietigverklaard conform art. 15 (oud) BTMW.⁶

De Rechtbank is van mening dat Maars erin is geslaagd te bewijzen, dat het model in kwestie vóór 9 april 1991 feitelijk bekendheid heeft genoten in de belanghebbende kring van handel van het Beneluxgebied. Het Hof is het daar echter niet mee eens en verwerpt het verweer van Maars met betrekking tot de niet-nieuwheid.

4 Art. 4, aanhef en sub 1, a (oud) Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen (BTMW) luidde: 'Door het depot van een (...) model wordt geen uitsluitend recht verkregen indien: 1. (...) het model niet nieuw is, dat wil zeggen wanneer: a. op enig tijdstip van de periode van vijftig jaren, voorafgaande aan de datum van het depot (...) een voortbrengsel dat hetzelfde uiterlijk vertoont als (...) het gedeponeerde model, dan wel daarmee slechts ondergeschikte verschillen vertoont in de belanghebbende kring van nijverheid of handel van het Benelux-gebied feitelijk bekendheid heeft genoten; (...).'

5 De overige verweren blijven in het navolgende buiten beschouwing.

6 Thans art. 3.23 Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE); zie ook hierna, voetnoot 31.

Samengevat overweegt het Hof daartoe het volgende: a) Maars heeft alleen getuigen doen horen die de aanbodzijde van de markt vertegenwoordigen. De markt bestaat in dit geval echter ook uit afnemers (zoals bouwbedrijven, hoofdaannemers en architecten). Maars had dus moeten bewijzen dat het profiel ook aan deze afnemerszijde bekend was; b) voor het aannemen van feitelijke bekendheid is niet voldoende dat een aantal getuigen heeft verklaard de afbeelding in de bewuste catalogus te hebben gekend; van belang is in casu dat voor het afgebeelde profiel nooit een bestelling uit de Benelux is gekomen, terwijl het ook nooit voor enige markt is geproduceerd: 'Het is al met al gebeven bij een – niet zeer opvallend – plaatje dat één van de 526 schematische tekeningen in een catalogus van 156 pagina's uitmaakt. Dat het product hiermee nog niet een ook maar enigszins algemene bekendheid in de betrokken kring heeft verkregen – dat wil zeggen: in het 'collectieve geheugen' daarvan is blijven hangen – blijkt ook hieruit dat Suckow & Fischer zelf, toen in 1988 of 1989 een klant bij haar om een dergelijk profiel vroeg, niet op dit profiel uit haar eigen collectie heeft gewezen;⁷ c) de verklaringen van de getuigen zijn onvoldoende geloofwaardig omdat zij in het geheel niet hebben vermeld waaraan zij hun wetenschap hebben ontleend, resp. een verkeerde referentie hebben opgegeven (door te verwijzen naar een project waar een heel ander profiel, of juist het profiel van Nordprofil werd toegepast).

2.2 Cassatiemiddel

In cassatie zet Maars de zaak op scherp:⁸

'Bekendheid moet (...) niet slechts worden aangenomen wanneer het betreffende uiterlijk daadwerkelijk bij personen uit de betreffende kring in het bewustzijn leeft (danwel zoals het Hof het in rov. 4.14 heeft uitgedrukt: in het 'collectieve geheugen' daarvan is blijven hangen), maar in elk geval ook dan, wanneer het betreffende uiterlijk door een voor de belanghebbende kringen van handel bestemde publicatie op zodanige schaal is openbaargemaakt, dat betrokkenen uit die kring daar op een navenant ruime schaal van kennis hebben kunnen nemen; waarbij onverschillig is in hoeverre de betrokkenen dat ook daadwerkelijk hebben gedaan. Hier geldt opnieuw dat de uit de hier bestreden overwegingen blijkende rechtsopvatting klaarblijkelijk een andere, en dus een onjuiste is.'

7 R.o. 3.5.1 van de Hoge Raad, met een citaat uit r.o. 4.14 van het Hof.

8 Cassatiemiddel sub 3.2.2.2, slot.

2.3 Conclusie A-G

Advocaat-Generaal Langemeijer gaat in zijn conclusie uitvoerig op het niet-nieuwheidsverweer van Maars in, onder vermelding van rechtspraak en literatuur, die voor zover nodig in de volgende paragraaf nog ter sprake zullen komen. Hij komt tot de slotsom dat de in punten 2.17 en 2.21 van zijn betoog behandelde aspecten zich lenen voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Benelux-Gerechtshof. Het betreft de kwestie, welke maatstaven de rechter moet aanleggen bij de beantwoording van de vraag of een vóór de depotdatum gepubliceerd voortbrengsel in de belanghebbende kring feitelijk bekend is, en in het verlengde daarvan deelvragen als: is een kwantitatieve of kwalitatieve ondergrens nodig (de A-G noemt als voorbeeld van het eerste: een minimumpercentage van alle leden van de kring, en als voorbeeld van het tweede: bekendheid bij de marktleiders of andere toonaangevende leden van de kring); mag de rechter uit het feit van de publicatie op een voor vakkringen toegankelijke plaats de gevolgtrekking maken dat de leden van de kring geacht kunnen worden van de publicatie kennis te hebben genomen; mocht het Hof de eis stellen dat in de belanghebbende kring ook de categorie afnemers (naast de categorie aanbieders) bekend was met het eerder gepubliceerde voortbrengsel?

2.4 Hoge Raad

Nadat de Hoge Raad in r.o. 3.5.2 het hiervoor weergegeven onderdeel van het cassatiemiddel vrijwel woordelijk heeft aangehaald, volgt in de daaropvolgende overweging de reactie:

'3.5.3 De hiervoor in 3.5.2 bedoelde klachten falen. Enerzijds omdat het aan de feitenrechter is overgelaten om aan de hand van de omstandigheden van het geval – waarbij hier onder meer te denken valt aan de aard, inhoud, omvang, oplage en het verspreidingsgebied van de catalogus, alsmede aan de mate waarin afzet van het afgebeelde voortbrengsel heeft plaatsgevonden in het Beneluxgebied – te beoordelen of sprake is van feitelijk bekend zijn en anderzijds omdat de klachten uitgaan van een opvatting omtrent dit begrip waarvan buiten redelijke twijfel staat dat deze onjuist is, te weten de opvatting volgens welke voor feitelijk bekend zijn van een voortbrengsel als bedoeld in art. 4, onder 1, sub a BTMW niet onder alle omstandigheden vereist is dat dit voortbrengsel daadwerkelijk bekendheid heeft genoten.'

Het hoogste rechtscollege (in casu dus inderdaad het 'hoogste', nu geen vragen aan het Benelux-Gerechtshof worden gesteld) acht de in het middel verdedigde stelling dus apert onjuist. Het verwerpt vervolgens ook een klacht met betrekking tot de vermeende onbetrouwbaarheid van de door Maars opgeroepen getuigen. Op andere, in het cassatiemiddel vermelde deelvragen, zoals met betrekking tot de betekenis van de term 'belanghebbende kringen', gaat de

Hoge Raad niet expliciet in. Alles staat of valt met de aanwezigheid van ‘feitelijke bekendheid’, en daarover moet, als gezegd, de feitenrechter, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, een oordeel geven. In het navolgende zal ik mij daarom vooral op de ‘feitelijke bekendheid’ concentreren en de eerder bedoelde deelvragen laten voor wat ze zijn.⁹

Maars ‘wint’ overigens uiteindelijk toch nog, omdat het Hof volgens de Hoge Raad ten onrechte verzuimd heeft een bepaald ander verweer te behandelen. Het arrest van het Hof wordt vernietigd, maar prejudiciële vragen blijven uit.

3 DE STAND VAN HET RECHT VÓÓR EN NA ‘MAARS/NORDPROFIL’

3.1 Vóór ‘Maars/Nordprofil’

In het Gemeenschappelijk Commentaar (GC) van de Benelux-regeringen op de BTMW¹⁰ werd omtrent het begrip ‘feitelijke bekendheid’ onder meer het volgende opgemerkt: ‘De rechter dient uit te maken of er al dan niet sprake is van feitelijke bekendheid. Het simpele feit dat een voortbrengsel, of zelfs verscheidene exemplaren daarvan, verkocht zijn, leidt niet noodzakelijkerwijs tot feitelijke bekendheid van dit voortbrengsel.’ Anderzijds kon, aldus het GC, een buiten de Benelux geproduceerd voortbrengsel, zelfs als het maar om één enkel exemplaar ging, nieuwheidsschadelijk zijn bij bekendheid in de belanghebbende kring van het Beneluxgebied: ‘Zo kan bijvoorbeeld een vaas, die aan een buitenlands Staatshoofd werd aangeboden en waarvan een afbeelding is gereproduceerd in publicaties die in de belanghebbende kring van de Benelux worden verbreid, een bezwaar vormen uit het oogpunt van nieuwheid.’

Aldus was van meet af aan duidelijk, dat het begrip ‘feitelijke bekendheid’, het woord zegt het eigenlijk zelf al, een in hoge mate casuïstisch karakter heeft. In de eerste *commentaren* op de BTMW kwam dit dan ook tot uitdrukking. Van Dijk meende dat de bekendheid ‘een enigszins algemene’ zou moeten zijn, die niet alleen zou kunnen worden afgeleid uit het voorkomen van de vorm in de handel, maar ook uit openbare bronnen (zoals oudere internationale modellendepots en de vakliteratuur van de branche in kwestie) die voor de branchegenoten regelmatig beschikbaar zijn.¹¹

9 Wat niet wegneemt dat ook dat interessante vragen zijn. Men zie daarover bijv. HR 10 maart 1995, NJ 1995, 670, m.nt. DWFV, BIE 1998, 63 (*Kinderkapperstoel*); Ch. Gielen (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 145 e.v., met verdere literatuurverwijzingen.

10 *Trb.* 1966, 292, p. 48 e.v.

11 W. van Dijk, *Modellenrecht in de Beneluxlanden*, Amsterdam: Van der Graaf 1975, p. 31.

Braun en Evrard spraken zich niet uitdrukkelijk vóór algemene bekendheid uit, maar merkten wel op, dat de feitelijke bekendheid van een model naar hun mening het gevolg kon zijn van publicatie in een vakblad of een algemeen dagblad, zolang de feitenrechter maar zou vaststellen dat men in de belanghebbende kring die publicatie kende.¹² Verkade oordeelde dat er geen sprake hoefde te zijn van *algemene* bekendheid van het model, om de nieuwheidsschadelijkheid te kunnen vaststellen: ook bekendheid in bijv. één Beneluxland zou al funest kunnen zijn. Daarnaast meende hij uit de bewoordingen van het GC te kunnen afleiden, dat 'een afbeelding van het model in gedrukte stukken, zoals boeken, catalogi of periodieken' niet noodzakelijk de feitelijke bekendheid daarvan zou meebrengen. Hij voegde daaraan echter toe:

'Naarmate de betrokken publicatie meer het karakter heeft van een vakboek of vaktijdschrift zal eerder aangenomen moeten worden dat de afbeelding van het model daarin tot feitelijke bekendheid heeft geleid. Is er sprake geweest van publicatie in meer dan één dergelijk medium, dan zal in het algemeen niet anders dan tot 'bekendheid' geconcludeerd kunnen worden. Publicatie in het Merkenblad als 'vormmerk' is m.i. nieuwheidsschadelijk te achten.'¹³

Sommige andere auteurs, zoals Van Nieuwenhoven Helbach c.s.¹⁴ en Meijer¹⁵ waren weer wèl van oordeel dat binnen de belanghebbende kring de bekendheid van het model min of meer algemeen zou behoren te zijn om dit model aan latere depositanten te kunnen tegenwerpen. Suthersanen daarentegen, in zijn analyse van art. 6 van de hierna nog te bespreken Modellenrichtlijn, meende dat deze bepaling (die zijns inziens vergelijkbaar is met art. 4 (oud) BTMW), door toedoen van moderne communicatiemiddelen tendeeft naar absolute nieuwheid, met andere woorden: als iets is gepubliceerd, is er per definitie bekendheid nu belanghebbenden deze publicatie *kunnen* kennen.¹⁶ Volgens deze auteur zouden in elk geval alle gepubliceerde (Gemeenschaps)modellen tot bekendheid leiden.¹⁷

In de *rechtspraak* was het nieuwheidsvereiste vóór 'Maars/Nordprofil' één keer in hoogste instantie aan de orde geweest. Het betrof een modeldepot voor

12 A. Braun/J.J. Evrard, *Droit des dessins et modèles au Benelux*, Bruxelles: Ferdinand Larcier 1975, p. 79 e.v.

13 D.W.F. Verkade, *Bescherming van het uiterlijk van produkten*, Deventer: Kluwer 1985, p. 52-53.

14 E.A. van Nieuwenhoven Helbach/J.L.R.A. Huydecoper/C.J.J.C. van Nispen, *Nederlands handels- en faillissementsrecht II: industriële eigendom en mededingingsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 202 e.v.

15 L.A.G. Meijer, *Losbladige Intellectuele eigendom* (red. J.J. Brinkhof e.a.), Den Haag: VUGA 1996, commentaar bij art. 4 BTMW, par. 2.3.1-2.

16 Vgl. ook hierna, voetnoot 41.

17 U. Suthersanen, *Design law in Europe*, London: Sweet & Maxwell 2000, p. 43. Op dezelfde lijn zaten P. en F. Greffe, *Traité des dessins et des modèles*, Paris: Litec 2000, p. 565 e.v.: '... ainsi proposée serait donc fondée sur la nouveauté absolue mais seulement dans le mesure du raisonnable ...'

fabrieksbeton met een speciale kleur, ten aanzien waarvan concurrenten van de deposant de niet-nieuwheid aanvoerden, daar straatklinkers met hetzelfde uiterlijk eerder op grote schaal waren gebruikt in Louvain-la-Neuve, én aan het model een ontwerpprijs was toegekend. Het Benelux-Gerechtshof overwoog onder meer, dat art. 4 (oud) BTMW geen bekendheid in de hele Benelux eist, en voorts, dat bekendheid (ook) kan worden afgeleid uit (uitsluitend) een toestand die of een feit dat niet gelokaliseerd is, zoals bijv. het feit dat aan het model een onderscheiding is verleend: '... dat alles ervan afhangt of de rechter op grond van de aangevoerde gegevens oordeelt dat er sprake is van bekendheid als vereist door de genoemde wetsbepaling.'¹⁸

In de lagere rechtspraak (deels ook van vóór het *Blanc de Bièrges*-arrest) kwam het casuïstische karakter van art. 4 onder 1, a (oud) BTMW eveneens naar voren, waarbij de rechter zo nu en dan een voorkeur leek te hebben voor het aannemen van absolute nieuwheid als zojuist bedoeld. Men vergelijk de volgende voorbeelden:

- een aan een Benelux-ingezetene door een Israëliëse firma aangeboden plantenhanger (waarvoor deze persoon overigens geen belangstelling had) heeft niet geleid tot bekendheid van de hanger in de Benelux;¹⁹
- een bepaald model kop en schotel is blijkens overgelegde folders en catalogi uit de jaren 1968 t/m 1975 in de Benelux te koop aangeboden; een depot van een daarop sterk gelijkend model is daarom niet nieuw, mede gezien de bekendheid die de verschillende uitgevers van deze folders en catalogi hier te lande genieten;²⁰
- de omstandigheid, dat een op de gedeponeerde sportregenjas enigszins gelijkende sportregenjas in een in 1978 in Japan verspreide brochure is afgebeeld, brengt niet zonder meer de bekendheid van die jas in de Benelux mede;²¹
- het model horloge is niet nieuw, nu soortgelijke modellen al vóór het depot stonden afgebeeld in een op grote schaal op internationale beurzen verspreid blad;²²
- het depot van het model van een balspel is nietig wegens niet-nieuwheid, nu dit model vlak voor de depotdatum is getoond op een speelgoedbeurs in Taipei, alwaar vertegenwoordigers van de Nederlandse speelgoedbranche aanwezig waren;²³
- de gedeponeerde meubelen zijn, voorafgaand aan het depot, op een zg. voorbeurs bezichtigd door inkopers van de twee grootste inkoopcombinaties.

18 BenGH 22 november 1985, NJ 1986, 241, m.nt. LWH, BIE 1986, 27, m.nt. DWFV (*Blanc de Bièrges*).

19 Pres. Rb. Den Haag 2 maart 1979, BIE 1980, 17 (*Anco/Thovadec*).

20 Rb. Amsterdam 26 januari 1977, BIE 1983, 110 (*Blokhuis/De Leeuw*).

21 Hof Amsterdam 26 mei 1983, BIE 1984, 60 (*Yellow Bird/Agu*).

22 Pres. Rb. Haarlem 18 augustus 1987, BIE 1989, 91 (*Altop/Alpha Trading*).

23 Pres. Rb. Amsterdam 13 februari 1992, BIE 1992, 86 (*Twisk/Koopman*).

ties van meubelen; de bodemrechter zal daarom hoogstwaarschijnlijk tot het oordeel van feitelijke bekendheid komen;²⁴

omdat de zuiveldrank in kwestie vóór het depot van het model van het flesje reeds in Japan en het Verre Oosten in een gelijkend flesje op de markt werd gebracht, en bovendien het model al eerder in Spanje is gedeponeerd en gepubliceerd, moet ernstig rekening gehouden worden met de mogelijkheid van bekendheid van het model in de belanghebbende kring van de Benelux.²⁵

Al met al kwam de A-G in de zaak ‘Maars/Nordprofil’, zoals gezegd, mede naar aanleiding van bovenstaande gegevens tot de slotsom dat een of meer prejudiciële vragen aan het Benelux-Gerechtshof de praktijk meer houvast zouden kunnen bieden.²⁶

3.2 Na ‘Maars/Nordprofil’

In zijn noot onder het arrest in de *NJ* bleek Verkade niet afwijzend te staan tegenover het oordeel van het Hoge Raad. Hij schreef, enigszins laconiek, dat men moet constateren dat het hoogste rechtscollege ‘het wegingsdomein voor de rechter zeer ruim houdt’ en ‘kennelijk óók over een zo grote ruimte voor de feitenrechter, dan wel nadere rechtsmaatstaven, het Benelux-Gerechtshof niet (wil) benaderen’. Hij relativeerde de uitspraak voorts, door op te merken dat aan de verwerping van het cassatieberoep van Maars ‘geen groter precedentwaarde (mag) worden toegekend dan die van één arrest van één hof’. Anders gezegd: voor hetzelfde geld was de beslissing, na afweging van alle omstandigheden, ook op het punt van de nieuwheid ten gunste van Maars uitgevallen, en dat zou dan evenmin tot cassatie geleid hebben. In de handen studieboeken van de laatste jaren treft men de uitspraak (dan ook?) niet (meer) aan, of slechts in een voetnoot zonder enig kritisch commentaar.²⁷

In de ons omringende landen is daarentegen in de eerste jaren van deze eeuw de nodige aandacht aan de ‘feitelijke bekendheid’ besteed, en wel in het bijzonder naar aanleiding van de totstandkoming van de EG-Modellenrichtlijn in 1998.²⁸ Deze Richtlijn was dus al wel gereed ten tijde van ‘Maars/Nordprofil’ (de Zutphense Rechtbank gaf op 14 november 1996 als eerste

24 Pres. Rb. Den Haag 4 maart 1998, *BIE* 2001, 31 (*Fonkel/Pema*).

25 Pres. Rb. Den Haag 13 februari 1998, *IER* 1998, 20 (*Yakult/Danone*).

26 Ook Verkade meende, in zijn noot in *BIE* onder het *Blanc de Bièrges*-arrest (zie hiervoor, voetnoot 18), dat nadere criteria van het BenGH ‘over de maatstaven bij de beoordeling van de decisieve mate van nieuwheidsschadelijke bekendheid niet ondenkbaar’ waren.

27 Zie bijv. H. Vanhees, *Het Beneluxmodel*, Gent: Larcier 2006, p. 42 (noot 254 aldaar); Ch. Gielen 2007, p. 150 (noot 28 aldaar).

28 Richtlijn 98/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen, *Pb.EG* L289/28.

college een oordeel in de zaak), maar de datum waarop de implementatie in de lidstaten verwezenlijkt moest zijn, lag vlak voor de uitspraak van de Hoge Raad.²⁹

De BTMW werd pas bij Protocol van 20 juni 2002³⁰ aangepast aan de bepalingen van de Richtlijn; de wijzigingen traden (eindelijk) op 1 december 2003 in werking. In art. 1bis lid 1 werd, op het voetspoor van art. 4 RL, bepaald, kort gezegd, dat een model als nieuw wordt beschouwd, indien er geen identiek model *voor het publiek beschikbaar is gesteld vóór de depot- of voorrangdatum*. Art. 1bis lid 3 voegde daar, conform art. 6 lid 1 RL, aan toe:

‘Voor de beoordeling van de nieuwigheid (...) wordt een (...) model geacht voor het publiek beschikbaar te zijn gesteld, indien (...) dit model is gepubliceerd na inschrijving of op andere wijze, of is tentoongesteld, in de handel is gebracht of anderszins openbaar is gemaakt, tenzij deze feiten bij een normale gang van zaken redelijkerwijs niet vóór de datum van depot of vóór de datum van voorrang ter kennis konden zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector, die in de Europese Gemeenschap of de Europese Economische Ruimte werkzaam zijn.’

In het Gemeenschappelijk Commentaar der Benelux-regeringen (hierna wederom: GC) bij art. 1bis BTMW³¹ staat te lezen, dat het vereiste van nieuwigheid niet meer aan een tijdslimiet gebonden is:³² alle identieke modellen die ooit voor de depot- of voorrangdatum aan het publiek beschikbaar zijn gesteld (het zg. vormgevingserfgoed) doen in principe afbreuk aan de nieuwigheid. Het GC vervolgt: ‘Door het uitwerken van het begrip ‘voor het publiek beschikbaar stellen’ wordt de vereiste nieuwigheid echter nader beperkt en komt zij in de praktijk op vrijwel hetzelfde neer als de huidige nieuwigheid.’ Het GC haalt vervolgens de tekst van art. 4 sub 1, a (oud) BTMW aan en zegt dan: ‘In beide gevallen gaat het om wat er in het collectieve geheugen zit van de betrokkenen. Dat kunnen ook modellen zijn die dateren van eeuwen geleden.’ (Opmerking verdient hier, dat ook het Gerechtshof in ‘Maars/Nordprofil’, bij de toepassing van het ‘oude’ recht, de woorden ‘collectieve geheugen’ al gebruikte; dat dezelfde woorden naderhand ook in het GC voorkomen vormt eens te meer een aanwijzing voor de stelling dat de Richtlijn volgens de Benelux-regeringen op dit punt geen inhoudelijke verandering heeft gebracht.)

29 Die datum was, ingevolge art. 19 RL: 28 oktober 2001. Zie met betrekking tot eventuele perikelen rond richtlijnconforme interpretatie (die i.c. niet speelden) de conclusie van de A-G sub 2.12-2.13, alsmede de noot van Verkade onder ‘Maars/Nordprofil’ in de NJ, sub 6.

30 *Trb.* 2002, 129.

31 Op 1 september 2006 trad het Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE) in werking; *Trb.* 2007, 1. In art. 3.3 BVIE is thans de nieuwigheid geregeld; de bepaling is inhoudelijk ongewijzigd gebleven. Zie voor de in de tekst af en toe gebruikte term ‘datum van voorrang’ art. 3.3 lid 5 BVIE en bijv. P.A.C.E. van der Kooij/S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2007, p. 27 en 68.

32 Vgl. hiervoor, voetnoot 4.

Verderop in het GC komt men voorts de observatie tegen, dat de nieuwe zinsnede in art. 1bis lid 3 (over feiten die 'bij een normale gang van zaken redelijkerwijs niet (...) ter kennis konden zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector ...') een soortgelijk begrip vormt als de 'feitelijke bekendheid in de belanghebbende kring' in de oude tekst. Ten slotte merkt het GC op, dat er onder de nieuwe tekst minder snel sprake lijkt te kunnen zijn van nieuwheid, dan onder de oude tekst van de wet, omdat de nieuwe spreekt over ingewijden in de EG, terwijl de oude enkel op de Benelux betrekking had. Hoe dit ook zij, het GC gaat ervan uit, dat er op het punt van de nieuwheid eigenlijk niets nieuws onder de zon is. Dat is m.i. opmerkelijk, nu men evengoed zou kunnen stellen dat, puur tekstueel gezien, 'feitelijke bekendheid' een striktere voorwaarde lijkt dan 'redelijkerwijs niet ter kennis kunnen zijn gekomen'. Zo bezien, heeft de nieuwe tekst meer gemeen met de omschrijving van het begrip 'nieuwheid' zoals dat in het octrooirecht wordt gebruikt.³³

Bezien we de, vooral buitenlandse, recente literatuur met betrekking tot dit onderwerp, dan valt inderdaad op dat de meeste schrijvers thans eerder aannemen dat de nieuwheid van een model is geschaad dan onze Hoge Raad in 'Maars/Nordprofiel' voor waar hield. Overigens gaan ook zij er daarbij soms uitdrukkelijk van uit, dat de richtlijnbevestiging in wezen overeenkomt met de oude Benelux-bepaling. Een kleine rondgang langs de hier bedoelde literatuur leert het volgende.

Musker begrijpt art. 6 Rl. aldus, dat het van de veronderstelling uitgaat, dat '... any disclosure could become known to the relevant circles, and leave the burden of proof that it would not (which should be hard to discharge) to the design proprietor.'³⁴ Hij verwijst in dit verband tevens naar het zg. Groenboek van de Europese Commissie,³⁵ waarin te lezen valt dat art. 6 Rl., in de woorden van Musker, '... not wholly dissimilar to provisions of prior BNL and German law' is.

Ook Rehmann vat, in zijn analyse van het Duitse recht, de richtlijnbevestiging vrij ruim op. Volgens hem is het zelfs niet altijd nodig om op gepubliceerde afbeeldingen te kunnen wijzen: 'Bildliche Vorveröffentlichungen können genügen. Wörtliche Beschreibungen ohne Bilddarstellung können aber allenfalls ausnahmsweise neuheitsschädlich sein.'³⁶

Een zelfde ruime opvatting treffen we aan in het boek van Eichmann en Von Falckenstein:

'Der Besitz und der Gebrauch eines Erzeugnisses kann zur Offenbarung führen, wenn die Öffentlichkeit die Möglichkeit hat, Kenntnis von dem Erzeugnis zu

33 Vgl. ook hierna, voetnoot 41.

34 D. Musker, *Community Design Law: Principles and Practice*, London: Sweet & Maxwell 2002, p. 35-36.

35 Groenboek betreffende de juridische bescherming van modellen, verschenen voorafgaand aan de Modellenrichtlijn; doc.nr. 111/513, 1-1/91.

36 Th. Rehmann, *Geschmacksmusterrecht*, München: C.H. Beck 2004, p. 8.

nehmen (...). Sonstige Offenbarungen sind (...) Abbildungen in Druckwerken, zB Zeitungen, Zeitschriften, Bücher, Kataloge, Broschüren (...). Ausreichend ist jeder Vorgang, der geeignet ist, ein Muster unmittelbar oder mittelbar den Personen zur Kenntnis zu bringen, die den maßgeblichen Fachkreisen zugehörig sind. (...) Ausgenommen sind nur solche Maßnahmen des Zugänglichmachens, die den Fachkreisen nicht bekannt sein konnten. (...) Maßgeblich ist daher nur, ob aus objektiver Sicht die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestanden hat.³⁷

Ook Götting acht alleen die eerdere modellen niet nieuwheidsschadelijk, die

'... bei der Entwerfung des Geschmacksmusters nicht haben berücksichtigt werden können, weil eine Gestaltung bereits vor langer Zeit oder an einem so entfernt liegende Ort offenbart wurde, dass sie nicht berücksichtigt werden konnte.'³⁸

Bently en Sherman gaan in hun boek³⁹ uitvoerig op het openbaarmakingsver-eiste van art. 6 Rl. in. Ook zij vermelden, onder verwijzing naar het eerder genoemde Groenboek, dat de bepaling '... seems to originate in German and Benelux law'. Naar hun mening is de reikwijdte van de bepaling nog onduidelijk, onder andere omdat hetgeen men aan vooronderzoek van een ontwerper mag verwachten, van sector tot sector kan verschillen. De auteurs komen tot een voorzichtig geformuleerde aanname:

'... the most obvious resources which we might expect a reasonable designer to know about include trade publications, either relating to design in general, or the sector specifically, or perhaps to a number of sectors including the sector concerned.'

Zij betwijfelen of een ontwerper in feite (inter)nationale modellenregisters zal raadplegen, maar zouden niet verbaasd zijn als de rechter dergelijke publicaties als nieuwheidsschadelijk zou beschouwen.

In ons land is, als gezegd, recentelijk niet veel over dit onderwerp te vinden. Alleen in het boek van Gielen c.s.⁴⁰ wordt vrij uitgebreid bij het nieuwe modellenrecht stilgestaan. Ook hier lijkt de voorkeur uit te gaan naar een betrekkelijk ruime opvatting wat betreft nieuwheidsschadelijke openbaarmakingen. Ik maak dit op uit het feit dat de auteurs (in het bijzonder de bewerker van het hoofdstuk in kwestie, Geerts) spreken over een 'stand van tekeningen en modellen', die in zekere zin lijkt op de (zij het nóg absolutere)

37 H. Eichmann/R. von Falckenstein, *Geschmacksmustergesetz*, München: C.H. Beck 2005, p. 110-111.

38 H.P. Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz: Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster- und Markenrecht*, München: C.H. Beck 2007, p. 241.

39 L. Bently/B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 642-644.

40 Ch. Gielen 2007, p. 150 e.v.

'stand van de techniek' uit het octrooirecht.⁴¹ Onder verwijzing naar het GC uit 2002 wordt bovendien herhaaldelijk de term (feitelijke) bekendheid gebruikt, hetgeen op zijn minst suggereert dat er ook volgens de samenstellers van dit boek geen wezenlijk verschil bestaat tussen de oude en de nieuwe bepalingen.

Ten slotte verdient vermelding dat ook in Zwitserland, hoewel dit geen EG-lidstaat is, een regeling tot stand is gebracht die door de bepalingen van de Modellenrichtlijn is geïnspireerd. Staub en Celli schrijven, dat het bekend *kunnen* zijn van een ouder model maatgevend is, niet de bewezen kennis in de belanghebbende kringen. Het gaat erom, '... ob die Umstände den Offenbarung geeignet waren, zu einer Kenntnis zu führen'.⁴²

4 EIGEN OPVATTING; CONCLUSIE

Wat nu te denken van 'Maars/Nordprofil', in het licht van de hiervoor geschetste rechtsontwikkeling? Rekening houdend met de lagere rechtspraak en de literatuur van vóór het arrest, en met de instructieve conclusie van A-G Langemeijer, zou ik menen dat de Hoge Raad er beter aan gedaan zou hebben, één of meer vragen van uitleg aan het Benelux-Gerechtshof voor te leggen. Eisers hadden, kort gezegd, gesteld dat 'feitelijke bekendheid' niet alleen aanwezig is bij een 'kennen', maar ook bij een 'kunnen kennen', als gevolg van de *schaal waarop* het oudere model was openbaargemaakt. Wat de Hoge Raad vervolgens deed, was – in mijn ogen althans – het zodanig herformuleren van de cassatieklacht, dat deze wel als onjuist bestempeld móest worden. Het college sprak immers over '... de opvatting volgens welke voor feitelijk bekend zijn van een voortbrengsel (...) niet onder alle omstandigheden vereist is dat dit (...) daadwerkelijk bekendheid heeft genoten'. Zó gesteld was er bijna sprake van een tautologie; de rechtsoverweging suggereerde in feite dat eisers het element 'feitelijke bekendheid' voor niet geschreven wensten te houden, en deed daardoor m.i. onvoldoende recht aan hetgeen eisers hadden verdedigd.

Ook met het oog op de Modellenrichtlijn, die als gezegd kant en klaar was toen de Hoge Raad uitspraak deed, en die, zoals eveneens hiervoor is uiteengezet, volgens de Benelux-regeringen op het punt van de nieuwheid vrijwel niets nieuws bood, zou de rechtspraak gediend geweest zijn met prejudiciële vragen. Wellicht zullen soortgelijke vragen op niet al te lange termijn aan (thans) het Hof van Justitie van de EG worden voorgelegd. En natuurlijk nemen gedane zaken geen keer. Maar als ons hoogste rechtscollege in 2001 anders

41 Vgl. art. 4 Rijsoctrooiwet 1995 en daarover bijv. E.A. van Nieuwenhoven Helbach/J.L.R.A. Huydecoper/C.J.J.C. van Nispen, *Industriële eigendom, deel 1, Bescherming van technische innovatie*, Deventer: Kluwer 2002, p. 75 e.v.

42 R. Staub/A.L. Celli, *Designrecht: Kommentar zum Bundesgesetz über den Schutz von Design*, Zürich-Basel-Genf: Schulthess 2003, p. 74.

had beslist, zouden we pakweg tien jaar eerder mogelijk méér te weten zijn gekomen over de reikwijdte van art. 4 BTMW/1bis BTMW/3.3 BVIE. En dat zou dan tevens de rechtsontwikkeling in de ons omringende landen beïnvloed kunnen hebben, nu men aldaar vrij algemeen aanvaardt dat er een duidelijke 'link' is tussen art. 6 Rl. enerzijds en het 'oude' Duitse en Beneluxrecht anderzijds.

DEEL III

Zwijgen door toepassing van artikel 81 RO

9 Toepassing artikel 81 RO door de civiele kamer van de Hoge Raad; een kwantitatief onderzoek tegen de achtergrond van het rapport Hammerstein

C.E.C.J. Ponsioen [■]

1 INLEIDING

In februari 2008 verscheen het rapport ‘Versterking van de cassatierechtspraak’ van de commissie normstellende rol Hoge Raad.¹ In het rapport signaleert de commissie dat een substantieel deel van de in cassatie voorgelegde zaken uit oogpunt van een adequate taakvervulling van de Hoge Raad op het gebied van rechtsvorming en rechtsontwikkeling, eigenlijk niet de aandacht van de cassatierechter verdient,² en doet zij, conform haar onderzoeksopdracht, voorstellen om het huidige stelsel te verbeteren. Het meest verstrekkende voorstel is de invoering van een selectiemechanisme waarmee voor cassatierechtspraak ongeschikte zaken ‘aan de poort’ kunnen worden tegengehouden door deze beroepen wegens gebrek aan belang in cassatie niet-ontvankelijk te verklaren. De daarvoor benodigde wetswijziging zou naar het idee van de commissie vorm kunnen krijgen door in de Wet RO een bepaling op te nemen van de strekking dat de Hoge Raad een cassatieberoep niet-ontvankelijk kan

-
- C.E.C.J. Ponsioen is gerechtsauditeur bij de Hoge Raad der Nederlanden. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.
- 1 De commissie is ingesteld bij Besluit van 27 maart 2007 van de Directeur-Generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving van het Ministerie van Justitie. Van de commissie maakten deel uit: A. Hammerstein (voorzitter), I.M. Abels, P.M.M. van der Grinten, J. de Hullu, L. Strikwerda, Th.J. van Laar en R. Kuiper. Zie voor een bespreking van het rapport (onder meer): E.J. Numann, ‘Vernietigen aan de poort. Een aanvullend voorstel bij het rapport van de Commissie-Hammerstein’, in: J.F. de Groot en H.M. Slaghekke (red.), *Frank en Vrij*, Thunnissen-bundel, IBR 2009, p. 3-8; P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, ‘Wat moet de Hoge Raad’, in: J.F. de Groot en H.M. Slaghekke (red.), *Frank en Vrij*, Thunnissen-bundel, IBR 2009, p. 9-29; de bijdragen van J. Demmink en P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 1-4 resp. p. 25-29; J.B.M. Vranken, ‘Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand’, *NJB* 2009, p. 1082-1093; H.A. Groen, ‘Selectie aan de poort’, *Trema* 2008, p. 340-347, alsmede J.M. Barendrecht, ‘Rechtsvorming via hogere rechtspraak. Heeft de Commissie Hammerstein de oplossing?’, *NJB* 2008, p. 1332-1335. Het rapport is voorts onlangs besproken door mr. G.J.M. Corstens, president van de Hoge Raad, in zijn voordracht ‘Versterking van de cassatierechtspraak’ gehouden bij de Voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht op 5 juni 2009. De voordracht is te vinden via: <www.rechtspraak.nl/Gerechten/HogeRaad/Actualiteiten/Versterking+van+de+cassatierechtspraak.htm>.
 - 2 Vgl. (onder meer) p. 3, 24, 31 en 38 van het rapport.

verklaren wanneer de aangevoerde klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling en de klachten evenmin uit een oogpunt van rechtsbescherming tot cassatie moeten leiden.³ Een open selectiecriterium dus. Hieraan kan zowel per sector (civiel, straf, fiscaal) als in de loop der tijd een verschillende invulling worden gegeven.⁴ De commissie beoogt zo een geleidelijke ontwikkeling mogelijk te maken, waarin ervaring kan worden opgedaan met het selecteren aan de poort van zaken die voor cassatie van belang zijn en met het ontwikkelen van normen voor deze selectie.⁵ Een geleidelijke hervorming verdient naar het oordeel van de commissie de voorkeur boven een ingrijpende schoksgewijze herziening.⁶

De aanbevelingen van de commissie zijn positief door de minister ontvangen.⁷ Er is een wetsvoorstel in voorbereiding dat, vooralsnog, in een nieuw art. 80a RO voorziet in de mogelijkheid een cassatieberoep niet-ontvankelijk te verklaren indien cumulatief is voldaan aan de voorwaarden dat: (a) de aangevoerde klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, en (b) de aangevoerde klachten vanuit het belang van de rechtsbescherming en het belang van de bewaking van de kwaliteit van de rechtspraak van onvoldoende gewicht moeten worden beoordeeld⁸ voor een behandeling in cassatie.⁹ Blijkens de concept-memorie van toelichting is een zaak van 'onvoldoende gewicht' indien fouten van de lagere rechter niet leiden tot significant nadeel van betrokkene en evenmin cruciale elementen van openbare orde betreffen.¹⁰

De mogelijkheid van verwerping met een verkorte motivering op de voet van art. 81 RO blijft bestaan voor die zaken die door de selectie zijn gekomen doch, bij nadere bestudering, niet tot cassatie kunnen leiden, alsmede voor die zaken die slechts gedeeltelijk op de voet van art. 81 RO kunnen worden afgedaan omdat daarin ook een of meer middelen aan de orde zijn die een inhoudelijke behandeling door de Hoge Raad rechtvaardigen.¹¹ Anticiperend op een toekomstige selectie aan de poort, beveelt de commissie de Hoge Raad en het parket aan het huidige art. 81 RO nog wat ruimer toe te passen en de buitengrenzen van het artikel op te zoeken.¹²

3 Vgl. p. 44 van het rapport.

4 Vgl. p. 41-42 van het rapport.

5 Vgl. p. 42 en 43 van het rapport.

6 Vgl. p. 43 van het rapport.

7 Vgl. *Kamerstukken II 2007/08*, 29 279, nr. 78, p. 16. Blijkens het verslag staat de minister positief tegenover alle aanbevelingen van de commissie en zal de minister met de gesuggerende wetsteksten zijn voordeel doen bij de voorbereiding van een wetsvoorstel.

