Universiteit Leiden
The Netherlands

# Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht

Teuben, K.

**Citation**
Teuben, K. (2005, January 26). *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht*. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/15476

| | |
|---|---|
| Version: | Not Applicable (or Unknown) |
| License: | Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden |
| Downloaded from: | https://hdl.handle.net/1887/15476 |

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

*Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht*

# Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus Dr. D.D. Breimer,
hoogleraar in de faculteit der Wiskunde en
Natuurwetenschappen en die der Geneeskunde,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 26 januari 2005
klokke 16.15 uur

*door*

Karlijn Teuben

geboren te Eindhoven in 1973

Promotiecommissie:

| | |
|---|---|
| promotor: | prof. mr. H.J. Snijders |
| referent: | prof. mr. M.A. Loth (Erasmus Universiteit Rotterdam) |
| leden: | prof. mr. W.D.H. Asser |
| | prof. mr. A.F.M. Brenninkmeijer |
| | prof. mr. C.P.M. Cleiren |
| | prof. mr. H. Franken |
| | prof. mr. N.J.H. Huls (Erasmus Universiteit Rotterdam) |

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

© 2004 K. Teuben

ISBN 90 1302 144 1

Dit proefschrift verschijnt ook bij Kluwer Deventer in de serie Burgerlijk Proces & Praktijk (ISBN 90 1302 143 3)

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, 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.*

*Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen 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 3060, 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 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

# Inhoudsopgave


| | | |
|---|---|---|
| | LIJST VAN AFKORTINGEN | XIII |
| 1 | INLEIDING | 1 |
| 1.1 | Introductie | 1 |
| 1.2 | Rechterlijke samenwerking | 2 |
| 1.3 | Object van onderzoek: 'rechtersregelingen' | 5 |
| 1.4 | Probleemstelling | 8 |
| 1.5 | Opzet en afbakening | 9 |
| 1.6 | Plan van behandeling | 11 |
| 2 | ENIGE BELANGRIJKE RECHTERSREGELINGEN | 13 |
| 2.1 | Inleiding | 13 |
| 2.2 | Rol- en procesregelingen | 13 |
| 2.3 | Conservatoir beslag | 15 |
| 2.4 | Liquidatietarieven | 16 |
| 2.5 | NVvR-Aanbevelingen inzake buitengerechtelijke kosten (Rapport Voor-werk II) | 17 |
| 2.6 | Alimentatienormen | 19 |
| 2.7 | Aanbevelingen Kring van Kantonrechters (de 'kantonrechtersformule') | 20 |
| 2.8 | Aanbevelingen Recofa inzake de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen | 21 |
| 2.9 | Enige varia | 21 |
| 2.10 | Inventarisatie | 25 |
| 3 | ONAFHANKELIJKHEID RECHTER EN VERHOUDING RECHTER – WETGEVER | 27 |
| 3.1 | Inleiding | 27 |
| 3.2 | De onafhankelijkheid van de rechter | 27 |
| 3.2.1 | Inleiding | 27 |
| 3.2.2 | Verschillende vormen van onafhankelijkheid | 28 |
| 3.2.3 | Ook onafhankelijkheid ten opzichte van andere rechters? | 29 |
| 3.2.4 | Conclusies | 31 |
| 3.3 | Verhouding tussen rechter en wetgever | 32 |
| 3.3.1 | Inleiding | 32 |
| 3.3.2 | Taakverdeling tussen rechter en wetgever | 32 |
| 3.3.2.1 | Uitgangspunt: de Trias Politica | 32 |
| 3.3.2.2 | De rechtsvormende taak van de rechter | 35 |
| 3.3.2.3 | Grenzen aan rechterlijke rechtsvorming | 36 |

| | | |
|---|---|---|
| 3.3.2.4 | Conclusies | 38 |
| 3.3.3 | Rechtsvorming buiten het kader van geschilbeslechting | 39 |
| 3.3.3.1 | Inleiding | 39 |
| 3.3.3.2 | Aanwezigheid van feiten noodzakelijk? | 40 |
| 3.3.3.3 | 'Processuele context' noodzakelijk? | 44 |
| 3.3.3.4 | De essentie van de rechtsprekende functie | 48 |
| 3.4 | Samenvatting en conclusies | 52 |
| 4 | RECHTERSREGELINGEN, BELEIDSREGELS EN HET ROLRICHTLIJNEN-ARREST | 55 |
| 4.1 | Inleiding | 55 |
| 4.2 | Art. 79 RO: een historisch overzicht | 56 |
| 4.2.1 | Inleiding | 56 |
| 4.2.2 | De wetswijziging van 1963 | 56 |
| 4.2.3 | Het Leidraad-arrest: beleidsregels als 'recht' | 57 |
| 4.2.4 | Het rolrichtlijnen-arrest: rolreglementen als 'recht' | 59 |
| 4.3 | Beleidsregels | 62 |
| 4.3.1 | Inleiding | 62 |
| 4.3.2 | Beslissingsruimte van bestuursorganen: beleidsruimte en interpretatieruimte | 64 |
| 4.3.3 | Eisen aan de invulling van beslissingsruimte door het bestuur | 67 |
| 4.3.4 | De bevoegdheid van het bestuur tot beleidsregelgeving | 68 |
| 4.3.5 | Rechtsgevolgen van beleidsregels | 70 |
| 4.4 | Rechtersregelingen | 73 |
| 4.4.1 | Inleiding | 73 |
| 4.4.2 | Beslissingsruimte van de rechter | 74 |
| 4.4.2.1 | Inleiding | 74 |
| 4.4.2.2 | Gevallen van beslissingsruimte | 75 |
| 4.4.2.3 | Onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte | 81 |
| 4.4.2.4 | Grenzen van beleidsruimte | 83 |
| 4.4.2.5 | Gevolgen van onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte | 84 |
| 4.4.3 | Eisen aan invulling rechterlijke beslissingsruimte? | 87 |
| 4.4.3.1 | Uiteenlopende invulling: regionaal (proces)recht | 87 |
| 4.4.3.2 | 'Algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging' als pendant van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur? | 90 |
| 4.4.4 | De bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen | 93 |
| 4.4.4.1 | Inleiding | 93 |
| 4.4.4.2 | Een 'impliciete' bevoegdheid tot vaststelling | 94 |
| 4.4.4.3 | Grenzen aan de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen | 96 |
| 4.4.4.4 | 'Zelfbinding'? | 100 |
| | a) Buitengerechtelijke instellingen zijn niet bevoegd | 101 |
| | b) Invloed van de eis van rechterlijke onafhankelijkheid | 102 |
| 4.4.5 | Binding van de rechter aan rechtersregelingen | 103 |
| 4.4.5.1 | Inleiding | 103 |
| 4.4.5.2 | Relatie tussen binding en kwalificatie als 'recht' | 104 |
| 4.4.5.3 | Geen absolute binding | 105 |
| 4.4.5.4 | Voorafgaande binding | 107 |

| | | |
|---|---|---|
| 4.4.6 | Parallel tussen rechtersregelingen en beleidsregels? | 107 |
| 4.4.6.1 | Inleiding | 107 |
| 4.4.6.2 | Verschillen tussen bestuur en rechter | 108 |
| | a) Verschillend karakter van bestuurlijke en rechterlijke beslissingsruimte | 108 |
| | b) Rechter is niet democratisch gelegitimeerd | 110 |
| | c) Bestuur wordt gecontroleerd door rechter | 111 |
| | d) Tweedimensionale versus driedimensionale verhouding | 112 |
| 4.4.6.3 | Conclusies | 113 |
| 4.5 | Reikwijdte van het rolrichtlijnen-arrest | 114 |
| 4.5.1 | Inleiding | 114 |
| 4.5.2 | De algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging | 115 |
| 4.5.3 | Verschil tussen beleidsruimte en interpretatieruimte | 117 |
| 4.5.3.1 | Inleiding | 117 |
| 4.5.3.2 | Beantwoording van rechtsvragen geschiedt (uiteindelijk) door de hoogste rechter | 117 |
| 4.5.3.3 | Lagere rechter wél gebonden aan wetsinterpreterende rechtersregeling? | 119 |
| 4.5.4 | De taak van de rechter | 120 |
| 4.5.5 | Keuze voor afbakening | 123 |
| 4.6 | Samenvatting en conclusies | 126 |
| 5 | VOORWAARDEN VOOR KWALIFICATIE VAN EEN RECHTERSREGELING ALS 'RECHT' | 129 |
| 5.1 | Inleiding | 129 |
| 5.2 | Vaststelling door het daartoe bevoegde orgaan | 130 |
| 5.2.1 | Algemeen | 130 |
| 5.2.2 | Aan wie komen rechtsprekende bevoegdheden toe? | 131 |
| 5.2.3 | Welk orgaan is bevoegd tot vaststelling van rechtersregelingen? | 134 |
| 5.2.3.1 | Inleiding | 134 |
| 5.2.3.2 | De herziening van de Wet RO | 135 |
| 5.2.3.3 | Biedt de herziene Wet RO de mogelijkheid tot zelfbinding via rechtersregelingen? | 138 |
| | a) Mogelijkheid tot vaststelling van rechtersregelingen | 139 |
| | b) Juridische status van rechtersregelingen onder de herziene Wet RO | 139 |
| | c) Onderwerpen ten aanzien waarvan zelfbinding mogelijk is | 142 |
| 5.2.3.4 | Vaststelling van 'interne' rechtersregelingen | 143 |
| 5.2.3.5 | Vaststelling van 'externe' rechtersregelingen | 147 |
| | a) De Raad voor de rechtspraak | 148 |
| | b) Het College van Afgevaardigden | 149 |
| | c) Overige vertegenwoordigende organen | 150 |
| 5.2.3.6 | Conclusies | 154 |
| 5.3 | Behoorlijke bekendmaking | 155 |
| 5.3.1 | Algemeen | 155 |
| 5.3.2 | 'Voor betrokkenen kenbaar en toegankelijk' | 156 |
| 5.3.3 | 'Met goedvinden dan wel medeweten' | 159 |
| 5.3.4 | Invloed van art. 6 EVRM: een verplichting tot bekendmaking van rechtersregelingen? | 162 |

