



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Roma locuta, causa non finita. Over het zwijgen van de Hoge Raad

Hondius, E.H.

Citation

Hondius, E. H. (2009). Roma locuta, causa non finita. Over het zwijgen van de Hoge Raad. *Bw-Krant Jaarboek*, 25, 17-23. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36725>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36725>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

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 gebrek-kige 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 redacteu-ren – 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 gecompliceerd 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.