8 De term 'geoordeeld' komt mij juister voor. Vgl. Numann 2009, p. 5, noot 11.

9 Het concept-wetsvoorstel is te vinden in: Huls 2009, p. 51-57 (Bijlage 1).

10 Huls 2009, p. 55. Het criterium 'significant nadeel' wordt ook gebruikt in het rapport.

11 Vgl. de concept-memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel (Huls 2009, p. 54), alsmede p. 42 van het rapport.

12 Vgl. (onder meer) p. 1 en 46 van het rapport.

Tegen de achtergrond van het rapport en het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel, wordt in deze bijdrage een overzicht gegeven van de toepassing van art. 81 RO aan de hand van een analyse van de uitspraken die in het eerste kwartaal 2008 door de civiele kamer van de Hoge Raad met een verkorte motivering zijn verworpen. Dit mede met het oog op de ontwikkeling van normen voor de (verwachte) toekomstige selectie aan de poort. Illustratief in dit verband is hetgeen de president van de Hoge Raad mr. G.J.M. Corstens hierover onlangs in een interview heeft opgemerkt:

‘Het mooiste zou natuurlijk zijn als we in staat zouden zijn om op het moment van inwerkingtreding van de nieuwe wet criteria naar buiten te brengen. Dat zullen we wel proberen, maar of dat lukt durf ik niet te zeggen. Ik denk dat we gewoon maar moeten beginnen en via trial en error proberen zover te komen dat advocaten zich daarop ook kunnen instellen.’¹³

Voordat de opzet en de bevindingen van het onderzoek worden besproken, volgt eerst een schets van de achtergrond en de strekking van art. 81 RO.

2 HISTORIE ART. 81 RO¹⁴

Artikel 81 RO is – oorspronkelijk als art. 101a RO – in ons rechtsstelsel geïntroduceerd bij wet van 16 juni 1988 en trad in werking op 1 juli 1988.¹⁵ Het biedt de Hoge Raad de mogelijkheid een aangevoerde klacht met een verkorte motivering te verwerpen indien de betreffende klacht naar zijn oordeel niet tot cassatie kan leiden *en* niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Het gaat dus om twee cumulatieve voorwaarden.¹⁶ De verkorte motivering bestaat dan in de enkele vermelding van dit oordeel. Indien alle in een zaak aangevoerde klachten dit lot treft, resulteert de afdoening in een zogenaamde ‘81’er’, inhoudende dat de Hoge Raad het gehele cassatieberoep verwerpt op grond van de standaardformule ‘dat de in het middel aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden *en* zulks, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering behoeft nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling’.

13 C.M.Th. Lindo, ‘Tussen ideaal en nuchterheid. Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens’, *NJB* 2009, p. 1076, l.k.

14 Zie hierover uitvoerig: J.E.H.M. Pinckaers, *Artikel 101a RO*, diss. Maastricht, Arnhem: Gouda Quint 1997, p. 1-35.

15 Wet van 16 juni 1988 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie (verkorte uitspraak Hoge Raad), *Stb.* 1988, 286.

16 MvT, *Kamerstukken II* 1986/87, 19 953, nr. 3, p. 3 en MvA, 1987/88, nr. 5, p. 12.

Art. 81 RO is destijds mede op initiatief van de Hoge Raad totstandgekomen¹⁷ en vormt het resultaat van gezamenlijk overleg tussen de Hoge Raad en de minister.¹⁸ Met de invoering van het artikel werd beoogd het hoofd te bieden aan de stijgende werklast en de daardoor ontstane achterstanden in de behandeling van cassatieberoepen.¹⁹ De mogelijkheid van een verkorte motivering werd vooral noodzakelijk geacht voor de verwerping van vergeefs voorgestelde motiveringsklachten, waarvan de bespreking een aanzienlijke hoeveelheid werk meebrengt die niet in verhouding staat tot het belang dat de klacht uit juridisch oogpunt heeft.²⁰ In de wetsgeschiedenis wordt gesproken van cassatieberoepen die in wezen beogen de kansen van het geding te doen keren door het oproepen van middelen die geheel zijn toegesneden op de omstandigheden van het concrete geval en de desbetreffende motivering in de in cassatie bestreden uitspraak.²¹ In vergelijkbare zin sprak Ras destijds van 'het probleem van de motiveringsklachten', inhoudende dat de beoordeling van dergelijke klachten veelal een arbeidsintensieve bezigheid is – feitelijke beslissingen van de rechter moeten in het licht van het processuele debat worden nagelopen, waartoe het dossier moet worden doorgeploegd –, in welk verband zich de vraag voordeed hoe en in welke mate de Hoge Raad verantwoording moet afleggen van zijn bevindingen.²² De minister en de Hoge Raad hebben op dit punt de gezamenlijke conclusie getrokken dat het dringend gewenst is het tijdrovende ontwerpen en vaststellen van een volledige motivering voor de afdoening van motiveringsklachten achterwege te kunnen laten onder vermelding van de gronden van art. 81 RO.²³

De mogelijkheid van een verkorte motivering is niet beperkt tot de categorie van ongegronde motiveringsklachten. Naar aanleiding van commentaar van de Nederlandse orde van advocaten is door de minister benadrukt dat art. 81 RO (toen: art. 101a) alle gevallen van een falende klacht dekt, dus ook het gemis aan feitelijke grondslag, het ontbreken van belang, klachten die voor het eerst in cassatie vragen opwerpen die mede van feitelijke aard zijn en klachten die constante jurisprudentie miskennen.²⁴ De orde achtte afdoening op de voet van art. 81 RO niet juist in die gevallen waarin het voor de rechts-

17 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 190.

18 MvT, *Kamerstukken II* 1986/87, 19 953, nr. 3, p. 3 alsmede MvA, 1987/88, nr. 5, p. 2 en 9. Vgl. D. Schaffmeister, 'De rol van de Hoge Raad en de ontwikkeling van het cassatierecht in strafzaken', in: Bloembergen e.a. (red.), *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 101.

19 MvT, *Kamerstukken II* 1986/87, 19 953, nr. 3, p. 1 en MvA, 1987/88, nr. 5, p. 2, 5 en 12.

20 MvT, *Kamerstukken II* 1986/87, 19 953, nr. 3, p. 3.

21 MvT, *Kamerstukken II* 1986/87, 19 953, nr. 3, p. 2 en MvA, 1987/88, nr. 5, p. 2.

22 H.E. Ras, 'Aspecten van het werklastprobleem in de civiele sector van de Hoge Raad', in: Heemskerk (red.), *Een goede procesorde*, Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt, Deventer: Kluwer 1983, p. 187, onder 9.

23 MvT, *Kamerstukken II* 1986/78, 19 953, nr. 3, p. 3 en MvA, 1987/88, nr. 5, p. 2, 5-6 en 8.

24 MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 953, nr. 5, p. 10, alsmede, voor wat betreft het afstuiten op constante jurisprudentie, p. 11.

vorming van belang is te weten dat de Hoge Raad het bestreden oordeel niet vatbaar acht voor toetsing in cassatie, de klacht weliswaar feitelijke grondslag mist maar een voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling van belang zijnde vraag aan de orde stelt, of de bestreden motivering alleen in stand kan blijven door haar 'aan te kleden' met een verduidelijking, aanvulling of interpretatie van de gegeven motivering.²⁵ In reactie op deze kritiek bevestigde de minister slechts dat art. 81 RO inderdaad toelaat dat de drie genoemde gevallen op verkorte wijze worden afgedaan; van strijd met de wettelijke taak van de cassatierechter was naar zijn oordeel geen sprake.²⁶ De minister deelde evenmin de opvatting dat een verkorte motivering op de voet van art. 81 RO in wezen neerkomt op non-motivering.²⁷ Inmiddels kan uit de rechtspraak van het EHRM worden afgeleid dat afdoening op de voet van art. 81 RO niet in strijd komt met de eisen van art. 6 EVRM.²⁸

Naast de procedurevoorziening als vervat in art. 81 RO heeft de wetgever eind jaren '80 ook verschillende maatregelen van organisatorische aard getroffen om de werklust van de Hoge Raad beheersbaar te maken,²⁹ waaronder de invoering van de mogelijkheid voor de Hoge Raad om een enkelvoudige rolrechter te laten optreden en om zaken te laten beslissen in een beperkte samenstelling van drie raadsheren,³⁰ de verhoging van het maximum aantal advocaten-generaal,³¹ en de mogelijkheid van het aanstellen van raadsheren en advocaten-generaal in buitengewone dienst.³² Verder is in die periode de personele bezetting van het wetenschappelijk bureau en de griffies uitgebreid en werd een aanvang gemaakt met de invoering van automatiseringsapparatuur.³³

25 P.A. Wackie Eijsten en J.R. Glasz, 'Voorstel van Wet Verkorte Uitspraak Hoge Raad', *Advocatenblad* 1986, p. 389, l.k. onder 8. Zie in dit verband ook T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, 'Het functioneren van art. 101A Wet RO in civiele zaken', *Advocatenblad* 1989, p. 615, l.k., die wijzen op adviseringsproblemen voor de cassatieadvocatuur als uit de motivering niet duidelijk wordt waarom de aangevoerde middelen niet tot cassatie kunnen leiden.

26 MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 953, nr. 5, p. 10. Vgl. voor bespreking van de reactie van de minister: Hartlief en Tjittes 1989, p. 614, l.k., en p. 615-616.

27 Vgl. voor de kritiek van de orde: Wackie Eijsten en Glasz 1986, p. 387-388, onder 3, en voor het standpunt van de minister: MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 953, nr. 5, p. 3, 7 en 8.

28 EHRM 4 juli 2000, NJ 2001, 401, m.nt. Knigge. Vgl. uitvoerig over de vraag hoe art. 81 RO (art. 101a RO) zich verhoudt tot internationale motiveringseisen: Pinckaers 1997, p. 37-56.

29 MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 953, nr. 5, p. 3-6 en p. 9-10 en nr. 7, p. 2. Zie hierover uitvoerig Ch.M.J.A. Moons, 'De Hoge Raad in de toekomst', *Trema* 1987, p. 186-193.

30 Wet van 21 mei 1986, *Stb.* 1986, 285, in werking getreden met ingang van 1 september 1986. Met deze wet werd ook het in de praktijk ontwikkelde systeem van pro forma pleidooien in burgerlijke zaken geformaliseerd. Vgl. MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 953, nr. 5, p. 4.

31 Het maximale aantal advocaten-generaal bij de Hoge Raad is diverse malen verhoogd, laatstelijk naar tweeëntwintig bij Wet van 31 oktober 2002, *Stb.* 2002, 540.

32 Wet van 23 december 1987, *Stb.* 1987, 645.

33 MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 953, nr. 5, p. 3-6, alsmede Moons 1987, p. 187-188.

De keuze voor een procedurele voorziening als art. 81 RO is door de minister herhaaldelijk verdedigd op grond van het argument dat daarmee veel ingrijpender maatregelen, zoals de invoering van een verlofstelsel, (voorlopig) achterwege konden blijven.³⁴ Hierbij werd door de minister destijds evenwel al aangetekend dat er, afhankelijk van de ontwikkelingen op langere termijn met betrekking tot het verloop van het aantal zaken, een ogenblik kan komen dat deze maatregelen opnieuw in overweging moeten worden genomen.³⁵ Dat ogenblik is met het verschijnen van het rapport Hammerstein, 20 jaar na de invoering van art. 81 RO, aangebroken. Het door de commissie voorgestelde selectiemechanisme kan worden gezien als een nieuwe stap richting de invoering van een verlofstelsel.³⁶

3 TOEPASSING ART. 81 RO IN KWANTITATIEF OPZICHT; ENKELE CIJFERS

Het aantal uitspraken dat de civiele kamer van de Hoge Raad per jaar wijst, beweegt zich vanaf 1989 binnen een bandbreedte van ruwweg 450 tot 500,³⁷ met enkele uitschieters naar zowel boven als beneden.³⁸ Het percentage dat hiervan met toepassing van art. 81 RO wordt afgedaan, schommelde in de eerste 9 jaar na de inwerkingtreding van art. 81 RO rond de 15%.³⁹ Vanaf 1999 is het percentage – met 21,7% in 1999 en 27,4% in 2000 – vrij abrupt opgeklommen en ligt het in de jaren 2001 tot en met 2007 gemiddeld rond de 34%.⁴⁰ In 2008 is sprake van een enorme stijging; 48% van het totaal aantal uitspraken werd in dat jaar op de voet van art. 81 RO verworpen. Dit laatste zou te maken kunnen hebben met het verschijnen van het rapport Hammerstein, waarin raad en parket immers wordt aanbevolen art. 81 RO nog wat ruimer toe te passen en de buitengrenzen van het artikel op te zoeken.

34 MvT, *Kamerstukken II* 1986/87, 19 953, nr. 3, p. 4 en MvA, 1987/88, nr. 5, p. 6 en 11, alsmede Moons 1987, p. 188. Vgl. hierover: Schaffmeister 1988, p. 102.

35 MvA, *Kamerstukken II*, 1987/88, 19 953, nr. 5, p. 6 en nr. 7, p. 2.

36 Vgl. p. 47 van het rapport.

37 Gegevens ontleend aan de Jaarverslagen van de Hoge Raad. In het Jaarverslag 2007-2008 staat op p. 46: 'De civiele kamer van de Hoge Raad doet (inclusief een gering aantal zaken waarin het cassatieberoep wordt ingetrokken) jaarlijks zo'n 500 tot 550 zaken af. Ondanks een flinke toename van het aantal uitspraken in 2008 (van gemiddeld 463 uitspraken in de jaren 2005 t/m 2007 naar 530 uitspraken in 2008), is de voorraad door het civiele parket en de civiele kamer te behandelen zaken in de afgelopen jaren fors toegenomen (van 575 zaken in 2005 tot 740 zaken in 2008). Er komen jaarlijks meer zaken binnen dan afgedaan kunnen worden'.

38 In de jaren 1990, 1995, 1996, 1997 en 1998 kwam het totaal aantal uitspraken uit op respectievelijk 425, 431, 391, 431 en 397 en in 1993 en 2008 op 534 respectievelijk 530.

39 1998: 17,9%, 1997: 13%, 1996: 13%, 1995: 7,4 %, 1994: 16,6%, 1993: 16,1%, 1992: 14,8%, 1991: 18,7%, 1990: 16,2%.

40 2007: 36%, 2006: 37%, 2005: 34%, 2004: 32%, 2003: 33%, 2002: 36%, 2001: 31%.

Het percentage 'afdoening art. 81 RO' illustreert mijns inziens dat van het artikel niet de preventieve werking uitgaat die er destijds van werd verwacht⁴¹ en dus een navenante beperkte werkbesparing oplevert, aangezien de procedure voorafgaand aan de totstandkoming van de, verkort gemotiveerde, uitspraak met de invoering van het artikel niet werd gewijzigd.⁴² De werkbesparing zit, ook 20 jaar na dato, louter nog in het niet behoeven te ontwerpen en vaststellen van een volledige motivering door de Hoge Raad.⁴³ Dit is merkwaardig. Het zou voor de hand hebben gelegen dat het afdoeningspercentage '81 RO' na een aanvankelijke stijging geleidelijk aan weer zou zijn gedaald; na 20 jaar toepassing moet, zeker waar het parket in deze periode op de oude voet is blijven concluderen,⁴⁴ toch op een gegeven moment voor de cassatiebalie duidelijk zijn geworden in welke gevallen de Hoge Raad een zaak op de voet van art. 81 RO afdoet en in die gevallen cassatieberoep ontraden? Ook de constante van het percentage valt op. Indien op een gegeven moment inzicht bestaat in de wijze waarop art. 81 RO wordt toegepast, kan ik mij voorstellen dat het percentage zaken dat met een verkorte motivering wordt afgedaan, na verloop van tijd meer fluctuaties gaat vertonen, bijvoorbeeld doordat een nieuwe lijn in de rechtspraak nog niet door iedere cassatieadvocaat wordt onderkend.

Mede in het licht van genoemde cijfers zal in het hiernavolgende worden ingegaan op het beeld dat het eerste kwartaal 2008 te zien geeft voor wat betreft de wijze van toepassing van art. 81 RO door de civiele kamer; in welke gevallen wordt een zaak verkort gemotiveerd verworpen en wat voor argumenten liggen daaraan (blijkens de conclusie kennelijk) ten grondslag?

4 TOEPASSING ART. 81 RO IN KWALITATIEF OPZICHT; VRAAGSTELLING, OPZET EN UITGANGSPUNTEN ONDERZOEK

4.1 Vraagstelling

Insteek van het onderzoek is geweest een beeld te krijgen van de gevallen waarin art. 81 RO door de civiele kamer van de Hoge Raad wordt toegepast. Indien het in concept voorgestelde art. 80a RO tot wet wordt verheven, zal van de mogelijkheid een cassatieberoep op de in het artikel opgenomen gronden niet-ontvankelijk te verklaren, slechts vruchtbaar gebruik kunnen worden gemaakt indien toch tenminste de cassatieberoepen die momenteel op de voet

41 Zie Hartlief en Tjittes 1989, p. 615, r.k., alsmede middenkolom, waar wordt opgemerkt dat art. 81 RO (art. 101a RO) zijn schaduw vooruit kan werpen in de fase van het cassatieadvies.

42 MvT, *Kamerstukken II* 1986/87, 19 953, nr. 3, p. 4 en MvA, 1987/88, nr. 5, p. 8 en 12 en nr. 7, p. 2.

43 MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 953, nr. 5, p. 8.

44 Blijkens de praktijk werd van verkort concluderen uiteindelijk toch afgezien.

van art. 81 RO worden verworpen, relatief eenvoudig kunnen worden ‘herkend’ en zonder grondige bestudering van het dossier kunnen worden tegengehouden bij de poort. De aan het onderzoek ten grondslag liggende vraagstelling is derhalve of het bij de voor selectie in aanmerking komende zaken inderdaad om ‘standaardgevallen’ gaat, die eenvoudig zijn te herkennen en waarin zonder veel dossierstudie de niet-ontvankelijkheid zal kunnen worden uitgesproken.

4.2 Opzet onderzoek

Bij gebreke van inzicht in de gedachtegang van de Hoge Raad – hetgeen inherent is aan toepassing van art. 81 RO – heb ik de argumentatie van de conclusies van het parket geanalyseerd door aan de hand van vooraf geformuleerde ‘afdoeningsgronden’ na te gaan welke van deze gronden daarin worden gebezigd voor de afdoening van de klachten.⁴⁵ Het onderzoek naar de gehanteerde afdoeningsgronden is beperkt van opzet en betreft de (conclusies vóór de) uitspraken die de civiele kamer in het eerste kwartaal van 2008 op de voet van art. 81 RO heeft verworpen. De conclusies zijn geanalyseerd aan de hand van de volgende afdoeningsgronden (‘categorieën’), welke gronden deels ook zijn terug te vinden in de wetgeschiedenis bij art. 81 RO (zie hiervoor onder 2):

- A) Klacht te laat in cassatie naar voren gebracht (eerst in ST of pas bij repliek/dupliek);
- B) Klacht voldoet niet aan de eisen (art. 407 lid 2 / art. 426a lid 2 Rv);
- C) Klacht mist belang (art. 3:303 BW);
- D) Klacht is geen wettelijke grond voor cassatie (art. 79 RO);
- E) Klacht is niet ontvankelijk (bijv. i.v.m. art. 130 lid 2 Rv, art. 399 Rv of art. 80 lid 1 RO);
- F) Klacht mist feitelijke grondslag, berust op feitelijk novum of vereist een nader onderzoek van feitelijke aard waarvoor in cassatie geen plaats is (art. 419 lid 2 Rv);
- G) Klacht bestrijdt een feitelijke beslissing althans een beslissing die als verweven met waarderingen van feitelijke aard niet in cassatie op juistheid kan worden beoordeeld (art. 419 lid 3 Rv);
- H) Rechtsklacht stuit af op gevestigde jurisprudentie althans is evident ongegrond of getuigt van een evident onjuiste rechtsopvatting;
- I) Rechtsklacht is ongegrond of gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting;
- J) Motiveringsklacht is ongegrond;
- K) Klacht gericht tegen motivering van een zuiver rechtsoordeel, en
- L) Overige.

⁴⁵ Overwegingen in het kader van de beoordeling van de ontvankelijkheid in cassatie heb ik niet meegenomen in het onderzoek.

Bij categorie J ben ik uitgegaan van de door de Hoge Raad geformuleerde categorieën van motiveringsgebreken, te weten de onbegrijpelijke motivering, het verzuim essentiële stellingen van partijen te behandelen en kennelijke vergissingen bij de vaststelling van de feiten.⁴⁶ Onder de categorie ‘onbegrijpelijke motivering’ heb ik mede verstaan de ‘ontoereikende motivering’, inhoudende dat de rechter onvoldoende omstandigheden heeft vastgesteld om de toepasselijkheid of niet-toepasselijkheid van de juiste rechtsregel te rechtvaardigen.⁴⁷

Tussen de gehanteerde afdoeningsgronden zitten geen waterdichte schotten. Onderbrenging van de in de conclusie opgenomen argumentatie in één van de categorieën is immers deels een kwestie van appreciatie. Dit deed zich bijvoorbeeld voor bij rechtsklachten die, na een overwegend feitelijke analyse, ongegrond worden verklaard; waar is gekozen voor onderbrenging in categorie I,⁴⁸ kan soms evengoed onderbrenging in categorie H of F worden verdedigd. En zo kan een vergeefs voorgestelde klacht over een verboden aanvulling van de feitelijke gronden zowel in categorie F als in categorie I worden ondergebracht; bij de uitvoering van het onderzoek is gekozen voor het eerste.

4.3 Uitgangspunten onderzoek

Veelal wordt in de conclusies niet slechts één argument gebezigd voor de afdoening van een klacht. In het onderzoek is de gelaagdheid van de afdoening in beginsel meegenomen. Dit betekent dat als een klacht om meerdere redenen niet tot cassatie kan leiden, deze afzonderlijke redenen zoveel mogelijk in de resultaten zijn verwerkt. Een redenering van de strekking ‘dat het bestreden oordeel als verweven met waarderingen van feitelijke aard beperkt vatbaar is voor toetsing in cassatie en ook overigens in het licht van de aangevoerde stellingen zeer wel valt te begrijpen’, levert in het onderzoek dus twee ‘treffers’ op, te weten in categorie G en J. Ook twee treffers – te weten in categorie J en B – scoort bijvoorbeeld een overweging inhoudende ‘dat de bestreden overweging niet onbegrijpelijk is, nog daargelaten dat het middel geen verwijzing bevat naar de vindplaatsen in de gedingstukken’. Verder komt nogal eens voor dat een klacht, die belang of feitelijke grondslag mist, toch volledigheidshalve inhoudelijk wordt behandeld; dat levert naast categorie C respectievelijk categorie F dus meerdere treffers op.

46 Vgl. Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 120 met rechtspraakgegevens.

47 Ontleend aan Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 265.

48 Zie onder 5.2 onder ‘ongegronde rechtsklachten’ voor de afbakening tussen categorieën H en I.

Soms lag een argument wel in de overwegingen van de concluderend A-G besloten, maar werd dit niet met zoveel woorden genoemd. Ik heb ervoor gekozen dit argument dan zelf te benoemen en te verwerken in het onderzoek. Dit deed zich voornamelijk voor bij categorie F; de afdoening behelsde dan bijvoorbeeld de overweging dat de feitelijke veronderstelling die aan de klacht ten grondslag ligt geen steun vindt in de bestreden uitspraak, zonder daaraan de conclusie te verbinden dat de klacht feitelijke grondslag mist.

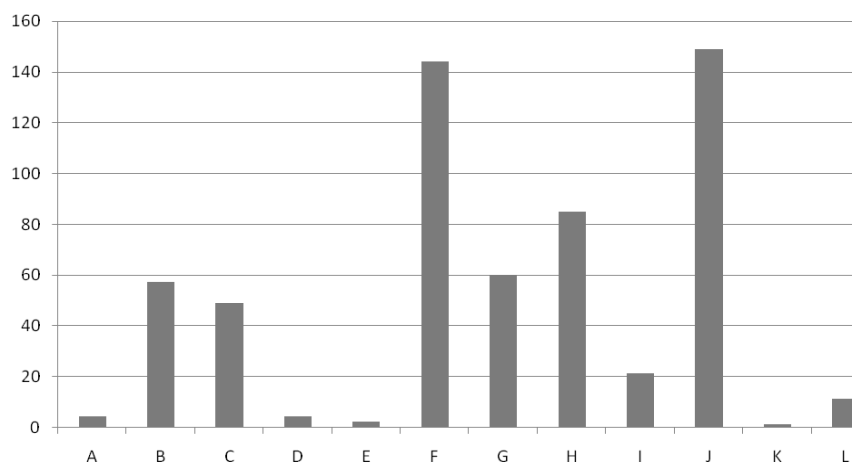
Categorie B heb ik enkel aangevinkt indien de A-G zelf een oordeel uitspreekt over de kwaliteit van de klacht. Indien de conclusie wel een vingerwijzing naar art. 407/426a lid 2 Rv bevat maar de kwaliteit van de klacht verder in het midden laat ('nog daargelaten de vraag of de klacht aan de daaraan te stellen eisen voldoet'), is ervoor gekozen categorie B niet aan te vinken. Wel levert een treffer in deze categorie op een overweging van de strekking dat het middel niet uiteenzet waarom de bestreden overweging onvoldoende begrijpelijk (gemotiveerd) zou zijn of dat niet duidelijk is tegen welke overweging de klacht is gericht; het niet voldoen aan de eisen van art. 407/426a lid 2 Rv wordt dan weliswaar niet expliciet genoemd, maar dit argument ligt voldoende in de afdoening besloten. Hetzelfde geldt indien in de conclusie staat vermeld dat het middel geen verwijzing naar bedoelde stellingen in de gedingstukken bevat.

Tenslotte zijn 'voortbouwende klachten' niet in het onderzoek verwerkt voor zover de afdoening niet meer behelst dan dat deze klachten het lot van hun voorgangers delen ofwel afstuiten op hetgeen reeds is overwogen ten aanzien van de voorafgaande klachten.

5 BEVINDINGEN

5.1 De data in beeld; een diagram en twee tabellen

De verzamelde gegevens zijn verwerkt in de als Bijlage 1 opgenomen tabel, waarin per zaak staat vermeld welke afdoeningsgronden in de conclusie voorkomen. Tevens staat per afdoeningsgrond vermeld het aantal keren dat dit argument in de conclusie voorkomt; de totalen zijn bovenaan opgenomen. De als Bijlage 2 opgenomen tabel bevat een verantwoording van de bevindingen; bij elke zaak staat aangegeven in welke overweging het betreffende argument is aangetroffen. Op basis van de in de eerste tabel vermelde cijfers, kon het volgende diagram worden gemaakt:



5.2 Bespreking van de data

Kwaliteit van de klachten (categorie B)

Het aantal treffers in categorie B is relatief niet zo heel erg groot. Niettemin voldoen in 30 van de in totaal 58 onderzochte zaken een of meer klachten duidelijk niet aan de eisen, ofwel omdat een verwijzing naar de vindplaatsen in de gedingstukken ontbreekt, ofwel omdat met zoveel woorden in de conclusie wordt overwogen dat niet duidelijk is waar nu precies over wordt geklaagd, waartegen de klacht zich richt of waarom een oordeel onbegrijpelijk of onjuist zou zijn.⁴⁹ Hierbij dient te worden bedacht dat, gelijk hiervoor aan de orde kwam, een treffer in categorie B alleen is opgenomen, indien het niet voldoen aan de eisen voldoende duidelijk uit de conclusie valt af te leiden; overwegingen die een vingerwijzing naar art. 407/426a lid 2 Rv bevatten maar de kwaliteit van de klacht in het midden laten, zijn niet in de resultaten verwerkt.

In categorie L ('overige') heb ik opgenomen de afdoeningen die ik niet goed in de andere categorieën kon onderbrengen. Het gaat dan voornamelijk om overwegingen waarin stellingen van feitelijke aard worden besproken die zich slecht laten vertalen naar een deugdelijke cassatieklacht. Zo bijvoorbeeld in R07/074⁵⁰ waarin wordt opgekomen tegen de wijze waarop het hof de waarde van de aandelen van de onderneming van de man bepaalt in het kader van de vermogensrechtelijke afwikkeling van het ontbonden huwelijk van partijen. De klacht dat het hof bij de waardebepaling van de aandelen ten onrechte de opbrengst van de verkoop van delen van de onderneming zes

49 Zie C06/314, LJN: BC4492 (conclusie onder 4.10, 4.13, 4.27, 4.28 en 4.35); R07/060, LJN: BC3299 (conclusie onder 2.17); C06/190, LJN: BB8655 (conclusie onder 2.3 en 2.4), en C06/248, LJN: BC0374 (conclusie onder 5.4, 5.6, 5.21-5.22, 5.35 en 7.47).

50 LJN: BC2250 (conclusie onder 2.6).

jaar na de peildatum, in verband met het tijdsverloop buiten beschouwing heeft gelaten, acht de concluderend A-G ongegrond nu de opvatting van het hof op zichzelf 'juist' is. Ik vraag mij af wat voor soort opvatting hier in cassatie wordt bestreden. Het komt mij voor dat opvattingen in het kader van de waardering van vermogensbestanddelen zich bevinden in een schemerzone tussen feitelijke beslissingen en rechtsbeslissingen, zonder dat gesproken kan worden van een gemengde beslissing; niet doet zich immers voor dat aan een bepaalde feitelijke constellatie een juridisch oordeel wordt verbonden. De wijze van bestrijding en afdoening van dergelijke beslissingen is wat duister. Slechts een enkele keer wordt in de conclusie overwogen dat een klacht geen wettelijke grond voor cassatie oplevert (categorie D).⁵¹ Gelet op de categorie 'overige' vermoed ik dat categorie D eigenlijk wel wat meer treffers zou kunnen hebben. Het parket is niet heel formalistisch in de wijze van afdoening, getuige ook de enkele treffer in categorie K (klachten gericht tegen motivering van een zuiver rechtsoordeel). Veelal wordt toch nog een inhoudelijke overweging gewijd aan een stelling/klacht die dat uit cassatietechnisch oogpunt niet verdient.

Gemis aan feitelijke grondslag (categorie F)

Opvallend is het aantal treffers in categorie F. Het aantal feitelijke grondslag missende klachten is aanzienlijk. In 49 zaken worden een of meer klachten op die grond afgedaan, waaronder begrepen de klachten die berusten op feitelijke nova of een nader onderzoek van feitelijke aard vergen waarvoor in cassatie geen plaats is. Veruit het grootste deel van de treffers in categorie F wordt gevormd door de klachten die berusten op een onjuiste lezing van de bestreden uitspraak.

In categorie F zijn ook opgenomen procesrechtelijke klachten die, gestoken in het kleed van een rechtsklacht, een beoordeling van feitelijke aard vergen, zoals klachten over het treden buiten de grenzen van de rechtsstrijd,⁵² een verboden aanvulling van de feiten en/of van de feitelijke gronden⁵³ en over verrassingsbeslissingen.⁵⁴ Waar deze klachten berusten op een feitelijke veronderstelling – bijvoorbeeld dat het partijdebat niet mede omvatte het punt waarop de bestreden beslissing betrekking heeft of dat de uitspraak berust op een (feitelijke) grond die niet aan de eis of het verweer ten grondslag is gelegd – die geen steun vindt in de stukken van het geding, kunnen zij bij gemis aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Hetzelfde geldt voor motiveringsklachten ter zake het passeren van essentiële stellingen, voor zover

51 Zie R07/060, LJN: BC3299 (conclusie onder 2.10); C06/296, LJN: BC2249 (conclusie onder 18), en R07/046, LJN: BC7905 (conclusie onder 2.3 en 2.5).

52 Zie C06/305, LJN: BC5423 (conclusie onder 3.8) en C06/132, LJN: BC1871 (conclusie onder 13).

53 Zie C06/280, LJN: BC1245 (conclusie onder 2.14); C06/266, LJN: BC1850 (conclusie onder 12 en 17), en C06/132, LJN: BC1871 (conclusie onder 19).

54 Zie R07/038, LJN: BC8036 (conclusie onder 3.1-3.3).

de betreffende stellingen, anders dan het middel doet voorkomen, wél door de rechter in de beoordeling zijn betrokken.

Het feitelijke karakter van de bestreden beslissingen (categorie G)

Het aantal treffers in categorie G illustreert het feitelijke karakter van de in cassatie bestreden beslissingen; in 37 zaken wordt in de conclusie van het parket één of meer keren het argument gebezigd dat de betreffende klacht een oordeel bestrijdt dat als verwerven met waarderingen van feitelijke aard niet danwel slechts beperkt vatbaar is voor toetsing in cassatie. Bij dergelijke feitelijke oordelen gaat het bijvoorbeeld om: waardering bewijsmateriaal (w.o. uitleg/beoordeling deskundigenrapportages);⁵⁵ uitleg gedingstukken;⁵⁶ de vraag of een partij al dan niet aan zijn stelplicht heeft voldaan;⁵⁷ vrij procesbeleid rechter;⁵⁸ waardering proceshouding partijen;⁵⁹ uitleg/beoordeling totstandkoming rechtsverhouding;⁶⁰ toepassing waarderingmethoden;⁶¹ belangenafweging;⁶² en gemengde beslissingen i.e. invulling van open normen.⁶³ Vanwege de verwevenheid met waarderingen van feitelijke aard, komt aan de feitenrechter bij deze oordelen veelal een ruime tot aanzienlijke beoordelingsmarge toe; hoe groter deze marge, des te kleiner de ruimte voor toetsing in cassatie.

Het feitelijke karakter van de bestreden beslissingen houdt (deels) verband met het soort zaak waarin de beslissingen voorkomen. Zo hebben tien van

55 Zie C07/006, LJN: BC2802 (conclusie onder 2.8); C06/314, LJN: BC4492 (conclusie onder 4.22); C06/291, LJN: BC1249 (conclusie onder 4); R07/076, LJN: BC0258 (conclusie onder 14); C06/283, LJN: BB9249 (conclusie onder 15 en 17); C06/265, LJN: BB8106 (conclusie onder 9, 19 en 25), en C06/255, LJN: BC0389 (conclusie onder 4.4).

56 Zie 07/13229, LJN: BC3930 (conclusie onder 5); C06/290, LJN: BC1843 (conclusie onder 3.9); C06/314, LJN: BC4492 (conclusie onder 4.6 en 4.13); C06/281, LJN: BC2792, JAR 2008, 77 (conclusie onder 4.8); C06/283, LJN: BB9249, JAR 2008, 74 (conclusie onder 6); C06/266, LJN: BC1850 (conclusie onder 14); R07/020, LJN: BC1256 (conclusie onder 2.6), en C06/265, LJN: BB8106 (conclusie onder 12 en 23).

57 Zie R06/078, LJN: BC4496 (conclusie onder 4.8).

58 Zie C06/314, LJN: BC4492 (conclusie onder 4.6), en C06/258, LJN: BC5382 (conclusie onder 2.9).

59 Zie R07/084, LJN: BC0386 (conclusie onder 3.6).

60 Zie C06/313, LJN: BC2247 (conclusie onder 2.20); C06/274, LJN: BC1240 (conclusie onder 24 en 34), en C06/190, LJN: BB8655 (conclusie onder 2.3).