| | | |
|---|---|---|
| 5.3.4.1 | Inleiding | 162 |
| 5.3.4.2 | 'Right to adversarial proceedings' | 163 |
| 5.3.4.3 | 'Equality of arms' | 165 |
| 5.3.5 | Conclusies | 167 |
| 5.4 | Zich naar inhoud en strekking lenen voor toepassing als rechtsregel | 168 |
| 5.4.1 | Algemeen | 168 |
| 5.4.2 | Invulling van het criterium | 169 |
| 5.4.2.1 | Inleiding | 169 |
| 5.4.2.2 | Algemene regel | 169 |
| 5.4.2.3 | Naar buiten toe werkende regel | 170 |
| 5.4.2.4 | Bindende regel | 171 |
| 5.4.2.5 | Formulering van de regel | 172 |
| 5.4.2.6 | Benaming niet beslissend | 174 |
| 5.4.2.7 | Gedeeltelijk toepasbaar als rechtsregel | 175 |
| 5.4.3 | Conclusies | 176 |
| 5.5 | Samenvatting en conclusies | 177 |
| 6 | GEVOLGEN VAN KWALIFICATIE VAN EEN RECHTERSREGELING ALS 'RECHT' | 179 |
| 6.1 | Inleiding | 179 |
| 6.2 | Bindende werking | 180 |
| 6.2.1 | Inleiding | 180 |
| 6.2.2 | Mogelijkheden tot afwijking van een rechtersregeling | 181 |
| 6.2.2.1 | Inleiding | 181 |
| 6.2.2.2 | Wanneer is sprake van een 'bijzonder geval'? | 181 |
| 6.2.2.3 | Motiveringseisen bij afwijking | 184 |
| 6.2.3 | Personen die aan een rechtersregeling gebonden zijn | 186 |
| 6.2.3.1 | Inleiding | 186 |
| 6.2.3.2 | Binding van rechters die een rechtersregeling (mede) hebben vastgesteld | 186 |
| 6.2.3.3 | Binding van andere rechters | 188 |
| | a) Directe binding | 189 |
| | b) Indirecte binding | 189 |
| 6.2.3.4 | Binding van partijen | 193 |
| 6.2.3.5 | Conclusies | 196 |
| 6.2.4 | Strijd met rechterlijke onpartijdigheid (art. 6 EVRM)? | 197 |
| 6.3 | Controle in cassatie op uitleg en toepassing van rechtersregelingen | 201 |
| 6.3.1 | Inleiding | 201 |
| 6.3.2 | De cassatiegronden van art. 79 RO | 203 |
| 6.3.2.1 | Inleiding | 203 |
| 6.3.2.2 | Verzuim van vormen | 203 |
| 6.3.2.3 | Schending van het recht | 203 |
| 6.3.3 | Inhoudelijke toetsing van een rechtersregeling | 205 |
| 6.3.4 | Schending van het recht bij toepassing van een rechtersregeling | 209 |
| 6.3.4.1 | Inleiding | 209 |
| 6.3.4.2 | Onjuiste uitleg rechtersregeling | 209 |
| 6.3.4.3 | Onjuiste toepassing rechtersregeling | 211 |

| | | |
|---|---|---|
| 6.3.5 | Schending van het motiveringsvereiste bij toepassing van een rechtersregeling | 213 |
| 6.3.6 | Enige complicaties | 215 |
| 6.3.6.1 | Inleiding | 215 |
| 6.3.6.2 | Geen rechtsmiddelen mogelijk tegen beslissing van de lagere rechter | 216 |
| 6.3.6.3 | Doorbreking van rechtsmiddelenverboden op grond van onjuiste toepassing van een rechtersregeling? | 219 |
| 6.3.6.4 | Positie van de appèlrechter | 220 |
| 6.4 | Ook recht in de zin van art. 25 Rv? | 222 |
| 6.4.1 | Inleiding | 222 |
| 6.4.2 | Art. 25 Rv: ambtshalve aanvullen van rechtsgronden | 223 |
| 6.4.3 | Ambtshalve toepassing van rechtersregelingen | 224 |
| 6.4.3.1 | Inleiding | 224 |
| 6.4.3.2 | Ambtshalve toepassing door rechtstreeks aan een rechtersregeling gebonden rechters | 225 |
| 6.4.3.3 | Ambtshalve toepassing door andere rechters | 225 |
| 6.4.4 | Conclusies | 229 |
| 6.4.5 | Samenvatting en conclusies | 229 |
| 7 | PRECEDENTWERKING VAN RECHTERLIJKE UITSPRAKEN | 231 |
| 7.1 | Inleiding | 231 |
| 7.2 | Precedenten, precedentwerking en precedentbinding | 233 |
| 7.3 | Algemene achtergronden | 235 |
| 7.4 | Het Engelse precedentenstelsel | 239 |
| 7.4.1 | Inleiding | 239 |
| 7.4.2 | Het ontstaan van een stelsel van 'binding precedents' | 240 |
| 7.4.3 | Wie is aan wiens precedenten gebonden? | 241 |
| 7.4.3.1 | Inleiding | 241 |
| 7.4.3.2 | Rechterlijke organisatie | 242 |
| 7.4.3.3 | Verticale binding | 242 |
| 7.4.3.4 | Horizontale binding | 243 |
| 7.4.3.5 | Binding aan eigen precedenten | 244 |
| | a) Court of Appeal | 244 |
| | b) House of Lords | 245 |
| 7.4.4 | Afwijking van precedenten: 'overruling' en 'distinguishing' | 246 |
| 7.4.4.1 | Inleiding | 246 |
| 7.4.4.2 | Overruling | 247 |
| 7.4.4.3 | Distinguishing | 249 |
| 7.4.5 | Welke onderdelen van een rechterlijke uitspraak hebben precedentwaarde? | 250 |
| 7.4.5.1 | Inleiding | 250 |
| 7.4.5.2 | Alleen een 'proposition of law' kan als precedent gelden | 251 |
| 7.4.5.3 | De ratio decidendi van een uitspraak | 252 |
| 7.4.5.4 | De ratio van het onderscheid tussen ratio decidendi en obiter dictum | 255 |
| 7.4.6 | 'Persuasive precedents' en 'persuasive authorities' | 256 |
| 7.4.7 | Afsluitende opmerkingen | 257 |

| | | |
|---|---|---|
| 7.5 | De betekenis van precedenten in het Nederlandse recht | 259 |
| 7.5.1 | Inleiding | 259 |
| 7.5.2 | Een 'de iure' binding aan precedenten? | 260 |
| 7.5.2.1 | Literatuur | 260 |
| 7.5.2.2 | Rechtspraak | 265 |
| 7.5.2.3 | Functies van de rechtspraak | 268 |
| 7.5.2.4 | De algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging | 271 |
| 7.5.2.5 | Wettelijk kader | 274 |
| | a) Artikel 12 AB | 274 |
| | b) Gezag van gewijsde | 276 |
| 7.5.2.6 | Conclusies | 278 |
| 7.5.3 | Wie is aan wiens uitspraken gebonden? | 280 |
| 7.5.4 | Afwijking van precedenten | 282 |
| 7.5.5 | Wat bindt? | 286 |
| 7.6 | Samenvatting en conclusies | 291 |
| 8 | PRECEDENTWERKING VAN RECHTERSREGELINGEN | 295 |
| 8.1 | Inleiding | 295 |
| 8.2 | Kan een rechtersregeling als 'precedentnorm' gelden? | 296 |
| 8.2.1 | Inleiding | 296 |
| 8.2.2 | Relatie tot de feiten van een concreet geval noodzakelijk? | 297 |
| 8.2.3 | Onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte ook hier van belang | 298 |
| 8.2.4 | Conclusies | 302 |
| 8.3 | Verticale precedentwerking van rechtersregelingen | 303 |
| 8.3.1 | Inleiding | 303 |
| 8.3.2 | Samenhang met wijze van toetsing door hogere rechter | 303 |
| 8.3.3 | Verhouding Hoge Raad – lagere rechters | 306 |
| 8.3.4 | Verhouding appèlrechter – rechter in eerste aanleg | 308 |
| 8.3.5 | Mogelijkheden tot afwijking | 309 |
| 8.3.5.1 | Inleiding | 309 |
| 8.3.5.2 | Wanneer afwijken? | 309 |
| 8.3.5.3 | Wie mag afwijken? | 311 |
| 8.3.5.4 | Motiveringseisen bij afwijking | 312 |
| 8.3.6 | Conclusies | 314 |
| 8.4 | Horizontale precedentwerking van rechtersregelingen | 314 |
| 8.4.1 | Inleiding | 314 |
| 8.4.2 | Precedentwerking van 'vaste rechtspraak' | 316 |
| 8.4.2.1 | Algemeen | 316 |
| 8.4.2.2 | Te baseren op de 'algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging' | 318 |
| 8.4.2.3 | Niet beperkt tot rechtsoordelen maar ook bij 'vaste gedragslijnen' toepasbaar | 322 |
| 8.4.3 | Mogelijkheden tot afwijking | 324 |
| 8.4.4 | Conclusies | 325 |
| 8.5 | Toepassing in de praktijk | 327 |
| 8.5.1 | Inleiding | 327 |
| 8.5.2 | Ambtshalve toepassing door de rechter? | 327 |

| | | |
|---|---|---|
| 8.5.3 | Hoger beroep en cassatie | 330 |
| 8.5.4 | Praktische belemmeringen | 333 |
| 8.5.5 | Conclusies | 335 |
| 8.6 | Samenvatting en conclusies | 336 |
| 9 | AFSLUITENDE OPMERKINGEN | 339 |
| 9.1 | Inleiding | 339 |
| 9.2 | De rechtersregeling als rechtsregel | 340 |
| 9.3 | Mogelijkheden en onmogelijkheden | 342 |
| 9.4 | Enige aanbevelingen | 344 |
| | SAMENVATTING | 349 |
| | SUMMARY | 357 |
| | AANGEHAALDE LITERATUUR | 363 |
| | RECHTSPRAAKREGISTER | 383 |
| | TREFWOORDENREGISTER | 389 |
| | CURRICULUM VITAE | 395 |

# Lijst van afkortingen

| | |
|---|---|
| *AA* | *Ars Aequi* |
| aant. | aantekening(en) |
| *AB* | *Administratiefrechtelijke Beslissingen* |
| *Adv.bl.* | *Advocatenblad* |
| A-G | Advocaat-Generaal |
| *All ER* | *All England law reports* |
| art. | artikel(en) |
| Awb | Algemene wet bestuursrecht |
| *Bb* | *Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische berichten* |
| *BNB* | *Beslissingen in belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak* |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| CRvB | Centrale Raad van Beroep |
| diss. | dissertatie |
| EHRM | Europees Hof voor de rechten van de mens |
| EU | Europese Unie |
| EVRM | Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden |
| *FJR* | *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* |
| Fw | Faillissementswet |
| *Ger.deurw.* | *De Gerechtsdeurwaarder* |
| Gr.w. | Grondwet |
| Hof | gerechtshof |
| HR | Hoge Raad der Nederlanden |
| HvJ EG | Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen |
| IVBPR | Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten |
| *JAR* | *Jurisprudentie Arbeidsrecht* |
| *JB* | *Jurisprudentie Bestuursrecht* |
| *JBPr* | *Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht* |
| jo. | juncto |
| *JV* | *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* |
| *KG* | *Kort Geding* |
| Ktr. | kantonrechter |
| LJN | Landelijk Jurisprudentienummer (www.rechtspraak.nl) |
| losbl. | losbladige uitgave |
| LRr | Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken |
| LRk | Landelijk reglement voor de civiele rol van de kantonsectoren |
| m.nt. | met noot van |
| *NbBW* | *Nieuwsbrief BW* |
| *NJ* | *Nederlandse Jurisprudentie* |

| | |
|---|---|
| *NJB* | *Nederlands Juristenblad* |
| *NJF* | *Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak* |
| *NJkort* | *Nederlandse Jurisprudentie Kort* |
| NOvA | Nederlandse Orde van Advocaten |
| nr. | nummer |
| *NTB* | *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* |
| *NTBR* | *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* |
| NVvR | Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak |
| p. | pagina |
| P-G | Procureur-Generaal |
| *Prg.* | *De Praktijkgids* |
| Rb. | rechtbank |
| red. | redactie |
| *Reports* | *European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions* |
| *RM Themis* | *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* |
| r.o. | rechtsoverweging |
| RO | Wet op de rechterlijke organisatie |
| Rv | Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering |
| *RvdW* | *Rechtspraak van de Week* |
| *SMA* | *Sociaal Maandblad Arbeid* |
| *SR* | *Sociaal Recht* |
| *Stb.* | *Staatsblad* |
| *Stcrt.* | *Staatscourant* |
| *TAR* | *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* |
| *TCR* | *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* |
| *TPR* | *Tijdschrift voor Privaatrecht* |
| *Trema* | *Tijdschrift voor de rechterlijke macht* |
| *TvA* | *Tijdschrift voor Arbitrage* |
| *TVP* | *Tijdschrift voor vergoeding personenschade* |
| vgl. | vergelijk |
| Wet AB | Wet algemene bepalingen |
| *WLR* | *Weekly Law Reports* |
| Wrra | Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren |
| *WPNR* | *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* |
| WSNP | Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen |

# 1 Inleiding

## 1.1 INTRODUCTIE

De taak van de rechter wordt wel gekarakteriseerd als het beslissen in concrete gevallen. Concrete gevallen staan echter meestal niet op zichzelf. Er zijn immers altijd wel soortgelijke, vergelijkbare gevallen. De rechter doet dan pas werkelijk recht wanneer zijn beslissing in het individuele geval logisch aansluit bij de beslissingen in vergelijkbare gevallen. Deze eis kan gezien worden als een uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel, dat onder andere is neergelegd in art. 1 van onze Grondwet. Gesproken wordt ook wel van de eis van rechtseenheid,[1] waaronder in deze context met name eenheid van rechtspraak moet worden verstaan.[2]

Eenheid van rechtspraak ontstaat doorgaans niet 'vanzelf'. Hoe meer verschillende rechters een oordeel over dezelfde vragen moeten geven, hoe groter immers de kans is dat zij tot uiteenlopende of zelfs tegenstrijdige antwoorden komen. Hiermee is de noodzaak van *coördinatie van rechtspraak* gegeven. Met deze term wordt gedoeld op alle rechterlijke activiteiten die erop gericht zijn, uitspraken van rechters zoveel mogelijk met elkaar in overeenstemming te doen zijn.[3]

In de organisatie van de rechtspraak zelf is al een aantal 'voorzieningen' ingebouwd om deze coördinatie te bevorderen. Te denken valt bijvoorbeeld aan het stelsel van rechtsmiddelen: wie meent dat de beslissing van een rechter onjuist is, kan hiertegen in de meeste gevallen hoger beroep, en vervolgens beroep in cassatie instellen.[4] Uiteindelijk is het de hoogste rechter – in burgerlijke en strafzaken doorgaans de Hoge Raad[5] – die, met name over de beantwoording van rechtsvragen, het laatste woord heeft. Een ander voorbeeld vormt het beslissen in een meervoudige kamer: rechters moeten daarbij uiteindelijk komen tot afstemming in de vorm van een gemeenschappelijk oordeel over de voorgelegde zaak. Ook op meer informele wijze kan coördinatie van

---

1 Bijv. Brenninkmeijer 2001b, p. 57 e.v.
2 Vgl. hierover Bloembergen 1990, p. 3-8.
3 Zie hierover Bloembergen 1989, p. 3-12, alsmede Köhne 2000.
4 Dit wordt zelfs wel gezien als een van de hoofdbeginselen van (Nederlands) burgerlijk procesrecht; zie o.a. Van Boneval Faure 1893, p. 117; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 52.
5 Uiteraard met uitzondering van die gevallen waarin een supranationale rechter, zoals bijv. het HvJ EG of het EHRM, de hoogste rechter is.

rechtspraak plaatsvinden, bijvoorbeeld wanneer de rechter die in een zaak een bepaalde vraag voorgelegd krijgt, bij zijn collega's navraag doet of zij ooit soortgelijke zaken bij de hand hebben gehad en wat zij daarin toen beslist hebben, of een databank met jurisprudentie raadpleegt. Van de burgerlijke kamer van de Hoge Raad is bekend dat principiële zaken niet slechts door de rechters die 'op de zaak zitten', maar door de voltallige kamer worden besproken[6] en dat ook tussen de verschillende kamers van de Hoge Raad, naar aanleiding van de beslissing in specifieke zaken, regelmatig overleg plaatsvindt over de beantwoording van bepaalde rechtsvragen.[7]

## 1.2 Rechterlijke samenwerking

De zojuist genoemde methoden tot coördinatie van rechtspraak zijn belangrijk, maar voldoen niet in alle gevallen. De meeste mogelijkheden zijn immers informeel en vrijwillig, en daarmee uiteindelijk vrijblijvend. Via het instellen van een rechtsmiddel is coördinatie wél afdwingbaar: een 'afwijkende' uitspraak kan in appèl of cassatie immers vernietigd worden. Het stelsel van rechtsmiddelen kent echter de nodige beperkingen. Zo heeft de wetgever in sommige gevallen rechtsmiddelen geheel uitgesloten (vgl. bijvoorbeeld het appèl- en cassatieverbod van art. 7:685 lid 11 BW voor beslissingen van de kantonrechter inzake ontbinding van een arbeidsovereenkomst). De Hoge Raad spreekt zich in beginsel slechts uit over rechtsvragen en beschouwt tal van (interpretatie)kwesties als 'feitelijk'. Waar bovendien de wetgever veelal volstaat met het geven van vage of open normen, waarbij de nadere invulling aan de rechtspraak wordt overgelaten, is het niet verwonderlijk dat de (lagere) rechtspraak soms structureel uiteenloopt ten aanzien van bepaalde onderwerpen. De klassieke voorbeelden hiervan zijn bekend: de vaststelling van een 'billijke vergoeding' (art. 7:685 lid 8 BW) bij de ontbinding van een arbeidsovereenkomst, de toekenning van smartengeld, en – buiten het terrein van het burgerlijk recht – de strafmaat, met name bij veel voorkomende delicten. Het probleem is echter niet beperkt tot deze onderwerpen.

Wanneer uitspraken van rechters in vergelijkbare zaken sterk uiteenlopen, leidt zulks vaak tot scherpe kritiek, zowel in de juridische literatuur als daarbuiten. Ook door rechters wordt dit uiteraard onderkend. In de praktijk zijn daarom allerlei overlegstructuren ontstaan, die tegenwoordig wel worden

6 Zie hierover Bloembergen 1989, p. 11; Martens 1997, p. 21; en – in kritische zin – Jessurun d'Oliveira 1999b, p. 379.

7 Waarover Bloembergen 1989, p. 8; Martens 1997, p. 21-22. Een bekend voorbeeld is de vraag of beleidsregels van bestuursorganen te beschouwen zijn als 'recht' in de zin van art. 99 (oud) RO. In identiek geformuleerde arresten is deze vraag door alle kamers van de Hoge Raad bevestigend beantwoord (zie HR 28 maart 1990 (belastingkamer), *NJ* 1990, 118, m.nt. MS; HR 19 juni 1990 (strafkamer), *NJ* 1990, 119, m.nt. ThWvV en MS; en HR 29 juni 1990 (burgerlijke kamer), *NJ* 1990, 120).

aangeduid met het verzamelbegrip rechterlijke samenwerking.[8] Het gaat hierbij om diverse vormen van (min of meer) geïnstitutionaliseerd overleg tussen rechters, welk overleg erop is gericht de wijze waarop in toekomstige gevallen gehandeld of beslist zal worden, af te stemmen. Hiermee wordt beoogd uiteenlopende uitspraken te voorkomen en aldus de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid voor justitiabelen te verbeteren.

Anders dan de in § 1.1 genoemde vormen van coördinatie van rechtspraak, vindt het hier bedoelde overleg doorgaans plaats *los* van de beslissing in een concrete zaak. Met dit laatste bedoel ik dat het gaat om samenwerking die een algemeen karakter heeft en niet slechts incidenteel – met het oog op één specifieke beslissing – plaatsvindt. Uiteraard is het wel mogelijk dat een of meer concrete gevallen (mede) de aanleiding vormen voor overleg, maar dit overleg heeft in het algemeen niet tot doel, in deze concrete zaken te beslissen.[9]

Uit het empirisch onderzoek dat tot nog toe is verricht naar rechterlijke samenwerking kan worden afgeleid dat dit verschijnsel in de praktijk tot grote bloei is gekomen.[10] Op alle niveaus van rechtspraak, van hoog tot laag, vindt met de nodige regelmaat overleg tussen rechters plaats. Het kan hierbij zowel gaan om overleg binnen een gerecht (hetgeen ook wel wordt aangeduid als 'intern overleg'), als om overleg tussen meerdere gerechten (extern overleg). Deze laatste vorm van overleg kan plaatsvinden tussen gerechten van gelijke rang (men spreekt in dat geval wel van horizontaal overleg), maar ook tussen 'hogere' en 'lagere' gerechten (verticaal overleg), en zelfs tussen de (hoogste) rechters van verschillende rechtsgebieden. Zo kennen de gerechten tegenwoordig wettelijk geregelde overlegorganen als de sectorvergaderingen en de gerechtsvergadering (art. 20 lid 3 en art. 22 RO), waarbinnen (onder meer) besluitvorming kan plaatsvinden over de 'juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing'.[11] Op het niveau van zowel de rechtbanken als de gerechtshoven functioneren vergaderingen van presidenten en sectorvoorzitters. Tussen

8 Hoewel reeds tenminste sinds het begin van de jaren '80 van de vorige eeuw sprake is van de hier bedoelde samenwerking tussen rechters, is er toch pas het laatste decennium meer aandacht voor dit verschijnsel. Zie met name de bijdragen in *NJB Speciaal*, december 1989; Ingelse e.a. 1997; Cleiren & Schoep 2001. Zie voorts Terlouw 2003; Köhne 2000, Jessurun d'Oliveira 1999b; De Waard 1998; Van der Meulen 1997.

9 Een uitzondering hierop vormt het vreemdelingenrecht: hier werd door rechters in de zgn. 'Rechtseenheidskamer' ook samengewerkt in concrete zaken (waarover uitgebreid Terlouw 2003, p. 105-163).