61 Zie R07/074, LJN: BC2250 (conclusie onder 2.4 en 2.5, waardebepaling aandelen in het kader van verdeling ontbonden huwelijksgoederengemeenschap) en C07/053, LJN: BB4775 (conclusie onder 20, keuze waarderingmethode in geval van onteigening).

62 Zie C06/315, LJN: BC1251 (conclusie onder 17, belangenafweging in het kader van de aan het slot van art. 6:265 lid 1 BW geformuleerde uitzondering).

63 Zie R07/046, LJN: BC7905 (conclusie onder 2.3, goede trouw-maatstaf ex art. 288 F.); C06/309, LJN: BC6698, JAR 2008, 111 (conclusie onder 2.11, dringende reden voor ontslag op staande voet); C06/305, LJN: BC5423 (conclusie onder 3.3, zorgplicht waterschap), en C07/13322, LJN: BC3845, BJ 2008, 19 (conclusie onder 2.11, Wet Bopz; doet stoomnis geestvermogens betrokkene dermate ernstig gevaar veroorzaken dat vrijheidsbeneming gerechtvaardigd is?).

de onderzochte zaken betrekking op de totstandkoming/uitleg/beëindiging van een overeenkomst.⁶⁴ Verder valt te wijzen op de zaken betreffende schuldsanering (8),⁶⁵ echtscheiding/alimentatie (9),⁶⁶ en faillissementsaanvragen (2).⁶⁷ Niettemin leveren de meeste zaken niet bij voorbaat een indicatie op voor het 'feitelijk gehalte' van een zaak. Dit geldt voor de zaken die verband houden met schadevergoeding uit (voornamelijk) wanprestatie of onrechtmatige daad (12),⁶⁸ voor arbeidszaken (3),⁶⁹ huurzaken (2),⁷⁰ (overige) familie-rechtzaken (2),⁷¹ en voor de enkele zaak betreffende de Wet Bopz, erfrecht, faillissementspauliana, onteigening, een opheffings-kort geding, een enquête-procedure, werkgeversaansprakelijkheid, IPR, verzoek tot vaststelling van het Nederlanderschap, en regres.⁷²

Ongegronde motiveringsklachten (categorie J)

Naast het aantal klachten dat feitelijke grondslag mist, is ook het aantal ongegronde motiveringsklachten aanzienlijk. Veruit het grootste deel van de motiveringsklachten richt zicht tegen de begrijpelijkheid van de bestreden overweging. Dit zijn vaak tijdrovende klachten; voor de beoordeling van de toereikendheid van een motivering is veelal een grondige bestudering van het dossier vereist.⁷³ Met betrekking tot deze klachten valt op dat nogal eens door de steller van het middel wordt miskend dat de toets in cassatie is of de overweging

64 C06/313, LJN: BC2247; C06/291, LJN: BC1249; C06/271, LJN: BC2769; C06/299, LJN: BC2791; C06/274, LJN: BC1240; C06/266, LJN: BC1850; C06/190, LJN: BB8655; C06/265, LJN: BB8106; C06/248, LJN: BC0374, en C06/241, LJN: BB7037.

65 R07/046, LJN: BC7905; R07/038, LJN: BC8036; R07/016, LJN: BC3391; R07/143, LJN: BC5604; 07/11704, LJN: BC6631; R07/064, LJN: BC2203; R07/113, LJN: BC2161, en R07/003, LJN: BC2159.

66 R07/074, LJN: BC2250; R07/060, LJN: BC3299; R07/076, LJN: BC0258; R07/027, LJN: BC3841; R07/125, LJN: BC3211; R07/084, LJN: BC0386; R07/051, LJN: BB8622; R07/037, LJN: BC1262, en R07/020, LJN: BC1256.

67 07/13229, LJN: BC3930 en 07/11300, LJN: BC1264.

68 C07/006, LJN: BC2802; C06/290, LJN: BC1843; C06/284, LJN: BC4970; C06/314, LJN: BC4492; C06/337, LJN: BC4061; C06/305, LJN: BC5423; C06/258, LJN: BC5382; C06/267, LJN: BC3314; C06/279, LJN: BC1244; C06/255, LJN: BC0389; C06/251, LJN: BB7649, en C06/238, LJN: BB9668. N.B. Om dubbel telling te voorkomen zijn vijf zaken in deze opsomming niet meegenomen omdat zij al vermeld staan bij de zaken die zien op totstandkoming/uitleg/beëindiging van een overeenkomst (zie noot 64).

69 C06/309, LJN: BC6698, JAR 2008, 111; C06/281, LJN: BC2792, JAR 2008, 77, en C06/283, LJN: BB9249, JAR 2008, 74.

70 C06/315, LJN: BC1251 en C07/003, LJN: BC3294.

71 R07/071, LJN: BC2252 (gerechtelijke vaststelling vaderschap) en R06/078, LJN: BC4496 (erkenning).

72 Respectievelijk: C07/13322, LJN: BC3845, BJ 2008, 19; C06/132, LJN: BC1871; C06/280, LJN: BC1245; C07/053, LJN: BB4775; C06/285, LJN: BC1248; R07/065, LJN: BC2725, JOR 2008, 123, m.nt. mr. P.D. Olden; C06/320, LJN: BC3379; C06/296, LJN: BC2249; R07/056, LJN: BC7919, en C06/243, LJN: BC3278, JAR 2008, 58.

73 Zie (uitvoerige) analyse van stellingen/partijdebat/uitleg gedingstukken/argumentatie hof in: R06/078, LJN: BC4496 (conclusie onder 4.8 t/m 4.8.2); C06/290, LJN: BC1843

‘niet onbegrijpelijk’ is. De begrijpelijkheid van een overweging behoeft dus niet positief te worden vastgesteld. Indien bijvoorbeeld een andere uitleg van de rechtsverhouding tussen partijen ook mogelijk zou zijn geweest of zelfs meer voor de hand ligt, is dat op zich niet een grond voor vernietiging van de bestreden beslissing. Een motiveringsklacht treft pas doel indien hetgeen het middel aanvoert zich tegen de bestreden uitleg verzet. Zo bijvoorbeeld in C06/313, waarin het hof aan hetgeen tussen partijen is besproken en aan de tussen partijen gewisselde correspondentie bepaalde gevolgtrekkingen verbindt. In de conclusie wordt opgemerkt dat voor de onbegrijpelijkheid niet volstaat dat de door het onderdeel ingeroepen stukken ook andere en niet minder plausibele gevolgtrekkingen dan die van het hof toelaten.⁷⁴ Hetzelfde geldt bijvoorbeeld bij bewijswaardering: dat een andere waardering mogelijk is, brengt niet mee dat de gegeven waardering onbegrijpelijk is.⁷⁵ Voorts is de rechter niet gehouden op alle afzonderlijke stellingen/argumenten van een partij in te gaan om de motivering toereikend te doen zijn.⁷⁶

Tenslotte wordt hier en daar miskend dat ten aanzien van het oordeel in kwestie slechts beperkte⁷⁷ of geen⁷⁸ motiveringseisen gelden, danwel worden aan het bestreden oordeel motiveringseisen gesteld die geen steun vinden in het recht. Zie voor een voorbeeld van dit laatste C06/255, waarin in de conclusie wordt opgemerkt dat de klachten uitgaan van motiveringseisen die niet kunnen worden gesteld aan oordelen die berusten op de uitleg en waardering van gegevens van feitelijke aard; zij vragen in de vorm van motiveringsklachten in wezen een hernieuwde beoordeling van de stellingen van eiseres en van het bewijsmateriaal, welke beoordeling de taak van de cassatierechter te buiten gaat.⁷⁹

(conclusie onder 3.8 t/m 3.15); C06/309, LJN: BC6698 (conclusie onder 2.2 t/m 2.5); C06/271, LJN: BC2769 (conclusie onder 2.3-2.5); R07/076, LJN: BC0258 (conclusie onder 15 t/m 21); C07/053, LJN: BB4775 (conclusie onder 21 t/m 23); C06/274, LJN: BC1240 (conclusie onder 22-24, 26, 34-35); R07/084, LJN: BC3278 (conclusie onder 3.8 t/m 3.11); C06/243, LJN: BC3278, JAR 2008, 58 (conclusie onder 2.20); C06/190, LJN: BB8655 (conclusie onder 2.3); R07/020, LJN: BC1256 (conclusie onder 2.7 t/m 2.10); C06/255, LJN: BC0389 (conclusie onder 4.5.1 t/m 4.5.5), en C06/248, LJN: BC0374 (conclusie onder 5.26/5.30).

74 LJN: BC2247 (conclusie onder 2.20). En bijv. C06/265, LJN: BB8106 (conclusie onder 23).

75 Zie C06/291, LJN: BC1249 (conclusie onder 8).

76 Zie C07/053, LJN: BB4775 (conclusie onder 42, waarin wordt opgemerkt dat een ‘motivering van de motivering’ gewoonlijk niet mag worden verlangd) en R07/003, LJN: BC2159 (conclusie onder 3.8).

77 Zie C07/053, LJN: BB4775 (conclusie onder 46, volgens vaste rechtspraak beperkte motiveringsplicht bij kostenveroordeling in een onteigeningsgeding), en C07/13322, LJN: BC3845, BJ 2008, 19 (conclusie onder 2.6-2.8, summier motivering – bestaande in het enkel verwijzen naar de stukken van het geding – is in overeenstemming met HR 16 mei 1997, NJ 1998, 221, m.nt. JdB).

78 Zie R07/084, LJN: BC0386 (conclusie onder 3.7, ingangsdatum gewijzigde alimentatiebijdrage kan zonder nadere motivering op de datum van de beschikking worden gesteld).

79 C06/255, LJN: BC0389 (conclusie onder 4.9). Vgl. voorts bijv. C07/053, LJN: BB4775 (conclusie onder 25 en 31, schadebegroting bij onteigening; klacht stelt voor wat betreft de keuze

Ongegronde rechtsklachten (categorie H en I)

Bij de opzet van het onderzoek was voor wat betreft de ongegronde rechtsklachten oorspronkelijk slechts categorie H opgenomen, te weten de rechtsklachten die afstuiten op vaste jurisprudentie of getuigen van een evident onjuiste rechtsopvatting. Later is daar categorie I aan toegevoegd omdat sommige ongegronde rechtsklachten zich niet in categorie H laten onderbrengen.

Wat categorie H betreft valt op dat veel klachten in de ‘bewijs sfeer’ worden opgeworpen, zoals klachten over de bewijslastverdeling,⁸⁰ omvang stelplicht,⁸¹ over het ten onrechte niet gelasten van een deskundigenbericht of een descende,⁸² of klachten tegen bewijsoordelen.⁸³ Veel van deze klachten hebben gemeen dat zij vaak de volgens vaste rechtspraak bij de bestreden beslissing aan de rechter toekomende vrijheid miskennen (bijv. bij bewijswaardering), of eraan voorbijzien dat terzake aan de rechter een discretionaire bevoegdheid toekomt, zoals bij het gelasten van een deskundigenbericht of een descende. Hetzelfde geldt ten aanzien van toepassing van de sanctie van art. 22 Rv in geval een partij weigert bepaalde gegevens te overleggen.⁸⁴ Zie voorts C07/003,⁸⁵ waarin wordt miskend dat de rechter niet is gebonden aan de regels van bewijsrecht bij beoordeling van de vraag of verhuurder het dringend eigen gebruik als bedoeld in art. 7:296 lid 1 sub b BW aannemelijk heeft gemaakt, en dat de rechter een grote vrijheid is gegeven met betrekking tot zijn oordeel omtrent het voldoende vaststaan van de feiten.

In het verlengde liggen de klachten die de rechter verwijten iets te hebben nagelaten waartoe hij (ambtshalve) gehouden zou zijn, welke verplichting evenwel (evident) geen steun vindt in het recht. Zo bijvoorbeeld de klacht dat de rechter ambtshalve dient te onderkennen waarom een partij afziet van verdere bewijslevering en onder omstandigheden ambtshalve nader getuigen-

van de waarderingsmethode eisen aan omvang van de rechterlijke motiveringsplicht die geen steun vinden in het recht).

80 Zie C06/280, LJN: BC1245 (conclusie onder 2.12); R07/076, LJN: BC0258 (conclusie onder 7-10), en C06/265, LJN: BB8106 (conclusie onder 11).

81 Zie C06/284, LJN: BC4970 (conclusie onder 2.4, omvang stelplicht bij beroep op rechtsverwerking).

82 Zie C06/279, LJN: BC1244 (conclusie onder 5.4 sub a en 5.36).

83 Zie R07/016, LJN: BC3391 (conclusie onder 10, klacht miskent vrijheid rechter om bij vorming van het hem gevraagde oordeel het gewicht te bepalen dat aan voorgelegd bewijsmateriaal en verstrekte inlichtingen toekomt); C07/006, LJN: BC2802 (conclusie onder 2.3-2.5 en 2.15, klacht betoogt vergeefs dat aan vernietigd strafvonnis bewijskracht in de zin van argumentatieve waarde toekomt en dat hof niet in zijn bewijsoordeel zou mogen betrekken dat de gehoorde getuigen hun verklaringen hebben ontleend aan mededelingen van eiser); C06/291, LJN: BC1249 (conclusie onder 11 en 13, klacht betoogt vergeefs dat de rechter geen gewicht zou mogen toekennen aan zijn indrukken omtrent de geloofwaardigheid van getuigenverklaringen), en C06/265, LJN: BB8106 (conclusie onder 26, klacht gaat uit van onjuiste opvatting omtrent dwingende bewijskracht notariële akte).

84 R07/060, LJN: BC3299, NJ 2008, 123 (conclusie onder 2.9).

85 C07/003, LJN: BC3294 (conclusie onder 3.6).

verhoor moet bevelen,⁸⁶ de klacht die impliceert dat de rechter ambtshalve dient na te gaan of de bepaling van art. 85 Rv is nageleefd,⁸⁷ of er alternatieven zijn alvorens de tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling te kunnen uitspreken,⁸⁸ en verder bijvoorbeeld de klacht dat de rechter gehouden is nader onderzoek te doen naar de juistheid van een partijstandpunt in geval het aangevoerde als onbetrouwbaar terzijde moet worden gesteld,⁸⁹ naar de mogelijkheid van toelating tot de schuldsaneringsregeling bij de beoordeling van een verzoek tot faillietverklaring,⁹⁰ of naar een, wel genoemd maar niet nader toegelicht, betalingsvoorstel bij de beoordeling van een faillissementsaanvraag.⁹¹

In categorie H zijn voorts opgenomen de klachten die, kort gezegd, een 'open deur intrappen'.⁹² Hiertoe behoort bijvoorbeeld de klacht die berust op de onjuiste opvatting dat bij de beoordeling van een verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling van belang is dat de (voormalig) echtgenote van de schuldenaar wel tot de schuldsaneringsregeling is toegelaten (stuit af op HR 4 juni 2004, NJ 2004, 638, m.nt. PvS),⁹³ dat overeenstemming over het huurobject en over de prijs, meebrengt dat er een bindende huurovereenkomst tot stand is gekomen (volgens vaste jurisprudentie is ook van belang of partijen de bedoeling tot uitdrukking hebben gebracht zich te willen verbinden),⁹⁴ dat een overeenkomst geacht moet worden tot stand te zijn gekomen indien in een nieuw concept aan gemaakte bezwaren tegemoet wordt gekomen,⁹⁵ en dat in een privaatrechtelijk kader aan belangen van publiekrechtelijke aard geen gewicht toekomt (stuit af op HR 9 januari 1998, NJ 1998, 393, m.nt. ARB).⁹⁶ En verder bijvoorbeeld de klacht waarmee wordt miskend dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van een bindende eindbeslissing niet beslissend is of het desbetreffende oordeel in het dictum is opgenomen,⁹⁷ dat voor bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen ex art. 3:35 BW niet de eis van benadeling van de fidens wordt gesteld,⁹⁸ voor ontbinding geen toerekenbaarheid van de tekortkoming is vereist,⁹⁹ de toestand van hebben opgehouden

86 C06/265, LJN: BB8106 (conclusie onder 18-19 en 21).

87 C06/266, LJN: BC1850 (conclusie onder 9).

88 R07/113, LJN: BC2161 (conclusie onder 16).

89 R07/076, LJN: BC0258 (conclusie onder 26).

90 07/11300, LJN: BC1264 (conclusie onder 5-6, 9-10).

91 07/13229, LJN: BC3930 (conclusie onder 7).

92 Vgl. rapport Hammerstein, p. 25, waar wordt gesproken van rechtsklachten die naar de bekende weg vragen.

93 R07/064, LJN: BC2203 (conclusie onder 3.5-3.6)

94 C06/291, LJN: BC1249 (conclusie onder 5-6).

95 C06/313, LJN: BC2247 (conclusie onder 2.20; genoemde opvatting kan in haar algemeenheid niet worden aanvaard).

96 C06/315, LJN: BC1251 (conclusie onder 16).

97 R07/020, LJN: BC1256 (conclusie onder 2.2).

98 C06/243, LJN: BC3278, JAR 2008, 58 (conclusie onder 2.17).

99 C06/315 (conclusie onder 8).

te betalen al kan worden aangenomen als er tenminste één opeisbare schuld niet wordt betaald en er nog andere, al dan niet opeisbare schulden bestaan,¹⁰⁰ en dat ook hennepkweek in een niet als woning verhuurd object strijdig met de verplichtingen uit de huurovereenkomst kan zijn.¹⁰¹

In de zaken die in het eerste kwartaal van 2008 op de voet van art. 81 RO zijn afgedaan, komen echter ook rechtsklachten voor waarvan zich de ongegrondheid niet meteen aandient (categorie I). Het gaat dan bijvoorbeeld om rechtsklachten die in cassatie een beoordeling van feitelijke aard vergen, zoals klachten over het ten onrechte passeren van een bewijsaanbod,¹⁰² over het ten onrechte stellen van nadere eisen aan de stelplicht,¹⁰³ en over de beoordeling van de vordering in het licht van de feitelijke grondslag.¹⁰⁴ In categorie I zijn voorts opgenomen de klachten die vergeefs een gemengde beslissing – dat wil zeggen de toepassing van open normen – op juistheid bestrijden. Een voorbeeld biedt C06/309, waarin het hof, aldus de conclusie, geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met zijn oordeel dat de gebleken omstandigheden een dringende reden voor ontslag op staande voet opleveren,¹⁰⁵ en C06/305, waarin het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het moment waarop ‘de tulpenbollen ten onder zijn gegaan’ te nemen als het moment waarop de vergoedbare schade als bedoeld in art. 6:96 BW is ingetreden.¹⁰⁶ Zie voorts R07/143, waarin het hof op grond van de gebleken omstandigheden met juistheid ‘vrees voor benadeling’ in de zin van art. 288 lid 1 sub b F. (oud) heeft kunnen aannemen,¹⁰⁷ en C06/243, waarin aan de orde is de vraag of het hof, met zijn oordeel dat bewuste roekeloosheid in de zin van art. 83c Ziekenfondswet op grond van het procesverbaal van de Arbeidsinspectie pleitbaar is, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁰⁸ En bijvoorbeeld C06/241, waarin vergeefs wordt bestreden de beslissing van het hof dat de rechtsverhouding tussen partijen moet worden aangemerkt als een beheersrelatie in plaats van als een huurovereenkomst.¹⁰⁹ Gelijk hiervoor bij de bespreking van de klachten in categorie H aan de orde kwam, geldt ook op het punt van de gemengde beslissingen

100 07/11300 (conclusie onder 15/16).

101 C06/315 (conclusie onder 6).

102 Zie R07/074, LJN: BC2250 (conclusie onder 2.10); C06/313, LJN: BC2247 (conclusie onder 2.9); C06/305, LJN: BC5423 (conclusie onder 3.14); C06/258, LJN: BC5382 (conclusie onder 2.5-2.7); C06/243, LJN: BC3278, JAR 2008, 58 (conclusie onder 2.14); C06/190, LJN: BB8655 (conclusie onder 2.6-2.9), en C06/248, LJN: BC0374 (conclusie onder 5.9-5.10 en 5.34-5.35 sub c).

103 Zie C06/320, LJN: BC3379 (onder 4.8-4.9; klacht vergt analyse van de door eiseres ingenomen stellingen, die, na analyse, onhelder en tegenstrijdig blijken).

104 C06/271, LJN: BC2769 (conclusie onder 2.3 en 2.6).

105 LJN: BC6698, JAR 2008, 111 (conclusie onder 2.11).

106 LJN: BC5423 (conclusie onder 3.23).

107 LJN: BC5604 (conclusie onder 3.16.1-3.17).

108 LJN: BC3278, JAR 2008, 58 (conclusie onder 2.5).

109 LJN: BB7037 (conclusie onder 12-16).

dat nogal eens de aan de feitenrechter toekomende (ruime) beoordelingsvrijheid wordt miskend.

Incidenteel worden echter rechtsvragen opgeworpen die niet een (overwegend) feitelijke beoordeling vergen en die evenmin afstuiten op vaste rechtspraak of evident ongegrond zijn. Zo bijvoorbeeld R07/020, waarin aan de orde is de vraag of art. 226 lid 1 Rv (schorsing procedure van rechtswege ingeval van overlijden of verlies hoedanigheid procureur) zich leent voor overeenkomstige toepassing in een verzoekschriftprocedure; de concluderend A-G meent *in het onderhavige geval* van niet.¹¹⁰ Gelet op de onduidelijkheid in de literatuur (waarvan in de conclusie melding wordt gemaakt), ligt het voor de hand dat de Hoge Raad op dit punt iets had overwogen. Zie voorts C07/053, waarin aan de orde is de wijze van waardering van grond in geval van onteigening.¹¹¹ De omstandigheid dat de rechtbank ten aanzien van twee verschillende gedeelten van het perceel verschillende maatstaven heeft aangelegd, is, aldus de concluderend A-G, in overeenstemming met het uitgangspunt dat de onteigende recht heeft op vergoeding van de volle waarde van het onteigende. Het antwoord op de opgeworpen rechtsvraag ligt weliswaar in genoemd uitgangspunt besloten, maar niet kan worden gezegd dat het antwoord 'voor het oprapen ligt'.

In het bijzonder wijs ik in dit verband op C06/315¹¹² (ontbinding huurovereenkomst loods) en R07/065¹¹³ (enquêteprocedure). In de zaak over de ontbinding van de huurovereenkomst wordt in cassatie geklaagd over de afweging van belangen aan de hand waarvan het hof oordeelt dat er geen grond is voor toepassing van de aan het slot van art. 6:265 lid 1 BW geformuleerde uitzondering (bijzondere aard of geringe ernst van de tekortkoming). In de conclusie wordt eraan herinnerd dat de rechtsleer over dit onderwerp (t.w. de wijze waarop die belangenafweging moet worden uitgevoerd) van verdeeldheid blijk geeft. Voorts wordt in de conclusie gewezen op recente rechtspraak van de Hoge Raad waarin de door sommige gezaghebbende schrijvers verdedigde 'volle' afweging van alle betrokken belangen niet wordt onderschreven, in die zin dat uitgangspunt is dat tekortkoming ontbinding rechtvaardigt, tenzij zich naar het oordeel van de rechter een uitzonderingsgrond voordoet. Evenwel wordt ook gewezen op een oude uitspraak van de Hoge Raad uit 1984¹¹⁴ waarin voor wat betreft de ontbinding van de huur van woonruimte is aangenomen dat bij de beoordeling van de gerechtvaardigheid van die ontbinding het gewicht van de tekortkoming moet worden afgezet tegen het woonbelang van de huurder, hetgeen duidt op een – vrij vertaald – meer integrale belangenafweging. Het hof kiest in de voorliggende zaak voor

110 LJN: BC1256 (conclusie onder 2.14-2.17).

111 LJN: BB4775 (conclusie onder 37-40).

112 LJN: BC1251 (conclusie onder 12-14).

113 LJN: BC2725, *JOR* 2008, 123, m.nt. P.D. Olden, (conclusie onder 3.21-3.22).

114 HR 30 november 1984, *NJ* 1985, 232.

de ruimere, en dus voor de huurder gunstigere methode van belangenafweging, zodat de klacht dat het hof een te beperkte wegingsmaatstaf heeft aangelegd naar het oordeel van de concluderend A-G ondeugdelijk is. Waar de zaak met toepassing van art. 81 RO door de Hoge Raad is verworpen, is voor de rechtspraak geen antwoord gegeven op de vraag of de 'volle' afweging van alle betrokken belangen – anders dan recente, niet op huur betrekking hebbende rechtspraak – nog steeds geldt in geval van de ontbinding van huur van woonruimte alsmede, naar analogie, in geval van ontbinding van huur van bedrijfsruimte.

In de enquêteprocedure wordt in cassatie onder meer opgekomen tegen de aansporing van de Ondernemingskamer (OK) aan de door haar voor de duur van het geding benoemde bestuurder en commissaris om zich te (doen) informeren omtrent de, kort gezegd, in het kader van de vereffening van het vermogen van de vennootschap (Begemann) verrichte (rechts)handelingen danwel genomen besluiten en deze in rechte aan te tasten. Geklaagd wordt dat de opdracht 'zich te (doen) informeren' in strijd is met het wettelijk systeem, omdat deze overeenkomt met de taak van de onderzoekers in het kader van het toegewezen enquêteverzoek. In de conclusie wordt opgemerkt dat de klacht een interessante kwestie aan de orde stelt, in welk verband de concluderend A-G overweegt dat het zijns inziens inderdaad onjuist is wanneer een bij onmiddellijke voorziening door de OK benoemde bestuurder gaat proberen na enig door hem verricht onderzoekswerk transacties aan te tasten waarnaar de door de OK aangestelde onderzoeker nu juist onderzoek dient te verrichten. Echter, waar de klacht naar het oordeel van de A-G berust op een onjuiste lezing van de bestreden beschikking, behoeft zij bij gemis aan feitelijke grondslag verder geen inhoudelijke bespreking (de afdoening van deze klacht is derhalve verwerkt in categorie F). Ik wijs op de kritische noot van Van Olden, die in zijn JOR-annotatie¹¹⁵ opmerkt dat op zich begrijpelijk is dat de klacht feitelijke grondslag mist, doch dat de OK datgene wat de A-G voor onjuist houdt bij uitstek op het oog heeft gehad. Aan het slot van zijn annotatie merkt Van Olden op:

'Dat deze kwestie op de voet van art. 81 RO is afgedaan, vind ik jammer. De Hoge Raad lijkt eerste fase beschikkingen met een feitelijk en wat minder principieel karakter nogal eens af te doen met art. 81 RO (vgl. Backers & Zoon en CallActive), maar waar echt duidelijkheid gewenst is, verschaft de Hoge Raad die ook wel (vgl. ABN AMRO, Versatel (I-III), DSM, ATR Leasing). Kennelijk schaarde de Hoge Raad de onderhavige zaak in het eerste rijtje'.

Het voert wat ver om op basis van de in categorie I opgenomen uitspraken algemene conclusies te trekken. Ik beperk mij daarom tot een voorlopige indruk, te weten dat rechtsklachten ook wel eens op de voet van artikel 81

115 Zie noot 113.

RO worden verworpen, waar op basis van de conclusie van de A-G een inhoudelijke motivering te verwachten viel. Mogelijke redenen kunnen zijn dat de vraag in kwestie van een te licht principieel belang wordt bevonden (R07/065?), beantwoording een dogmatische keuze vergt waarover de Hoge Raad zich nog niet wenst uit te laten (C06/315?), of dat de feitelijke constellatie niet geschikt is voor een algemene beantwoording van de opgeworpen rechtsvraag. Hiervoor is, dat zal niet verwonderen, nader onderzoek nodig.

6 SELECTIE(CRITERIA)?

De resultaten illustreren dat in de meeste zaken een of meer motiveringsklachten voorkomen die een inhoudelijke beoordeling vergen of dat volledigheidshalve krijgen. Ten aanzien van deze categorie is de vraag of beoordeling 'vóór of ná de poort' moet plaatsvinden. In geval van beoordeling ná de poort, wordt het effect van het selectiemechanisme in belangrijke mate 'uitgehoud', in geval van beoordeling vóór de poort, komt selectie de facto neer op een verschuiving van de werklust. Te verwachten valt dat de Hoge Raad de niet-ontvankelijkheid van een cassatieberoep waarin zich dergelijke (niet op voorhand ongegronde) motiveringsklachten voordoen, niet snel zonder een schriftelijke conclusie van het parket zal willen uitspreken. De mogelijkheid die daartoe in het derde lid van het concept-wetsvoorstel art. 80a RO wordt geboden, zal, uit oogpunt van werkverlichting, slechts beperkt soelaas bieden. Dit betreft echter een logistiek probleem, waarvan men zich kan afvragen of dit doorslaggevend dient te zijn bij het, op abstracter niveau, maken van een principiële keuze, namelijk: ontzeggen we deze zaken toegang tot de Hoge Raad of niet? De insteek van het rapport Hammerstein is immers niet primair vermindering van de werklust, maar het bevorderen van de kwaliteit van de rechtspraak.

Wel geldt dat de beoordeling van motiveringsklachten in cassatie veelal afhankelijk is van waarderingen door raad en parket waarop niet altijd met zekerheid door de cassatiebalie geanticipeerd kan worden. In dat verband is een tweede vraag of dit kan worden ondervangen met de formulering van selectiecriteria. Eerder lijkt een materieelrechtelijke sturing aangewezen, in die zin dat de Hoge Raad een restrictievere koers gaat varen op het punt van de motiveringscontrole. Zie in deze zin ook de opmerking van Von Schmidt auf Altstadt dat zonder een geëxpliciteerde koerswijziging een stellig negatief cassatieadvies op minder ernstige onvolkomenheden in de motivering (nog) niet gelegitimeerd is.¹¹⁶ Hetzelfde geldt ten aanzien van rechtsklachten die een feitelijke beoordeling vergen, zoals klachten over het aanvullen van de feitelijke gronden e.d. Naar mijn idee is eerst een materieelrechtelijke afbakening van dit leerstuk vereist voordat verantwoord geselecteerd zal kunnen worden.

116 Von Schmidt auf Altstadt 2009, p. 17.

Meer in het algemeen zou dat wat uit oogpunt van rechtsbescherming van onvoldoende gewicht moet worden geacht voor een behandeling in cassatie duidelijk besloten moeten liggen in de rechtspraak van de Hoge Raad. Daarmee worden ‘verrassingsbeslissingen’ aan de poort voorkomen en kan de selectie ook overigens efficiënt plaatsvinden. Anders gezegd: selectie dient naar mijn mening beperkt te blijven tot die klachten die, in het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad, (evident) niet tot cassatie *kunnen* leiden. Het selectieproces volgt dan de in de rechtspraak uitgezette lijnen in plaats van dat zij daarop vooruitloopt. De vrees dat kleine foutjes die voorheen nog een grond voor vernietiging opleverden, onder de vigeur van art. 80a RO opeens te onbelangrijk worden bevonden, is dan niet langer gerechtvaardigd.

Verder illustreren de resultaten dat soms rechtsklachten worden voorgelegd waarvan beantwoording niet evident volgt uit vaste rechtspraak. Het komt mij voor dat de formulering van selectiecriteria voornamelijk is aangewezen in het kader van de eerste cumulatieve voorwaarde van art. 80a lid 1 RO teneinde meer vat te krijgen op de vraag wanneer klachten naar het oordeel van de Hoge Raad ‘nopen’ tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Dat ‘nopen’ is momenteel niet altijd even goed voorspelbaar. Ik verwijs daartoe naar de in deze uitgave opgenomen bijdrage van Memelink over de toetsing door de Hoge Raad van beslissingen die kenmerken hebben van zowel feitelijke- als rechtsbeslissingen.

7 AFRONDING

Ten aanzien van de zaken waarin enkel klachten voorkomen die direct stranden op een van de in categorieën A t/m H, K en L genoemde afdoeningsgronden, kan worden aangenomen dat zij bij een toekomstige selectie ‘de poort niet doorkomen’. Lastiger wordt het wanneer het middel (tevens) motiveringsklachten bevat die een inhoudelijke beoordeling vergen (categorie J), of rechtsklachten die een feitelijke beoordeling vergen of niet evident afstuiten op constante rechtspraak (categorie I). In het kader van deze laatste categorie rijst de vraag of en, zo ja, welke nadere invulling in de wet aan het begrip ‘nopen’ moet worden gegeven; betreft dit een louter cassatietechnisch begrip of omvat het (mede) een normatief element dat in artikel 80a zou moeten worden gevat in een criterium? Die vraag is van rechtspolitieke aard: een nadere invulling kan een verdere ontwikkeling naar een verlofstelsel belemmeren, zonder nadere invulling kan de rechtszekerheid in het gedrang komen en is onzeker welke effecten dat heeft op de positie van de Hoge Raad.