10 Ter gelegenheid van een studieweekend van de gerechtshoven in 1997 over 'De mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking' werd door P. Ingelse e.a. een enquête onder (de presidenten/voorzitters van) de Nederlandse gerechten gehouden. De resultaten van deze – ongepubliceerde – enquête bevestigen in grote lijnen het beeld dat m.b.t. de samenwerking op het gebied van het bestuurs(proces)recht reeds was geschetst door Ten Berge e.a. 1996. Zie voorts Huls & Schellekens 2001a over rechterlijke samenwerking m.b.t. de toepassing van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) en Terlouw 2003 over samenwerking in het vreemdelingenrecht.

11 Zie hierover uitgebreider § 5.2.3.4.

de hoogste bestuursrechters en de belastingkamer van de Hoge Raad vindt enkele malen per jaar overleg plaats.[12] Deze opsomming is uiteraard niet uitputtend.

Ook buiten het kader van de gerechten kan rechterlijke samenwerking plaatsvinden. Rechters ontmoeten elkaar in organisaties als de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) en de Kring van Kantonrechters. De NVvR, de beroepsvereniging voor rechters en officieren van justitie, is in de eerste plaats een 'vakorganisatie' voor rechters. Binnen de NVvR functioneren daarnaast op diverse rechtsgebieden werkgroepen die zich bezighouden met het opstellen van 'aanbevelingen' voor de rechterlijke instellingen. De Kring van Kantonrechters is evenals haar koepelvereniging de NVvR een privaatrechtelijke vereniging, waarvan vrijwel alle kantonrechters lid zijn.[13] In dit verband wordt regelmatig overlegd over de inhoudelijke kanten van de kantonrechtspraak.

Zoals zojuist al werd opgemerkt, is rechterlijke samenwerking erop gericht de wijze waarop in toekomstige gevallen gehandeld of beslist zal worden, af te stemmen. Soms gaat het bij deze afstemming slechts om een min of meer vrijblijvende gedachtenwisseling met collega's. In een niet onaanzienlijk aantal gevallen leidt overleg tussen rechters evenwel tot de totstandkoming van *algemene afspraken of regelingen*, waarvan het – voorzichtig geformuleerd – de bedoeling is dat deze in de toekomst door de betrokken rechters gehanteerd zullen worden. Ik noem hiervan enkele voorbeelden. Op het terrein van het procesrecht zijn de laatste jaren verschillende landelijke procesreglementen tot stand gebracht, zoals bijvoorbeeld het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken, het Landelijk reglement voor de civiele rol van de kantongerechten en de landelijke procesreglementen van de rechtbanken voor de scheidingsprocedure en de alimentatieprocedure.[14] Daarnaast publiceren diverse gerechten via de website van de rechterlijke macht, www.rechtspraak.nl, eigen (aanvullende) 'richtlijnen', 'beleidsbesluiten' en dergelijke met betrekking tot de wijze van procederen.[15] De NVvR heeft onder meer het rapport 'Alimentatienormen' inzake de berekening van alimentaties[16] en het rapport 'Voor-werk II' inzake de vergoeding van buitengerechtelijke kosten[17] het licht doen zien. De Kring van Kantonrechters heeft een aantal aanbevelingen geformuleerd voor de ontbindingsprocedure van art. 7:685 BW, waarvan de zogeheten 'kantonrechtersformule' (waarmee de hoogte van een toe te kennen ontbindingsvergoeding kan worden berekend) de bekendste vormt.[18] Steeds

12 Zie hierover Ten Berge e.a. 1996, p. 358-359.
13 Zie hierover Van Dijke 2001, p. 163.
14 Zie hierover § 2.2.
15 Zie voor enige voorbeelden § 2.9.
16 Zie hierover § 2.6.
17 Zie hierover § 2.5.
18 Zie hierover § 2.7.

gaat het hierbij om onderwerpen die in de praktijk veelvuldig aan de orde zijn en ten aanzien waarvan de wetgever aan de rechter een zekere (en soms aanzienlijke) beslissingsruimte heeft overgelaten.[19]

## 1.3 OBJECT VAN ONDERZOEK: 'RECHTERSREGELINGEN'

Dit boek gaat, kort gezegd, over de resultaten van rechterlijke samenwerking die zijn neergelegd in algemene regelingen en afspraken, en met name over de vraag in hoeverre rechters aan dit soort regels gebonden (dienen te) zijn. Deze vraagstelling zal in de volgende paragraaf nader worden uitgewerkt en toegelicht; voorafgaand daaraan echter eerst iets over de te gebruiken terminologie.

Zoals uit de in de vorige paragraaf gegeven voorbeelden al blijkt, kunnen regelingen die door rechters zijn vastgesteld in de praktijk onder uiteenlopende benamingen worden aangetroffen: aanbevelingen, richtlijnen, (alimentatie)normen, (rol)reglementen, en wat dies meer zij. Doorgaans is onduidelijk in hoeverre hiermee enig verschil in 'rechtsgevolg' wordt beoogd, laat staan wordt bereikt. Wat is immers – in juridisch opzicht – het verschil tussen een 'aanbeveling', een 'richtlijn', dan wel een 'reglement'? Het gaat bij dit soort termen (althans vooralsnog) geenszins om 'juridische' kwalificaties, waaraan het recht bepaalde rechtsgevolgen verbindt – anders dan bijvoorbeeld bij de beleidsregel in het bestuursrecht of de richtlijn in het EG-recht het geval is.

Hierbij komt dat de benaming van een zodanige regeling, noch de bedoeling van de makers daarvan, op zichzelf beslissend kunnen zijn voor de vraag of *rechtens* binding daaraan moet worden aangenomen. Dát wordt uiteindelijk door het recht zelf bepaald.[20] Om verwarring op dit punt te voorkomen is het dus noodzakelijk in dit onderzoek één – neutraal – verzamelbegrip te hanteren, dat al deze rechterlijke regelingen omvat, maar dat niet reeds op voorhand een bepaalde vorm van binding suggereert. Dit laatste is nu juist de vraag die in het navolgende aan de orde zal komen.

Welke benaming verdient in dit verband dan de voorkeur? In de literatuur is tot dusver geen sprake van een eenduidige terminologie. Als verzamelnaam worden onder meer de termen 'rechterlijk beleid',[21] dan wel 'rechterlijke beleidsregels'[22] gehanteerd. Verder is de aanduiding 'rechterlijke afspraken' in zekere mate gangbaar,[23] waarbij soms nog nader onderscheid wordt ge-

19 Vgl. Martens 1997, p. 10.
20 Vgl. Bröring 1993, p. 185.
21 Zie bijv. Van der Meulen 1997, p. 293; Neerhof 1995, p. 227-228.
22 Zie bijv. Koenraad & Van der Meulen 2001, p. 369; Brenninkmeijer 2001b, p. 67-68.
23 Deze wordt onder meer gebruikt door Köhne 2000, hfst. 7.

maakt tussen 'regelgevende' en 'richtinggevende' afspraken.[24] Al deze termen bieden echter een onvoldoende scherpe omschrijving voor de hier bedoelde categorie regels, en zijn daarmee mijns inziens minder goed bruikbaar.

De term 'rechterlijk beleid' is te ruim, aangezien deze term ook beleid in de zin van (vaste) jurisprudentie kan omvatten.[25] Het begrip 'rechterlijke beleidsregels' wekt mijns inziens een te sterke associatie met bestuurlijke beleidsregels. Ondanks het feit dat inderdaad belangrijke parallellen kunnen worden onderkend tussen rechterlijke en bestuurlijke regelvorming,[26] kan aan de hier te onderzoeken regels in elk geval niet op voorhand en in alle gevallen een soortgelijke werking worden toegekend als aan bestuurlijke beleidsregels.

De aanduiding 'rechterlijke afspraken' komt mij minder juist voor nu het bij de hier bedoelde regels zeker niet steeds gaat om echte afspraken tussen rechters onderling. Diverse regelingen zijn bijvoorbeeld afkomstig van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) en zijn opgesteld door werkgroepen van rechters. Uiteraard is het de bedoeling van de opstellers dat de rechterlijke macht deze regelingen overneemt. Van (voorafgaande) instemming van alle betrokkenen is hierbij echter geen sprake, zodat bezwaarlijk gesproken kan worden van 'afspraken'.

Het feit dat de te onderzoeken regelingen lang niet altijd op afspraken berusten, impliceert reeds dat ook een onderscheid tussen 'regelgevende' en 'richtinggevende afspraken', zoals naar voren gebracht door Martens,[27] mijns inziens niet zinvol is. Daar komt bij dat dit onderscheid ook in een ander opzicht niet geheel verhelderend werkt. Een rechterlijke afspraak (preciezer geformuleerd: een door rechters vastgestelde regeling) kan immers op meerdere manieren het karakter van een 'regel' hebben:

a) vanwege de *bedoeling* van de rechters die de afspraak gemaakt hebben. Beoogd kan bijvoorbeeld zijn een vergelijkbare binding tot stand te brengen als een 'echte' rechtsregel heeft.
b) vanwege de *vormgeving* of *formulering* ervan. Hierbij kunnen bijvoorbeeld de algemene strekking van een afspraak, of de mate waarin deze is uitgewerkt en er uitziet als een (wettelijke) regeling een rol spelen.
c) vanwege de *juridische* status van de afspraak (is deze rechtens bindend of niet?).

Hoewel deze aspecten wel onderling met elkaar (kunnen) samenhangen, dienen zij toch scherp onderscheiden te worden. Zoals ik al eerder opmerkte, is de

24 Zie Martens 1997, p. 15; zie ook Martens & Ten Kate 2000, p. 1623. Regelgevende afspraken strekken volgens Martens tot het tot stand brengen van 'regels'; richtinggevende afspraken zijn niet bindend voor betrokkenen. Zie over de bruikbaarheid van dit onderscheid ook hierna.

25 Zie bijv. Neerhof 1996.

26 Zie daarover hoofdstuk 4, in het bijzonder § 4.3 tot en met § 4.6.

27 Martens 1997, p. 15.

bedoeling van de personen die een regeling hebben vastgesteld, op zichzelf nog niet beslissend voor de vraag of deze tot rechtsgevolgen (met name: binding) leidt. Hetzelfde geldt voor de formulering en benaming van een regeling. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat een afspraak die door de betrokkenen slechts als 'richtinggevend' bedoeld is, hen – hetzij van de aanvang af, hetzij na verloop van tijd – rechtens toch bindt.[28] De begrippen 'regelgevende' en 'richtinggevende' afspraken dragen het gevaar van verwarring hieromtrent in zich, en zijn daarmee minder geschikt om te gebruiken in een onderzoek waarin juist de vraag naar de juridische binding aan dit soort regels centraal staat.

In heb er daarom voor gekozen in dit boek de term *rechtersregeling*[29] te gebruiken ter aanduiding van het object van onderzoek. Onder een rechtersregeling versta ik een

- op schrift gestelde algemene regel (dan wel een complex van zulke regels);
- die is vastgesteld door een of meer rechters, anders dan in de vorm van een beslissing in een concrete zaak; en
- die betrekking heeft op de invulling van een bepaalde vorm van beslissingsruimte die de rechter heeft ten aanzien van de behandeling of beslissing van zaken.

De term 'rechtersregeling' is slechts beschrijvend van aard, en is derhalve niet bedoeld als een kwalificatie waaraan rechtsgevolgen verbonden zijn, of zouden moeten zijn. Het enkele 'etiket' rechtersregeling impliceert dus nog geenszins dat de regeling (bijvoorbeeld) bindend is voor de rechter. De term dient vooral als eenduidig verzamelbegrip voor de te onderzoeken regels. Dit is te meer van belang nu de in de praktijk gebruikte benamingen, als gezegd, in veel gevallen rechtsgevolgen lijken te impliceren waarvan het nog maar de vraag is of deze eigenlijk wel aanwezig zijn. De term rechtersregeling is bovendien zodanig gedefinieerd, dat deze het gehele onderzoeksterrein, en ook niet meer dan dat, omvat. Met name de regels die door rechters in hun uitspraken kunnen worden neergelegd ('rechtspraakrecht'), vallen daarbuiten.

---

28 Zie nader § 1.4.

29 De term is ontleend aan Snijders 2001, p. 16-17, die echter spreekt van 'collectieve rechtersregeling' (zie in gelijke zin Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 26). Kortheidshalve, alsmede vanwege het feit dat een rechtersregeling, hoewel dit niet snel zal gebeuren, ook door één rechter kan worden vastgesteld (zie voor een voorbeeld van dit laatste HR 15 februari 2002, *NJ* 2002, 197, waarin het onder meer ging om een 'liquidatietarief', vastgesteld door de President van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba) geef ik de voorkeur aan de enkele term 'rechtersregeling'.

## 1.4 PROBLEEMSTELLING

Rechtersregelingen spelen inmiddels in de rechtspraktijk een belangrijke rol. Men denke bijvoorbeeld aan de eerder genoemde (landelijke) rolreglementen, de NVvR-alimentatienormen of de kantonrechtersformule. Te verwachten is dat dit belang in de toekomst alleen maar zal toenemen. Zo is in de herziene Wet op de rechterlijke organisatie expliciet vastgelegd dat zowel de gerechtsbesturen als de Raad voor de rechtspraak een taak hebben bij de bevordering van de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing binnen de gerechten (vgl. art. 23 lid 3 en art. 94 RO).[30] Het ligt in de rede dat, als gevolg hiervan, in de toekomst nog meer (landelijke) rechtersregelingen tot stand zullen komen.

Hiermee wint ook de vraag aan belang, welke juridische betekenis (anders gezegd: welke bindende werking) deze regelingen hebben. In hoeverre is de rechter verplicht tot toepassing van een rechtersregeling, en wat zijn de gevolgen indien toepassing achterwege blijft? En, als keerzijde van deze vraag: kunnen ook de procespartijen aanspraak maken op toepassing van een rechtersregeling door de rechter, en zo ja, in welke gevallen en op welke wijze?

Er is reden juist deze vragen te onderzoeken. Vooralsnog is onduidelijk welke juridische betekenis rechtersregelingen precies (zouden moeten) hebben. Dat door rechters, althans door de rechters die betrokken zijn geweest bij de totstandkoming daarvan, in veel gevallen (een zekere mate van) binding aan zodanige regelingen wordt beoogd, blijkt reeds uit het gebruik van bewoordingen als 'dit reglement treedt in werking op',[31] of 'dit rapport is van kracht met ingang van', alsmede uit het feit dat rechtersregelingen niet alleen in de juridische vaktijdschriften, maar soms zelfs in de Staatscourant gepubliceerd worden. In het algemeen lijken rechtersregelingen – zeker wanneer deze binnen een gerecht zijn vastgesteld – door rechters ook als (in beginsel) bindend te worden ervaren, bijvoorbeeld onder invloed van 'sociale controle' van collega's.[32] De aanwezigheid van dit soort vormen van feitelijke binding is echter, zoals eerder opgemerkt, nog niet beslissend voor de vraag in hoeverre ook *rechtens* binding aan rechtersregelingen bestaat. Andersom kan de mate waarin rechters zich feitelijk gebonden achten aan een rechtersregeling juist worden beïnvloed door kennis ten aanzien van de vraag of zij aan een dergelijke regeling ook in juridische zin al of niet gebonden zijn. Deze laatste vraag staat derhalve in dit onderzoek centraal.

Hierbij verdient opmerking dat de term (juridische) 'binding' zowel in een enge als in een ruime betekenis kan worden gebruikt.[33] De enge betekenis houdt in dat van 'binding' pas sprake is wanneer een bepaalde regel altijd

30 Zie hierover uitgebreider § 5.2.3.
31 Waarover kritisch Jessurun d'Oliveira 1999b, p. 379-380.
32 Zie hierover Terlouw 2003, p. 293-302.
33 Vgl. hierover ook Van Ommeren 1996, p. 54-55.

moet worden toegepast en daarvan niet mag worden afgeweken. Meestal wordt dit gekoppeld aan het al dan niet berusten op een bevoegdheid tot wetgeving (in materiële zin).[34] Binding is in deze optiek een kwestie van 'alles of niets': zij is wel of niet aanwezig.[35]

Het is echter ook mogelijk om van een ruimer begrip 'binding' uit te gaan: reeds wanneer het recht op enigerlei wijze consequenties verbindt aan de aanwezigheid van een bepaalde regel, kan gezegd worden dat die regel (in zekere mate) bindend is. Een voorbeeld hiervan bieden de zogeheten 'richtlijnen' die in het bestuursrecht voorkomen: regels die niet afkomstig zijn van een tot regelgeving bevoegde instantie, maar wel een zekere juridische waarde hebben doordat het eenvoudigweg navolgen van deze richtlijnen door een bestuursorgaan in beginsel geoorloofd is, terwijl afwijking slechts in beperkte mate mogelijk is.[36] Een ander voorbeeld is te vinden in het EG-recht, dat niet slechts rechtstreeks bindende instrumenten als verordeningen of richtlijnen kent, maar ook vormen van *'soft law'* als bijvoorbeeld aanbevelingen of adviezen van een gemeenschapsinstelling.[37] Hoewel zij niet rechtstreeks bindend zijn (vgl. art. 249 EG), kan aan dergelijke instrumenten toch een bepaalde juridische betekenis toekomen, bijvoorbeeld via de werking van algemene rechtsbeginselen of via doorwerking in rechterlijke uitspraken.[38] De ruime opvatting van het begrip 'binding' gaat uit van een glijdende schaal, waarop deze verschillende gradaties – variërend van 'sterke' tot 'zwakke' binding – in kaart gebracht kunnen worden.[39] De ondergrens (geen binding) ligt daar waar het rechtens onverschillig is of een bepaalde regel wel of niet gevolgd wordt.

Nu rechters niet over wetgevende bevoegdheden beschikken, zal het bij rechtersregelingen waarschijnlijk eveneens gaan om regels waaraan een 'zachtere' vorm van binding toekomt dan aan de 'gewone' rechtsregels (zoals bijvoorbeeld te vinden in de wet). Ik gebruik daarom in dit onderzoek de term 'binding' steeds in de zojuist omschreven ruime betekenis. Ter afwisseling spreek ik ook wel van 'bindende werking', 'juridische betekenis' of 'juridische status'. Ook deze termen worden steeds in dezelfde, ruime, betekenis gehanteerd.

## 1.5 Opzet en afbakening

Zoals eerder opgemerkt berusten rechtersregelingen niet op enige wetgevende bevoegdheid van rechters. Hun (eventuele) bindende werking laat zich dus

34 Zie hierover Bröring 1993, p. 52-54.
35 In deze zin bijv. Terlouw 2003, p. 169; Haazen 2001, p. 319-323.
36 Zie hierover Bröring 1993, p. 366-367.
37 Waarover Senden 2003.
38 Zie hierover Senden 2003, p. 267-270.
39 Vgl. Bröring 1993, p. 464-465.

niet direct uit de regeling zélf verklaren. Wel zijn twee andere wegen denkbaar, via welke een rechtersregeling een bepaalde juridische betekenis zou kunnen verkrijgen.

Een eerste mogelijke grondslag biedt het in 1996 gewezen 'rolrichtlijnen-arrest'.[40] In dit arrest besliste de Hoge Raad dat het rolreglement van een rechtbank (een species van het genus rechtersregeling) onder bepaalde voorwaarden kan gelden als *recht* in de zin van art. 99 (oud, thans art. 79) RO. De Hoge Raad bepaalde voorts dat de rechter via de werking van algemene rechtsbeginselen aan een dergelijke regeling gebonden kan zijn.

Een tweede mogelijke grondslag kan gevonden worden door aan te knopen bij de precedentwerking van rechterlijke uitspraken.[41] Vrij algemeen aanvaard lijkt immers tegenwoordig dat aan rechterlijke uitspraken (precedenten) in latere gevallen een zekere bindende werking toekomt.[42] Voor rechtersregelingen zou hierbij aansluiting kunnen worden gezocht: wanneer rechters een bepaalde rechtersregeling in hun uitspraken toepassen (dan wel wanneer een rechtersregeling gebaseerd is op uitspraken die in het verleden reeds door rechters zijn gedaan), zou betoogd kunnen worden dat men hieraan vervolgens – hetzij direct, hetzij eerst na een reeks van uitspraken in dezelfde zin – gebonden is en de regeling in het vervolg niet zonder meer terzijde zal mogen stellen.

Het zijn deze twee grondslagen voor de juridische betekenis van rechtersregelingen die in het navolgende nader onderzocht zullen worden. Wie vragen stelt over rechterlijke samenwerking en rechtersregelingen raakt bovendien al snel aan fundamentele kwesties als de onafhankelijkheid van de (individuele) rechter en de staatsrechtelijke verhouding tussen rechter en wetgever, die wellicht grenzen stellen aan de mogelijkheden daartoe. Hoewel dit onderzoek niet primair staatsrechtelijk van aard is, zal daarom ook aandacht worden besteed aan deze onderwerpen.

Wat bevat dit boek niet? In de eerste plaats heb ik geen empirisch onderzoek gedaan naar het bestaan van rechtersregelingen, de wijze waarop dergelijke regelingen tot stand komen, enzovoorts. Dergelijk onderzoek is of wordt reeds door anderen verricht.[43] Daarnaast zijn inmiddels voldoende gepubliceerde rechtersregelingen aanwezig om een onderzoek naar de juridische betekenis van deze regelingen op te kunnen baseren.[44]

Ook extern rechtsvergelijkend onderzoek vindt men in dit boek niet terug. De samenwerking tussen rechters lijkt namelijk in Nederland reeds (veel)

---

40 HR 28 juni 1996 (De Nieuwe Woning/Staat), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS (herhaald in HR 4 april 1997 (Van Schaik/Verboom), *NJ* 1998, 220 m.nt. HJS).