Bijlage 1

Uitspraak, zaak nr.	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L
Totalen	4	57	49	4	2	144	60	85	21	149	1	11

Maand 1

HR 18-01-2008, C06/238		1	2			2		3		4		
HR 18-01-2008, C06/241			1			3	1		1	3		
HR 18-01-2008, C06/248		5	2			5	1		3	7		
HR 18-01-2008, C06/251						1						
HR 18-01-2008, R07/003			2			1	2	1		4		
HR 18-01-2008, R07/113		2	1			3		1		1		
HR 25-01-2008, C06/255						2	2	2		3		
HR 25-01-2008, C06/265			3			3	5	7		4		
HR 25-01-2008, C06/279		4	1			7		4		1		
HR 25-01-2008, R07/020						2	1	1	1	2	1	
HR 25-01-2008, R07/037								2		1		

Maand 2

HR 01-02-2008, C06/132		1				5		4		4		
HR 01-02-2008, C06/190		2				3	1	1	1	4		
HR 01-02-2008, C06/243			1			3	1	1	2	3		
HR 01-02-2008, C06/266		1				5	3	1		6		
HR 01-02-2008, R07/051						3	1			2		
HR 01-02-2008, R07/084						1	2			3		
HR 01-02-2008, R07/125						2						
HR 08-02-2008, C06/283		1	1			1	5	1		5		
HR 08-02-2008, C07/13322		1					2	1		3		
HR 08-02-2008, R07/027		1				1	2			2		
HR 08-02-2008, R07/064		1				1	1	1		2		
HR 15-02-2008, C06/274		1	1			2	2	2	1	4		
HR 15-02-2008, C06/281			1		1	3	1			4		
HR 15-02-2008, C06/299						3	1			2		
HR 15-02-2008, C07/053			1			4	2		1	8		
HR 15-02-2008, R07/076						1	1	4		3		
HR 22-02-2008, C06/267		2	3			1						
HR 22-02-2008, C06/285		1								1		
HR 22-02-2008, C07/003						1		1				
HR 22-02-2008, 07/11300	1	1	1			2		4				
HR 22-02-2008, R07/060		1		1		4	1	2		1		
HR 29-02-2008, C06/258							1		1	2		
HR 29-02-2008, C06/271		1				4			1	2		
HR 29-02-2008, C06/291		1	1				1	2		2		
HR 29-02-2008, C06/305			1			7	1		2	8		
HR 29-02-2008, C06/315			1			4	1	4		2		2

Uitspraak, zaak nr.	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L
Totalen	4	57	49	4	2	144	60	85	21	149	1	11

Maand 3

HR 07-03-2008, C06/337		6	7			4	1	1	2	3		3
HR 14-03-2008, C06/280		1				1	1	5		2		
HR 14-03-2008, C06/309			1			5	1		1	3		
HR 14-03-2008, C06/313		6				7	1	1	1	7		3
HR 14-03-2008, C06/314		5	2			1	5	2		4		
HR 14-03-2008, 07/11704		2	1									
HR 14-03-2008, R07/065			2			4		5		5		
HR 14-03-2008, R07/074			2			4	2		1	4		2
HR 21-03-2008, C06/284		2	2		1	6		4		2		
HR 21-03-2008, C06/290							1			1		1
HR 21-03-2008, C06/296		1	2	1				2				
HR 21-03-2008, 07/13229		1	1			2	1	1		1		
HR 21-03-2008, R06/078			1			1	1			4		
HR 21-03-2008, R07/071		2	1			2						
HR 21-03-2008, R07/143		1	1			3		2	1	2		
HR 28-03-2008, C06/320	3	1				2		1	1	1		
HR 28-03-2008, C07/006						2	1	2		1		
HR 28-03-2008, R07/016		1	1			5	1	4				
HR 28-03-2008, R07/038						2		3		3		
HR 28-03-2008, R07/046				2			2	2		1		
HR 28-03-2008, R07/056			1			3				2		

Bijlage 2

Zaak nr.	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L
C06/238		5.12	5.5.1, 5.27			5.19, 5.23		5.7, 5.20, 5.24, 2		5.2, 5.12, 5.13, 5.15		
C06/241			20			11, 17, 18-19	19		12-16	7-8, 9, 10		
C06/248		5.4, 5.6, 5.21-5.22, 5.35, 5.47	4.5, 5.31			5.12, 5.18, 5.27, 5.33, 5.46	5.23		5.10, 5.35 (c), 5.38-5.44	5.8, 5.12, 5.15-5.16, 5.19, 5.23, 5.29-5.30, 5.37-5.44		
C06/251						2.3-2.7						
R07/003			3.1, 3.4			3.8	3.6, 3.10	3.5		3.3, 3.6, 3.8, 3.10		
R07/113		6, 14	8			6, 10, 14		16		12		
C06/255						4.6, 4.12	4.4, 4.9	4.5.5, 4.8		4.5.5, 4.9, 4.12		
C06/265			8, 10, 22			25, 27, 29	9, 12, 19, 23, 25	11, 12, 17, 18-19, 21, 26, 28		13, 23, 24, 26		
C06/279		5.6, 5.12, 5.21, 5.25.1 (b)	5.30			5.3, 5.8, 5.11, 5.16-5.17, 5.21, 5.25.1 (a)/5.25.2, 5.34		5.4 (a), 5.29, 5.32, 5.36		5.7		
R07/020						2.2, 2.12	2.6	2.2	2.17	2.6, 2.10	2.2	
R07/037								2.12, 2.15		2.12		

Maand 1

Zaak nr.	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L
Maand 2												
C06/132		9				9, 11, 13, 15, 19		14, 16, 17, 18		9, 11, 13, 20		
C06/190		2.3, 2.4				2.3, 2.4, 2.5	2.3	2.3	2.9	2.3, 2.3, 2.4, 2.4		
C06/243			2.12			2.6, 2.8, 2.19	2.4	2.17	2.5, 2.14	2.5, 2.9, 2.20		
C06/266		11				6, 9, 12, 13, 17	14, 16, 18	9-10		6, 7, 11, 14, 16, 18		
R07/051						2.10, 2.14, 2.16	2.13			2.12, 2.16		
R07/084						3.11	3.1, 3.6			3.4, 3.6-3.7, 3.11		
R07/125						2.6, 2.9-2.10						
C06/283		18	12			17	6, 11, 13,	4-5/10/14/18		8, 11, 13, 15-17, 19		
07/1322		2.3					2.11, 2.17	2.3-2.4		2.8, 2.12, 2.20		
R07/027		14				14	16, 20			17, 20/21		
R07/064		3.4				3.8	3.3	3.6		3.2, 3.7		
C06/274		37	36			27/28, 39	24, 34	27, 39	35/37	26, 29, 31-32, 34-35		
C06/281			4.17		4.18	4.8, 4.11, 4.13	4.8			4.8, 4.11, 4.13,		
C06/299						2.3, 2.8, 2.10	2.6			2.6, 2.11		
C07/053			9			16, 17, 24, 34	17, 20		37/40	16, 17, 19, 23/31, 25, 36, 41-42, 43-46		
R07/076						21	14	7-9/14, 14, 22/26, 23		10-14, 15-21, 27		

Zaak nr.	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L
C06/267		3.4, 3.7	3.1.2/3.8, 3.3,			3.7						
C06/285		1.5								1.3		
C07/003						3.7-3.8		3.5-3.6/3.8				
07/11300	18	13	7			11, 13		9-10, 12, 15/16,				
R07/060		2.17		2.10		2.3, 2.12, 2.15, 2.19	2.4	2.4, 2.9		2.7		
C06/258							2.9		2.7/2.9	2.4, 2.9		
C06/271		2.8				2.3, 2.4, 2.4, 2.7			2.3/2.6	2.3, 2.4/2.5		
C06/291		10	14				4/9	6, 11-13		8, 15		
C06/305			3.7			3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.14, 3.15, 3.20	3.3		3.14, 3.23	3.6, 3.10, 3.14, 3.18, 3.19, 3.21, 3.22, 3.23		
C06/315			6			4, 14, 15, 9	17	6, 8, 10/11, 16		9, 15		5, 16

Maand 3

C06/337		7.2, 7.3, 7.9, 7.45, 7.64.1, 7.69-7.70	3.2, 7.14, 7.31, 7.59, 7.61, 7.66, 7.77			7.4, 7.47, 7.54.2, 7.64.1/7.64.2	7.76.2	7.7	7.12.1-7.13/7.16-7.29, 7.32-7.44	7.55-7.57, 7.73, 7.76.1-7.76.3		7.6, 7.50, 7.68
C06/280		2.11				2.14	2.14	2.6/2.7, 2.8, 2.10, 2.12, 2.18		2.10, 2.14		
C06/309			2.9			2.4, 2.7, 2.8, 2.9, 2.10	2.11		2.11	2.3/2.4, 2.9, 2.11		

Zaak nr.	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L
C06/313		2.7, 2.9, 2.10, 2.13, 2.14,				2.7, 2.9, 2.11, 2.12, 2.14, 2.15, 2.16	2.20	2.20	2.9	2.4, 2.5, 2.6, 2.7, 2.14, 2.20, 2.20		2.13, 2.15,
C06/314		4.10, 4.13, 4.27, 4.28,	4.34, 4.35			4.18	4.6, 4.6, 4.13, 4.22,	4.10, 4.12		4.6, 4.13, 4.22, 4.30		
07/11704		2.2, 2.3	2.4									
R07/065			3.4, 3.6			3.8, 3.14, 3.19/3.22, 3.29		3.13, 3.20, 3.26, 3.28, 3.31		3.11, 3.13, 3.20, 3.26, 3.31		
R07/074			2.7, 2.8			2.6, 2.6, 2.7, 2.9	2.4/2.5,		2.10	2.5, 2.6, 2.8, 2.10		2.5, 2.6
C06/284		2.6, 2.20	2.8, 2.11		2.8	2.6, 2.11, 2.12, 2.18, 2.19, 2.20		2.4, 2.6, 2.11, 2.16		2.6, 2.14		
C06/290							3.9			3.15		3.16
C06/296		19	22, 23	18				13, 20				
07/13229		10	12			6, 9	5	7		6		
R06/078			4.6-4.7			4.11	4.8			4.4, 4.8-4.8.2, 4.11/4.13, 4.12/4.13		
R07/071		12, 12	13			12, 15						
R07/143		3.6	3.14			3.3, 3.9, 3.12		3.10.1- 3.10.2/3.13,	3.17	3.5, 3.17		
C06/320	4.2, 4.6.2, 4.10	4.2				4.4, 4.7		4.3	4.8-4.9	4.6.1-4.6.2		
C07/006						2.4, 2.18	2.8	2.3/2.5, 2.15		2.14/2.16		
R07/016		16	15			10, 11, 12, 16, 16	16	6-9, 9, 10, 13				
R07/038						3.2-3.3, 3.8		3.5, 3.6, 3.8		3.5, 3.8, 3.10		

Zaak nr.	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L
R07/046				2.3,			2.3, 2.5	2.3, 2.7		2.3		
R07/056			20			14, 18, 23				11, 16		

10 | Werkgeversaansprakelijkheid voor RSI, *repetitive strain* voor de rechter

A.G. Castermans & P.W. den Hollander [■]

1 INLEIDING

De Bakker, sinds 1978 monteur en wikkelaar van transformatoren, had monotoon en zwaar werk, zo stelde hij. In 1987 kreeg hij pijn in zijn achterhoofd, de schouderlijn en zijn rechterarm. Pas in 1993 meldde hij zich ziek. Een jaar later werd hij arbeidsongeschikt verklaard. Hij vorderde van zijn werkgeefster, Zee Electronics, op grond van artikel 7:658 BW vergoeding van de schade die hij leed als gevolg van haar verzuim voor zodanige afwisseling in het werk te zorgen, de werkdruk zodanig af te stemmen en de werkplek zodanig in te richten dat de ziekte-uitval voorkomen had kunnen worden.

Wie moet wat stellen en bewijzen? Het is in beginsel aan de werknemer te stellen en zo nodig te bewijzen dat er een causaal verband bestaat tussen de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd, en de uitoefening van de werkzaamheden waarin de schade gesteld wordt te zijn geleden. De rechtbank kwam in hoger beroep tot het – van de kantonrechter afwijkende – oordeel dat het enkele feit dat De Bakker de klachten kreeg in de periode waarin hij werkte bij Zee Electronics onvoldoende is om via de ‘omkeerregel’¹ – behoudens tegenbewijs – aan te nemen dat de klachten in verband staan met de werkzaamheden. Zij voegde hieraan toe dat De Bakkers beschrijving van de werkzaamheden niet kon leiden tot toepassing van de omkeringsregel, omdat Zee Electronics de desbetreffende stellingen had betwist. Zij wees de vordering af.

De Hoge Raad vernietigde het vonnis, in zijn eerste arrest in een RSI-zaak. De rechtbank had miskend:

‘dat weliswaar met het oog op de op [De Bakker] rustende bewijslast een onderzoek door (medische) deskundigen aangewezen kan zijn voor de beantwoording van de vraag of tussen de door een werknemer verrichte werkzaamheden en de door deze ondervonden klachten oorzakelijk verband, in de zin van *condicio sine qua non* verband, bestaat, maar dat vooraleer deze vraag aan de orde kan komen onder meer moet worden vastgesteld om welke werkzaamheden het in het gegeven geval gaat. Nu in het onderhavige geval omstreden is waaruit de werkzaamheden van

■ A.G. Castermans, hoogleraar Burgerlijk recht, en P.W. den Hollander, Phd-fellow zijn beiden verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden.

1 We spreken verder van ‘omkeringsregel’.

[De Bakker] bestonden en [De Bakker] heeft aangeboden zijn door [Zee Electronics] betwiste beschrijving van die werkzaamheden te bewijzen, heeft de rechtbank, die niet heeft vastgesteld dat het oordeel van de deskundigen niet anders zou hebben geluid indien zij zouden zijn uitgegaan van de door [De Bakker] gegeven omschrijving van zijn werkzaamheden, door niet op dit bewijsaanbod in te gaan hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting hetzij haar oordeel ontoereikend gemotiveerd'.²

Voordat de vraag aan de orde kan komen of er een causaal verband bestaat tussen het werk en de schade, moet de aard van de werkzaamheden worden vastgesteld. Zou wanneer de aard van de werkzaamheden eenmaal is vastgesteld alsnog toepassing van de omkeringsregel kunnen volgen? De Hoge Raad is op dit punt niet duidelijk. De aard van de werkzaamheden moet worden vastgesteld, 'vooraleer deze vraag aan de orde kan komen'. Aldus houdt de Hoge Raad open of de vraag naar causaal verband moet worden beantwoord aan de hand van hoofdregel van bewijslastverdeling, of dat wellicht ook een omkeringsregel toepasselijk kan zijn. Een suggestie die in het arrest wordt gesteund door de voorafgaande overweging, dat de werknemer *in beginsel* gehouden is het nodige te stellen en bewijzen over het causaal verband tussen werk en schade.³

In deze bijdrage houden wij het tweede RSI-arrest van de Hoge Raad tegen het licht. Daarin kwam de eiser in cassatie, werknemer Campen, op tegen het oordeel dat er in RSI-zaken in het algemeen en in zijn zaak in het bijzonder geen aanleiding was af te wijken van de hoofdregel van bewijslastverdeling. De Hoge Raad verwierp de klacht met een beroep op artikel 81 RO.⁴

Is dat terecht? In de privaatrechtelijke rechtspraak slaan lagere rechters verschillende wegen in (paragraaf 3). De rechtsverhouding tussen ambtenaar en werkgever/bestuursorgaan kent een eigen ontwikkeling (paragraaf 4). Tegen deze achtergrond bespreken we de feiten en het procesverloop in lagere instanties van de zaak Campen/Köpcke en het zwijgen van de Hoge Raad (paragraaf 5). Eerst staan we kort stil bij RSI als fenomeen op de werkvloer.

2 RSI op de werkvloer

RSI, *Repetitive Strain Injury*, is volgens de Gezondheidsraad:

'een tot beperkingen of participatieprobleem leidend multifactorieel klachtensyndroom aan nek, bovenrug, schouder, boven- of onderarm, elleboog, pols of hand of een combinatie hiervan, gekenmerkt door een verstoring van de balans tussen

2 HR 20 mei 2005, L/JN AS4406, JA 2005, 65 m.nt. Vegter (De Bakker/Zee Electronics).

3 HR 20 mei 2005, L/JN AS4406, JA 2005, 65, r.o. 4.1.

4 HR 2 juni 2006, L/JN AW6167, JAR 2006, 155 m.nt. Vegter (Campen/Köpcke).

belasting en belastbaarheid, voorafgegaan door activiteiten met herhaalde bewegingen of statische houding van één of meer van de genoemde lichaamsdelen'.⁵

De Gezondheidsraad gaat hierbij uit van twee typen RSI: specifieke en a-specifieke RSI. Het eerste type kan worden herleid tot een specifieke, medisch objectieerbare aandoening. Bij het tweede type kan geen objectieerbare oorzaak voor de klachten worden aangetoond. Inmiddels wordt in plaats van RSI overigens ook wel gesproken van het neutralere 'KANS': Klachten aan Armen, Nek en Schouders.

Al zo'n twintig jaar waart RSI rond op de werkvloer. Werkgevers dienen jaarlijks het risico te inventariseren en te evalueren dat werknemers klachten krijgen door een bepaalde werkhouding en door bepaalde arbeidsomstandigheden. Zij worden opgeroepen periodiek de hoogtes van bureaus, stoelzittingen en armleuningen te controleren. Ter bevordering van de bewustwording van het belang van pauzes, oefening en afwisseling installeren zij op de pc's van hun werknemers programma's die om de haverklap oproepen even te stoppen met beeldschermwerk. Met goede reden: niet alleen omdat het Arbeidsomstandighedenbesluit en de Arbeidsomstandighedenregeling bijzondere aandacht vergen voor de belasting in verband met beeldschermwerk, maar ook en vooral omdat veel werknemers last hebben van armen, nek of schouders. Dergelijke klachten worden genoemd als belangrijke oorzaak van ziekteverzuim: 14% als rekening wordt gehouden met de frequentie en de verzuimduur.⁶

Ondertussen zijn pregnante vraagtekens gezet bij het fenomeen RSI. Het gaat niet alleen om klachten door eentonig werk met repeterende bewegingen: er kan sprake zijn van verschillende oorzaken tegelijkertijd. Deze kunnen ook in de privésfeer van de werknemer zijn gelegen, of bestaan in een predispositie van de werknemer. Vraagtekens zijn ook gezet bij wat de werkgever eraan kan doen. De Gezondheidsraad in 2000:

'Bewijskracht voor de effectiviteit van preventieve maatregelen ontbreekt vrijwel volledig. Er is behoefte aan onderzoek naar de effectiviteit van maatregelen gericht op houdingsverbetering, krachtsvermindering en bekorting van de duur van de belasting, zoals het aanbrengen van ergonomische aanpassingen van de werkplek, het invoeren van pauzes en het bevorderen van afwisseling in de werkzaamheden. Als er methoden beschikbaar komen die effectief ingrijpen op psychosociale factoren, zoals werkdruk en sfeer op het werk, kunnen dat belangrijke instrumenten zijn ter vermindering van RSI-klachten. Ook het verhogen van de lichamelijke belastbaarheid is potentieel een middel ter preventie.

Vooraf van interventies waarbij alle risicofactoren samenhangend worden geminimaliseerd, is effect te verwachten, zij het dat eerst via onderzoek duidelijk moet

5 Gezondheidsraad, RSI, advies 2000/22, p. 10.

6 M. Bakhuys Roozeboom, P. Gouw, W. Hooftman, I. Houtman en J. Klein Hesselink, *Arbo-balans 2007/2008*, Hoofddorp: TNO Kwaliteit van leven (zonder jaartal), p. 67.

worden in hoeverre arbeidsgebonden psychosociale en persoonsgebonden risicofactoren bijdragen aan het ontstaan van de klachten.⁷

Kortom, in 2000 was de stand van de wetenschap op het gebied van RSI-risicofactoren nog ontoereikend voor normstelling, een bevinding die terugkeert in verschillende rechterlijke uitspraken die hierna worden besproken.

3 RSI BIJ DE BURGERLIJKE RECHTER

3.1 De bewijslastverdeling van artikel 7:658 BW

Wanneer de werknemer zijn werkgever aansprakelijk wil stellen voor schade, die hij heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden, dan dient hij op grond van artikel 7:658 lid 2 BW – en volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv – te stellen en zonodig te bewijzen dat er causaal verband bestaat tussen de schade die hij stelt te hebben geleden en de uitoefening van zijn werkzaamheden. Het gaat hier om het *condicio sine qua non*-verband: vast moet komen te staan dat de werknemer zonder het werk de schade niet zou hebben geleden. Slaagt de werknemer erin dit bewijs te leveren, dan is de werkgever in beginsel aansprakelijk. Hoewel artikel 7:658 BW daarmee een voor de werknemer gunstige bewijslastverdeling kent (hij hoeft immers niet te bewijzen dat de werkgever een norm heeft geschonden), beoogt het niet een ‘absolute waarborg’ te scheppen voor diens bescherming.⁸ Het artikel behelst geen risicoaansprakelijkheid, maar een schuldaansprakelijkheid. De werkgever kan aansprakelijkheid afwenden met een beroep op een disculpatiegrond. Hij moet dan aantonen dat hij zijn in artikel 7:658 lid 1 BW vervatte zorgplicht is nagekomen,⁹ of dat de schade in belangrijke mate te wijten is aan de opzet of de bewuste roekeloosheid van de werknemer.¹⁰ In het arrest Fransen/Pasteurziekenhuis heeft de Hoge Raad bepaald dat de werkgever tenslotte ook aan aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen dat nakoming van zijn zorgplicht de schade in het concrete geval niet zou hebben voorkomen.¹¹

In het geval van arbeidsongevallen zal de werknemer het bewijs van causaal verband tussen de werkzaamheden en de schade meestal wel kunnen leveren. Glijdt een werknemer uit in een plas water op – letterlijk – de werkvloer, dan staat meestal wel vast dat hij zijn letselschade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden.¹² Bij RSI ligt het vaak moeilijker,

7 Gezondheidsraad, RSI, advies 2000/22, p. 10.

8 Zie bijvoorbeeld HR 27 april 2007, NJ 2008, 462.

9 Zie over de inhoud van deze zorgplicht HR 12 december 2008, L/JN BD3129, RvdW 2009, 35.

10 Zoals bekend zal een beroep op deze disculpatiegronden niet snel slagen. Zie HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 (Pollemans/Hoondert).

11 HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 m.nt. PAS, r.o. 3.5.

12 Zoals dat het geval was in HR 11 april 2008, L/JN BC9225, JAR 2008, 146.

vooral bij de a-specifieke variant. Waar, wanneer en waardoor zijn de klachten precies ontstaan? Tegelijkertijd blijkt in RSI-casus altijd wel sprake te zijn van een werkgever die niet alle arbo-voorschriften in acht heeft genomen door niet te zorgen voor een ergonomisch correcte werkplek of onvoldoende voorlichting te geven over de juiste werkhouding of – bij wijze van spreken – onvoldoende toezicht te houden op het aantal toetsaanslagen per kwartier beeldschermwerk. Kan de schending van deze voorschriften door de werkgever aanleiding geven om in afwijking van de hoofdregel de bewijslevering van het causaal verband tussen werkzaamheden en RSI ‘door te schuiven’ naar de werkgever, met een beroep op de omkeringsregel?

3.2 De omkeringsregel

Volgens de in het algemeen aansprakelijkheidsrecht ontwikkelde ‘omkeringsregel’ wordt het causaal verband tussen onrechtmatige daad of wanprestatie en schade (in de zin van *condicio sine qua non*) vermoed te bestaan, wanneer een norm is geschonden en het *specifieke* risico waartegen deze norm bescherming beoogt te verlenen zich heeft verwezenlijkt, tenzij degene die de norm heeft geschonden dit vermoeden weerlegt.¹³ Hij moet dan bewijzen dat de schade ook zou zijn ontstaan zonder de normschending, zodat het *condicio sine qua non*-verband ontbreekt. Deze omkeringsregel vindt vooral toepassing bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen.¹⁴

Met het ‘specificiteitsvereiste’ vervangt de omkeringsregel in feite de causaliteitsvraag door een relativiteitsvraag: beoogt de geschonden norm bescherming te bieden tegen de verwezenlijking van dit risico? Lindenbergh spreekt van een ‘nauw verband’ dat moet bestaan tussen de geschonden norm en het verwezenlijkte risico.¹⁵ Bestaat dit nauwe verband, dan moet causaal verband tussen normschending en de verwezenlijking van het risico (schade) behoudens tegenbewijs worden aangenomen. Bij verkeers- en veiligheidsnormen wordt deze nauwe band (of: een ruime beschermende strekking van de geschonden norm) doorgaans aangenomen, zodat een beroep op de om-

13 HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 (TFS/NS) en HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305 m.nt. W.D.H. Asser (Kastelijn/Achtkarspelen). Zie over de opkomst en (vermeende) ondergang van de omkeringsregel recent I. Giesen, ‘De aantrekkingskracht van Loreley’, in: T. Hartlief en S.D. Lindenbergh (red.), *Tien penne-streken over personenschade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 69-86.

14 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 226.

15 S.D. Lindenbergh, ‘De betrekkelijkheid van de omkeringsregel’, *WPNR* 2004/6580, p. 434. Lindenbergh (p. 435) meent overigens dat gesproken moet worden van een ‘species’ van de relativiteit van de geschonden norm, nu gaat om de vraag ‘of de geschonden norm voldoende specifiek bescherming biedt tegen het risico dat zich heeft verwezenlijkt om tot een aanpassing van de *bewijsposities* te beslissen.’

keringsregel bij schending van zulke normen de meeste kans van slagen heeft.¹⁶

3.3 De bewijslastverdeling van het arrest Unilever/Dikmans

Terug naar de werkgeversaansprakelijkheid van artikel 7:658 BW: kan de omkeringsregel ook op de bewijslastverdeling van dit artikel worden toegepast? Deze vraag was aan de orde in het arrest Unilever/Dikmans.¹⁷ Aanleiding hiertoe gaf het litigieuze causaal verband tussen de chronische gezondheidsklachten van (voormalig) werknemer Dikmans en de blootstelling aan voor de gezondheid gevaarlijke chemicaliën (oplosmiddelen en nikkelzouten) bij de werkzaamheden die hij gedurende zijn twintigjarig dienstverband bij Unilever had verricht. De exacte toedracht van het ontstaan van zijn ziekte kon de chemisch technoloog niet bewijzen, zodat zich bij het causaal verband tussen werkzaamheden en gezondheidsklachten een bewijsnood voordeed, vergelijkbaar met die in RSI-zaken. De rechtbank had de vordering van Dikmans afgewezen, omdat Dikmans naar het oordeel van de rechtbank niet aan zijn stelplicht had voldaan. Zo had hij niet precies (genoeg) gesteld (kort gezegd) waar, wanneer en op welke wijze hij met de gevaarlijke stoffen in aanraking was gekomen. De stelling van Dikmans dat Unilever haar zorgplicht had geschonden, kon volgens de rechtbank ondertussen pas aan de orde komen nadat Dikmans voldoende had gesteld en zonodig had bewezen dat er causaal verband bestond tussen zijn werkzaamheden en zijn gezondheidsklachten.

Anders dan de rechtbank meende de Hoge Raad dat Dikmans wel voldoende en voldoende gemotiveerd had gesteld omtrent het causaal verband tussen zijn werkzaamheden voor Unilever en zijn gezondheidsklachten. Zo had Dikmans naar het oordeel van de Raad aan de hand van rapporten van medici en medische literatuur aannemelijk weten te maken dat zijn gezondheidsklachten konden zijn veroorzaakt door de blootstelling aan chemicaliën die zich, naar Unilever erkende, bevonden in het laboratorium waar hij werkzaam was geweest. Op Unilever als werkgever rustte bovendien een verzwaarde stelplicht, zodat zij de stellingen van Dikmans gemotiveerd had moeten betwisten. Van de werkgever mocht namelijk worden gevergd, aldus de Raad, dat 'hij in het algemeen de omstandigheden aangeeft die meer in zijn sfeer dan in die van de werknemer liggen'.¹⁸ Nu van gemotiveerde betwisting door Unilever blijktens het vonnis van rechtbank geen sprake was geweest, had de

16 Volgens Giesen (2009), p. 84-85 kan de omkeringsregel zelfs uitsluitend toegepast worden bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen (althans bij de vordering tot vergoeding van personenschade).

17 HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA.

18 HR 17 november 2000, NJ 2001, 596, r.o. 5.4.

rechtbank niet mogen oordelen dat Dikmans niet aan zijn stelplicht had voldaan.

Hierna kwam de Hoge Raad toe aan de bewijslastverdeling ten aanzien van het causaal verband:

‘Daarnaast geeft ook het oordeel van de Rechtbank (rov. 4.2, slot), dat het eerst dan aan Unilever is om feiten de stellen (en zo nodig te bewijzen) waaruit valt af te leiden dat zij jegens Dikmans aan haar zorgplicht heeft voldaan, wanneer deze erin zou slagen voldoende te stellen (en zo nodig te bewijzen) dat zijn aandoeningen het gevolg zijn van zijn werkomstandigheden, blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel miskent immers dat wanneer een werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband aangenomen moet worden indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, en dat derhalve ook in zoverre op Unilever reeds thans de plicht rust nader aan te geven of en zo ja welke maatregelen zij in dit opzicht heeft getroffen. Een en ander leidt tot de slotsom dat het middel slaagt.’¹⁹

Past de Hoge Raad hier nu de omkeringsregel toe? We laten het antwoord op deze vraag hier verder in het midden.²⁰ Van belang voor de bewijslastverdeling in RSI-zaken is dat in Unilever/Dikmans de volgorde – onder de hoofdregel van artikel 150 Rv – van artikel 7:658 lid 2 BW wordt doorbroken. Het causaal verband tussen de normschending (het niet-nakomen van de zorgplicht door de werkgever) en de gezondheidsschade komt namelijk tegelijkertijd aan de orde en moet worden beoordeeld in samenhang met het causaal verband tussen de werkzaamheden en de schade (door middel van de ‘blootstelling’ aan ‘gevaarlijke stoffen’). Volgens Vegter verhouden de beide ‘causale verbanden’ zich aldus tot elkaar als ‘communicerende vaten’.²¹ Asser verwoordt het zo:

‘De Hoge Raad wil met een en ander bereiken dat de werknemer met betrekking tot het door hem te bewijzen causaal verband wordt geholpen met een vermoeden dat kan worden aangenomen doordat het thema van de zorgplicht dat aan de orde kan komen bij het disculpatiebewijs van de werkgever op grond van lid 2 van art. 7:658 naar voren wordt gehaald.’²²

19 HR 17 november 2000, NJ 2001, 596, r.o. 5.4.

20 Zie hiervoor M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*, diss. Amsterdam, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 107 en A.J. Swelheim, ‘De Hoge Raad en de omkeringsregel in het arbeidsrecht’, in: R.A.A. Duk (red.), *Voor De Laat: De Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 119-131.

21 Vegter (2005), p. 111-112.

22 W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 237.

Dankzij dit rechterlijk vermoeden van causaal verband tussen de werkzaamheden en de gezondheidsklachten hoeft de werknemer niet de *precieze* toedracht van het ontstaan van zijn ziekte te bewijzen. Hij kan volstaan met het bewijs dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen, die zijn gezondheidsklachten *kunnen* hebben veroorzaakt.²³ De werkgever moet bewijzen dat hij zijn zorgplicht is nagekomen. Slaagt de werkgever niet in dit bewijs, dan wordt aangenomen dat causaal verband bestaat tussen de werkzaamheden en de gezondheidsklachten. De werkgever kan dan nog aansprakelijkheid afwenden door de aanname van causaal verband tussen werkzaamheden en gezondheidsklachten te weerleggen (met het bewijs van een buiten het werk gelegen oorzaak). Als alternatief kan hij proberen aan te tonen dat nakoming van de zorgplicht de gezondheidsklachten niet zou hebben voorkomen.

De bewijslastverdeling van Unilever/Dikmans kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het normatieve karakter van artikel 7:658 BW (bescherming van de werknemer). Dat er een verband bestaat tussen de blootstelling aan het type chemicaliën dat in het laboratorium van Unilever werd gebruikt en het type gezondheidsklachten dat Dikmans had, stond bovendien – in algemene zin – medisch-wetenschappelijk vast. Daarmee is voldaan aan het vereiste van een ‘nauw verband’ tussen normschending en risico dat in het kader van de omkeringsregel wordt gesteld.²⁴

Inmiddels heeft de Hoge Raad zijn lijn aangescherpt in twee arresten. In het arrest Havermans/Luyckx benadrukte de Hoge Raad dat de werknemer aannemelijk moet maken dat zijn gezondheidsklachten door de betreffende stoffen kunnen zijn veroorzaakt. De enkele blootstelling aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen volstond niet om de omkeringsregel te activeren. Werknemer Havermans, die weliswaar stelde dat hij als gevolg van blootstelling aan verharders, lijm, siliconen, polyesters en lakken een organisch psychosyndroom (OPS) had ontwikkeld, maar niet aannemelijk maakte dat de blootstelling daadwerkelijk zijn OPS-klachten had kunnen veroorzaken, kon daarom niet profiteren van de bewijslastverdeling van Unilever/Dikmans.²⁵ In Landskroon/BAM maakte werknemer Landskroon evenmin voldoende aannemelijk dat zijn lagerugklachten konden zijn veroorzaakt door de schending van de zorgplicht van BAM, als gevolg waarvan Landskroon te zwaar had moeten tillen bij zijn werk. Hem speelde parten dat een ingeschakelde orthopeed had verklaard dat zijn rug juist bovengemiddeld goed was.²⁶

Wie moet wat stellen en bewijzen? In het arrest Unilever/Dikmans komt de Hoge Raad de werknemer op twee punten tegemoet: met het aannemen

23 Evenzo HR 26 januari 2001, *JAR* 2001, 39 (Weststrate c.s./De Schelde).

24 Zie par. 3.2.

25 HR 23 juni 2006, *LJN* AW6166, *JAR* 2006, 174.

26 HR 9 januari 2009, *LJN* BF8875, *JAR* 2009, 38, *JA* 2009, 58 met noot E.M. Hoogeveen onder nr. 59.

van de verzwaarde stelplicht van de werkgever en de bijzondere bewijslastverdeling. Kan de bewijslastverdeling van Unilever/Dikmans naar analogie worden toegepast in RSI-zaken? In de literatuur wordt wel (voorzichtig) betoogd dat dit het geval is.²⁷ Tegelijkertijd geldt dat – of het nu gaat om toepassing van de omkeringsregel of de bijzondere bewijslastverdeling van Unilever/Dikmans – afwijken van de hoofdregel van bewijslastverdeling in de woorden van Vranken in navolging van advocaat-generaal Bakels alleen op zijn plaats is ter overbrugging van:

‘het laatste restje onzekerheid over het causale verband dat resteert na de constatering dat er een reële mogelijkheid is dat de normschendende gedraging de schade heeft veroorzaakt. In zo’n geval is het redelijk het laatste restje onzekerheid voor risico te brengen van degene die de norm overtrad.’²⁸

In het al in de inleiding genoemde arrest De Bakker/Zee Electronics uit 2005 – het enige arrest waarin hij zich tot op heden over RSI heeft uitgesproken – laat de Hoge Raad zich over deze vraag niet ten principale uit. In het in 2006 gewezen arrest Campen/Köpcke doet de Hoge Raad er, onder verwijzing naar artikel 81 RO, het zwijgen toe. Ondertussen figureren in de lagere rechtspraak verschillende arrangementen voor de verdeling van stelplicht en bewijslast over werknemer en werkgever in RSI-zaken.

3.4 Causaal verband tussen werk en RSI in de lagere rechtspraak

In de lagere rechtspraak kunnen grofweg drie benaderingen worden onderscheiden van het causaal verband tussen werk en RSI. Als eerste benadering kan worden aangemerkt het vasthouden aan de hoofdregel van bewijslastverdeling bij artikel 7:658 BW. Dit is bijvoorbeeld het geval in de zaak Van Hulst/Accenture uit 2003.

Werknemer Van Hulst stelde Accenture aansprakelijk voor de schade als gevolg van arbeidsongeschiktheid, die zou zijn veroorzaakt door beeldschermwerk. Van Hulst stelde dat zijn RSI-klachten aan nek, schouders, ellebogen, polsen en handen waren veroorzaakt doordat zij bij Accenture lange dagen had gemaakt van gemiddeld tien tot twaalf uur, waarvan zes uur werd ingevuld met beeldschermwerk. Daarbij werkte ze steeds op een laptop, hetgeen

27 Zie Swelheim (2005), p. 130-131 met verwijzingen. Toepassing van de bewijslastverdeling van Unilever/Dikmans ligt volgens Vegter echter niet voor de hand (noot onder HR 20 mei 2005, *LJN AS4406*, *JA* 2005, 65, sub 7-8. Margetson en Hendrikse menen dat Unilever/Dikmans niet relevant is voor de bewijslastverdeling in RSI-zaken. Zie: N.J. Margetson en M.L. Hendrikse, ‘De omkeringsregel bestaat niet!’, *Praktisch Procederen* 2003, p. 145-149.

28 Vranken onder HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524 (Ter Hofte/Oude Monnik Motors), met verwijzing naar de conclusie voor het arrest, herhaald door advocaat-generaal Spier, conclusie voor HR 9 januari 2009, *LJN BF8875*, *JAR* 2009, 38 (Landskroon/BAM), sub 5.17.

in strijd zou zijn met arbowetgeving. Werkgever Accenture betwiste dat de RSI-klachten door het werk waren veroorzaakt. Een door een medicus uitgevoerd onderzoek liet de mogelijkheid open dat de klachten waren ontstaan door een buiten het werk gelegen oorzaak.

Voor de rechtbank deed Van Hulst een beroep op de omkeringsregel uit Unilever/Dikmans. Tevergeefs, aldus de rechtbank:

‘Anders dan in het door Van Hulst aangehaalde arrest Unilever/Dikmans (HR 17 november 2000, NJ 2001/596) staat in deze zaak nog niet vast dat sprake is van een ziektebeeld dat te wijten kan zijn aan de werksituatie. Gelet op de inhoud van het advies van de Gezondheidsraad is het immers nog de vraag of en wanneer het werken achter een beeldscherm valt te vergelijken met het blootgesteld zijn aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen zoals de in de zaak van Unilever/Dikmans aan de orde zijnde chemicaliën. Er is dus (nog) geen sprake van een situatie waarin het door Van Hulst te bewijzen oorzakelijk verband aangenomen moet worden indien Accenture niet aangeeft op welke wijze zij invulling heeft gegeven aan de op haar op grond van artikel 7:658 BW rustende zorgplicht ten aanzien van Van Hulst. Het beroep op genoemd arrest gaat vooralsnog dus niet op.’²⁹

Het enkele feit dat Van Hulst was ‘blootgesteld’ aan beeldschermwerk was onvoldoende om causaal verband tussen werkzaamheden en RSI-klachten aannemelijk te achten, zodat de bewijslastverdeling van Unilever/Dikmans niet kon worden toegepast. De rechtbank Amsterdam lijkt toepassing van de omkeringsregel in RSI-zaken echter niet categorisch uit te sluiten. Met de overweging dat er ‘(nog) geen sprake [is] van een situatie waarin een het door Van Hulst te bewijzen oorzakelijk verband aangenomen moet worden’, volgend op de referentie aan het advies van de Gezondheidsraad uit 2000, ligt het voor de hand dat de rechtbank de mogelijkheid open houdt dat de stand van de wetenschap op dit punt wijzigt.

In andere zaken wordt met toepassing van de hoofdregel van artikel 150 Rv nu eens aangenomen dat de werknemer heeft bewezen, op basis van deskundigenrapporten, dat er een causaal verband is tussen werk en klachten, dan weer wordt een verband afgewezen. Succes had de datatypiste, ook al was er sprake van een predispositie.³⁰ Succes had ook een medewerker die eerst als stagiaire en later als projectsecretaris werkte, terwijl zij daarnaast bezig was met de afronding van de studie. Het hof Arnhem passeerde in die zaak de stelling van de werkgever dat causaal verband ontbrak, omdat de klachten acht jaar na de verrichte werkzaamheden nog altijd voortduurden; de werkgever zou dit onvoldoende hebben geconcretiseerd.³¹ Onvoldoende was het

29 Rb. Amsterdam 9 april 2003, JAR 2003, 139 (Van Hulst/Accenture), r.o. 14. In dezelfde zin: Rb. Amsterdam 2 juli 2003, JAR 2003, 259 (Davelaar/NOS), r.o. 10.

30 Hof Arnhem 6 juli 2004, JAR 2004, 204.

31 Hof Amsterdam 7 september 2006, LJV AZ5431, JAR 2007, 65.

bewijs van de werknemer die zich verliet op brieven van haar huisarts en fysiotherapeut, omdat deze 'deskundigen' de werkplek niet persoonlijk hadden onderzocht.³²

Een tweede benadering bouwt op de eerste voort en knoopt aan bij de omkeringsregel uit het algemeen aansprakelijkheidsrecht. In deze zin overwoog de kantonrechter Utrecht, met het oog op een multicausale ziekte als RSI:

'[Het staat] de werknemer vrij – en [hij zal] er in de regel ook niet aan ontkomen – om in verband met de op hem rustende stelplicht bewijs bij te brengen dat de werkgever in zijn zorgplicht is tekort geschoten en dat het risico op letsel dat daarvan het gevolg is, zich heeft verwezenlijkt. Hierbij dient gezien de strekking van artikel 7:658 BW, waarmee de wetgever de bewijspositie van de werknemer heeft beoogd te verlichten, te worden voorkómen dat de werknemer er aldus via een omweg alsnog mee wordt belast te bewijzen dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden. Aan zijn stelplicht behoeven daarom geen al te hoge eisen te worden gesteld, en hij kan er in beginsel mee volstaan aannemelijk te maken dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van het werk.'³³

Een werkneemster stelde bij werkgever Oracle onder hoge werkdruk heel veel beeldschermwerk te hebben gedaan. De kantonrechter oordeelde dat Oracle jegens de werkneemster haar zorgplicht had geschonden en hij verbond hieraan in één adem de conclusie dat de schade in de uitoefening van de werkzaamheden was geleden.³⁴ Die laatste conclusie verhoudt zich op het eerste gezicht niet met de maatstaf die de kantonrechter volgens de geciteerde overweging tot de zijne maakte, omdat de werknemer volgens die ,maatstaf in beginsel aannemelijk moet maken dat hij de schade heeft geleden in de uitoefening van het werk en de schending van de zorgplicht op zichzelf genomen niets zegt over het causaal verband tussen werk en schade. De overwegingen over de schending van de zorgplicht waren echter zozeer toegespitst op de omstandigheden waaronder de werkneemster haar werk deed, dat met de schending van de zorgplicht het causaal verband tussen werk en schade als gegeven kon worden beschouwd.

De uitspraak bevestigt de observatie van Vegter in haar noot onder het arrest De Bakker/Zee Electronics – waarin de Hoge Raad oordeelde dat eerst de aard van de werkzaamheden moest worden vastgesteld – dat de bewijs-thema's van het (door de werknemer te bewijzen) causaal verband tussen

32 Hof Den Bosch 8 januari 2008, *LJN* BC2190, *JAR* 2008, 70.

33 Ktr. Utrecht 19 november 2008, *LJN* BG 8854, *JA* 2009, 43 (Oracle), r.o. 4.2; vergelijk – minder helder – Ktr. Middelburg 1 september 2003, *JAR* 2003, 269 (Thier/Groeneveld), vernietigd in hoger beroep met omzeiling van een oordeel over stelplicht en bewijslast Hof Den Haag 19 mei 2006, *JAR* 2006, 138. Het hof nam eerst veronderstellenderwijs aan dat causaal verband tussen werkzaamheden en RSI-klachten bestond, om vervolgens te oordelen dat werkgever Groeneveld haar zorgplicht was nagekomen, zodat Groeneveld hoe dan ook niet aansprakelijk was jegens Thier.

34 Ktr. Utrecht 19 november 2008, *LJN* BG 8854, *JA* 2009, 43 (Oracle), r.o. 4.11.

werkzaamheden en RSI-klachten en de (door de werkgever te bewijzen) nakoming van de zorgplicht bij multicausale beroepsziekten niet steeds helder kunnen worden afgebakend, zoals artikel 7:658 dat – ter verlichting van de bewijslast van de werknemer – voorschrijft. Het vaststellen van de aard van de werkzaamheden zal, aldus Vegter, immers ‘veelal neerkomen op een opsomming van de punten waarop het werk te belastend was, ergo van de punten waarop de werkgever is tekortgeschoten’.³⁵ De vereenzelviging van de bewijsthema’s zorgplicht en causaal verband tussen werkzaamheden en RSI-klachten door de kantonrechter moet tegen deze achtergrond worden begrepen.

Een derde benadering is die van het hof Amsterdam in de Pecoma-zaak. Het hof paste de bewijslastverdeling toe van het eerder genoemde arrest Landskroon/BAM toe. Het hof:

‘Op grond van artikel 7:658 lid 2 is het in beginsel aan [werknemer] om te stellen en zonodig te bewijzen dat hij schade waarvan hij vergoeding vordert heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Het oorzakelijke verband tussen de schade en de uitoefening van de werkzaamheden wordt echter aangenomen als er sprake is van enerzijds belastende beeldschermwerkzaamheden die op een wijze verricht werden die strijdig was met geldende wet- en regelgeving en van anderzijds aannemelijkheid van gezondheidsklachten die daardoor kunnen zijn veroorzaakt. [Werknemer] dient in dit verband niet alleen te stellen en zonodig te bewijzen dat hij zijn werkzaamheden heeft verricht onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid, maar ook dat hij lijdt aan gezondheidsklachten welke door deze omstandigheden kunnen zijn veroorzaakt (HR 9 januari 2009, L/JN BF8875).’³⁶

Het hof constateerde hierna dat werkgever Pecoma tekort was geschoten in haar zorgplicht, omdat zij zich onder meer niet had gehouden aan het Besluit Beeldschermwerk. De werknemer had door overlegging van brieven van een revalidatiearts en een neuroloog voldoende aannemelijk gemaakt dat zijn gezondheidsklachten konden zijn veroorzaakt door het belastende beeldschermwerk. Pecoma had dit onvoldoende betwist. Het rapport van Gezondheidsraad en een dissertatie, door Pecoma overgelegd, konden de concrete bevindingen van de artsen niet weerleggen. Naar het oordeel van het hof moest causaal verband tussen het beeldschermwerk en de gezondheidsklachten van de werknemer daarom worden aangenomen, tenzij de werkgever bewees dat de klachten door een buiten het werk gelegen oorzaak zijn ontstaan.

Kan de bijzondere bewijslastverdeling van Unilever/Dikmans naar analogie worden toegepast in RSI-zaken? Geconcludeerd kan worden dat deze vraag

35 Vegter, noot onder HR 20 mei 2005, L/JN AS4406, JA 2005, 65, sub 4-5.

36 Hof Amsterdam 21 april 2009, L/JN BJ6266, r.o. 3.7. In Hof Amsterdam 3 mei 2007, JAR 2007, 156 werd causaal verband aangenomen op basis van een deskundigenbericht dat luidde dat de oorzaak ‘zeer waarschijnlijk’ in het werk lag.

relevant en actueel is in de lagere rechtspraak. De rechtbank Amsterdam hield in de zaak Van Hulst/Accenture vast aan de hoofdregel van bewijslastverdeling. De kantonrechter te Utrecht bood verlichting voor de werknemer, door de zorgplicht met het oog op de voorkoming van RSI voorop te stellen en daaraan betekenis toe te kennen voor het vereiste causaal verband tussen werk en schade. Vervolgens is de stap naar de bewijslastverdeling van Unilever/Dikmans niet groot, zo blijkt uit het Pecoma-arrest van het hof Amsterdam. Een eenduidig antwoord is dus niet te geven.

4 RSI BIJ DE BESTUURSRECHTER

4.1 Ter zijde: het stroomlijnen van publiek en privaat arbeidsrecht

In het publiek arbeidsrecht spelen dezelfde vragen als in het privaat arbeidsrecht. Soms worden die verschillend beantwoord, zelfs als dezelfde regeling aan de orde is. Dat bleek heel uitdrukkelijk – buiten het kader van deze bijdrage – ter zake van de vraag of vakantiedagen in een onderwijs-cao gelijk staan aan schoolvakantiedagen. De vraag is van belang voor de vraag of en hoe een docent die zwanger is in de schoolvakantie aanspraak heeft op compensatie. De Centrale Raad van Beroep meende dat de cao waarnaar werd verwezen geen vakantieaanspraak behelsde en de Hoge Raad volgde hem hierin uitdrukkelijk. Het ontbreken van enige compensatie achtte de Centrale Raad niet in strijd met het discriminatieverbod:

‘In het onderwijs bestaat immers, naar hiervoor reeds is overwogen, geen recht op een gegarandeerd aantal vakantiedagen, maar wordt de betrokkene geacht vakantie te genieten tijdens de schoolvakanties. Deze regeling impliceert niet alleen dat onderwijsgeevenden in beginsel ongeveer 60 dagen per jaar vakantie genieten, maar ook dat buiten de vastgestelde schoolvakanties geen vrij opneembaar extra vakantieverlof kan worden opgenomen. Die laatste omstandigheid maakt naar het oordeel van de Raad een onlosmakelijk deel uit van het geheel van de regeling en dus van de arbeidsvoorwaarden van onderwijsgeevenden. Voorzover die omstandigheid als een nadeel kan worden bestempeld moet worden vastgesteld dat dit nadeel zich niet voordoet als gevolg van zwangerschap, maar – net als het ruime aantal vrije dagen – inherent is aan de rechtsbetrekking in het onderwijs en niet is terug te voeren op onderscheid op grond van een verboden criterium.’³⁷

De Hoge Raad, uitgaande van een aanspraak op het minimum aantal vakantiedagen van artikel 7:634 BW, meende daarentegen dat wel degelijk sprake kon zijn van schending van het discriminatieverbod. Hij ging ervan uit dat leerkrachten in het basisonderwijs bij een fulltimewerkweek ook tijdens de school-

37 CRvB 17 mei 2001, L/N AB2690, JB 2001, 217.

vakanties geacht werden te werken aan niet lesgebonden taken, met name deskundigheidsbevordering en overwoog:

‘Denkbaar is dat een lerares van wie het zwangerschaps- en bevallingsverlof (gedeeltelijk) samenvalt met (een) schoolvakantie(s), toch een zodanig nadeel ondervindt dat geoordeeld moet worden dat sprake is van een door art. 7:646 lid 1 in verbinding met lid 5 BW verboden onderscheid in arbeidsvoorwaarden. Dit kan zich voordoen wanneer zij, in verband met de door haar (gedeeltelijk) gedurende schoolvakanties genoten zwangerschaps- en bevallingsverlof gedurende de (resterende) schoolvakanties minder tijd heeft voor haar niet lesgebonden werkzaamheden, met name in het kader van deskundigheidsbevordering, dan haar mannelijke collega’s’.³⁸

Wie hecht aan het bestaan en voortbestaan van de eigen rechtspositie van de ambtenaar en de beoordeling daarvan in een eigen rechterskolom, zal er vrede mee hebben dat werknemers die in feite onder dezelfde cao vallen verschillende aanspraken aan die cao kunnen ontleenen. Die houding is echter niet van deze tijd. De ontwikkelingen in het publiek arbeidsrecht zijn onmiskenbaar gericht op ‘normalisatie’ van de rechtspositie van de ambtenaar.³⁹ De sociale zekerheidspositie is inmiddels nagenoeg gelijk en allerlei nieuwe arbeidsrechtelijke figuren worden simultaan voor de publieke en de private werknemer ingevoerd, soms – zoals in de hiervoor genoemde zwangerschapszaken – omdat Europese regels dat vergen. Ten slotte is de realiteit dat op de publieke werkvloer publieke en private werknemers als collega’s met elkaar optrekken. De overheidswerkgever is jegens de private werknemers – vaak uitzendkrachten – op grond van artikel 7:658 lid 4 BW uit hoofde van artikel 7:658 BW aansprakelijk voor bedrijfsongevallen, terwijl artikel 7:615 BW publieke werknemers een beroep op die bepaling onthoudt.

Gelet hierop past het de burgerlijke rechter en de bestuursrechter te streven naar rechtseenheid in de rechtspositie van de publieke en private werknemer, in het bijzonder naar stroomlijning van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekte. Waar de wet de Hoge Raad noch de Centrale Raad aanwijst als leidend college – met uitzondering van heel precies aangeduide aangelegenheden in de sfeer van de sociale verzekeringen en sociale voorzieningen, waarin beroep in cassatie is toegelaten – ligt het voor de hand dat zij bij de vorming van eigen lijnen in de jurisprudentie rekening houden met de uitspraken van de ander.⁴⁰

38 HR 9 augustus 2002, *LJN* AE2183, *NJ* 2004, 222. Zie voor het vervolg HR 16 maart 2007, *LJN* AZ3084, *JAR* 2007, 93.

39 Zie hierover advies 27 van de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid, Normalisatie Rechtspositie Overheidspersoneel, Den Haag: CAOP 2006.

40 In de literatuur wordt gepleit voor verdergaande stroomlijning van de aansprakelijkheid van de overheid jegens haar personeel. Zie: C.C. van Dam, ‘De reikwijdte van de nieuwe werkgeversaansprakelijkheid’, *VR* 2000/2, p. 42; C.J.M. Klaassen, noot onder CRvB 2000,

4.2 Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekte

Verskillende rechtspositieregelingen bevatten regels voor de loondoorbetaling en aanvullingen in geval van een dienstongeval of een beroepsziekte. Voor schadevergoeding die niet op deze regelingen kan worden gegrond, wordt aansluiting gezocht bij de civielrechtelijke aansprakelijkheidsnormen.⁴¹

Stroomlijning van de materiële aansprakelijkheidsnorm is niet problematisch. De Centrale Raad heeft bij herhaling aansluiting gezocht bij artikel 7:658 BW. De ambtenaar heeft recht:

‘op vergoeding van schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoont dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoont dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.’⁴²

Hoe zit het met stroomlijning van de regels van stelplicht en bewijslast? Op het eerste gezicht gaat de Centrale Raad een heel eind mee met de bewijslastverdeling die uit artikel 7:658 BW voortvloeit:

‘In de bewoordingen “in de uitoefening van zijn werkzaamheden” is tot uitdrukking gebracht dat er tussen de uitoefening van de werkzaamheden en de schade causaal verband moet bestaan. Volgens vaste rechtspraak van de Raad (...) acht de Raad een dergelijk causaal verband (eerst) aanwezig indien er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van de betrokken ambtenaar de bij die ambtenaar aan het licht getreden ziekte daadwerkelijk hebben veroorzaakt. In het onderhavige geval dient de Raad derhalve te beoordelen of er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat bij de appellante manifest geworden oogziekte is veroorzaakt door de werkzaamheden en/of werkomstandigheden bij het ziekenhuis gedurende de tijd dat zij in het laboratorium werkzaam was. (...) Naar het oordeel van de Raad is het aan appellante om aannemelijk te maken dat zij schade heeft geleden in de uitoefening van haar werkzaamheden door feiten en omstandigheden aan te dragen waaruit blijkt

JOR 2000, 230; W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Het bereik van artikel 7:658, vierde lid, BW’, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 79.

41 H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2009, p. 357.

42 CRvB 22 juni 2000, L/JN AB0072, TAR 2000, 112. Zie voor meer uitspraken en commentaar daarop A.G. Castermans, ‘Harmonisatie van de aansprakelijkheid van de civiele- en overheidswerkgever jegens de werknemer’, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 117, waaraan toe te voegen: M.B. de Witte-van den Haak, ‘Werkgeversaansprakelijkheid’, *TVP* 2005, p. 102.

dat sprake is van voldoende mate van waarschijnlijkheid als (hiervoor; toevoeging AGC en WdH) bedoeld.⁴³

De Centrale Raad wijst vervolgens toepassing naar civielrechtelijke maatstaven van stelplicht en bewijslastverdeling expliciet van de hand:

‘Met betrekking tot de door appellante (in het verband van de verdeling van stelplicht en bewijslast, AGC en WdH) genoemde arresten van de Hoge Raad merkt de Raad op zich, gegeven de verschillen in stel- en bewijsplicht van partijen in het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht, daaraan niet gebonden te achten.’

Deze overweging is in zijn algemeenheid begrijpelijk. Een bestuursorgaan is verplicht de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen, voor het een besluit neemt (artikel 3:2 Awb). Weliswaar ligt het voor de hand dat de werknemer die schadevergoeding wenst, de overheidswerkgever voldoende aanknopingspunten biedt voor zijn stelling dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, maar met deze stelplicht is een bewijslast voor de werknemer nog niet gegeven. Het is niet uitgesloten dat van de overheidswerkgever wordt gevergd bij onduidelijkheid onderzoek te verrichten.⁴⁴

Zou dit kunnen meebrengen dat in RSI-zaken op het springende punt – is er causaal verband tussen de RSI-klachten en de werkzaamheden – voor de publieke werknemer geen probleem bestaat, omdat de bestuursrechter de overheidswerkgever toch gehouden acht de nodige kennis te vergaren omtrent enig causaal verband, terwijl de private werkgever verstoken blijft van zo’n informatieplicht?

4.3 Causaal verband tussen werk en schade door RSI

Op het terrein van de sociale zekerheid kreeg de Centrale Raad de stelling voorgelegd dat aan de kwalificatie van a-specifieke RSI-klachten de conclusie moet worden verbonden dat *geen* sprake is van objectief vaststelbare afwijkingen. De Centrale Raad onderschreef deze stelling niet. Hij benoemde een deskundige die rapporteerde dat op zijn vakgebied bij de belanghebbende geen objectiveerbare afwijkingen aanwezig waren. De Centrale Raad volgde

43 CRvB 19 september 2002, JB 2002, 341 met noot G.E. van Maanen, r.o. 2.3.2 en 2.3.3, waarover ook Alt (2009), p. 367.

44 In deze zin over de stelplicht van de ambtenaar en de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62. Di Bella en Schuurmans menen dat van het bestuursorgaan, aangesproken als werkgever, kan worden verlangd dat het ‘actief helpt bij het vergaren van bewijsmateriaal’. Zie: L. di Bella en Y.E. Schuurmans, ‘Schade als gevolg van een onrechtmatig besluit: vergoeding via het burgerlijk of het bestuursprocesrecht’, *Overheid en Aansprakelijkheid* 2006/4, p. 92.

het oordeel van de deskundige, waarbij hij aantekende dat de belanghebbende de conclusie van de deskundige niet aan de hand van een rapport van een medicus had bestreden.⁴⁵

Hoe zit het met het causaal verband tussen dergelijke klachten en het werk? Een medewerker van de Kamer van Koophandel stelde haar werkgever aansprakelijk voor de schade die zij leed in verband met RSI-klachten. Zij hield zich lange tijd vooral bezig met het beantwoorden van telefonische verzoeken om inzage van het handelsregister, het verzorgen van correspondentie en het verrichten van handelsnaamonderzoek. Bij al deze werkzaamheden stond werken met beeldscherm en toetsenbord centraal. Zij leed aan beperkingen van het houdings- en bewegingsapparaat. Het ging daarbij met name om klachten aan hand, pols, onderarm en schouder. Was er een verband tussen die klachten en het werk?

De Centrale Raad liet in het midden of hij in een RSI-zaak de omkeringsregel uit de jurisprudentie van de Hoge Raad toepast:

‘Appellante betoogt dat met betrekking tot het causaal verband de zogeheten “omkeringsregel” moet worden toegepast, zoals deze in de jurisprudentie van de Hoge Raad der Nederlanden is ontwikkeld en gepreciseerd. Zij onderkent dat de regels van het burgerlijk recht in het ambtenarenrecht niet rechtstreeks van toepassing zijn, doch meent ook in ‘s Raads jurisprudentie voldoende aanknopingspunten te vinden voor omkering van de bewijslast in een geval als het onderhavige.’

Wat deed de Centrale Raad? Hij overwoog dat de Kamer van Koophandel niet overtuigend had aangetoond dat de opgedragen werkzaamheden de nodige ruimte lieten voor afwisseling met andere, niet computergebonden activiteiten. Voorts achtte hij van belang dat de arbodienst al in 1993-1995 aanmerkingen had op de omstandigheden waaronder met de computer moest worden gewerkt en voorstellen deed voor het optimaliseren van de werkplekken. Aan deze aanbevelingen werd eerst in de loop van 1998 gevolg gegeven door het aanschaffen van nieuw meubilair. De werkneemster had toen al last van de klachten en stelde zich daarvoor rond die tijd onder behandeling van een fysiotherapeut. Dit alles achtte de Centrale Raad nog onvoldoende om de klachten, behoudens tegenbewijs van de zijde van de Kamer van Koophandel, toe te schrijven aan de omstandigheden waaronder de computerwerkzaamheden werden verricht. Daarvoor bestond volgens de Centrale Raad – gelet op de rapportages waarin twijfel doorklonk over de werkelijke achtergronden en de ernst van de klachten – onvoldoende inzicht in de aard en de mogelijke oorzaken van de klachten.

Niettegenstaande die rapportages en deze tussenconclusie kwam de Centrale Raad tot de slotsom dat een bepaling van de mogelijke oorzaken van de klachten ernstig was bemoeilijkt door het ontbreken van gegevens vanuit

45 CRvB 12 januari 2008, LjN AZ7933.

de behandelende sector (waaronder de huisarts) over het beloop van de aandoening gedurende de werkzame periode en dat het ontbreken hiervan mede werd toegerekend aan de Kamer van Koophandel, omdat deze op onduidelijk gebleven gronden had aangenomen dat de werkneemster weigerde de vereiste toestemming voor raadpleging van de behandelende sector te verlenen. De Kamer van Koophandel zou daarom in strijd hebben gehandeld met het in artikel 3:2 Awb neergelegde zorgvuldigheidsbeginsel.⁴⁶

Is dit de lijn van de Centrale Raad? In andere zaken – in verband met de aanspraak op een bovenwettelijke arbeidsongeschiktheidsuitkering – rees ook de vraag of er een verband was tussen RSI-klachten en het werk. Bijvoorbeeld in de zaak van de werknemer die personeelsgegevens en mutaties administratief verwerkte, beschikkingen maakte, correspondentie voerde, telefoontjes en vragen van binnenlopende medewerkers beantwoordde. Zij verrichtte veel beeldschermwerk, regelmatig meer dan 6 uur per dag. Zij ondervond daarbij hinder van lichtreflecties doordat haar werkkamer twee gevels met vensters had. Uit een rapport van de arbodienst bleken nog enkele andere tekortkomingen op de werkplek. Zij verrichtte thuis geen beeldschermwerk en had ook geen andere hobby's of activiteiten die mogelijk een rol hebben kunnen spelen bij het ontwikkelen van haar nek-, schouder-, arm- en handklachten.

Zij bleek a-specifieke RSI-klachten te hebben, wat in deze procedure volgens de Centrale Raad betekende dat geen specifieke aandoeningen konden worden geconstateerd. Voor haar aanspraak op een zogenaamde bovenwettelijke arbeidsongeschiktheidsuitkering diende er een causaal verband te bestaan tussen de klachten van appellante en haar werk of werkomstandigheden. De Centrale Raad nam als uitgangspunt dat de klachten als die van de werknemer multifactorieel kunnen zijn. Hij achtte voorts van belang dat de werkgever desgevraagd niet kon aangeven welke andere factoren dan het werk de klachten bij de werkneemster zouden hebben kunnen veroorzaken. Bovendien konden de later opgetreden psychische klachten toegeschreven worden aan het verlies van haar werk en de omstandigheden waaronder dat gebeurde, terwijl de werkneemster eerder nimmer psychische klachten had ondervonden. Tegen deze achtergrond en gezien het feit dat werknemer veelvuldig en langdurig beeldschermwerk verrichtte op een werkplek die niet in alle opzichten optimaal was, achtte de Raad voldoende aannemelijk dat haar klachten waren veroorzaakt door het werk en de omstandigheden waaronder dat werk moest worden verricht.⁴⁷

Een beleidsmedewerker/projectleider bij een provincie had volgens de Centrale Raad te kampen met objectiveerbare beperkingen van het bewegingsapparaat. Zij had klachten aan handen, armen en schouders, maar ook aan enkels en onderbenen. De artsen die haar hadden onderzocht, konden geen

46 CRvB 8 juni 2006, L/JN AX8829. Zie ook par. 4.2.

47 CRvB 5 januari 2006, L/JN AU9236. In dezelfde zin CRvB 16 december 2004, L/JN AR7795, TAR 2005, 39 waarover M.B. de Witte-van den Haak, TVP 2005, p. 99 e.v.

eenduidige diagnose kunnen stellen en spraken van een a-specifiek RSI-syndroom, chronisch benigne pijnklachten, fibromyalgie, arthrose van de kleine handgewrichten en surmenage. De Centrale Raad onderzocht of de oorzaak van de pijnklachten in overwegende mate was gelegen in het werk. Na een weergave van de stellingen van beide partijen, liep hij de in het geding gebrachte medische verklaringen en andere stukken af en testte hij een en ander op 'aannemelijkheid'. Hij constateerde dat de werknemer was belast met wisselende werkzaamheden, gedurende wisselende werktijden, en dat zij ook buiten werktijd actief was:

'De Raad kan er ten slotte niet aan voorbij zien dat appellante naast haar werkzaamheden veelsoortige andere activiteiten ontplooidde, die mede de oorzaak kunnen zijn geweest van de klachten, naast een mogelijke erfelijke aanleg voor klachten als de onderhavige. Zo openbaarde de eerste klacht, begin 2000, zich tijdens het tuinieren, terwijl appellante voorts onder meer paarden hield, en piano en dwarsfluit speelde. Bovendien reisde ze, zoals blijkt uit de rapportage over het werkplekonderzoek, per werkdag gemiddeld twee uur met de auto naar het werk, waarbij tijdens het rijden in de file veel geschakeld moest worden, hetgeen leidde tot een verhoogde belasting in de rechterpols, arm, schouder en nek. Ook al zorgden deze activiteiten voor de nodige ontspanning, dan nog kunnen zij tegelijkertijd hebben bijgedragen aan het ontwikkelen en verergeren van de klachten van appellante.'⁴⁸

Zoveel is duidelijk. De enkele constatering van a-specifieke RSI-klachten betekent niet dat er geen sprake is van objectiveerbare klachten en is geen aanleiding een bepaalde structuur in stelplecht en bewijslast aan te brengen, of het moet deze zijn dat de overheidswerkgever het nodige moet doen om uit te zoeken wat de oorzaak van de klachten is. Het feit dat er onzekerheid bestaat over de oorzaak van a-specifieke RSI-klachten, wat risicofactoren zijn en hoe deze zijn in te dammen, is voor de Centrale Raad onvoldoende om een werkgever niet verantwoordelijk te houden, zelfs als er onvoldoende aanleiding is een verband aan te nemen tussen het achterwege laten van maatregelen in de sfeer van de arbeidsomstandigheden en de klachten. De Centrale Raad rekent het tot de taak van de publieke werkgever de medische gegevens van het concrete geval aan te leveren en zicht te krijgen op mogelijke oorzaken buiten het werk.

De vraag of aldus de positie van de ambtenaar met RSI rooskleuriger is dan die van zijn civiele lotgenoot kan moeilijk worden beantwoord, bij gebreke van een duidelijke lijn in de civiele rechtspraak.

48 CRvB 19 augustus 2006, L/JN AY6584, r.o. 3.9.

5 DE ZAAK CAMPEN/KÖPCKE

5.1 Feiten en procesverloop bij de kantonrechter

Brielle, Zuid-Holland. Ten overstaan van de kantonrechter houdt Johannes Theodorus Campen zijn voormalig werkgever Köpcke Trading International B.V. aansprakelijk voor de schade als gevolg van zijn RSI-klachten. Campen was van 1 maart 1995 tot 9 juli 1997 als exportmedewerker in dienst bij Köpcke. Zijn werkzaamheden bestonden uit beeldschermwerk in combinatie met telefoneren. In maart 1997 kreeg Campen voor het eerst gezondheidsklachten: pijn in nek en schouders en later ook aan beide polsen. Op 9 juli 1997 meldde Campen zich ziek. Herstel bleef uit. Campen werd arbeidsongeschikt verklaard en ontving een WAO-uitkering. Zijn klachten hielden aan, ondanks het feit dat hij niet langer werkte.

Volgens Campen zijn de RSI-klachten te wijten aan de werkomstandigheden bij Köpcke. Het beeldschermwerk moest, gecombineerd met telefoneren, onder hoge tijdsdruk worden verricht. Campen had geen aangepaste werkplek: zijn bureau was niet in hoogte verstelbaar, terwijl zijn stoel geen armleuningen had. Ook stond de monitor te laag en was Campen niet voorgelicht over de gevaren van beeldschermwerk en de ter afwending van die gevaren te treffen maatregelen. Köpcke bestrijdt de stellingen van Campen. Volgens de werkgever lijdt Campen niet aan RSI en ontbreekt causaal verband tussen het werk en zijn gezondheidsklachten. Ook stelt Köpcke dat zij de op haar rustende zorgplicht is nagekomen. De kantonrechter benoemt prof. dr. H.J. Stam als deskundige om te rapporteren over de vraag of causaal verband bestaat tussen de werkzaamheden en de RSI-klachten van Campen.

Bij tussenvonnis oordeelt de kantonrechter echter – onder verwijzing naar Unilever/Dikmans – dat het eventuele causaal verband tussen de werkzaamheden en de RSI-klachten moet worden vastgesteld in samenhang met het causaal verband tussen de (schending van de) zorgplicht en de RSI-klachten.⁴⁹ Daartoe wordt opnieuw een deskundige benoemd, Drs. Thé van TNO Arbeid, die moet rapporteren omtrent de zorgplicht. Deskundige Thé constateert dat Köpcke is tekortgeschoten in haar zorgplicht. De inrichting van de werkplekken voldeed niet aan de gangbare normen. Ook had zij sneller moeten reageren op concrete adviezen van de Arbeidsinspectie over de inrichting van de werkplekken. Deskundige Stam rapporteert ondertussen dat het bestaan van causaal verband tussen de gezondheidsklachten van Campen en zijn werkzaamheden voor Köpcke volgens hem niet aannemelijk is. Daarbij speelt onder meer een rol dat Campens aandoening en de wijze van ontstaan volgens de deskundige ‘a-typisch’ is voor RSI. Ook de behandelend specialisten van Campen hebben geen relatie gelegd met de werkomstandigheden. Tenslotte

49 Blijkens de conclusie van advocaat-generaal Spier voor HR 2 juni 2006, L/JN AW6167, JAR 2006, 155, sub 2.5.

is niet goed begrijpelijk dat Campen na vier jaar nog ernstige fysieke klachten heeft. Campen laat artsen het rapport van Stam gemotiveerd weerspreken, welke weerspreking Köpcke op haar beurt door een medisch adviseur laat becommentariëren.

De kantonrechter concludeert hierop dat de opvatting van Stam dat causaal verband ontbreekt tussen de werkzaamheden en de gezondheidsklachten juist zou kunnen zijn, maar dat hetzelfde geldt voor het omgekeerde. De causaliteitsvraag valt, aldus de kantonrechter, derhalve niet 'met een eenduidig "ja" of "nee" te beantwoorden'.⁵⁰ Hoewel de kantonrechter zich in zijn tussenvonnis over de bewijslastverdeling op het arrest Unilever/Dikmans baseert, lijkt hij in het eindvonnis de 'algemene' omkeringsregel⁵¹ toe te passen:

'Naar huidige rechtsopvatting moet worden aangenomen dat, indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel gegeven is en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan. Uit de rapportage van Stam kan niet worden afgeleid dat de ziekte/arbeidsongeschiktheid van Campen zonder zijn werk bij Köpcke ook zou zijn ontstaan.'⁵²

De door de kantonrechter toegepaste bewijslastverdeling past in de tweede benadering van het causaal verband bij RSI, waarbij elementen van de 'algemene' omkeringsregel worden toegepast, zoals in de Oracle-zaak.⁵³ Toepassing van deze omkeringsregel brengt de kantonrechter te Brielle tot het volgende oordeel over het bewijsrisico van het causaal verband tussen werkzaamheden en gezondheidsklachten.

'Nu voor de kantonrechter, mede op basis van de inhoud van een groot aantal in het geding gebrachte producties over de aard en achtergronden van RSI, voldoende vaststaat dat:

50 Ktr. Brielle 11 maart 2003, *JAR* 2003, 93, r.o. 6.

51 Zie over de 'algemene' omkeringsregel en het arrest Unilever/Dikmans par. 3.2 en 3.3.

52 Ktr. Brielle 11 maart 2003, *JAR* 2003, 93, r.o. 7.

53 Zie par. 3.4.

- Campen arbeidsongeschikt is;
- de aard van het klachtenpatroon van Campen gerelateerd kán worden aan zijn (beeldscherm)werk bij Köpcke, in de zin dat de klachten daardoor kúnnen zijn ontstaan;
- de klachten van Campen ontstaan zijn tijdens zijn werk bij Köpcke;
- in het geheel niet blijkt van mogelijke andere (niet werk gerelateerde) oorzaken van de klachten;
- vaststaat dat Köpcke ten aanzien van haar zorgplicht met betrekking tot beeldschermwerken te kort is geschoten, brengt de redelijkheid met zich dat de gevolgen van het bewijsrisico (in de zin van: dat het bewijs niet geleverd is) bij Köpcke komen te liggen.⁵⁴

Nu al is vastgesteld dat Köpcke het causaal verband tussen werk en RSI niet kan falsificeren (evenmin als Campen dit kan bewijzen) en zij is tekortgeschoten in haar zorgplicht, oordeelt de kantonrechter dat Köpcke aansprakelijk is voor de schade van Campen.

5.2 Het arrest van het hof

In hoger beroep betoogt Köpcke dat de kantonrechter de hoofdregel van bewijslastverdeling had moeten toepassen, zodat niet zij, maar Campen belast was geweest met het bewijs dat de RSI-klachten door zijn werkzaamheden voor Köpcke zijn veroorzaakt. Campen heeft, aldus Köpcke, bovendien niet aan zijn stelplicht en bewijslast voldaan. De kantonrechter had ondertussen moeten oordelen dat het tegenbewijs van het bestaan van causaal verband tussen de werkzaamheden en de RSI-klachten met het rapport van deskundige Stam op voorhand was geleverd.

Het hof concludeert dat met deze grieven het geschil in volle omvang voorligt en dat de grieven gezamenlijk kunnen worden behandeld. Het hof laat zijn beoordeling in rechtsoverweging 4.4 aanvangen met de constatering – op basis van de deskundigenrapporten – dat Campen lijdt aan a-specifieke RSI, in de zin dat bij hem geen medisch objectiveerbare aandoening kan worden vastgesteld. In de rechtsoverwegingen 4.5 en 4.6 gaat het hof vervolgens aan de hand van het rapport van de Gezondheidsraad in op de vraag wat onder RSI in het algemeen moet worden verstaan. Het hof concludeert dat RSI soms, maar niet per definitie in verband wordt gebracht met arbeid. Beeldschermwerk is een risicofactor voor RSI, maar over het gewicht van deze risicofactor ten opzichte van bijvoorbeeld psychosociale factoren bestaat nog onvoldoende inzicht. De stand van de wetenschap is, aldus het hof, ‘nog ontoereikend voor normstelling’.⁵⁵

54 Ktr. Brielle 11 maart 2003, *JAR* 2003, 93, r.o. 8.

55 Hof Den Haag 21 januari 2005, *LJN* AS8586, *JAR* 2005, 97, r.o. 4.5-4.6. Zie over het rapport van de Gezondheidsraad par. 2.

In de rechtsoverwegingen 4.7-4.10 oordeelt het hof dat naar zijn oordeel het bestaan van causaal verband tussen de werkzaamheden en de RSI-klachten van Campen onvoldoende aannemelijk is. Het baseert zich daarbij vooral op het rapport van deskundige Stam, waarbij het hof in aanmerking neemt dat één van zijn argumenten wordt gesteund door het rapport van de Gezondheidsraad. Ook het door dezelfde deskundige als 'a-typisch' aangemerkte verloop van Campens klachten – het acute optreden en het verergeren ervan na het staken van het werk – acht het hof van belang voor beantwoording van de vraag of er causaal verband bestaat:

'Met name hecht het hof belang aan het door Stam geschetste verloop van de klachten bij Campen, die volgens Stam, met argumenten onderbouwd, niet wijzen op een relatie met zijn werkomstandigheden. Dit standpunt wordt ook ingenomen door dr. R.J. Sanders, orthopedisch chirurg (prod. 3 bij conclusie van antwoord), maar weersproken door dr. M.G.W. Barnas, internist (prod. 15 bij repliek) die aangeeft dat dit verschijnsel zich vaker voordoet en vermeldt: "Zelfs na het staken van de klachten veroorzakende werkzaamheden nemen de pijnklachten en het krachtsverlies toe met een piekperiode van 4 tot 6 maanden na het staken van de werkzaamheden. Verklaring hiervoor is nog niet gevonden." Het hof acht hetgeen Barnas naar voren brengt in elk geval onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat een oorzakelijk verband tussen de klachten van Campen en zijn werk bij Köpcke voldoende aannemelijk is. De term piekperiode wijst er op, dat daarna toch sprake zou moeten zijn van vermindering van de klachten. Bovendien blijkt niet dat Barnas bekend is met gevallen waarin 4 jaar na het staken van de werkzaamheden de klachten nog zo hevig zijn als bij Campen het geval is.'⁵⁶

Naar het oordeel van het hof is zo onvoldoende aannemelijk geworden dat causaal verband bestaat tussen Campens RSI-klachten en zijn werkzaamheden voor Köpcke, zodat Köpcke niet aansprakelijk is voor de schade die daarvan het gevolg is. De vraag of Köpcke heeft voldaan aan de eisen die gelden voor beeldschermwerkplekken is daarmee niet relevant.