41 Zie in deze zin Snijders 1997b, p. 1796-1797.

42 Zie hierover hoofstuk 7.

43 Zie bijv. Ten Berge e.a. 1996; Terlouw 2003.

44 Zie voor een bespreking van de belangrijkste rechtersregelingen hoofdstuk 2.

verder te zijn voortgeschreden dan in andere Europese landen, waar nog weinig (gepubliceerde) rechtersregelingen kunnen worden aangetroffen.[45] Belangrijke uitzonderingen hierop vormen de *'Civil Procedure Rules'* in Engeland en de *'Federal Rules of Civil Procedure'* in de Verenigde Staten. Voor beide producten van rechterlijke regelgeving geldt echter dat deze gebaseerd zijn op een daartoe uitdrukkelijk door de wetgever toegekende bevoegdheid.[46] Daarmee zijn ze minder interessant als vergelijkingsmateriaal, omdat bij de vraag naar het rechtskarakter van rechtersregelingen in het Nederlandse recht nu juist een belangrijke rol speelt dat deze regelingen *niet* zijn gebaseerd op enige bevoegdheid tot regelgeving.[47]

Tot slot zij opgemerkt dat het in dit boek met name gaat om (de juridische betekenis van) rechtersregelingen in het *burgerlijk* (proces)recht. De taak van de rechter – mede bezien in zijn verhouding tot de wetgever – wordt in het burgerlijk recht immers (deels) anders ingekleurd dan in rechtsgebieden als het bestuursrecht, het strafrecht of het vreemdelingenrecht.

## 1.6 Plan van behandeling

Dit boek valt uiteen in vier delen. Het eerste deel is algemeen van aard en bestaat uit de hoofdstukken 1 tot en met 3. Hierin wordt het onderzoeksterrein in kaart gebracht (hoofdstuk 1 en 2) en wordt een tweetal fundamentele onderwerpen behandeld die aan de vraag naar de eventuele bindende werking van rechtersregelingen vooraf dienen te gaan: de rechterlijke onafhankelijkheid en de (staatsrechtelijke) verhouding tussen rechter en wetgever (hoofdstuk 3). De twee centrale delen corresponderen met de in § 1.5 genoemde grondslagen via welke de bindende werking van rechtersregelingen gefundeerd zou kunnen worden. In de eerste plaats is dit de in jurisprudentie van de Hoge Raad aanvaarde mogelijkheid dat een rechtersregeling 'recht' in de zin van art. 79 RO vormt (hoofdstuk 4 tot en met 6).[48] In de tweede plaats is dit de mogelijkheid tot 'precedentwerking' van rechtersregelingen (hoofdstuk 7 en 8). Het laatste deel wordt gevormd door een afsluitend hoofdstuk, waarin het voorgaande wordt geëvalueerd en enige algemene conclusies en aanbevelingen worden geformuleerd (hoofdstuk 9).[49]

---

45 Zie hierover Martens 1997, p. 9-10 en p. 23; Köhne 2000, p. 151.

46 Zie voor de Civil Procedure Rules de 'Civil Procedure Act 1997'; zie voor de Federal Rules of Civil Procedure de 'Rules Enabling Act' (waarover nader Köhne 2000, p. 151-155 en Marcus 2003, p. 460-463).

47 Zie nader § 4.4.4.

48 Deze hoofdstukken zijn in een eerder stadium reeds in ongeveer dezelfde vorm gepubliceerd (Teuben 2002).

49 De tekst is afgesloten op 1 augustus 2004.

# 2 Enige belangrijke rechtersregelingen

## 2.1 Inleiding

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 1 gaat dit boek over de juridische betekenis van 'rechtersregelingen': algemene regels die door één of meer rechters, anders dan in de vorm van een rechterlijke uitspraak, zijn vastgesteld en die ertoe dienen een bepaalde vorm van beslissingsruimte van de rechter nader in te vullen. Voorafgaand aan de behandeling van deze centrale onderzoeksvraag is het zinvol eerst het onderzoeksgebied nader in kaart te brengen. In dit hoofdstuk wordt daarom een overzicht gegeven van de belangrijkste thans bestaande rechtersregelingen. Achtereenvolgens komen aan de orde: rol- en procesregelingen (§ 2.2), regelingen op het gebied van het conservatoir beslag (o.a. het zogeheten 'grijs' en 'zwart' maken) (§ 2.3), liquidatietarieven (§ 2.4), het NVvR-rapport Voor-werk II (§ 2.5), de NVvR-alimentatienormen (§ 2.6), de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters voor ontbindingsprocedures (§ 2.7), de Recofa-aanbevelingen inzake de Wet schuldsanering natuurlijke personen (§ 2.8) en enige varia (§ 2.9). Afgesloten wordt met een korte inventarisatie (§ 2.10).

## 2.2 Rol- en procesregelingen

Burgerlijke zaken die met een dagvaarding moeten worden ingeleid, worden ingevolge art. 113 lid 2 Rv ingeschreven op de rol van een enkelvoudige kamer. De behandeling van de zaak vindt – tenzij bij het desbetreffende gerecht de rolbehandeling schriftelijk plaatsvindt[1] – vervolgens grotendeels plaats op rolzittingen. Hier worden door (de procureurs van) partijen ten overstaan van de rolrechter proceshandelingen verricht, zoals bijvoorbeeld het nemen van conclusies en akten, het vragen van uitstel voor proceshandelingen, het instellen van incidentele vorderingen of het vragen van pleidooi of vonnis.[2]

1 Een praktijk die thans is gecodificeerd in art. 82 lid 3 Rv.
2 Zie hierover Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 140.

De (rol)rechter bepaalt bij dit alles in belangrijke mate het verloop van de procedure.[3] Zo bepaalt de rechter de termijnen voor het nemen van conclusies en het verrichten van andere proceshandelingen en kan hij hiervoor aan partijen uitstel verlenen (art. 133 Rv); ook kan hij toestaan dat na de conclusie van antwoord nog repliek en dupliek (en eventueel nog meer conclusies) worden genomen (art. 132 lid 2 en 3 Rv). Voorts beslist hij over het houden van een comparitie (art. 87 en 88 Rv) en over het toestaan van pleidooi (art. 134 Rv).

In de praktijk hebben alle gerechten voor de behandeling van dagvaardingszaken een rolregeling of rolreglement, waarin de wijze waarop de rolrechter zijn procesbeleid voert nader is geregeld. Hoewel in de verzoekschriftprocedure geen rolbehandeling plaatsvindt, bestaan veelal ook reglementen voor de behandeling van verzoekschriftzaken. Werden dergelijke regelingen in het verleden door ieder gerecht afzonderlijk vastgesteld,[4] de laatste jaren zijn in toenemende mate uniforme landelijke regelingen tot stand gebracht. Belangrijke voorbeelden hiervan zijn het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken,[5] het Landelijk reglement voor de civiele rol van de kantonsectoren,[6] het uniform reglement van de gerechtshoven voor rekestprocedures in familiezaken[7] en de landelijke procesreglementen van de rechtbanken voor de scheidingsprocedure en de alimentatieprocedure.[8] Ondanks deze tendens naar de vaststelling van procesreglementen op landelijk niveau komen plaatselijke reglementen (al dan niet als aanvulling bij een landelijk reglement) overigens ook nog steeds voor.[9]

Hoewel uiteraard niet alle rol- en procesregelingen dezelfde inhoud hebben, zijn wel een aantal onderwerpen te noemen die hierin doorgaans geregeld

---

3 Ook de procespartijen kunnen overigens invloed uitoefenen op het verloop van de procedure, zij het dat de (rol)rechter uiteindelijk het laatste woord heeft. Zo bepaalt art. 133 lid 2 Rv dat de rechter een (eenstemmig) uitstelverzoek van partijen volgt, tenzij dit zou leiden tot onredelijke vertraging van het geding. Vgl. ook art. 1.3 van het (hierna te bespreken) Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken. Volgens deze bepaling kunnen partijen vóór de eerste roldatum gezamenlijk een van het reglement afwijkende procesvoering verzoeken. De rechter volgt partijen in beginsel in hun voorstel.

4 Zie hierover Boon & Van der Wal 1990; Van Mierlo 1998.

5 Gepubliceerd in *Stcrt*. 2001, nr. 249. Zie voor een bespreking Wesseling-van Gent e.a. 2001; Leijten 2000; zie over de totstandkoming van dit reglement Uniken Venema 2001.

6 Gepubliceerd in *Stcrt*. 2003, nr. 115.

7 Gepubliceerd in *Stcrt*. 1999, nr. 251.

8 Beide gepubliceerd in *Stcrt*. 2004, nr. 58. Ook op andere rechtsgebieden dan het burgerlijk procesrecht bestaan overigens landelijke procesregelingen. Gewezen kan hier met name worden op de landelijke procesregeling bestuursrecht (*Stcrt*. 2003, nr. 206) en de procesregeling voor de belastingkamers bij de gerechtshoven (*Stcrt*. 2002, nr. 60).

9 Zo kent bijv. de Rechtbank Maastricht een 'Procesreglement Rekestenkamer' (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder Rechtbank Maastricht, Informatie voor de advocatuur) en vermelden diverse rechtbanken (o.a. 's-Hertogenbosch, Maastricht en Utrecht) op www.rechtspraak.nl (overigens onder verschillende benamingen) eigen richtlijnen voor verzoekschriften tot het leggen van conservatoir beslag.

worden. Te denken valt bijvoorbeeld aan de termijnen voor het verrichten van proceshandelingen, de gevallen waarin hiervan uitstel kan worden verkregen en de wijze waarop dit uitstel verzocht dient te worden, de gang van zaken bij niet-verschijnen van de gedaagde of verweerder, het gelasten van een comparitie na antwoord en het houden van pleidooi of mondelinge behandeling. Daarnaast zijn in rol- en procesregelingen in het algemeen ook bepalingen met betrekking tot zaken van meer praktische aard opgenomen, bijvoorbeeld omtrent de wijze waarop stukken moeten worden ingediend, de wijze van inschrijving van zaken en de openingstijden van de griffie.

## 2.3 CONSERVATOIR BESLAG

De schuldeiser die conservatoir beslag wil leggen, heeft daartoe verlof van de voorzieningenrechter van de rechtbank nodig (art. 700 lid 1 Rv). De procedure voor het verkrijgen van dit verlof is een verzoekschriftprocedure, waarop, naast bijzondere bepalingen in de artikelen 700 e.v. Rv, de algemene bepalingen voor de verzoekschriftprocedure (art. 261 e.v. Rv) van toepassing zijn. De rechter heeft hierbij de nodige vrijheid, met name ten aanzien van de vraag of hij de (aspirant-)beslagene wel of niet oproept teneinde gehoord te worden. De wet maakt het immers mogelijk dat de rechter een verzoek tot het leggen van conservatoir beslag 'aanstonds toewijst' (art. 279 lid 1 Rv).