Het hof overweegt tenslotte in rechtsoverweging 5 uitdrukkelijk dat het aan toepassing van wat het noemt de 'zogenaamde omkeringsregel' niet toekomt:

56 Hof Den Haag 21 januari 2005, *LJN AS8586*, *JAR* 2005, 97, r.o. 4.9. Vergelijk Ktr. Utrecht 19 november 2008, *LJN BG 8854*, *JA* 2009, 43 (Oracle), r.o. 4.12, over klachten die vele jaren aanhielden: 'Van algemene bekendheid is dat RSI-klachten naar hun ernst en duurzaamheid plagen te worden onderscheiden in die welke behoren tot drie opeenvolgende fasen. Niet gemotiveerd betwist is dat [eiseres] lijdende is aan RSI-klachten van de derde fase. Haar klachten zijn derhalve inmiddels van chronische aard, zodat het langdurig voortbestaan van de klachten, ook nadat de werkzaamheden die deze hebben geprovoceerd zijn gestaakt, niet zonder meer grond vormt om aan te nemen dat die klachten met die werkzaamheden geen verband houden en ook daarzonder zouden zijn ontstaan.'

‘Om die regel [de ‘zogenaamde omkeringsregel’; AGC en WdH] in dit geval toe te kunnen passen moet er sprake van zijn dat Köpcke niet aan de eisen van de inrichting van beeldschermwerplekken heeft voldaan, dat die eisen strekken ter voorkoming van het specifieke risico van klachten door beeldschermwerk en dat dat specifieke risico zich in dit geval heeft voorgedaan. Dat laatste is in elk geval naar het oordeel van het hof niet aannemelijk geworden.⁵⁷

Wij nemen aan dat het hof hier op de ‘algemene’ omkeringsregel doelt, nu het spreekt van eisen die strekken ‘ter voorkoming van het *specifieke* risico van klachten door beeldschermwerk’. Vervolgens vergelijkt het hof in dezelfde overweging de onderhavige casus evenwel met die van Unilever/Dikmans:

‘Daar komt nog bij dat, gezien de onzekerheid over de effectiviteit van preventieve maatregelen het nog maar de vraag is of de het risico waartegen de norm voor de inrichting van beeldschermwerplekken bescherming beoogt te bieden wel voldoende specifiek is. Het betreft hier immers een wezenlijk andere situatie dan bijvoorbeeld in geval van voorschriften ter voorkoming van blootstelling aan voor de gezondheid schadelijke stoffen.’

Van de bewijslastverdeling van Unilever/Dikmans kan Campen volgens het hof niet profiteren: blootstelling aan mogelijke risicofactoren voor RSI is ‘een wezenlijk andere situatie’ dan blootstelling aan gevaarlijke stoffen.

Zo slagen de grieven van Köpcke. Het hof vernietigt de vonnissen van de kantonrechter en wijst de vordering van Campen af.

5.3 De klacht in cassatie

In cassatie klaagt Campen over de hierboven weergegeven rechtsoverweging 5 van het hof: het had de ‘arbeidsrechtelijke omkeringregel’ moeten toepassen. Hiermee wordt de bewijslastverdeling van Unilever/Dikmans bedoeld. Dat blijkt althans uit de conclusie van advocaat-generaal Spier, die de klacht als volgt verwoordt:

‘Met de arbeidsrechtelijke omkeringsregel doelt het onderdeel klaarblijkelijk op de in het arrest Unilever/Dikmans geformuleerde regel omtrent causaliteit. Deze regel zou voor gevallen als de onderhavige het volgende inhouden. Wanneer 1) een werknemer een RSI-klachtenpatroon heeft ontwikkeld, 2) bij zijn werk is blootgesteld aan RSI faciliterende omstandigheden en 3) van andere omstandigheden die tot dit klachtenpatroon kunnen leiden niet is gebleken, moet het causaal verband worden aangenomen zolang de werkgever niet heeft aangetoond dat andere

57 Hof Den Haag 21 januari 2005, L/JN AS8586, JAR 2005, 97, r.o. 5.

omstandigheden de klachten hebben veroorzaakt en/of welke maatregelen hij in dit opzicht heeft getroffen.⁵⁸

Volgens deze bijzondere bewijslastverdeling zou causaal verband tussen de werkzaamheden en de RSI-klachten van Campen moeten worden aangenomen. Köpcke zou dan alleen aan aansprakelijkheid kunnen ontkomen door deze aanname met tegenbewijs te weerleggen (nu al is vastgesteld dat zij haar zorgplicht heeft geschonden). Advocaat-generaal Spier concludeert dat deze klacht niet kan slagen:

‘Veronderstellenderwijs aannemend dat de door het onderdeel gepropageerde regel geldend recht zou zijn, loopt de klacht al aanstonds hierop stuk dat niet aan alle daarin genoemde voorwaarden is voldaan. Immers heeft het Hof, in cassatie niet bestreden, geoordeeld dat voor de klachten van Campen bij de huidige stand van de wetenschap geen “normstelling” mogelijk is; zie onder 4.5. Daarom kan niet worden gezegd dat sprake is van (de litigieuze vorm van) RSI faciliterende omstandigheden, voorwaarde 2) van de onder 5.1.2 weergegeven, door Campen voorgestane, regel.’⁵⁹

De verwijzing naar rechtsoverweging 4.5 overtuigt niet. Rechtsoverweging 4.5 geeft namelijk slechts het advies van de Gezondheidsraad uit 2000 weer – de stand van de wetenschap op het gebied van RSI-risicofactoren is nog ontoereikend voor normstelling ter zake van preventieve maatregelen – en behelst geen oordeel over Campens klachten. In rechtsoverweging 4.6 legt het hof een verband tussen het advies en de vraag welk gewicht de aard van het beeldschermwerk toekomt als risicofactor voor het ontstaan van RSI. Pas in rechtsoverweging 4.8 komt het hof tot het oordeel dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de klachten van Campen zijn veroorzaakt door zijn werk bij Köpcke, gelet op het rapport van deskundige Stam en de steun voor één van zijn argumenten in het rapport van de Gezondheidsraad. Bovendien volgt uit het ontbreken van bewijs voor de effectiviteit van maatregelen nog niet dat er geen causaal verband tussen werk en klachten is en dat de werkgever er niets aan zou kunnen doen om de klachten te voorkomen. Indien er sprake is van causaal verband tussen bijvoorbeeld beeldschermwerk en de klachten, zou de werknemer er voor kunnen en wellicht moeten kiezen van beeldschermwerk af te zien, zolang er geen maatregelen voor handen zijn om de klachten te voorkomen of in toom te houden.

Ten overvloede bespreekt de advocaat-generaal de vraag of de omkeringsregel uit Unilever/Dikmans soelaas kan bieden in RSI-zaken, en daarbij raakt hij wat ons betreft de kern. Het gaat hem te ver in de in het kader van bloot-

58 Conclusie advocaat-generaal Spier voor HR 2 juni 2006, LJV AW6167, JAR 2006, 155, sub 5.1.2.

59 Conclusie advocaat-generaal Spier voor HR 2 juni 2006, LJV AW6167, JAR 2006, 155, sub 5.2.1.

stelling aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen ontwikkelde regel toe te passen in RSI-zaken:

‘Weliswaar kán in dit soort zaken in voorkomende gevallen worden gesproken van een verhoogde kans op schade, maar of dat daadwerkelijk het geval is, zal te vaak ongewis zijn. Bij de huidige stand van de medische wetenschap zal veelvuldig sprake zijn van schade waarvan niet vaststaat of zelfs maar aannemelijk is dat zij rechtstreeks verband houdt met de werkomstandigheden (in casu beeldschermwerk). Er bestaat immers (nog) te veel onduidelijkheid over de oorzaken van RSI.’⁶⁰

In de zaak Campen/Köpcke is de onduidelijkheid omtrent het causaal verband komen vast te staan: in het algemeen (zie rechtsoverweging 4.6) en in Campens geval (zie rechtsoverweging 4.7-4.10).

En de Hoge Raad? Impliciet nodigt de advocaat-generaal hem uit zich op de vlakke te houden:

‘In het arrest De Bakker/Zee Electronics heeft Uw Raad zich wijselijk onthouden van het formuleren van hard en fast rules. Voorop wordt gesteld dat het in beginsel aan de werknemer is het oorzakelijk verband te stellen en zo nodig te bewijzen. Voor het overige wordt de beslissing geheel toegesneden op de bijzondere feitelijke constellatie van die zaak en wordt een regel geformuleerd voor een kwestie die in casu niet speelt. Immers wijkt het feitencomplex in de zaak De Bakker/Zee Electronics wezenlijk af van dat in de onderhavige zaak. Ondanks deze verschillen wijst het arrest m.i. ook de weg voor andere RSI-gevallen. Het is in mijn ogen duidelijk en valt ook toe te juichen dat Uw Raad ervoor terug schrikt om voor ongewone gevallen algemene regels te formuleren die allicht onvoorzienne en onwenselijke consequenties kunnen hebben voor een groot aantal andere zaken.’⁶¹

De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep, maar laat in het midden waarom. Met een motivering zouden geen belangen van rechtseenheid en en rechtsontwikkeling zijn gemoeid.

6 OVERBELASTING IN DRIEVOUD

Wie moet wat stellen en bewijzen, als een werknemer schadevergoeding vordert omdat hij RSI-klachten zou hebben ontwikkeld op zijn werk? In zijn eerste inhoudelijke RSI-zaak liet de Hoge Raad het antwoord in het midden. Na verwijzing diende de rechter werknemer De Bakker toe te laten tot het

60 Conclusie advocaat-generaal Spier voor HR 2 juni 2006, L/JN AW6167, JAR 2006, 155, sub 5.17.

61 Conclusie advocaat-generaal Spier voor HR 2 juni 2006, L/JN AW6167, JAR 2006, 155, sub 3.13.1-3.13.2.

bewijs van de aard van zijn werkzaamheden. Mogelijkerwijs zou die aanleiding kunnen zijn de vraag naar het causaal verband tussen werk en schade te beantwoorden met toepassing van de omkeringsregel (paragraaf 1).

Met alle twijfel aangaande het ontstaan van RSI-klachten en het nut van vaak genoemde preventiemaatregelen (paragraaf 2), hakken rechters op verschillende wijzen de knoop door. De één neemt aan dat een verband tussen de schade en het achterwege laten van maatregelen voor de hand ligt, de ander wil daar niet aan (paragraaf 3). Ondertussen belast de bestuursrechter – gelegitimeerd door de zorgvuldigheidsplicht van het bestuursorgaan en de vrije bewijsleer – de publieke werkgever met onderzoek naar het ontstaan van de klachten. De bestuursrechter kan dit doen, zonder dat hem kan worden tegengeworpen dat de positie van de ambtenaar met RSI zich feitelijk op andere wijze ontwikkelt dan die van de private werknemer (paragraaf 4). Gelet op de waaier aan uitspraken die hiervan het gevolg is, lijkt de vraag gerechtvaardigd of de tijd rijp is voor interventie door de Hoge Raad als hoeder van rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Bood de zaak Campen/Köpcke een kans?

Het hof sprak zich in ferme bewoordingen uit over de stand van de wetenschap en de gevolgen die hieraan kunnen worden verbonden voor de stelplecht en bewijslast. Dat is een kwestie van recht en feit. Feit is de stand van de wetenschap, recht is de consequentie die hieraan in rechte wordt verbonden. Aangezien de stand van de medische wetenschap in beginsel niet verschilt van geval tot geval en de uitspraken van lagere rechters op dit punt consistent zijn, had de Hoge Raad zich volgens ons kunnen uitlaten over de gevolgen die hieraan moeten worden verbonden, zeker gezien het belang voor de processuele positie van de werkgever en de werknemer.

Het hof ging ervan uit dat de wetenschap onvoldoende aanknopingspunten biedt om aan te nemen dat beeldschermwerk in het algemeen zo'n grote kans op RSI-klachten oplevert, dat de onzekerheid over het causaal verband tussen werk of het schenden van de zorgplicht enerzijds en de klachten anderzijds voor rekening van de werkgever kan worden gebracht. Beeldschermwerk is weliswaar een risicofactor, maar het gewicht ervan ten opzichte van andere factoren is ongewis en kan dus niet leiden tot aanvaarding van de voor de werknemer voordelige bewijslastverdeling van het arrest Unilever/Dikmans of toepassing van omkeringsregel uit het algemeen aansprakelijkheidsrecht. Dit heldere – in cassatie niet als onbegrijpelijk bestreden – uitgangspunt had de Hoge Raad kunnen brengen tot de conclusie dat toepassing van de bijzondere bewijslastverdeling uit Unilever/Dikmans – dan wel de omkeringsregel uit het algemeen aansprakelijkheidsrecht – vooralsnog niet aan de orde is. Hij had dit kunnen doen in de geruststellende wetenschap dat in toekomstige procedures nieuwe wetenschappelijke inzichten – zo die er zijn; uit de uit-

spraak van het hof Amsterdam (Pecoma) bleken die niet⁶² – via de deskundigenberichten in het geding kunnen worden gebracht.

Onmiskenbaar was met een aldus gemotiveerde verwerping van Campens cassatieberoep de rechtseenheid en bijgevolg de rechtsgelijkheid gediend geweest, terwijl bij gelijkblijvende medisch-wetenschappelijke inzichten partijen niet zijn uitgenodigd – nee: genoodzaakt – elke keer weer voor alle ankers te gaan liggen en af te wachten welke lijn de rechter kiest: de Haagse of de Amsterdamse. Zo werkt artikel 81 RO, gegeven om overbelasting van de Hoge Raad te voorkomen, juist in het kader van een overbelastingsziekte in de hand dat partijen aanleiding hebben door te blijven procederen, met als risico dat rechters RSI-zaken als *repetitive strain* gaan ervaren.

62 In de Oracle-zaak wordt bij voorbeeld gewag gemaakt van verandering in de ‘vigerende zienswijze’. Zie Ktr. Utrecht 19 november 2008, *LJN* BG8854, *JA* 2009, 43, r.o. 4.10.

11 | Onbeantwoorde vragen over werkgevers- aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen?

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy [▪]

1 | INLEIDING

Wanneer een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, biedt artikel 7:658 BW hem de mogelijkheid zijn werkgever hiervoor aansprakelijk te stellen.

De jurisprudentie betreffende dit artikel is zo genuanceerd dat het geen verwondering wekt dat vragen blijven rijzen. Veel uitspraken gaan over de zorgplicht van de werkgever en de betekenis van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer daarvoor. In deze bijdrage zal worden onderzocht of de Hoge Raad met zijn uitspraak van 11 juli 2008¹ door verwijzing naar 81 RO op dit terrein vragen onbeantwoord heeft gelaten.

Ook speelt de problematiek over de afbakening van aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW of op grond van artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap). In deze bijdrage zal tevens worden onderzocht of de Hoge Raad met zijn uitspraak van 8 februari 2008² door verwijzing naar 81 RO op dit terrein vragen onbeantwoord heeft gelaten.

Was in de hier genoemde zaken een inhoudelijke beslissing van de Hoge Raad wel nodig of had de Hoge Raad in andere uitspraken al duidelijkheid verschaft?

2 | STELPLICHT EN BEWIJSLAST VAN DE WERKNEMER

Voordat met bovenbedoeld onderzoek betreffende de invloed van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer op de zorgplicht van de werkgever wordt aangevangen wil ik graag nog kort ingaan op de stelplicht en de bewijslast van de werknemer.

Wil een werknemer zijn werkgever aansprakelijk stellen dan zal de werknemer op grond van artikel 7:658 lid 2 moeten aantonen,³ dat wil zeggen stellen en zondig bewijzen, dat hij de schade waarvan hij vergoeding vordert,

[▪] Y.L.L.A.M. Delfos-Roy is universitair docent bij de afdeling civiel recht, Universiteit Leiden.

¹ HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 759 (rolsteiger).

² HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie).

³ Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 422b.

heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor de werkgever.⁴ In geval van gezondheidsklachten is dan nodig dat de werknemer stelt en zonodig bewijst dat hij zijn werkzaamheden onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid heeft moeten verrichten en dat hij stelt en zonodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan gezondheidsklachten welke door deze omstandigheden kunnen zijn veroorzaakt.⁵ Uit de conclusie van A-G Spier voor Hoge Raad 6 februari 2009⁶ – een uitspraak waarin de Hoge Raad het cassatieberoep onder verwijzing naar 81 RO verwerpt – leid ik af dat de A-G de mening is toegedaan dat de rechter kan oordelen dat de werknemer aan dit laatste element heeft voldaan wanneer hij aannemelijk heeft gemaakt dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die in het algemeen door deze omstandigheden kunnen worden veroorzaakt en er geen goede grond bestaat om in het concrete geval te oordelen dat dit ten aanzien van betrokkene anders zou zijn. In het onderhavige geval betrof het blootstelling aan neurotoxische oplosmiddelen.

De benadering van de A-G lijkt mij de juiste. Ook het hof is, volgens de A-G, van deze benadering uitgegaan. De Hoge Raad heeft gezien de verwijzing naar 81 RO mogelijk geen grond gezien deze benadering te corrigeren. Het desbetreffende, van de zijde van de werkgever aangevoerde onderdeel van het cassatiemiddel ging naar ik de A-G begrijp, van een andere benadering door het hof uit. Namelijk dat niet nodig zou zijn dat de werknemer aannemelijk maakt dat de blootstelling van werknemer aan de gevaarlijke stoffen tot gezondheidsklachten bij werknemer kan hebben geleid maar dat voldoende zou zijn dat de desbetreffende stoffen waaraan werknemer was blootgesteld “op zich zelf” tot gezondheidsschade zouden kunnen leiden.

Is de door de werknemer geleden schade het gevolg van een ongeval dan zal deze, om op grond van artikel 7:658 BW schadevergoeding te kunnen vorderen, dienen te stellen en zonodig bewijzen dat het ongeval hem in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor de werkgever is overkomen.⁷ Heeft de werknemer aangetoond dat hij de schade waarvan hij vergoeding vordert, heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor zijn werkgever dan is de werkgever aansprakelijk, tenzij deze aantoont dat hij voldoende zorg als bedoeld in artikel 7:658 lid 1 BW heeft betracht of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer,

4 HR 15 december 2000, NJ 2001, 198 (Van Uitert/Jalas); zie ook HR 9 januari 2009, RvdW 2009, 172 (Landskroon/BAM).

5 HR 9 januari 2009, RvdW 2009, 172 (Landskroon/BAM); HR 23 juni 2006, JAR 2006, 174; Zie voor psychische klachten A-G Verkade, in zijn conclusie voor HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 691 (ABN AMRO), in deze zaak werd het cassatieberoep onder verwijzing naar 81 RO verworpen. Zie voor het RSI-syndroom HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 75 (B/Zee), welke uitspraak elders in deze bundel wordt behandeld door A.G. Castermans en P.W. den Hollander, ‘Werkgeversaansprakelijkheid voor RSI, *repetitive strain* voor de rechter’.

6 HR 6 februari 2009, RvdW 2009, 279 (Rendamax).

7 HR 15 december 2000, NJ 2001, 198; Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V), nr. 252.

artikel 7:658 lid 2 BW, hetzij dat nakoming van de in artikel 7:568 lid 1 BW bedoelde zorgplicht de schade niet zou hebben voorkomen.⁸

3 ZORGPLICHT

De zorgplicht van artikel 7:658 lid 1 BW houdt in dat de werkgever voor het verrichten van de arbeid 'zodanige maatregelen treft en aanwijzingen geeft als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt'⁹

Voor het antwoord op de vraag of de werkgever aan deze zorgplicht heeft voldaan geldt, aldus de Hoge Raad, als uitgangspunt 'dat de omvang van deze zorgplicht in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever gevegd wordt.'¹⁰ De wetgever heeft immers materieel geen onderscheid willen maken tussen enerzijds de zorgplicht van de werkgever als bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Arbeidsomstandighedenwet en anderzijds de civielrechtelijke zorgplicht.¹¹ Gezien de ruime strekking van de zorgplicht kan, aldus de Hoge Raad, – hoewel met artikel 7:658 BW niet is beoogd een absolute waarborg voor bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen te scheppen, ook niet voor werknemers wier werkzaamheden bijzondere risico's van ongevallen meebrengen – niet snel worden aangenomen dat de werkgever daaraan heeft voldaan.¹²

Voorts overweegt de Hoge Raad dat de in artikel 7:658 lid 1 BW op de werkgever gelegde zorgverplichting – kort gezegd – ten eerste iedere plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt, betreft. Dat wil zeggen de 'arbeidsplaats' zoals omschreven in artikel 1 lid 3, aanhef en onder g, Arbeidsomstandighedenwet.¹³ 'De zorgplicht van de werkgever houdt immers nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid zijn werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden(...).'¹⁴ De zorgplicht van artikel 7:658 BW kan zich evenwel ook uitstrekken over plaatsen die niet kunnen worden aangemerkt als arbeidsplaats in de hier genoemde zin, bijvoorbeeld omdat de werkgever daar geen zeggenschap heeft over de

8 HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211, m.nt. PAS (Fransen/Stichting Pasteurziekenhuis).

9 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, (Maatzorg/Van der Graaf), r.o. 3.5.1, m.nt. T. Hartlief onder *NJ* 2009, 335.

10 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.2.

11 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.2.

12 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.3.

13 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.4.

14 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.4.

gesteldheid, de inrichting, het gebruik door anderen en de veiligheid, zoals de openbare weg in het geval van deelneming aan het verkeer.¹⁵

In het kader van de zorgplicht van de werkgever zijn meerdere arresten geweest. Als aangegeven zal in deze bijdrage worden onderzocht of de Hoge Raad met zijn uitspraak van 11 juli 2008¹⁶ ten aanzien van de invloed van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer op deze zorgplicht vragen onbeantwoord heeft gelaten door verwijzing naar 81 RO.

Schending van specifieke veiligheidsvoorschriften

Uitgangspunt is, zo oordeelde de Hoge Raad, dat de omvang van de zorgplicht van de werkgever in de eerste plaats en in elk geval door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever wordt gevegd, wordt bepaald.¹⁷

In de praktijk speelt de vraag of schending van een voor de werksituatie geldend specifiek veiligheidsvoorschrift kan worden gerechtvaardigd door een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer. Hierover gaat het in de volgende drie uitspraken.

De eerste betreft Hoge Raad 16 mei 2003 *Dusarduyn/Du Puy*.¹⁸ Werknemer *Dusarduyn* die dakdekwerkzaamheden moest uitvoeren, is, toen hij zich over het dak verplaatste, over de ongeveer 20 cm hoge lichtkoepelrand heengestapt, waarna hij door het met isolatiemateriaal afgedekte gat is gevallen. Het gat voor de lichtkoepel onder het isolatiemateriaal was niet volgens de eisen van de *Arbowet* gemarkeerd, maar slechts door de bovengenoemde rand van de lichtkoepel. De rechtbank oordeelde dat de werkgever, *Du Puy*, desondanks aan haar zorgplicht had voldaan. Het betrof volgens de rechtbank een eenvoudig karwei met naar redelijke verwachting beperkte veiligheidsrisico's, gezien ook de omstandigheid dat *Du Puy*, die het werk voor haar opdrachtgever door *Dusarduyn* liet verrichten, niet wist dat er een lichtkoepel in het dak zou worden geplaatst. Onder deze omstandigheden hoefde *Du Puy* zich niet zelf van mogelijke veiligheidsrisico's op de hoogte te stellen maar mocht zij werknemer *Dusarduyn*, die een ervaren dakdekker in het bezit van een veiligheidsdiploma is, in staat achten zelf de risico's verbonden aan het karwei te beoordelen en naar bevind van zaken te handelen. De Hoge Raad oordeelt dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of de in artikel 7.658 *BW* lid 1 bedoelde zorgplicht meebrengt dat een werkgever die een werknemer naar een karwei wil sturen vooraf een inventarisatie dient te maken van de aan die werkzaamheden verbonden veiligheidsrisico's.

15 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.4 waarbij verwezen wordt naar HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 663 (*PTT Post/Baas*); Zie ook HR 20 februari 2009, *NJ* 2009, 335, m.nt. T. Hartlief (*Van Riemsdijk/Autop*).

16 HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 759.

17 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.2.

18 HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176 (*Dusarduyn/Du Puy*), m.nt. GHvV onder HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 177.

De rechtbank heeft, aldus de Hoge Raad, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door enerzijds op grond van de aard van de werkzaamheden en anderzijds op grond van de werkervaring van werknemer en diens kennis die uit het bezit van een veiligheidsdiploma blijkt te oordelen dat werkgever, Du Puy, niet in haar zorgplicht is tekort geschoten. Waarbij, naar ik de Hoge Raad begrijp, van belang is dat werkgever ten aanzien van de aan de werkzaamheden verbonden risico's is afgegaan en mocht afgaan op de aan haar door haar opdrachtgever verschaft informatie.

Deze uitspraak betreft een situatie waarin een werkgever weet noch behoort te weten dat zich een veiligheidsrisico ten aanzien waarvan een specifiek veiligheidsvoorschrift bestaat voordoet, in dat geval behoort zo leert ons deze zaak overtreding van dit voorschrift niet zonder meer te betekenen dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden ten opzichte van een ervaren werknemer die in het bezit is van een veiligheidsdiploma.¹⁹ De eigen verantwoordelijkheid beïnvloedt de zorgplicht van de werkgever. Of moet deze uitspraak als achterhaald worden beschouwd nu de Hoge Raad in de hiervoor behandelde Maatzorg zaak zo duidelijk heeft gekozen voor het uitgangspunt dat de omvang van de zorgplicht in de eerste plaats en in *elk* geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever gevestigd wordt? Ik neem, gezien dat het hier een uitgangspunt betreft, aan van niet.

Hoe staat het met de mogelijkheid voor een werkgever om zich op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer te beroepen wanneer de werkgever wel op de hoogte is of behoort te zijn van een veiligheidsrisico ten aanzien waarvan een specifiek veiligheidsvoorschrift bestaat? Hierover gaat Hoge Raad 11 juli 2008.²⁰ De casus is als volgt.

Op 5 februari 2002 is werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden van een rolsteiger gevallen waardoor hij gewond is geraakt. De grond waar de steiger ten tijde van het ongeval stond was niet bestraat, maar bestond uit zand met bladeren en was oneffen. De steiger kon niet voldoende stabiel staan, waardoor deze is omgevallen toen de werknemer er bovenop stond en letselschade aan de arm van de werknemer is ontstaan. Volgens het hof²¹ was sprake van een onveilige werkplek en komt de vraag aan de orde wie er voor had moeten zorgen dat werknemer niet op deze onveilige steiger aan het werk

19 Dat het element weten of behoren te weten van belang is blijkt ook uit HR 9 februari 2007, *NJ* 2007, 105, r.o. 3.5.3 (R.F. Feenstra, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Elba II Sloopwerken BV/Haije), in die zaak werd gepoogd om, met een beroep op de veiligheidsdeskundigheid van werknemer en HR *NJ* 2004, 176, aan aansprakelijkheid te ontkomen. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.5.3. dat dit beroep niet opgaat omdat de situatie in de onderhavige zaak met name wat betreft hetgeen werkgeefster bekend was over de feitelijke situatie op de plaats waar de werkzaamheden zouden moeten worden uitgevoerd verschilt van de zaak in HR *NJ* 2004, 176.

20 HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 759.

21 Te kennen uit conclusie van A-G Spier voor HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 759.

ging. Vervolgens beantwoordt het hof deze vraag aldus dat het op de weg van de directe chef van de werknemer – die opdracht had gegeven om de werkzaamheden waarvoor de werknemer de steiger heeft gebruikt te verrichten en die van de situatie ter plaatse op de hoogte was – had gelegen om maatregelen te treffen ter voorkoming van het gevaar van omvallen van de steiger en om aan werknemer aanwijzingen te geven hoe hij veilig kon werken. Werkgever was er, aldus het hof, echter niet in geslaagd aan te tonen dat aan deze zorgplicht is voldaan.

De vordering van de werknemer om voor recht te verklaren dat, kort gezegd, de werkgever de schade die de werknemer ten gevolge van dit ongeval heeft geleden en nog zal lijden dient te vergoeden, wordt door het hof toegewezen.

Het door de werkgever aangevoerde cassatiemiddel houdt aldus A-G Spier²² in, dat een ervaren vakman als werknemer niet hoeft te worden gewaarschuwd dat hij geen steiger mag bouwen op oneffen ondergrond. Spier verwijst naar de op dit punt bestaande specifieke regels in het Arbeidsomstandighedenbesluit. Genoemd wordt artikel 3.28 lid 1 Arbeidsomstandighedenbesluit, dat bepaalt dat werkplekken op een bouwplaats die niet op de begane grond zijn stevig en stabiel moeten zijn en artikel 7.34 lid 1 (oud) ingevolge welk de opbouw van een steiger onder toezicht van een terzake deskundig persoon diende te geschieden, artikel 7.34 lid 2 dat daar aan toevoegde dat de veiligheid van de constructie in ieder geval voor ingebruikneming door een terzake deskundig persoon diende te worden gecontroleerd en artikel 7.34 lid 4 ingevolge welk verrijdbare steigers tegen ongewilde verplaatsing dienden te zijn beveiligd. Daar, aldus A-G Spier, moest worden aan genomen dat de werkgever op deze punten tekort was geschoten lag de vordering van werknemer voor dadelijke toewijzing gereed. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep onder verwijzing naar 81 RO verworpen. Is daardoor onbeantwoord gebleven de vraag hoe de zorgplicht van de werkgever zich verhoudt tot de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer? Afgaande op het toenmalige art. 7.34 Arbeidsomstandighedenbesluit, ingevolge welk artikel de veiligheid van de constructie voor ingebruikneming door een deskundige diende te worden gecontroleerd, lijkt het antwoord te moeten zijn dat de werkgever de werknemer aanwijzingen dient te geven. Artikel 7.34 Arbeidsomstandighedenbesluit, dat thans nagenoeg het zelfde luidt, is een norm die de werkgever juist tot controle van de situatie dwingt.

Wat leert Hoge Raad 13 juli 2007²³ ons over de verhouding van door de (ervaren) werknemer te betrachten zorgvuldigheid en de zorgplicht van de werkgever?

22 Conclusie van A-G Spier voor HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 759.

23 HR 13 juli 2007, *NJ* 2008, 464, (Van Veghel/Hendriks), m.nt. Heerma van Voss onder *NJ* 2008, 465.

Ook in deze zaak is aan de orde het probleem of ervarenheid van een werknemer een doorslaggevende rol speelt bij het antwoord op de vraag welke veiligheidsmaatregelen redelijkerwijs van een werkgever kunnen worden verwacht in het licht van specifieke veiligheidsvoorschriften. In dit geval betrof het een situatie waarbij een ervaren werknemer zich, bij het verlaten van een woning op een bouwplaats, had verstart door een niveauverschil van 30 cm naast de voordeurdrempel. Een dergelijke oneffenheid moet, aldus de Hoge Raad, ingevolge art. 3.11 jo 3.26 Arbeidsomstandighedenbesluit zoveel mogelijk worden vermeden. De werkgever had op grond van genoemd specifiek veiligheidsvoorschrift alsmede op grond van art 7:658 lid 1 BW dan ook zodanige maatregelen moeten treffen of aanwijzingen moeten geven als redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat werknemer ten gevolge van een dergelijk niveauverschil schade zou lijden. Dit geldt, aldus de Hoge Raad, ook indien zulke niveauverschillen tot de normale werkomstandigheden op dergelijke bouwplaatsen behoren. Voorts wordt overwogen

‘dat het de werkgever is die rekening moet houden met het algemene ervaringsfeit dat ook in het werk ervaren en met de desbetreffende werkomstandigheden bekende werknemers niet steeds de noodzakelijke voorzichtigheid zullen betrachten.’

Het achterwege laten van maatregelen of aanwijzingen die redelijkerwijs nodig zijn om schade voor de werknemer als gevolg van onveilige arbeidsomstandigheden te voorkomen kan, aldus de Hoge Raad, niet gerechtvaardigd worden enkel met een beroep op de voorzichtigheid die van een werknemer mag worden verwacht in een situatie die, ook al is deze gebruikelijk, niet in overeenstemming is met de specifieke veiligheidsvoorschriften. De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof – dat maatregelen als risico-inventarisatie op dit specifieke punt, ophoging van de bouwondergrond tot de woningdrempel, dan wel specifieke instructies aan de werknemer, van de werkgever niet konden worden geveerd ‘omdat de werknemer een ervaren stucadoor was die op zo’n niveauverschil bedacht diende te zijn en dat het een algemeen gegeven is dat “men” in het algemeen moet kijken waar men zijn voeten neerzet’ – blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Met dit oordeel heeft het hof, volgens de Hoge Raad, voor het antwoord op de vraag welke veiligheidsmaatregelen, gezien bovengenoemd specifiek veiligheidsvoorschrift, redelijkerwijs van een werkgever mogen worden verwacht, onterecht beslissende betekenis toegekend aan de voorzichtigheid die mocht worden verwacht van de werknemer in een situatie die, ook al mocht deze gebruikelijk zijn, niet in overeenstemming was met genoemde veiligheidsvoorschriften.

Gezien het gegeven dat de omstandigheden in beide laatste uitspraken vergelijkbaar zijn – specifieke veiligheidsnorm, ervaren werknemer – geldt dat de Hoge Raad, ondanks de verwijzing naar 81 RO, in zijn uitspraak van

11 juli 2008²⁴ de vraag hoe de zorgplicht van de werkgever zich in het licht van een specifiek veiligheidsvoorschrift verhoudt tot de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer niet onbeantwoord heeft gelaten. De Hoge Raad hoefde zich niet uit te spreken omdat hij in deze zaak niets had toe te voegen aan de lijn die was aangenomen in zijn uitspraak van 13 juli 2007.²⁵ De werkgever moet zorgdragen voor voldoening aan de specifieke veiligheidsvoorschriften. Ervarenheid van de werknemer is geen rechtvaardiging voor schending van deze zorgplicht.

Dit is in lijn met de hier voor aangehaalde woorden van de Hoge Raad dat uitgangspunt is dat de omvang van de zorgplicht van de werkgever in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever wordt gevergd.²⁶ Op dit uitgangspunt kan, ten aanzien van een ervaren werknemer met relevant veiligheidsdiploma, mogelijk een uitzondering bestaan indien de werkgever weet noch behoort te weten dat zich een veiligheidsrisico, ten aanzien waarvan specifieke veiligheidsvoorschriften bestaan, voordoet.²⁷

Geen schending van specifieke veiligheidsvoorschriften aan de orde

Ook in de hierna te behandelen uitspraak inzake Tarioui/Vendrig, waar geen schending van specifieke veiligheidsvoorschriften aan de orde was, zien we dat een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer ter rechtvaardiging van het niet voldoen aan de zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW, bij de Hoge Raad geen gehoor vindt. Dit is logisch omdat wanneer dit wel het geval zou zijn, 'het door de wet afgesneden eigen schuld-verweer (...) via de achterdeur wordt geïntroduceerd'.²⁸

De zaak Tarioui/Vendrig²⁹ betreft een werknemer van een wasserij die in een plas water is uitgegleden. Het hof overweegt dat de werkgever niet in zijn zorgplicht is tekortgeschoten, onder andere omdat de werknemer voordat hij ten val kwam, wist dat de plas water er lag en dat het een feit van algemene bekendheid is dat het door water lopen een verhoogd risico op uitglijden meebrengt en de werkgever veiligheidsschoenen ter beschikking had gesteld. Het desbetreffende onderdeel van het cassatiemiddel houdt, kort gezegd in dat in het kader van artikel 7:658 BW beslissend is of de werkgever alle veiligheidsmaatregelen heeft getroffen 'die redelijkerwijs noodzakelijk zijn

24 HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 759.

25 HR 13 juli 2007, *NJ* 2008, 464.

26 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.2.

27 HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176; Zie ook r.o. 3.5.3 HR 9 februari 2007, *NJ* 2007, 105 (R.F. Feenstra, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Elba II Sloopwerken BV/Haije).

28 A-G Spier in zijn conclusie voor HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 465 (Tarioui/Vendrig). Zie over deze problematiek ook D.E. Alink, 'Werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW', *MvV* 2008, p. 108-113.

29 HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 465, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss.

om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.' In het onderhavige geval zou, volgens het onderdeel, het aanbrengen van rubber matten een eenvoudige en geëigende maatregel zijn.

De Hoge Raad overweegt:

'Art. 7:658 lid 1 BW vereist een hoog veiligheidsniveau van de betrokken werkruimte, werktuigen en gereedschappen, alsmede van de organisatie van de betrokken werkzaamheden; bovendien dient de werkgever het op de omstandigheden van het geval toegesneden toezicht te houden op behoorlijke naleving van de door hem gegeven instructies, en op behoorlijk onderhoud van werkruimten en materialen. (...) Het gaat erom of de werkgever voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen heeft getroffen en aanwijzingen heeft gegeven als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat een werknemer als Tarioui in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade zou lijden als gevolg van een val door gladheid, ontstaan door waterplassen die in een wasserij ook volgens Vendrig nu eenmaal niet zijn te voorkomen.'

Het vereiste van een hoog veiligheidsniveau brengt, aldus de Hoge Raad, mee, dat de omstandigheid dat de werkgever ter afwering van het gevaar veiligheidsschoenen ter beschikking had gesteld nog niet betekent dat de werkgever zich van zijn voormelde verplichtingen heeft gekweten. Het kan immers zo zijn dat het treffen van andere, meer effectieve, maatregelen met hetzelfde doel, i.c. het leggen van rubberen matten, van de werkgever kan worden gevergd. Deze uitspraak leert ons dat aan de zorgplicht van de werkgever hoge eisen worden gesteld en dat de werkgever het niet voldoen aan deze eisen niet kan rechtvaardigen met een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer.

Het vereiste van een hoog veiligheidsniveau ligt ook ten grondslag aan een oudere uitspraak van de Hoge Raad³⁰ in welke zaak werknemer Tahmasebi, toen deze een doos kitspuiten wilde pakken, ongecontroleerd van de bovenste trede van een trapje is afgestapt, als gevolg waarvan hij knieletsel heeft opgelopen. Het door werknemer gebruikte trapje was echter een ander trapje dan de voor deze werkzaamheden aanwezige, in beginsel geschikte, trap. Dat de werknemer, die ervan op de hoogte was dat zich in het magazijn standaard een deugdelijke trap bevond, niet het juiste trapje had genomen bracht niet mee dat de werkgever zijn zorgplicht had geschonden. Het hof had daartoe, aldus de Hoge Raad overwogen dat, uitgaande van de toedracht als door de werknemer geschetst, het ongeval niet plaats had gevonden

'in een werkomgeving, of tijdens werkzaamheden, die zodanige risico's van dit soort ongevallen opleveren dat de uit art. 7: 658 lid 1 BW voortvloeiende en op Shell rustende zorgplicht meebracht dat zij, naast het ter beschikking stellen van de

30 HR 7 december 2007, NJ 2007, 643 (Tahmasebi/Shell).

genoemde trap, maatregelen had moeten treffen of aanwijzingen had moeten geven die redelijkerwijs nodig waren om ongevallen als dat van Tahmasebi te voorkomen.’

Welk oordeel, aldus de Hoge Raad niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Met genoemde trap wordt de aanwezige in beginsel geschikte trap bedoeld.

Van een omstandigheid die meebrengt dat, naast het ter beschikking stellen van een in beginsel geschikte trap, nog maatregelen door de werkgever moeten worden getroffen, kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de werkgever moet verwachten dat de werknemer de ongeschikte trap zal gebruiken.³¹

In sommige gevallen waarin geen sprake is van schending van specifieke veiligheidsvoorschriften kan een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer wel worden gehonoreerd. Ik denk daarbij aan situaties die de omstandigheid betreffen dat in de uitoefening van de werkzaamheden een activiteit wordt verricht op een wijze die bij een ieder in het dagelijks leven kan plaatshebben, zoals het na een regenbui over een nat geworden betegelde gangvloer lopen³² respectievelijk een risico betreffen dat ‘ook voor terzake niet gewaarschuwde mensen voldoende bekend is en niet een zodanige omvang heeft dat werkgever iets moet ondernemen, zoals het dichtklappen door de wind van een openstaande laaddeur.’³³

Het betreft dan situaties waarbij het de aard van de werkzaamheden geen verhoogd risico oplevert. Dat was wel het geval in de zaak Tarioui/ Vendrig, waar Tarioui binnen in een wasserij, in een plas water is uitgegleden.³⁴

Het erkennen van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer in een situatie waarin het niet de aard van de werkzaamheden is dat een risico oplevert lijkt mij alleszins verdedigbaar. Zouden we deze verantwoordelijkheid niet aannemen dan zou de zorgplicht van de werkgever wel erg ver gaan. Hierna onder 4 zal aan deze situatie nog aandacht worden besteed.

Een andere situatie waarin het beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer, mijns inziens, zou kunnen slagen betreft het geval waarin een werkgever weet nog behoort te weten dat de aard van de werkzaamheden een verhoogd risico opleveren en er sprake is van een ervaren vakman met relevant veiligheidsdiploma.³⁵

Voorts blijkt uit de hierna te behandelen zaak dat de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer ook een rol kan spelen wanneer deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden op een plaats komt die niet kan worden aange-

31 Vergelijk de overwegingen van de rechtbank te kennen uit: HR 24 juni 1994, *NJ* 1995, 137, m.nt. PAS (Hollander/Wolfard & Wessels). Vergelijk ook HR 25 mei 2007, *NJ* 2008, 463 (Van den Heuvel/Leger des Heils), m.nt. Heerma van Voss onder *NJ* 2008, 465.

32 HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 143 (Perez/Casa Grande en Ohem).

33 HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie).

34 Zie ook A-G Spier voor HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 465 (Tarioui/Vendrig) en Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V), nr. 243.

35 Vergelijk HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176.

merkt als arbeidsplaats in de zin van artikel 1 lid 3, aanhef en onder g van de Arbeidsomstandighedenwet, maar ten aanzien waarvan de werkgever wel de in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht heeft.

Werknemer die van de treeplank van een bestelwagen is afgeleden en daardoor zijn linkerpols heeft gebroken, heeft zijn werkgever voor de door dit ongeval geleden schade aansprakelijk gesteld. Werknemer heeft aangevoerd dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden is uitgeleden omdat hij tijdens het tanken op een sterk vervuild tankstation, waar zijn werkgever zijn bestelauto's bij voorkeur liet tanken, olie aan zijn schoenzolen had gekregen. Voorts heeft hij aangevoerd dat werkgever van deze vervuiling op de hoogte was en zijn werknemers niet (langer) aan dit risico had mogen blootstellen. Het hof heeft vastgesteld dat het onderhavige tankstation 'nu bepaald niet doorlopend een toonbeeld van properheid was te noemen' en dat sprake was van 'minder schone omstandigheden'. Voorts heeft het hof overwogen dat werknemer, een ervaren beroepschauffeur, van de situatie ter plekke op de hoogte was en redelijkerwijs op de hoogte kan zijn van de gevolgen van het knoeien met diesel. Daar komt volgens het hof nog bij dat het van algemene bekendheid is dat op tankstations met enige regelmaat wordt geknoeid en dat, alhoewel werkgever haar chauffeurs bij voorkeur op het onderhavige tankstation liet tanken van een opdracht daartoe geen sprake was. Door onder deze omstandigheden te oordelen dat werkgever, door zijn chauffeurs niet te verbieden nog langer bij het tankstation te tanken, zijn zorgplicht niet heeft geschonden omdat daartoe de *gevaarzetting* te beperkt was heeft het hof, aldus de Hoge Raad, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.³⁶

Ook nu weer lijkt het dus te gaan om een situatie waarin de aard van de werkzaamheden, althans ten opzichte van een ervaren werknemer, geen verhoogd risico meebrengt.

4 VERHOUDING ARTIKEL 7:611 BW EN 7:658 BW

Uit het voorgaande blijkt dat de Hoge Raad de betekenis van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer voor de zorgplicht van de werkgever goed in kaart heeft gebracht.

In het onderstaande zal worden onderzocht of de Hoge Raad met zijn uitspraak van 8 februari 2008³⁷ door verwijzing naar 81 RO vragen op het terrein van de afbakening van aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) onbeantwoord heeft gelaten.

Aansprakelijkheid van de werkgever op grond van 7:658 BW berust op schending van de zorgplicht door de werkgever. De in dit artikel bedoelde

36 HR 20 februari 2009, NJ 2009, 335, m.nt. T. Hartlief (Van Riemsdijk/Autop).

37 HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie)

zorgplicht houdt nauw verband met de zeggenschap die de werkgever heeft over de werkplek en zijn bevoegdheid de werknemer aanwijzingen terzake van de uitoefening van zijn werkzaamheden te geven.³⁸ Wanneer een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden, waarover de zeggenschap en de zorgplicht van de werkgever geldt, een ongeval overkomt, maar niet gezegd kan worden dat de werkgever deze zorgplicht heeft geschonden, zal de werknemer de schade die hij desondanks lijdt niet op grond van artikel 7:611 BW op de werkgever kunnen verhalen. Dit zou niet goed te verdedigen zijn omdat dan, in strijd met de strekking van artikel 7:658 BW, op de werkgever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat sprake is van een tekortkoming zijnerzijds.³⁹

Recentelijk heeft de Hoge Raad voor bepaalde bijzondere risico's in een werksituatie waarin de werkgever geen zeggenschap heeft en aansprakelijkheid op grond van 7:658 BW daarom niet mogelijk werd geacht, de mogelijkheid van aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW aangenomen.⁴⁰ Zo is aangenomen dat een 'werkgever uit hoofde van zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval' en dat de werkgever wanneer hij tekortschiet in deze verplichting jegens de werknemer aansprakelijk is voor zover deze daardoor schade lijdt.⁴¹ In zijn uitspraak van 12 december 2008⁴² nam de Hoge Raad voorts aan dat de verplichting om zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering ook geldt voor werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als fietser of voetganger betrokken kunnen raken bij een verkeersongeval en wel in die gevallen waarin zij als gevolg van hun kwetsbaarheid in het verkeer een bijzonder risico lopen. Ook nu weer met de consequentie dat de werkgever die in deze verplichting tekortschiet jegens de werknemer aansprakelijk is voor zover deze daardoor schade lijdt.⁴³ Uitdrukkelijk neemt de Hoge Raad aan dat de werkgever ook aan zijn verplichting om zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering kan voldoen 'door de werknemer financieel in staat te stellen om voor een behoorlijke verzekering zorg te dragen, mits hierover in de

38 HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534 m.nt. PAS; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.4.

39 HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 527, m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573.

40 Een opening hiertoe was al gegeven in HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534 m.nt. PAS.

41 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331 (Kooiker/Taxicentrale) r.o. 3.4.1, m.nt. T. Hartlief onder *NJ* 2009, 335; HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330 (Maasman/Akzo) r.o. 4.3, m.nt. T. Hartlief onder *NJ* 2009, 335; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332 (Maatzorg/Van der Graaf); HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 333 (Gündogdu/Febo), m.nt. T. Hartlief onder *NJ* 2009, 335; HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 334, (Autoster/Hendriks), m.nt. T. Hartlief onder *NJ* 2009, 335; HR 30 november 2007, *NJ* 2009, 329 (Knoppen/NCM).

42 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, 3.6.5.

43 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.6.2 – 3.6.5; HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331, r.o. 3.4.1 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330, r.o. 4.3.

verhouding tussen de werkgever en de werknemer voldoende duidelijkheid wordt verschaft.⁴⁴

De verzekerplicht is ingegeven enerzijds gezien de bijzondere gevaren/risico's die verbonden zijn aan deelneming aan het verkeer en anderzijds de omstandigheid dat de werkgever, gezien het gebrek aan zeggenschap, slechts beperkte mogelijkheden en een navenant beperkte zorgplicht heeft om maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven om die gevaren te verminderen.⁴⁵ Doorslaggevend voor het aannemen van de hier bedoelde verzekerplicht was bovendien dat het verzekerbare risico's betreft.⁴⁶

De omvang van de verzekerplicht zal

'3.4.1 (...) van geval tot geval nader vastgesteld moeten worden met inachtneming van alle omstandigheden, waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan de in de betrokken tijd bestaande verzekeringsmogelijkheden – waarbij mede van belang is of verzekering kan worden verkregen tegen een premie waarvan betaling in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd – en de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen. De verzekering behoeft in elk geval geen dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.'⁴⁷

Hoe past de uitspraak van de Hoge Raad van 8 februari 2008 in deze ontwikkelingen? De zaak betreft een situatie waarin de werknemer, Lagraauw, in de uitoefening van zijn werkzaamheden, letsel aan zijn hoofd heeft opgelopen omdat dit door een geopende laaddeur van een vrachtwagen, welke dichtsliep door de wind, werd geraakt. Het risico dat de openstaande laaddeur vanwege de harde wind zou dichtklappen (en daardoor schade zou veroorzaken) werd door het hof ook voor terzake niet gewaarschuwde mensen voldoende bekend geacht en was, volgens het hof, niet van een zodanige omvang dat de werkgever hiertegen iets had moeten ondernemen. De vordering van werknemer op grond van artikel 7: 658 BW wordt dan ook afgewezen. De werkgever had zijn zorgplicht niet geschonden. Eveneens wordt afgewezen de vordering van werknemer op grond van artikel 7:611 BW. Het hof heeft daartoe overwogen dat artikel 7:658 BW 'een specifieke regeling betreffende de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt', bevat en dat daarom een beroep op de artikelen 7:611 BW, 6:2 BW en 6: 248 BW 'die tot een andere uitkomst zouden moeten leiden

44 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331, r.o. 3.4.1; HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330, r.o. 4.3; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.6.2 – 3.6.5.

45 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.6.1.

46 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331, r.o. 3.4.1; HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330, r.o. 4.3; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.6.5.

47 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331; HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330, r.o. 4.3; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 35, r.o. 3.6.2-3.6.5 (Maatzorg/Van der Graaf).

dan de genoemde specifieke wetsbepaling' in het algemeen niet mogelijk is. Het hof ziet voorts geen reden om in het onderhavige geval anders te oordelen en wijst een beroep op deze algemene bepalingen af. Van de zijde van werknemer is in cassatie aangevoerd dat het oordeel van het hof, dat artikel 7:658 BW een beroep op de artikelen 7:611 BW jo de artikelen 6:2 BW en 6:248 BW in de weg zou staan, van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. De schade van Lagraauw zou, volgens het cassatiemiddel, op grond van artikel 7:611 BW en de redelijkheid en billijkheid voor vergoeding door de werkgever in aanmerking komen, ook indien deze niet op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk zou kunnen worden gehouden. De Hoge Raad zwijgt onder verwijzing naar artikel 81 RO.

Voor situaties als die van Lagraauw, die wel onder 7:658 BW vallen omdat de werkgever zeggenschap en daarmee gepaard gaande zorgplicht heeft, maar in welke de werkgever niet aansprakelijk is omdat hij zijn zorgplicht niet heeft geschonden, heeft de Hoge Raad, voor zover mij bekend, nog geen aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW aangenomen. Dit zou, als gezegd, ook niet goed te verdedigen zijn, omdat dan, in strijd met de strekking van artikel 7:658 BW, op de werkgever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat sprake is van een tekortkoming zijnerzijds.⁴⁸ Ook A-G Spier geeft aan dat met het aannemen van aansprakelijkheid het wettelijk stelsel van schuld-aansprakelijkheid teniet zou worden gedaan en dat, dat de rechtsvormende taak van de rechter verre te buiten zou gaan.⁴⁹

Had de Hoge Raad dan misschien een verzekerplicht, mits dergelijke verzekeringen bestaan, voor de werkgever, voor ongevallen als hier aan de orde, op grond van artikel 7:611 BW kunnen aannemen?

Met artikel 7:658 BW niet is beoogd 'een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar voor arbeidsongevallen,'⁵⁰ met als gevolg dat, zoals uit het bovenstaande al blijkt, de werkgever, ondanks het verband van de schade met de werkzaamheden, niet steeds aansprakelijk is.

Spier betoogt dat grond zou kunnen bestaan om voor de toekomst meer in het algemeen voor ongevallen in werkverband, op grond van artikel 7:611 BW, van de werkgever te verlangen dat deze een redelijke verzekering sluit.⁵¹ Wanneer ik hem goed begrijp denkt hij daarbij ook aan een verzekering voor ongevallen in de uitoefening van de werkzaamheden, ten gevolge van het na een regenbui over een nat geworden betegelde gangvloer lopen of ten gevolge van het dichtklappen door de wind van een openstaande laaddeur, dan wel

48 HR 17 november 1989, NJ 1990, 527, m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, NJ 1990, 573.

49 In zijn conclusie voor HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93.

50 HR 1 februari 2008, NJ 2009, 330; HR 12 december 2008, NJ 2009, 332.

51 In zijn conclusie voor HR 12 december 2008, NJ 2009, 332.

ten gevolge van het ongecontroleerd van een ander trapje dan de aanwezige ter beschikking gestelde, geschikte, trap afstappen.⁵²

Deze benadering lijkt mij enigszins ruim. Een dergelijke plicht zou niet in lijn zijn met de Hoge Raad 12 december 2008,⁵³ daar genoemde risico's geen bijzondere risico's betreffen, de aard van de werkzaamheden brengt geen verhoogd risico mee, en een verzekerplicht ook voor niet-bijzondere risico's zou op een vergaande uitbreiding van de zorgplicht van de werkgever neer zou komen, hetgeen mij meer de taak van de wetgever lijkt.

Wel lijkt mij in het verlengde van Hoge Raad 12 december 2008⁵⁴ verdedigbaar, voor de toekomst, van de werkgever te verlangen dat deze de werknemer behoorlijk verzekert voor gevallen waarin de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden een bijzonder risico loopt op ongevallen als bedoeld in artikel 7:658 BW, maar de werkgever, hoewel hij zeggenschap heeft, niet aansprakelijk is, omdat hij zijn zorgplicht niet heeft geschonden.⁵⁵ Denk bijvoorbeeld aan een glazenwasser die zich verstuurt en van een hoge, wel geschikte, ladder valt⁵⁶ of aan de hiervoor behandelde uitspraak betreffende dakdekwerkzaamheden.⁵⁷

Door de kleine nuances die aldus bepalend zouden kunnen zijn voor de vraag of er wel of niet een verzekerplicht bestaat voor situaties die in beginsel onder artikel 7:658 BW vallen, maar niet tot aansprakelijkheid van de werkgever leiden omdat deze zijn zorgplicht niet heeft geschonden, wordt het er voor werkgevers en werknemers echter niet duidelijker op. Dit geldt ook voor de rechter die bij schending van de hier bedoelde verzekerplicht over aansprakelijkheid van de werkgever zou dienen te oordelen.⁵⁸

De Hoge Raad heeft zich, als gezegd, in zijn uitspraak van 8 februari 2008⁵⁹ niet uitgelaten over deze problematiek. Aangenomen moet dus worden dat hij nog steeds achter zijn eerdere uitspraak staat dat er voor gevallen als deze geen aansprakelijkheid van de werkgever bestaat.⁶⁰ Of is dat nu juist de openstaande vraag? Ik neem aan van niet. Het aannemen van een verzekerp-

52 Spier betoogt, in zijn conclusie voor HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332 (Maatzorg/Van der Graaf), dat hij nog niets over de uitbreiding van aansprakelijkheid voor beroepsziekten kan zeggen omdat hij geen inzicht heeft in de verzekeraarbaarheid daarvan en verzekeraars ten aanzien van beroepsziekten huiverig zijn. Mijns inziens terecht betoogt hij dat, ondanks het onderscheid dat daardoor tussen aansprakelijkheid voor beroepsongevallen en beroepsziekten kan ontstaan, dit onderscheid niet in de weg hoeft te staan aan uitbreiding van aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen.

53 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332.

54 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332.

55 Zie hierover meer, Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, 'Assurabilité oblige', in: *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 499-500 en 504.

56 Vergelijk A-G Spier in zijn conclusie voor HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331. Zie ook A.R. Houweling in zijn noot onder HR 19 december 2008, *JA* 2009, 21.

57 Zie ook A.R. Houweling in zijn noot onder HR 19 december 2008, *JA* 2009, 21.

58 Delfos-Roy 2009, p. 499-500 en 504.

59 HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 93.

60 HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 527.

plicht lag gezien het recent na deze uitspraak gewezen arrest van 12 december 2008⁶¹ niet voor de hand, daar het in het onderhavige geval geen bijzonder risico betreft. Het aannemen van aansprakelijkheid zou het aannemen van een risicoaansprakelijkheid benaderen en dat lijkt mij niet de taak van de Hoge Raad, maar van de wetgever. Mooi zou het wel geweest zijn wanneer de Hoge Raad zich zou hebben uitgesproken. Dit zou voor de praktijk duidelijkheid hebben gebracht.

De vraag die we ons vervolgens kunnen stellen is of risicoaansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen, als bedoeld in artikel 7:658 BW zou moeten worden ingevoerd? Een, door de wetgever in te voeren, risicoaansprakelijkheid is in de literatuur bepleit ter voorkoming van arbitraire uitspraken.⁶²

Omdat de werkgever ingeval van risicoaansprakelijkheid ook aansprakelijk is indien hem geen verwijt treft zal de wetgever echter eerst risicoaansprakelijkheid dienen in te voeren indien deze tot een redelijk bedrag verzekeraar is.⁶³ Het is echter de vraag of voor alle onder 7:658 BW vallende ongevallen een verzekering kan worden afgesloten. Werknemers mogen er bovendien ten opzichte van de huidige situatie, waar aansprakelijkheid los staat van de verzekeraar, niet op achteruitgaan.⁶⁴ Om niet te verzanden in de schuld-vraag ten aanzien van de werkgever zal dan in beginsel volledige dekking vereist zijn.

Voor ongevallen als bedoeld in artikel 7:658 BW bestaat voorts het gevaar dat de werkgever – zichzelf verzekerd wetend – minder zorg aan de veiligheid van werknemers zal gaan besteden. Aan de andere kant is dit gevaar misschien niet zo groot wanneer we, naar analogie van Hoge Raad 12 januari 2007, kunnen stellen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht (artikel 6:248 lid 2 BW) dat de werkgever aanspraak maakt op dekking door de verzekering wanneer het risico zich voordoet als gevolg van een handelen of nalaten van de werkgever dat het resultaat is van een juist door het bestaan van die verzekering verstoorde afweging van belangen.⁶⁵

61 HR 12 december 2008, NJ 2009, 332.

62 A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'De werkgever als een maatman in het arbeidsrecht', *VrA* 2008, p. 33-46

63 Vergelijk over de problematiek van risicoaansprakelijkheid en verzekeraar, N. Frenk, 'Utopische wetgeving en verzekeraar', *AV&S* 2006, p. 108 – 117. Vergelijk J.H. Nieuwenhuis, *RM Themis* 1987, p. 209-211.

64 Delfos-Roy 2009, p. 504.

65 HR 12 januari 2007, NJ 2007, 371, m.nt. M.M. Mendel, (Gemeente Eindhoven/Allianz Nederland Schadeverzekering); Vergelijk over deze problematiek M. Faure en W.H. van Boom, 'Hoe houdbaar zijn gedragsveronderstellingen in verzekeringsrecht en –economie?', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red), *Gedrag en privaatrecht* (Masterreeks), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 326-327, 329-331; Delfos-Roy 2009, p. 504-505.

Op verzekeraarbaarheid van risico's zouden verzekeraars ook invloed kunnen uitoefenen door, zo stelt A-G Spier,⁶⁶ een actieve rol te spelen door 'hun verzekerden te nopen het voorzorgsbeginsel in acht te nemen' om op die wijze schade trachten te voorkomen.

Een voordeel van risicoaansprakelijkheid is dat deze mogelijk aan een goede verhouding tussen werkgever en werknemer kan bijdragen. Een claim van de werknemer hoeft, in geval van risicoaansprakelijkheid, de verhouding tussen de werkgever en de werknemer niet nadelig te beïnvloeden, er hoeft tussen hen immers geen discussie meer te bestaan over de vraag of de werkgever zijn zorgplicht geschonden heeft.⁶⁷ Aan de op grond van artikel 7:954 BW bestaande directe actie (eventueel uitgebreid met andere schade dan schade door dood of letsel) zou voor de werknemer een eigen recht jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar van de werkgever moeten worden toegevoegd, op grond waarvan de verzekeraar de schending van de zorgplicht door de werkgever niet aan de werknemer kan tegenwerpen. In het geval van schending van de zorgplicht zou de verzekeraar evenwel verhaal op de werkgever moeten hebben. Discussie zou voor de werknemer beperkt kunnen blijven tot de vraag of de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van deze, in welk geval de aansprakelijkheidsverzekering van de werkgever geen dekking hoeft te verlenen.⁶⁸

Het door Spier verdedigde systeem⁶⁹ – waarin meer in het algemeen voor de toekomst voor ongevallen in werkverband, op grond van artikel 7:611 BW, een door de werkgever af te sluiten redelijke verzekering, zou moeten worden verlangd met een complementaire schuldaansprakelijkheid voor niet door verzekering gedekte schade – toont het voordeel dat tussen werkgever en werknemer geen discussie meer hoeft te bestaan over de vraag of de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden niet.

Relevant is ook de vraag hoe de positie van werknemers wier werkgever niet verzekerd is, bijvoorbeeld omdat de verzekeraar de desbetreffende werkgever niet accepteert, dient te worden beschermd. Een behoorlijke verzekering biedt immers meer kans dat de werknemer zijn schade ook daadwerkelijk kan verhalen.⁷⁰ Mijns inziens zou het in beginsel niet zo moeten zijn dat niet

66 A-G Spier in zijn conclusie voor HR 2 juni 2006, LJN AW6167, onder 6.6.1, ook in deze zaak werd het cassatieberoep onder verwijzing naar 81 RO verworpen.

67 Zie voor beschouwingen over de vraag hoe de huidige werkgeversaansprakelijkheidsregeling, in het licht van de eigen verantwoordelijkheid van werkgever en werknemer, de verhoudingen tussen werkgever en werknemer nadelig kan beïnvloeden, Y. Bacharias, S.D. Lindenberg en P. Mascini, 'Preventie van arbeidsuitval: ontwikkelingen in arbeidsomstandighedenbeleid en civiele aansprakelijkheid', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht (Masterreeks)*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 283-301.

68 Delfos-Roy 2009, p. 505.

69 In zijn conclusie voor HR 12 december 2008, NJ 2009, 332 (Maatzorg/Van der Graaf).

70 Vergelijk SER Advies 2004/02, met betrekking tot de Extra Garantierregeling Beroepsrisico's, <<http://www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen/2000-2007/2004/b22409.aspx>>.

geaccepteerd worden, terwijl het wel een verzekeraar aansprakelijkheidsrisico betreft, leidt tot niet-aansprakelijkheid. Dit zou, mijns inziens, niet in overeenstemming zijn met de door de Hoge Raad geformuleerde omvang van de verzekerplicht in het kader van artikel 7:611 BW. Zeker niet wanneer dit te wijten is aan het morele risico dat een verzekeraar loopt met betrekking tot de desbetreffende werkgever.⁷¹

5 SLOT

Samenvattend kan worden gesteld dat de Hoge Raad, ondanks verwijzing naar 81 RO, met zijn in deze bijdrage behandelde uitspraak van 11 juli 2008 geen onduidelijkheid heeft laten bestaan over de invloed van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer op de in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht van de werkgever. Ten aanzien van de in deze zaak spelende problematiek, namelijk hoe de zorgplicht van de werkgever zich in geval van een specifiek veiligheidsvoorschrift verhoudt tot de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer was al duidelijkheid verschaft door Hoge Raad 13 juli 2007, *NJ* 2008, 464. Daaraan had de Hoge Raad in eerst genoemde zaak niets tot te voegen. In genoemde uitspraak van 13 juli 2007 werd aangenomen dat niet-voldoen aan een specifiek veiligheidsvoorschrift niet kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de door een werknemer te betrachten voorzichtigheid. Zelfs niet als het een gebruikelijke werksituatie betreft. Dit is in lijn met het uitgangspunt dat de omvang van de zorgplicht in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van een werkgever wordt gevergd.

Op dit uitgangspunt bestaat, naar het zich laat aanzien, een uitzondering wanneer de werkgever weet nog behoort te weten dat zich een veiligheidsrisico ten aanzien waarvan een specifiek veiligheidsvoorschrift bestaat, voordoet. In die situatie lijkt hij, in geval van schending van deze specifieke veiligheidsnorm, niet zonder meer aansprakelijk te zijn jegens een ervaren werknemer die in het bezit is van een veiligheidsdiploma.

Is onduidelijkheid blijven bestaan in de hiervoor behandelde uitspraak van de Hoge Raad van 8 februari 2008, omtrent het antwoord op de vraag of aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW mogelijk is voor niet-bijzondere risico's die onder artikel 7:658 BW vallen, maar ten aanzien waarvan geen aansprakelijkheid bestaat omdat de werkgever zijn zorgplicht niet heeft geschonden? Mijns inziens niet. Mij lijkt nog steeds te gelden dat voor die ongevallen aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW niet mogelijk is. Ook het aannemen door de Hoge Raad van een verzekerplicht ligt voor deze gevallen niet voor de hand. Mooi zou het echter wel

71 Delfos-Roy 2009, p. 505-506.

geweest zijn wanneer de Hoge Raad zich zou hebben uitgesproken. Dit zou voor de praktijk duidelijkheid hebben gebracht.

Wel is open de vraag of risicoaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen als bedoeld in artikel 7:658 BW zou moeten worden ingevoerd. Maar deze vraag dient mijns inziens door de wetgever en niet door de Hoge Raad te worden beantwoord.

12 | Zwijgen over verzwijging. Een leemte in de wet ten spijt

J.H. Wansink

1 INLEIDING

Ook voor het verzekeringsrecht geldt dat de Hoge Raad veelvuldig toepassing geeft aan het bepaalde in artikel 81 RO: de cassatieklachten worden zonder motivering verworpen ‘nu deze niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling’. In het merendeel van de gevallen roept dat vanuit een verzekeringsrechtelijk inhoudelijk perspectief geen vraagtekens op: toepassing van artikel 81 RO ligt zonder meer in de rede. Soms is dat echter anders en de inhoudelijke aandacht voor de onderliggende zaak wordt dan nog verder aangescherpt als ook de A-G de opvatting van de Hoge Raad kennelijk niet deelt en diens conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Een treffend voorbeeld in bovenbedoelde zin vormt het arrest van de Hoge Raad van 12 september 2008.¹ Daarin centraal staat een beroep op verzwijging ex artikel 251 K oud door een verzekeraar tegenover een Engelse vennootschap die ‘ter beurze’ – door tussenkomst van een makelaar in assurantiën – een brandverzekering had gesloten. Verzwegen was een aantal belastende feiten dat betrekking had op ‘het verleden’ van een van de twee grootaandeelhouders/bestuurders van de vennootschap, deels bestaande uit een aanzienlijk strafverleden, deels uit betrokkenheid bij een reeks van eerdere gevallen van brand- en inbraakschade met een zodanig ‘luchtje’ dat de daarin betrokken verzekeraars daarin aanleiding hadden gezien de bestaande verzekeringsrechtelijke relatie te verbreken. Zoals in de regel eigen is aan een ‘ter beurze’ gesloten verzekering was deze tot stand gekomen zonder de invulling van een vragenlijst.

Voor de kenners van het verzekeringsrecht wordt zonder twijfel al uit deze korte schets van de casus een aantal intrigerende (principiële) vraagpunten zichtbaar. Vraagpunten die ondanks de ruime literatuur en jurisprudentie over de verzwijgingproblematiek tot op heden weinig aandacht hebben gekregen en daarin zeker geen eenduidige beantwoording hebben gekregen. Daarom zal lezing van het arrest ook bij hen tenminste een gevoel van teleurstelling hebben gegeven dat de Hoge Raad de zaak op basis van artikel 81 RO heeft

■ J.H. Wansink is hoogleraar verzekeringsrecht, Universiteit Leiden.

1 HR 12 september 2008, L/JN BD 6028, RvdW 2008, 843 (*Brampton/Allianz*).

afgedaan. Teleurstelling die lezing van de onvervalste ‘Spieriaanse’ conclusie voor het arrest alleen maar kan doen versterken.

2 FEITEN EN PROCEDUREVERLOOP

Alvorens op de onderscheiden vraagpunten uitvoerig in te gaan, eerst een korte schets van de feiten en het verloop van de procedure in feitelijke instantie.

Tussen partijen staat omtrent de positie van de grootaandeelhouder/ bestuurders binnen de vennootschap en ‘het verleden’ van één van hen – aldus het arrest van het hof – het volgende vast:

- a. [Betrokkene 1] houdt vanaf 25 maart 1999 40% van de aandelen in B [de vennootschap] en had daadwerkelijk zeggenschap in deze vennootschap (...);
- b. de ten processe bedoelde opstallen vormden het enige actief van B;
- c. op deze opstallen is op 24 mei 1999 (...) ten behoeve van een vordering van ABN AMRO op [betrokkene 1] een hypotheek gevestigd;
- d. [Betrokkene 1] en [betrokkene 2] (broers) verbleven drie tot zes maanden per jaar in de ten processe bedoelde woning;
- e. [Betrokkene 1] is in het verleden bij de volgende schaden betrokken geweest:
 - branden in 1987 en 1990 te Groningen. De Schiedamse was in beide gevallen de verzekeraar en is beide keren weliswaar tot uitkering overgegaan maar heeft [betrokkene 1] verzocht een andere verzekeraar te zoeken;
 - brand op 15 februari 1992 te Zuidhorn. Verzekeraar was Delta Lloyd. Er was verdenking van brandstichting;
 - brand op 27 juni 1993 te Eelde. Delta Lloyd was wederom de verzekeraar. In verband met deze kwestie zijn [betrokkene 1] en Delta Lloyd in een procedure verwickeld. Delta Lloyd heeft [betrokkene 1] te kennen gegeven hem niet meer als verzekerde te willen.
 - brand- en inbraak schade in februari 1994. Verzekeraar was Allianz. [Betrokkene 1] speelde ook in die zaak een rol.
- f. AMEV heeft in verband met een polisaanvraag door [betrokkene 2] en [betrokkene 1], [betrokkene 1] te kennen gegeven met hem geen zaken te willen doen;
- g. [Betrokkene 1] beschikt over een aanzienlijk strafverleden.

Zonder twijfel een niet geringe reeks van belastende feiten in deze – wat Spier noemt – onverkwikkelijke zaak, die bij hem kennelijk ook gevoelens van ergernis oproepen, getuige de navolgende toch wel opmerkelijke overweging met betrekking tot de vaststelling van de feiten:

‘Voor zover al juist zou zijn dat het Hof iets te gemakkelijk op basis van de gedingstukken bepaalde feiten heeft aangenomen, kan B daarbij geen garen spinnen nu het hier gaat om een partij die er niet voor terugschrikt in rechte kennelijk onwaarheden op te dissenn.’

Bij het sluiten door B van de brandverzekering in juli 1999 op een woonhuis en inboedel te Sint Maarten worden de hiervoor onder a-g genoemde feiten niet medegedeeld. In oktober 1999 ontstaat brand in het woonhuis met als gevolg schade aan de woning en inboedel die de verzekeraar met een beroep op artikel 251 K oud weigert te vergoeden. Zowel de rechtbank als het Hof wijst de vordering van B tegen de verzekeraar af. Het Hof overweegt daartoe onder meer het volgende:

‘2.5.3 Uit deze omstandigheden (a tot en met c) kan worden afgeleid dat [betrokkene 1] als groot aandeelhouder van B en als bestuurder zodanige zeggenschap had in B dat hij het enige actief van deze vennootschap voor een privé schuld van hem met een hypothecair recht van ABN AMRO kon belasten.

Er bestond aldus een nauwe verwevenheid tussen [betrokkene 1] en B.

Voorts blijkt uit de onder d genoemde omstandigheid dat [betrokkene 1] bij (het gebruik van) het woonhuis een eigen belang had.

Het hof is van oordeel dat op grond van die omstandigheden voor de toepassing van artikel 251 WvK de wetenschap van [betrokkene 1] moet worden toegerekend aan B.

2.5.4 Uit het hiervoor onder 2.5.2.e overwogene blijkt dat drie verzekeringsmaatschappijen – De Schiedamse, Delta Lloyd en AMEV – [betrokkene 1], naar aanleiding van schadegevallen, te kennen hebben gegeven hem niet (meer) als verzekerde te willen.

Door het verzwijgen door B voor Allianz dat verschillende verzekeraars [betrokkene 1] niet (meer) als verzekerde (lees:) wilden, heeft B Allianz opzettelijk misleid. B heeft zich aldus een verzekering verschaft die Allianz niet zou hebben gesloten, indien zij van die feiten op de hoogte was geweest.

Het gevolg daarvan is dat het beroep van Allianz op nietigheid van de overeenkomst op grond van artikel 251 WvK slaagt.’

In cassatie verwerpt de Hoge Raad het beroep van B en wel – zoals al gezegd – op basis van artikel 81 RO.

3 COMMENTAAR

Zoals hierboven al aangegeven roept lezing van de zaak een aantal (princiële) vraagpunten op, zoals daar zijn:

- 1 Is er in beginsel een spontane mededelingsplicht voor de aspirant-verzekeringnemer ten aanzien van feiten waarnaar niet is gevraagd indien de verzekering niet op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst wordt gesloten? Zo ja, welke eisen moeten daaraan worden gesteld en welke betekenis komt in dat kader toe aan het opzet tot misleiden van de verzekeraar aan de zijde van de verzekeringnemer?
- 2 Geldt voor de spontane mededelingsplicht als bedoeld onder 1 een bijzonder regiem als het gaat om feiten die een ander dan de verzekeringnemer betreffen?

- 3 Rechtvaardigen de omstandigheden van het voorliggende geval vereenzelviging van de rechtspersoon met de grootaandeelhouder/bestuurder in de zin van de jurisprudentie van de Hoge Raad bij het sluiten van een verzekering door een rechtspersoon?
- 4 Geldt de spontane mededelingsplicht voor de verzekeringnemer ook ten aanzien van feiten omtrent een strafrechtelijk verleden waarvan hij zich ten volle bewust is dat de verzekeraar bij kennis van deze feiten geen verzekering zou sluiten of deze niet onder dezelfde voorwaarden zou sluiten (opzet tot misleiden), dus ondanks het feit dat de verzekeraar daaromtrent niet uitdrukkelijk in niet voor misverstand vatbare termen een vraag heeft gesteld overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:928 lid 5 BW?