In de praktijk zijn op het gebied van het conservatoir beslag diverse rechtersregelingen ontwikkeld. Belangrijk is de 'beslagsyllabus' die sinds 1991 door de vergadering van rechtbankpresidenten wordt gehanteerd.[10] Deze beslagsyllabus heeft onder meer betrekking op de voorwaarden voor conservatoir beslag en de eisen die gesteld worden aan een beslagrekest, de behandeling van het beslagrekest, de termijn voor het instellen van een eis in de hoofdzaak als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv en de mogelijkheden tot verlenging van deze termijn.

Bij de beslagsyllabus behoorde tot voor kort een afzonderlijke bijlage met 'aanbevelingen en beleidsbesluiten' op het gebied van het conservatoir beslag, bestemd voor 'intern gebruik' bij de rechtbanken. Hoewel deze bijlage inmiddels niet meer als zodanig bestaat, verdient hieruit toch vermelding de aanbeveling die daarin was opgenomen inzake de invulling van het begrip 'eis in de hoofdzaak' in art. 700 lid 3 Rv. Onder 'eis in de hoofdzaak' werden onder meer verstaan een arbitrale procedure, een eis in reconventie, een procedure voor een buitenlandse rechter, een vordering in kort geding en een belastingaanslag. Niet als eis in de hoofdzaak gold een aanvraag tot bindend advies.

Een ander belangrijk onderwerp op het gebied van het conservatoir beslag is de oproeping van de beslagene alvorens verlof voor beslaglegging wordt

10 Thans wordt deze syllabus bijgewerkt door de landelijke vergadering van sectorvoorzitters civiel (LOVC). De meest recente versie dateert van mei 2004.

verleend. Zoals eerder opgemerkt kan de rechter op grond van art. 279 lid 1 Rv het verzoek aanstonds toewijzen, zonder de beslagene eerst te horen. In de praktijk bestaan op dit punt al geruime tijd (rechters)regelingen, die wel worden aangeduid als het systeem van 'zwart' dan wel 'grijs' maken van beslagen.[11] Kort samengevat houdt dit in dat een schuldenaar die vermoedt dat onder hem conservatoir beslag zal worden gelegd, zich gedurende een bepaalde periode op een 'zwarte', respectievelijk 'grijze' lijst kan laten plaatsen. Wanneer vervolgens inderdaad verlof tot beslaglegging wordt verzocht, kan de voorzieningenrechter van de rechtbank hetzij (in geval van een zwart gemaakt beslag) de beslagene, c.q. diens advocaat of procureur horen, hetzij (in geval van grijs maken) de beslaglegger horen. De hier beschreven hoofdvormen kennen overigens plaatselijk ook weer verschillende varianten.

In het verleden is door de presidentenvergadering getracht een einde te maken aan deze plaatselijke verschillen.[12] Daartoe was in een oudere versie van de genoemde beslagsyllabus een uniform systeem van zwart maken opgenomen, inhoudend dat de beslagene zich gedurende een periode van ten hoogste drie maanden op een zwarte lijst kon laten plaatsen. Indien in deze periode verlof voor beslag werd verzocht kon de voorzieningenrechter de beslagene (en/of de beslaglegger) horen, waarbij de beslagene aan plaatsing op de zwarte lijst overigens niet een harde aanspraak kon ontlenen om te worden gehoord. Desondanks is het in de praktijk nooit tot echte uniformiteit op dit gebied gekomen. De laatste jaren hebben bovendien verschillende rechtbanken de mogelijkheid tot grijs of zwart maken (of andere daarvan bestaande varianten) weer afgeschaft.[13] Momenteel bieden nog slechts enkele rechtbanken een mogelijkheid tot grijs of zwart maken van een conservatoir beslag.[14] De meest recente versie van de beslagsyllabus laat de regeling van dit onderwerp aan de gerechten over.

## 2.4 LIQUIDATIETARIEVEN

De in het ongelijk gestelde partij in een civiele procedure kan op grond van art. 237 lid 1 Rv worden veroordeeld in de proceskosten van de wederpartij. Hieronder vallen onder meer het griffierecht, de kosten van de dagvaarding en andere exploten, en de kosten (salaris en verschotten) van de advocaat of procureur (in kantonzaken: de – eventuele – gemachtigde).[15]

---

11 Zie hierover uitgebreid Ynzonides 1994; zie voorts Ten Haaft 2003.
12 Zie hierover Ynzonides 1994, p. 12-13.
13 Zie hierover Ten Haaft 2003, p. 75.
14 Zie voor een overzicht Ten Haaft 2003, p. 75, aan welk overzicht kan worden toegevoegd dat inmiddels ook de rechtbanken te Dordrecht en Maastricht geen mogelijkheid tot grijs of zwart maken meer bieden.
15 Zie hierover Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 121; Jongbloed 2003, p. 437-439.

In de praktijk worden de kosten van de verrichtingen van advocaten en procureurs berekend op basis van de zgn. *liquidatietarieven*.[16] In deze rechtersregelingen worden de door de procureur verrichte werkzaamheden gewaardeerd via een puntensysteem. Afhankelijk van het belang van de zaak worden deze punten vervolgens op een bepaald (forfaitair) bedrag gewaardeerd. Toepassing van het liquidatietarief leidt er doorgaans toe, dat de winnende partij slechts een deel van de werkelijk gemaakte kosten van procesvertegenwoordiging vergoed krijgt.

De verschillende liquidatietarieven worden veelal in overleg vastgesteld door de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR). Er bestaat onder meer een liquidatietarief voor de kantongerechten en een – hoger – tarief voor de rechtbanken en gerechtshoven.[17] Het per 1 januari 1998 geldende liquidatietarief voor de rechtbanken en gerechtshoven is overigens tevens vastgesteld, c.q. goedgekeurd, door de vergaderingen van rechtbank- en appèlpresidenten.[18]

## 2.5 NVVR-AANBEVELINGEN INZAKE BUITENGERECHTELIJKE KOSTEN (RAPPORT VOOR-WERK II)

Naast de proceskosten als bedoeld in art. 237 e.v. Rv kunnen ook de door de winnende partij gemaakte buitengerechtelijke kosten[19] voor vergoeding in aanmerking komen. Hierbij moet onderscheid gemaakt worden tussen bedongen en niet-bedongen kosten.[20] Bedongen buitengerechtelijke kosten moeten in beginsel steeds worden vergoed, maar kunnen ingevolge art. 242 lid 1 Rv door de rechter – zo nodig ook ambtshalve – worden gematigd. Niet-bedongen buitengerechtelijke kosten kunnen via de weg van art. 6:96 lid 2 sub b en/of c BW als vermogensschade worden gevorderd. Voor toewijzing dient steeds de 'dubbele redelijkheidstoets' van deze bepaling te worden doorstaan: zowel het maken van de kosten als de omvang ervan moeten redelijkerwijze verant-

16 Zie hierover de in de vorige noot genoemde vindplaatsen, alsmede Ingelse & Mölenberg 2000, p. 1143.

17 De tarieven worden van tijd tot tijd aangepast; de meest recente versies zijn onder andere te raadplegen via de website van de NOvA (www.advocatenorde.nl), onder Wet- en regelgeving/Tarieven.

18 Zie over de vraag of deze vaststelling enige toegevoegde waarde (in de zin van daaraan te verbinden 'rechtsgevolgen') heeft § 5.2.3.5.

19 Op de precieze afbakening tussen buitengerechtelijke kosten en proceskosten – een afbakening die niet steeds even duidelijk te maken is – ga ik hier niet nader in. Zie daarover Lindenbergh 2000, p. 28-29; *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 6:96, aant. 198-199; Van Schaick 2000, p. 313-315; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 124.

20 Het staat partijen immers vrij de verschuldigdheid van buitengerechtelijke kosten contractueel te regelen (hetzelfde geldt overigens voor proceskosten). In algemene voorwaarden wordt bijv. vaak een percentage van 15% van de hoofdsom als vergoeding voor buitengerechtelijke kosten bepaald. Zie hierover Valk 1999, p. 2; Knijp 1999, p. 261-264.

woord zijn geweest.[21] Matiging van niet-bedongen buitengerechtelijke kosten is eveneens niet uitgesloten: art. 6:109 BW geeft de rechter immers een algemene bevoegdheid tot matiging voor die gevallen waarin hij van oordeel is dat toekenning van volledige schadevergoeding tot 'kennelijk onaanvaardbare gevolgen' zou leiden. In aanmerking genomen dat buitengerechtelijke kosten op grond van art. 6:96 BW pas toewijsbaar zijn indien deze 'redelijk' zijn, alsmede dat de rechter bij toepassing van art. 6:109 BW terughoudendheid moet betrachten,[22] zal hiervan echter slechts in uitzonderingsgevallen sprake kunnen zijn.[23]

Op het gebied van de buitengerechtelijke kosten zijn in het recente en minder recente verleden binnen de rechterlijke macht al diverse initiatieven ontplooid teneinde tot (meer) uniformiteit in de vergoeding daarvan te komen. Reeds in 1974 stelde de Kring van Kantonrechters een richtlijn vast, waarin een 'staffel' voor de bepaling van (bedongen) buitengerechtelijke kosten was opgenomen.[24] In 1989 werd door de NVvR-werkgroep 'Buitengerechtelijke Kosten' een vijftal aanbevelingen opgesteld omtrent de toewijzing van buitengerechtelijke (incasso)kosten.[25]

Ter aanpassing en actualisering van deze aanbevelingen werd in 1998 het Rapport 'Voor-werk' uitgebracht.[26] Bij de totstandkoming van het rapport werden vertegenwoordigers van de rechterlijke macht (gerechtshoven, rechtbanken en kantonrechters) en de rechtspraktijk (o.a. de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders) geconsulteerd. Het rapport werd in september 1998 door het hoofdbestuur van de NVvR goedgekeurd; de rechterlijke colleges werd bij die gelegenheid verzocht zoveel mogelijk te werken conform de aanbevelingen van het rapport. Na overwegend kritische reacties vanuit de literatuur en de praktijk[27] werd het rapport Voor-werk op enige punten aangepast. De herziene versie van het rapport (hierna: Voor-werk II) is met ingang van 1 april 2001 'van kracht'.[28]

Voor-werk II bevat een zevental aanbevelingen, waarvan in dit verband met name de eerste twee van belang zijn. Kort samengevat komen deze twee aanbevelingen erop neer dat zowel bedongen als niet-bedongen buitengerechtelijke kosten op een forfaitair bedrag (te weten: twee punten van het toepasselijke liquidatietarief in eerste aanleg, met een maximum van 15% van de

21 Zie hierover Lindenbergh 2000, p. 20-22; Asser-Hartkamp 2004 (4-I), nr. 414; *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 6:96 BW, aant. 189.
22 Aldus HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 510.
23 In deze zin ook Lindenbergh 2000, p. 21-22.
24 Zie *Adv.bl.* 1974, p. 52-54.
25 Gepubliceerd in *Trema* 1989, p. 279 e.v.
26 Gepubliceerd in *Trema* 1998, afl. 9.
27 Zie o.a. Knijp 1999; Valk 1999; Venhuizen 1999; Van Haastert 1999; zie hierover voorts Knijp & Lindenbergh 2002, p. 101.
28 Het rapport is onder meer gepubliceerd in *Adv.bl.* 2001, p. 216 e.v. Zie voor een bespreking Knijp 2001; Van der Meer 2001; Venhuizen 2000; zie naar aanleiding van het rapport voorts Ruygvoorn & Engelhart 2004.

hoofdsom, waarbij voor kantonzaken een aparte staffel geldt) moeten worden vastgesteld. Dit is slechts anders wanneer de schuldeiser gemotiveerd stelt, en zo nodig bewijst, dat de werkelijk gemaakte kosten hoger zijn én dat deze 'redelijk' zijn. Om tot dit resultaat te komen dient de rechter in geval van bedongen buitengerechtelijke kosten gebruik te maken van de matigingsbevoegdheid van art. 241 Rv. Gaat het om een vordering ter zake van niet-bedongen kosten, dan dient de rechter zijn bevoegdheid tot begroting c.q. schatting van de schade (art. 6:97 BW), of eventueel de matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW in te zetten.[29] De overige aanbevelingen uit het rapport Voor-werk II hebben onder meer betrekking op de toewijsbaarheid van administratie- of bureaukosten, de kosten van een advocaat in dienstbetrekking, bedongen rente en BTW over buitengerechtelijke kosten.