Het ligt in de rede bij de behandeling van bedoelde vraagpunten mede het thans geldende recht in titel 7.17 BW in ogenschouw te nemen, ook al was op grond van artikel 221 lid 1 Ow NBW de oude regeling in artikel 251 K op de voorliggende zaak van toepassing.

- 3.1 Is er in beginsel een spontane mededelingsplicht voor de aspirant-verzekeringnemer ten aanzien van feiten waarnaar niet is gevraagd indien de verzekering niet op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst wordt gesloten?

Voorop gesteld zij dat de hier aan de orde gestelde vraag niet ziet op de situatie die centraal staat in artikel 7:928 lid 6 BW. Bepalend is daar dat – anders dan hier – wel een vragenlijst bij het sluiten van de verzekering aan de orde is en in het verlengde daarvan een *aanvullende* spontane mededelingsplicht in de ban wordt gedaan. Dat betekent dat voor de beantwoording van de vraag voor het geldende recht in eerste instantie moet worden teruggevallen op de basisregel als verwoord in het eerste lid van artikel 7:928 BW: een mededelingsplicht met betrekking tot alle feiten die de verzekeringnemer kent of behoort te kennen en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar, of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of *kan* afhangen. Daarin besloten ligt de hantering van het zogenaamde ruime kenbaarheidsvereiste. Ruim in die zin dat voor een geslaagd beroep op verzwijging reeds voldoende is dat de verzekeringnemer tenminste heeft moeten begrijpen dat het betreffende feit van belang kon zijn voor de risicobeoordeling.

Steun verdient de opvatting dat dit wel in het kader van het sluiten van een verzekering op basis van een vragenlijst gerechtvaardigd is, maar in beginsel niet in situaties waarin het invullen van een dergelijke lijst niet (of

niet meer) sprake is.² De achterliggende gedachte is immers dat met het gebruik van een vragenlijst de verzekeraar aan de verzekeringnemer kenbaar maakt dat hij kan volstaan met het beantwoorden van de vragenlijst. Die gedachte komt ook met zoveel woorden tot uitdrukking in de MvT 1986: de verzekeraar geeft met de vragenlijst te kennen dat de in de lijst bevraagde feiten voor hem van belang zijn, maar de lijst suggereert ook dat andere feiten hem niet interesseren.³ Die 'suggererende' werking ontbreekt mijns inziens in gevallen zoals hier aan de orde.

Het ligt in de rede hier ook voor het thans geldende recht aansluiting te zoeken bij het oude recht en wel het afgehakte duim-arrest van de Hoge Raad van 8 juni 1962,⁴ waarnaar ook Spier in zijn conclusie verwijst. Daarin hanteert de Hoge Raad het zogenaamde strikte kenbaarheidsvereiste, hetgeen leidt tot de navolgende regel: een beroep op de verzwijging van omstandigheden, waarnaar de verzekeraar niet heeft gevraagd, is slechts toelaatbaar als het gaat om feiten waarvan de verzekerde heeft geweten, dan wel heeft behoeven te begrijpen dat de verzekeraar bij mededeling daarvan de verzekering niet of niet onder dezelfde voorwaarden *zou willen sluiten*.

Verzekering ter beurze

In de voorliggende casus gaat het evenwel om een verzekering die door tussenkomst van een professionele makelaar 'ter beurze' is gesloten, dat wil zeggen een professionele ('beurs') makelaar biedt namens de aspirant-verzekeringnemer het te verzekeren risico ter verzekering aan verzekeraar(s) aan op door de makelaar op te stellen voorwaarden, dan wel op de voorwaarden van een zogenaamde beurspolis.⁵ De zinsnede 'ter beurze' stamt uit de tijd dat voor het sluiten van commerciële polissen (doorgaans, maar niet uitsluitend in coassurantie) twee assurantiebeurzen bestonden, te weten in Rotterdam en Amsterdam, waar verzekeringsmakelaars en assuradeuren elkaar ontmoetten om te onderhandelen over premies en (bijzondere) voorwaarden voor te sluiten verzekeringen als ook om overleg te hebben over de afwikkeling van schaden, gevallen op aldaar gesloten verzekeringen. Een circuit van 'professionals' die elkaar kenden en voor wiens handelen mede ook ter beurze gegroeide gewoonten en opvattingen een wezenlijke leiddraad vormden. Dat circuit met de daaraan verbonden interne gewoonten en opvattingen bestaat nog steeds, ook al zijn beide beurzen in 2004 als 'fysieke' ontmoetingsplaats gesloten.

Brede steun heeft de opvatting dat die wijze van verzekeren impliceert dat de verzekeraar er in beginsel op mag vertrouwen dat de door verzekeringnemer ingeschakelde beursmakelaar handelt overeenkomstig de daarvoor

2 Zie Asser/Clausing & Wansink 2007, nr. 153.

3 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 8.

4 *NJ* 1962, 366 m.nt HB. Vgl. ook HR 29 april 1994, *NJ* 1994, 735.

5 Navraag leert dat het hier gaat om een zgn. makelaarspolis.

geldende gebruiken.⁶ In het verlengde daarvan mag de verzekeraar er allereerst ook in zijn verhouding tot de verzekeringnemer van uitgaan dat hij zorgvuldig en zo volledig mogelijk wordt voorgelicht door de makelaar die het betrokken risico aanbiedt en – in de woorden van Kamphuisen⁷ – de verzekeringswereld kent. Anders gezegd: het strikte kenbaarheidsvereiste wijkt hier als (mede)grondslag voor de omvang van de mededelingsplicht voor hetgeen beide partijen ieder vanuit zijn eigen professionele kennis – de verzekeraar uit eigen hoofde en de verzekeringnemer in de persoon van de makelaar wiens kennis ten deze aan de verzekeringnemer mag worden toegerekend – in redelijkheid van elkaar mogen verwachten. Dat betekent dat de mededelingsplicht voor de verzekeringnemer zich bij verzekering ‘ter beurze’ mijns inziens uitstrekt tot alle informatie die de verzekeringnemer, respectievelijk de voor hem onderhandelende makelaar kent of behoort te kennen en waarvan ieder van hen weet of behoort te begrijpen dat de beslissing van de verzekeraar, of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of *kan* afhangen.⁸

De corrigerende werking van het verschoonbaarheidsvereiste

Het voorgaande laat echter onverlet dat ook bij het sluiten van een verzekering ter beurze geldt dat een verzekeraar niet ‘met de armen over elkaar mag blijven zitten’. Hij is op zijn beurt gehouden na ontvangst van de door de makelaar verschafte informatie te bezien of hij daarin voor de risicobeoordeling zonder meer van belang zijnde aspecten mist en – in het vervolg daarop – gehouden aanvullende informatie te vragen. Het gaat daarbij om aspecten waarvan hij vanuit zijn professionele kennis weet of behoort te weten dat het geenszins denkbeeldig is dat deze in het algemeen dan wel gelet op de specifieke aard van het te verzekeren bedrijf in het voorliggende geval aan de orde zijn of zijn geweest.

Schiet de verzekeraar in de nakoming van deze onderzoekplicht tekort, dan leidt de corrigerende werking van het zogenaamde verschoonbaarheidsvereiste ertoe dat de verzekeraar later geen beroep op verzwijging toekomt, althans indien de verzekeringnemer, respectievelijk de door deze ingeschakelde assurantietussenpersoon, niet heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden. Steun voor deze opvatting biedt ook het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2003 dat overigens niet over het sluiten van een verzekering in

6 Vgl. Asser/Clausing & Wansink 2007, nr. 155 en de aldaar aangehaalde literatuur.

7 VA 1990, p. 275

8 Vgl. ook B. Schueler, AA 1987, p. 18 e.v.: ‘Op de beurs wordt de verzekeringnemer vertegenwoordigd door een makelaar of assurantiebezorger, wiens wetenschap aan de verzekeringnemer kan worden toegerekend. De makelaar zal als deskundige op de hoogte zijn van het belang dat de verzekeraar hecht aan een strafrechtelijk verleden. De verzekeraar mag er van uitgaan dat de makelaar deze kennis tijdens diens overleg met de verzekeringnemer, doorgeeft. Een spontane mededelingsplicht is in deze beursverhoudingen te verdedigen.’

coassurantie als hier in het geding ging, maar waarin wel een verzwijging aan de orde was die de verzekeraar had moeten opvallen:

‘In de onderhavige zaak verkeerde de verzekeraar bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst in dwaling omtrent de vraag of degene die als vlieger zou optreden, al een vliegbrevet had. De Hoge Raad oordeelde dat deze dwaling zowel veroorzaakt was doordat de door de verzekeringnemer ingeschakelde assurantie-tussenpersoon heeft verzuimd de verzekeraar daarover in te lichten als doordat de verzekeraar zelf hiernaar geen navraag heeft gedaan, hoewel het hier ging om voor haar essentiële informatie waarnaar in haar – in dit geval echter niet gebruikte – vragenlijst uitdrukkelijk is geïnformeerd doch waarover door de tussenpersoon geen mededeling was gedaan. In het licht van het vooroverwogene moet worden aangenomen dat in een zodanig geval die dwaling naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de verzekeraar dient te blijven, tenzij de verzekeringnemer, respectievelijk de door deze ingeschakelde assurantietussenpersoon, heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden.’⁹

Rijst allereerst de vraag of de verzekeraar in het voorliggende geval tekort is geschoten in zijn onderzoeksplicht als hierboven bedoeld. In het kader van de beantwoording van die vraag beperk ik mij vooralsnog tot het verzwegen schadeverleden van B, dit in het licht van het gegeven dat voor de mededelingsplicht over een strafrechtelijk verleden een bijzonder regiem geldt, waarover hieronder bij de beantwoording van vraagpunt 4 meer. Een bevestigend antwoord ten aanzien van het schadeverleden lijkt alleszins verdedigbaar en dat roept vervolgens de vraag op of de verzekeraar een beroep op verzwijging alsnog kon veiligstellen met een beroep op het opzet tot misleiden aan de zijde van de verzekeringnemer.

Opzet tot misleiding

Zowel Spier (ov. 2.2) als vervolgens ook het hof beantwoordt de vraag of B geacht moet worden met het opzet tot misleiden te hebben gehandeld, bevestigend. Een oordeel dat steunt verdient. Het hof overweegt daartoe:

‘Door het verzwijgen door B voor Allianz dat verschillende verzekeraars [betrokkene 1] niet (meer) als verzekerde (lees:) wilden, heeft B Allianz opzettelijk misleid. B heeft zich aldus een verzekering verschaft die Allianz niet zou hebben gesloten, indien zij van die feiten op de hoogte was geweest. Het gevolg daarvan is dat het

9 NJ 2004, 634. Zie in die zin ook K.W. Brevet, VA 1990, p. 294 en J.G.C. Kamphuisen, *Opdracht aan de assurantietussenpersoon*, Deventer: Kluwer 1993, p. 30-31 en VA 1990, p. 269 e.v., alsmede HR 18 april 2003, NJ 2004, 634 voor een overigens niet ter beurze gesloten verzekering. Anders Hof Den Haag 17 september 2002, te kennen uit AV&S 2004, p. 176, met een kritische noot van R. Feunekes over een ter beurze gesloten bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering.

beroep van Allianz op nietigheid van de overeenkomst op grond van artikel 251 WvK slaagt.’

Een en ander betekent dat de verzekeraar – gelijk ook voor het oude recht gold – onder die omstandigheden onder het thans geldend wettelijk regiem (art. 7:930 lid 4 BW) niet tot enige uitkering gehouden is. Bovendien kan hij onder die omstandigheden ingevolge artikel 7:929 lid 2 BW ook binnen twee maanden na de ontdekking van de verzwijging de overeenkomst opzeggen.

3.2 Geldt voor de spontane mededelingsplicht als bedoeld onder 1 een bijzonder regiem als het gaat om feiten die een ander dan de verzekeringnemer betreffen?

In de voorliggende casus gaat het om een belastend verleden van een ander dan de verzekeringnemer. Immers niet de bestuurder/groootaandeelhouder (‘betrokkene 1’) die is belast met dat verleden, maar de vennootschap is de verzekeringnemer. Dat roept de vraag op of hetgeen hierboven in algemene zin is gezegd over een spontane mededelingsplicht ook geldt als het gaat om feiten die een ander dan de verzekeringnemer betreffen. Daarbij maak ik een onderscheid tussen enerzijds een strafrechtelijk verleden en anderzijds andere feiten, zoals een (schade)verleden. Ten aanzien van een strafrechtelijk verleden verdient de vraag of een spontane mededelingsplicht passend is zelfstandige aandacht, waarover hieronder onder 4 meer.

Als het gaat om een (schade)verleden, gelijk dat van betrokkene 1 zoals hierboven bij de vaststaande feiten onder f en g weergegeven, is mijns inziens alleszins verdedigbaar dat het hier gaat om feiten tot opgave waarvan de vennootschap als verzekeringnemer gehouden was bij toepassing van zowel het strikte kenbaarheidvereiste als het kenbaarheidvereiste dat voor ‘ter beurze’ gesloten verzekeringen heeft te gelden. Dat vloeit voort uit de hierboven weergegeven reikwijdte van de mededelingsplicht waartoe de invulling van beide varianten van het kenbaarheidvereiste noopt. De verwijzing door Spier naar de arresten van de Hoge Raad van 18 december 1981 en 13 september 1996¹⁰ zet de lezer gemakkelijk op het verkeerde been, ook al geeft hij met zoveel woorden aan dat deze niet rechtstreeks toepasselijk zijn (ov. 4.25). Het gaat hier – anders dan in die arresten – niet om een verzwijging van een strafrechtelijk verleden en evenmin om een verzekering die op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst is gesloten. Alleen in die gevallen geldt ingevolge de (oude) jurisprudentie en de thans in artikel 7:928 lid 5 en 6 uitdrukkelijk neergelegde regels dat de verzekeringnemer eerst is gehouden feiten omtrent een ander dan de verzekeringnemer mede te delen

10 NJ 1982, 570 en NJ 1997, 637 m.nt. MMM.

indien de verzekeraar daarvan uitdrukkelijk mededeling verlangt tenzij de verzekeringnemer met het opzet tot misleiden heeft gehandeld.¹¹

- 3.3 Rechtvaardigen de omstandigheden van het voorliggende geval vereenzelviging van de rechtspersoon met de grootaandeelhouder/bestuurder in de zin van de jurisprudentie van de Hoge Raad bij het sluiten van een verzekering door een rechtspersoon?

De uitkomst van het onder 2 gestelde impliceert tevens dat voor een geslaagd beroep op verzwijging in het voorliggende geval ook het aspect van vereenzelviging van 'betrokkene 1' met de vennootschap geen onmisbaar vereiste vormde. Immers 'vereenzelviging' is met name van belang in de (hierboven onder 2 vermelde) situatie, waarin de verzekeraar uitdrukkelijk met zoveel woorden naar feiten omtrent een ander dan de verzekeringnemer moet vragen, wil ter zake van die feiten een beroep op verzwijging slagen, maar dat niet heeft gedaan. Vereenzelviging zuivert dan als het ware de leemte doordat de ander in feite 'in de verzekeringnemer schuift'. Die situatie doet zich in het voorliggende geval niet voor.

Het oordeel van het hof

In zijn eigen benadering van de zaak gaat het hof wél in op het aspect van vereenzelviging en overweegt ter zake het volgende:

'2.5.2 Tussen partijen staat (...) als enerzijds gesteld en anderzijds onvoldoende gemotiveerd weersproken het volgende vast.

- a. [Betrokkene 1] houdt vanaf 25 maart 1999 40% van de aandelen in B en had daadwerkelijk zeggenschap in deze vennootschap (...);
 - b. de ten processe bedoelde opstallen vormden het enige actief van B;
 - c. op deze opstallen is op 24 mei 1999 (...) ten behoeve van een vordering van ABN AMRO op [betrokkene 1] een hypotheek gevestigd;
- (...)

2.5.3 Uit deze omstandigheden (a tot en met c) kan worden afgeleid dat [betrokkene 1] als groot aandeelhouder van B en als bestuurder zodanige zeggenschap had in B dat hij het enige actief van deze vennootschap voor een privé schuld van hem met een hypothecair recht van ABN AMRO kon belasten.

Er bestond aldus een nauwe verwevenheid tussen [betrokkene 1] en B.

Voorts blijkt uit de onder d genoemde omstandigheid dat [betrokkene 1] bij (het gebruik van) het woonhuis een eigen belang had.

11 Vgl. Asser/Clausing & Wansink 2007, nr. 156 en 163. Art. 7:928 lid 6 BW kent wel een uitzondering indien is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden. Zie daarover elders in deze annotatie meer.

Het hof is van oordeel dat op grond van die omstandigheden voor de toepassing van artikel 251 wvk de wetenschap van [betrokkene 1] moet worden toegerekend aan B.’

Dat nodigt uit hier toch enige aandacht aan die vereenzelviging te besteden. In een tweetal arresten heeft de Hoge Raad zich inmiddels uitgesproken over de aan vereenzelviging te stellen eisen, zij dat hij zich daarbij vooralsnog heeft beperkt tot enige algemene richtlijnen: voor vereenzelviging is onvoldoende het enkele feit dat een bestuurder aandelen in de vennootschap houdt (i.c. 40 van de 1600)¹² en niet snel zal mogen worden aangenomen dat zich de situatie voordoet dat iemand als bestuurder en aandeelhouder een zodanige zeggenschap heeft in de vennootschap die de verzekeringnemer is, dat hij met die vennootschap moet worden vereenzelvigd en dat de verzekeringnemer op die grond had moeten begrijpen dat de vragen mede op feiten betreffende deze persoon (...) betrekking hadden. Daaraan voegt de Hoge Raad nog toe dat de enkele omstandigheid dat iemand zowel bestuurder als aandeelhouder is, voor vereenzelviging niet voldoende is.¹³ In zijn noot onder dit laatste arrest acht Mendel het – mijns inziens met recht – waarschijnlijk dat de Hoge Raad van vereenzelviging zal uitgaan indien het gaat om de *enige* bestuurder van een vennootschap die bovendien meerderheidsaandeelhouder is en in die dubbele hoedanigheid ook werkelijk in staat is beslissende zeggenschap in de vennootschap uit te oefenen.¹⁴

Het oordeel van het hof dat op grond van de concreet voorliggende omstandigheden in het onderhavige geval vereenzelviging gerechtvaardigd is, lijkt mijns inziens alleszins in overeenstemming met bovenbedoelde algemene richtlijnen. Minder gelukkig acht ik hier de woordkeuze van het hof, daar waar het spreekt over het toerekenen van de wetenschap van ‘betrokkene’ aan B. Immers de wetenschap van ‘betrokkene’ wordt door de vereenzelviging wetenschap van de vennootschap als verzekeringnemer zelf omdat – zoals al gezegd – de eerste in feite ‘schuift’ in de vennootschap en daarmee vormen feiten die hem betreffen, dus niet langer feiten die ‘een ander dan de verzekeringnemer betreffen’.

Vereenzelviging en het opzet tot misleiding

Spier wijdt in zijn conclusie bijzondere aandacht aan de betekenis van vereenzelviging in geval sprake is van opzet tot misleiding aan de zijde van de verzekeringnemer. In rov. 4.31.1, die overigens moeilijk leest, wordt de suggestie gewekt dat in de Asser-Clausing & Wansink (nr. 168) de opvatting besloten

12 HR 13 september 1996, NJ 1997, 637 m.nt. MMM onder NJ 1997, 639.

13 HR 20 december 1996, NJ 1997, 638 m.nt. MMM onder NJ 1997, 639.

14 Hij verwijst in dat kader ook naar HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 (*Heuga*), m.nt. Ma. Zie voorts uitvoerig over het aspect van vereenzelviging G.J. Vossestein & J. Feunekes, *WPNR* 6360 (1999), p. 431 e.v.

ligt dat een vennootschap aan een beroep op verzwijging ontsnapt indien zij als verzekeringnemer met het opzet tot misleiding belastende feiten over een bestuurder/(groot)aandeelhouder niet mededeelt tenzij er sprake is van vereenzelviging in bovenbedoelde zin. Die suggestie is onjuist. Ik deel zonder meer zijn opvatting dat die uitkomst ook maatschappelijk moeilijk zou zijn uit te leggen. Sterker nog, zij is onaanvaardbaar. Spier heeft in zoverre wel een punt dat in bedoelde paragraaf kennelijk onvoldoende tot uitdrukking komt wat overigens in de behandeling in het boek van de verzwijgingssystematiek in relatie tot het toepasbare kenbaarheid- en verschoonbaarheidvereiste, zoals hierboven besproken, besloten ligt.

Voor het geval de verzekering met een rechtspersoon als verzekeringnemer op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst wordt gesloten en die vragenlijst bevat geen vragen naar feiten die een ander dan de verzekeringnemer betreffen, dan bepaalt artikel 7:928 lid 6 BW met zo veel woorden dat de verzekeraar zich tegenover de verzekeringnemer toch op het verzwijgen van feiten omtrent derden (bestuurder(s)/aandeelhouders) kan beroepen, indien de verzekeringnemer door deze feiten niet mede te delen met het opzet tot misleiden heeft gehandeld. Anders gezegd: er ontstaat dan geen leemte in de mededelingsplicht voor de verzekeringnemer die alleen door vereenzelviging kan worden gedicht.¹⁵ Terzijde rijst de vraag hoe dat opzet tot misleiden er in die situatie dan 'in de praktijk' uitziet. Te denken valt aan de situatie dat de verzekeringnemer de vragenlijst invult en vervolgens in het volle besef dat daarin een vraag ontbreekt naar feiten die bij invulling er stellig toe zouden leiden dat hij de aangevraagde verzekering niet of niet op dezelfde voorwaarden zou krijgen, de vragenlijst juist daarom zonder enige nadere aanvulling aan de verzekeraar toezendt.

Voor het geval de verzekering niet op grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst wordt gesloten (denk ook aan de verzekering 'ter beurze'), speelt – zoals hiervoor besproken – vereenzelviging in beginsel geen enkele rol voor een geslaagd beroep op verzwijging. De vennootschap zal als verzekeringnemer zodra het gaat om feiten die op zichzelf een beroep op opzet tot misleiden zouden rechtvaardigen, ook reeds op grond van het toepasselijke kenbaarheidvereiste tot mededeling van die feiten gehouden zijn.¹⁶ Iets anders is dat opzet tot misleiden wel in zoverre van belang blijft dat de aanwezigheid daarvan het niet voldoen aan het verschoonbaarheidvereiste door de verzekeraar kan 'zuiveren' in de hierboven onder de beantwoording van vraagpunt 1 gegeven zin.

15 Ook Vossestein & Feunekes 1999, p. 434, wijzen erop dat in dat geval geen beroep op vereenzelviging hoeft te worden gedaan.

16 Zoals hierboven al gememoreerd, zullen de rechtsgevolgen ook niet anders zijn dan bij een beroep op opzet tot misleiden.

- 3.4 Geldt de spontane mededelingsplicht voor de verzekeringnemer ook ten aanzien van feiten omtrent een strafrechtelijk verleden waarvan hij zich ten volle bewust is dat de verzekeraar bij kennis van deze feiten geen verzekering zou sluiten of deze niet onder dezelfde voorwaarden zou sluiten (opzet tot misleiden), dus ondanks het feit dat de verzekeraar daaromtrent niet uitdrukkelijk in niet voor misverstand vatbare termen een vraag heeft gesteld overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:928 lid 5 BW?

Zoals hierboven al aangegeven, is het in het kader van de mededelingsplicht voor de verzekeringnemer goed een onderscheid te maken tussen enerzijds een strafrechtelijk verleden en anderzijds andere feiten, zoals een (schade)verleden. Anders dan bij andere feiten speelt bij een strafrechtelijk verleden de vraag of juist vanwege het gegeven dat dit verleden de persoonlijke levenssfeer diepgaand kan raken en de bekendheid daarvan bij derden de maatschappelijke positie van de aanvrager ernstig kan schaden, hier wel een spontane mededelingsplicht passend is.

In feite bestond onder het oude recht uitsluitend duidelijkheid over het antwoord op deze vraag voor zover het ging om een *aanvullende* spontane mededelingsplicht. In het Gielen-arrest van 18 december 1981 sprak de Hoge Raad uit dat bij het sluiten van een verzekering op basis van een vragenformulier, waarin een op het strafrechtelijk verleden gerichte vraag ontbreekt, van de aanvrager niet kan worden gevergd dat hij spontaan overgaat tot een opgave omtrent dit verleden, tenzij de laatste zijn verleden heeft verzwegen met de bedoeling zich daardoor een verzekering te verschaffen die de verzekeraar anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.¹⁷ Het arrest gaf vervolgens aanleiding tot discussie of en zo ja, in hoeverre het ook betekenis toekwam in die gevallen waarin de verzekering *niet* op basis van een vragenformulier is gesloten en dus – zoals bij verzekering ter beurze – uitsluitend een spontane mededelingsplicht aan de orde is. In die discussie die zich in het licht van het toen nog komende nieuwe recht in titel 7.17 BW ook richtte tot de wetgever, kwam als heersende opvatting naar voren dat een verbreding van de betekenis van het arrest tot ook situaties waarin geen vragenlijst is gehanteerd, betwistbaar was, respectievelijk een miskening zou opleveren van de centrale rol die de vragenlijst juist in de overwegingen van de Hoge Raad speelt. Wel zou in het komende recht van de verzekeringnemer geen ‘zelfvernietigende spontaniteit’ verlangd moeten worden, ook indien bij het sluiten van de verzekering geen vragenlijst gebruikt is.¹⁸ In het verlengde van hetgeen hij als algemeen uitgangspunt bij verzekering ter beurze kiest,

17 NJ 1982, 570 m.nt. BW.

18 Vgl. B. Wachter in zijn noot, Schueler 1987, p. 18 e.v., E. van der Elst-Donker, NJB 1986, p. 1215 en A. Korthals Altes, RM Themis 1987, p. 345 e.v. Anders M.Ph. van Sint Truiden, AA 1987, p. 18.

gaat Schueler echter ook ten aanzien van een strafrechtelijk verleden uit van een spontane mededelingsplicht voor de makelaar.¹⁹ Bovenbedoelde discussie heeft onder het oude recht niet meer geleid tot een verhelderende uitspraak van de Hoge Raad. De lagere rechtspraak kent slechts één expliciete uitspraak waarin met zo veel woorden wordt overwogen dat bij afwezigheid van een aanvraagformulier een onverkorte spontane mededelingsplicht ook ten aanzien van een strafrechtelijk verleden heeft te gelden.²⁰

Aan de hierboven geuite wens om een spontane mededelingsplicht ten aanzien van een strafrechtelijk verleden in de ban te doen, ook indien bij het sluiten van de verzekering geen vragenlijst is gebruikt, is in titel 7.17 BW gehoor gegeven en wel in artikel 7:928 lid 6 BW. In de NvW 2000²¹ zegt de Minister onomwonden:

‘Zonder uitdrukkelijke vraag, al dan niet onderdeel uitmakend van een vragenlijst, zo meen ik, zou de verzekeringnemer ook niet spontaan mededelingen daarover behoeven te doen.’

Daarmee wordt wel de vraag opgeroepen of zulks ook zou moeten gelden indien de verzekeringnemer met het opzet tot misleiden heeft gehandeld. Een vraag die in de parlementaire behandeling van titel 7.17 BW opmerkelijk genoeg nimmer aan de orde is geweest; dit te meer daar in het zesde lid bij het wel gebruiken van een vragenlijst een aanvullende spontane mededelingsplicht wel in de ban wordt gedaan, maar bij wijze van uitzondering met zo veel woorden weer *niet* indien de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet tot misleiden.²²

De vraag rijst of daar waar in de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer een beroep op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer aan de orde is, het belang van de verzekeraar slechts dan zwaarder mag wegen dan dat van de verzekeringnemer indien de eerste zich de moeite getroost een gerichte vraag te stellen, ook indien de verzekering zijn strafrechtelijk verleden heeft verzwegen met het opzet de verzekeraar te misleiden. Brengt het karakter van de verzekeringsovereenkomst – *uberrimae fidei* – niet mee dat de verzekeraar die zowel bij het sluiten van de verzekering als bij de verwezenlijking van het risico in hoge mate afhankelijk is van de door de verzekerde te verschaffen informatie en daardoor kwetsbaar is voor de onbetrouwbaarheid van de (aspirant-)verzekeringnemer, in het verlengde van het bepaalde in het zesde lid van artikel 7:928 BW hier evenzeer bescherming

19 Schueler 1987, p. 21. Zie ook hierboven in noot 9.

20 Rb. Den Haag 13 februari 1985, *S&S* 1986, 36, waarin overigens – mijns inziens ten onrechte – toepassing wordt gegeven aan het ruime kenbaarheidsvereiste.

21 *Kamerstukken II* 1999/00, 19 529, nr. 5, p. 44.

22 De Toelichting Meijers zegt zelfs op dit punt dat ‘uiteraard een uitzondering moet worden opengelaten voor handelen tegen beter weten in, hetgeen de verzekeraar echter zal hebben te bewijzen’.

verdient tegen opzettelijk misleidend gedrag van de laatste, ook als de verzekering zonder gebruik van een vragenlijst wordt gesloten? Vooralsnog ben ik geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden, zeker wanneer de verzekering wordt gesloten in omstandigheden, waarin beide partijen geacht mogen worden met de te volgen acceptatieprocedure – en in dat kader met het ontbreken van een vragenlijst – te hebben ingestemd, zoals bij verzekering ter beurze door tussenkomst van een professionele makelaar. Wel plaats ik daarbij de kanttekening dat aan het bewijs van het opzet tot misleiding – en de bewijslast rust op de verzekeraar – dan wel hoge eisen moeten worden gesteld: de verzekeringnemer moet zich ten volle bewust zijn geweest dat de verzekeraar bij kennis van deze feiten geen verzekering zou sluiten of deze niet onder dezelfde voorwaarden zou sluiten.

4 Afsluiting

Ik keer terug naar de voorliggende zaak. In de inleiding bij dit stuk sprak ik over een gevoel van teleurstelling dat lezing van het arrest bij kenners van het verzekeringsrecht moet hebben opgewekt dat de Hoge Raad de zaak op basis van artikel 81 RO heeft afgedaan en dat daarmee de rechtspraak een oordeel over een aantal intrigerende (principiële) vraagpunten is onthouden. Ik denk daarbij in het bijzonder aan een vraagpunt dat nauw samenhangt met het karakter van de verzekeringsovereenkomst als een overeenkomst *uberrimae fidei* waardoor de verzekeraar zowel bij het sluiten van de verzekering als bij de verwezenlijking van het risico in hoge mate afhankelijk is van de door de verzekerde te verschaffen informatie en daardoor kwetsbaar is voor de onbetrouwbaarheid van de (aspirant-)verzekeringnemer. Brengt dat karakter in het verlengde van het bepaalde in het zesde lid van artikel 7:928 BW niet mee dat de verzekeraar ook als het gaat om een strafrechtelijk verleden waarnaar door de verzekeraar niet is gevraagd, evenzeer bescherming verdient tegen opzettelijk misleidend gedrag van de (aspirant-)verzekeringnemer?

Ik deel het gevoel van teleurstelling, maar tegelijkertijd besef ik dat daarbij de vraag passend is of het anders had gekund. Op basis van mijn – beperkte – kennis van de ‘cassatietechniek’ ben ik geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden. Het hof heeft aan het honoreren van het beroep op verzwijging door de verzekeraar niet het strafrechtelijk, maar het overige (schade)verleden van betrokkene 1 ten grondslag gelegd en – op zichzelf niet verwonderlijk – verzekeringnemer B heeft daar in het cassatiemiddel geen klacht tegen opgenomen. Daarmee bleef het aspect van de spontane mededelingsplicht in relatie tot een strafrechtelijk verleden buiten bereik van een nader oordeel daarover door de Hoge Raad, ook in het kader van ‘een beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling’. Ook de conclusie van de A-G zwijgt erover. Aldus blijft de onzekerheid over het antwoord op de rechtsvraag voortbestaan en rest niets anders dan te wachten hetzij op een

volgende zaak, hetzij op een reactie van de wetgever al dan niet in het kader van een mogelijk eerste evaluatie van de praktische uitwerking van de regeling in titel 7.17 BW.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2008 en 2009 verschenen:

- MI-137 T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen. Over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 986 4
- MI-138 P. Kuypers, *Forunkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 04797 4
- MI-139 A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2008
- MI-140 P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 862 1
- MI-141 S.D. Dikker Hupkes, *What Constitutes Occupation? Israel as the occupying power in the Gaza Strip after the Disengagement*, Leiden: Jongbloed 2008
- MI-142 R.A. Visser, E. van Gemerden, P.A. More & R.C.J. de Roon, *Sturing en samenwerking in handhavingsprojecten*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 0383
- MI-143 B.M. Dijksterhuis, *Rechtens normeren de alimentatiehoogte. Een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de Werkgroep Alimentatienormen (1975-2007)*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 045 1
- MI-144 F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 376 3
- MI-145 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde, *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 8974 020 5
- MI-146 G.K. Schoep, *Straftoematingsrecht en strafvorming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 1306 018 8
- MI-147 A.R. Spanjer, *Structural and regulatory reform of the European natural gas market - Does the current approach secure the public service obligations?* (diss. Leiden), Amsterdam: Ponsen en Looijen bv, ISBN 978 90 6464 300 2
- MI-148 E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 05895 6
- MI-149 G. Suurmond, *Enforcing fire safety in the catering industry. An economic analysis*, Leiden: Leiden University Press 2008, ISBN 978 90 8728 061 1
- MI-150 J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden: NJCM-Boekerij 2008, ISBN 978 90 6750 048 7
- MI-151 A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 05051 6
- MI-152 P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, ISBN 978 90 8974 056 4
- MI-153 W. den Ouden, *De terugvoering van Europese subsidies in Nederland: Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel*, (oratie Leiden), Kluwer: Alphen aan den Rijn 2008, ISBN 978 90 1306 247 2
- MI-154 J. Arnscheidt, *Debating' Nature Conservation: Policy, Law and Practice in Indonesia*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2009, ISBN 978 90 8728 062 8
- MI-155 C. Noichim, *The Asean Space Organization. Legal Aspects and Feasibility*, (diss. Leiden), Leiden: UFB Grafi-Media 2008
- MI-156 N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen*, (diss. Leiden), Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009, ISBN 978 90 8863 034 7
- MI-157 G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2009
- MI-158 J. Huang, *Aviation Safety and ICAO*, (diss. Leiden) 2009 ISBN-13 978 90 4113 115 7
- MI-159 J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers & H. Vording (red.), *Terugkoppeling in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2008, ISBN 978 90 6476 326 7
- MI-160 J.L.M. Gribnau, *Soevereiniteit en legitimiteit: grenzen aan (fiscale) regelgeving*, (oratie Leiden), Sdu Uitgevers 2009, ISBN 978 90 6476 325 0

- MI-161 S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht. De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 06593 0
- MI-162 P. van Schijndel, *Identiteitsdiefstal*, Leiden: Jongbloed 2009
- MI-163 W.B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2009, ISBN 978 90 90 24382 5
- MI-164 J. Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, (oratie Leiden), Leiden 2009.
- MI-165 W.I. Koelewijn, *Privacy en politiegegevens. Over geautomatiseerde normatieve informatie-uitwisseling*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2009, ISBN 9 789087 280703
- MI-166 S.R.M.C. Guèvremont, *Vers un traitement équitable des étrangers extracommunautaires en séjour régulier. Examen des directives sur le regroupement familial et sur les résidents de longue durée*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2009, ISBN 978 90 8570 419 5
- MI-167 A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 07029 3

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek

Eerder verschenen in de BWKJ-reeks:

- BWKJ 1 (1985): BW-NBW: Twee sporen, één weg
- BWKJ 2 (1986): NBW: Vliegen zonder vleugels
- BWKJ 3 (1987): Schadeverhaal
- BWKJ 4 (1988): Oud en nieuw
- BWKJ 5 (1989): Een internationale code
- BWKJ 6 (1990): Rechterlijke macht en Nieuw BW
- BWKJ 7 (1991): Practicum Nieuw BW. Enkele praktische wenken bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek
- BWKJ 8 (1992): Het Nieuw BW in functie. De invloed van het nieuwe vermogensrecht op 10 bijzondere rechtsgebieden
- BWKJ 9 (1993): Beginselen van vermogensrecht
- BWKJ 10 (1994): Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht
- BWKJ 11 (1995): Europees contractenrecht
- BWKJ 12 (1996): Onrechtmatige daad
- BWKJ 13 (1997): Import en export van burgerlijk recht
- BWKJ 14 (1998): Koop!
- BWKJ 15 (1999): Civiele constructies
- BWKJ 16 (2000): Tijd en onzekerheid
- BWKJ 17 (2001): Recht(er) en belang
- BWKJ 18 (2002): Gemeenschap
- BWKJ 19 (2003): Doel en effect van civielrechtelijke sancties
- BWKJ 20 (2004): Termijnen
- BWKJ 21 (2005): Rechtseenheid en vermogensrecht
- BWKJ 22 (2007): Europees contractenrecht. Techniek en moraal
- BWKJ 23 (2007): Samenloop
- BWKJ 24 (2008): De maatman in het burgerlijk recht