## 2.6 ALIMENTATIENORMEN

Ten aanzien van bijdragen in het levensonderhoud (alimentaties) bepaalt de wet in art. 1:397 BW dat bij de bepaling van de hoogte daarvan rekening moet worden gehouden met enerzijds de 'behoefte' van de alimentatiegerechtigde, en anderzijds de 'draagkracht' van de alimentatieplichtige. Ter nadere invulling van deze vrij summiere wettelijke norm werd in 1976 door een NVvR-werkgroep voor het eerst een Rapport 'Alimentatienormen' opgesteld.[30] Hierin zijn (zeer) gedetailleerde 'normen of richtlijnen'[31] opgenomen voor de berekening van de draagkracht en behoefte van betrokkenen bij de vaststelling van partner- en kinderalimentatie.

De op dit moment meest recente versie van het rapport dateert van januari 2004.[32] Bij het rapport behoort een bijlage met rekenmodellen, tarieven en tabellen, die jaarlijks wordt aangepast.[33]

Het verdient overigens opmerking dat de Alimentatienormen voor wat betreft de berekening van kinderalimentatie wellicht hun langste tijd hebben gehad. In het IBO-rapport 'Het kind centraal: verantwoordelijkheid blijft'[34] is voorgesteld de kinderalimentatie voortaan niet meer door de rechter te laten vaststellen, maar door een nog op te richten (bestuurs)orgaan; bovendien – en dat is in dit verband het meest van belang – zou de hoogte van de kinderalimentatie bepaald moeten worden volgens door de overheid (lees: de wetgever) vastgestelde 'eenvoudige, duidelijke en begrijpelijke normen'. Naar aanleiding van dit rapport is inmiddels het wetsvoorstel Herziening kinder-

29 Zie over de dogmatische merites van deze constructie Knijp 2001, p. 224.
30 Zie hierover Fernhout 2003, p. 121-122.
31 Aldus § 2.1 van het rapport.
32 Het rapport is onder meer gepubliceerd op www.rechtspraak.nl (onder Reglementen).
33 Eveneens te vinden op www.rechtspraak.nl.
34 *Het kind centraal: verantwoordelijkheid blijft*, Eindrapport van de werkgroep alimentatiebeleid, mei 2002.

alimentatiestelsel ingediend, waarin onder meer wordt voorgesteld art. 1:404 BW aldus te wijzigen dat kinderalimentaties voortaan worden vastgesteld op basis van in een algemene maatregel van bestuur vastgelegde (forfaitaire) bedragen.[35]

## 2.7 AANBEVELINGEN KRING VAN KANTONRECHTERS (DE 'KANTONRECHTERSFORMULE')

Art. 7:685 BW geeft de mogelijkheid een arbeidsovereenkomst wegens 'gewichtige redenen' door de kantonrechter te doen ontbinden. Indien de kantonrechter het ontbindingsverzoek toewijst, kan hij daarbij aan een der partijen (doorgaans de werknemer), ten laste van de wederpartij, een 'billijke vergoeding' toekennen (art. 7:685 lid 8 BW). De ontbindingsprocedure vormt in de praktijk een belangrijke manier om tot beëindiging van arbeidsovereenkomsten te komen.[36]

Teneinde tot meer uniformiteit te komen bij de behandeling van ontbindingsverzoeken – met name ten aanzien van de toe te kennen vergoedingen – werden in november 1996 door de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechters de 'Aanbevelingen voor procedures ex art. 7A:1639w BW'[37] (unaniem) vastgesteld.[38] Nadien zijn de Aanbevelingen bij twee gelegenheden aangevuld en gewijzigd.[39]

Op dit moment zijn er vijf aanbevelingen, die onder meer betrekking hebben op de duur van de ontbindingsprocedure, de wijze van oproeping van de verwerende partij, de inhoud en motivering van de ontbindingsbeschikking en de uitleg van de tot 1 april 2002 geldende eis dat bij arbeidsongeschiktheid van de werknemer de werkgever bij indiening van een ontbindingsverzoek een reïntegratieplan dient bij te voegen.[40] De voor de praktijk belangrijkste aanbeveling is echter de zogeheten 'kantonrechtersformule', die de berekening van ontbindingsvergoedingen betreft. Indien de rechter besluit een vergoeding toe te kennen, wordt deze berekend volgens de formule A x B x C, waarbij A staat voor het (gewogen) aantal dienstjaren, B voor (kort samengevat) het bruto maandsalaris, en C een 'correctiefactor' is, die met het oog op de bijzondere omstandigheden van het geval (bijvoorbeeld de mate van verwijtbaarheid aan beide zijden) kan worden ingevuld. Uitgangspunt is hierbij

35 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 480, nrs. 1-3.

36 Zie voor enige statistische gegevens Scholtens 2004a, p. 4.

37 Thans dus art. 7:685 BW.

38 De Aanbevelingen zijn o.a. gepubliceerd in *SMA* 1997, p. 20-26. Zie voor een toelichting Van der Meer & Rensink 1997; zie over de voorgeschiedenis van de Aanbevelingen Scholtens 1998.

39 Zie *SMA* 1998, p. 294-297 en *SMA* 1999, p. 530-532. Zie voor een evaluatie van de Aanbevelingen Van der Meer 2003.

40 Met de inwerkingtreding van de Wet verbetering poortwachter (Wet van 29 november 2001, *Stb.* 2001, 628) op 1 april 2002 is deze eis komen te vervallen.

dat in geval van een 'neutrale' ontbinding C gelijk is aan 1.[41] In de praktijk blijkt een C-factor groter dan 2 (hoge) uitzondering te zijn.[42]

## 2.8 AANBEVELINGEN RECOFA INZAKE DE WET SCHULDSANERING NATUURLIJKE PERSONEN

Met de inwerkingtreding van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) op 1 december 1998 werd aan de Faillissementswet een nieuwe derde titel inzake schuldsanering toegevoegd. Het grote aantal zaken waarin de nieuwe wet diende te worden toegepast, in combinatie met de grote ruimte die de wetgever op een aantal punten in deze wet ter nadere invulling aan de rechtspraak overliet, maakten overleg en afstemming tussen rechters welhaast noodzakelijk.[43]

De rechterlijke samenwerking in het kader van de WSNP heeft niet alleen tot overleg, maar ook tot de totstandkoming van enige rechtersregelingen geleid. Recofa, de werkgroep van rechters-commissarissen in faillissementen van de NVvR, stelde in mei 2000 een aantal 'Aanbevelingen' op voor de toepassing van de WSNP.[44] Deze aanbevelingen hebben onder meer betrekking op het minnelijk traject, de weigeringsgronden van art. 288 Fw (met name de invulling van de afwijzingsgrond 'niet te goeder trouw gemaakte schulden'), het 'vrij te laten bedrag' van art. 295 lid 2 Fw, de benoeming van de bewindvoerder, de looptijd van de schuldsaneringsregeling, het ontstaan van nieuwe schulden tijdens de schuldsanering en de postblokkade. Voorts is door Recofa een rapport opgesteld inzake de wijze waarop het vrij te laten bedrag van art. 295 lid 2 Fw (welk bedrag primair gebaseerd is op de beslagvrije voet van art. 475d Rv) berekend dient te worden.[45]

## 2.9 ENIGE VARIA

De rechtersregelingen die tot dusver zijn besproken, behoren tot de meer bekende exemplaren van deze regelsoort: zij zijn alle gepubliceerd, bijvoorbeeld

---

41 Zie hierover Van der Meer & Rensink 1997, p. 17. De desbetreffende aanbeveling 3.4 heeft overigens nadien een enigszins genuanceerdere formulering gekregen (zie *Adv.bl.* 1998, p. 721-722); dit lijkt echter in het hier bedoelde uitgangspunt geen wezenlijke verandering te hebben gebracht.

42 Zie bijv. de overzichten gegeven door Scholtens 2003a en b en Scholtens 2004a en b.

43 Zie over de diverse vormen van rechterlijke samenwerking m.b.t. de WSNP uitgebreid Huls & Schellekens 2001b.

44 Zie voor de tekst van de aanbevelingen Huls & Schellekens 2001b, p. 187-192.

45 Het rapport 'Berekening van het vrij te laten bedrag bij toepassing van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen' is gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, onder Reglementen en op www.wsnp.rvr.org, onder Bewindvoerderinfo.

via media als de Staatscourant en de website van de rechterlijke macht (www.rechtspraak.nl), en hebben ook in de juridische literatuur (enige) inhoudelijke aandacht gekregen. Daarnaast bestaat echter nog een vrij omvangrijk 'grijs' gebied aan rechtersregelingen die minder of in het geheel geen bekendheid genieten. Lang niet alle rechtersregelingen worden immers buiten de kring van het betrokken gerecht of de betrokken gerechten bekendgemaakt.[46]

In uitzonderingsgevallen komt een dergelijke ongepubliceerde regeling wel eens naar buiten via een rechterlijke uitspraak. Zo overwoog de Kantonrechter Amsterdam dat bij zijn kantongerecht 'sinds jaar en dag' een vast tarief wordt gehanteerd voor de toewijzing van buitengerechtelijke incassokosten.[47] Uit een arrest van de Hoge Raad valt af te leiden dat (onder meer) in het arrondissement Zutphen een beleid is ontwikkeld, inhoudend dat curatoren in faillissementen ervan mogen uitgaan dat de rechter-commissaris toestemming zal geven tot de onderhandse verkoop van een tot de boedel behorend goed zonder dat, voorafgaand aan onderhandelingen over de verkoop daarvan, toestemming aan de rechter-commissaris behoeft te worden gevraagd.[48] Het Hof 's-Hertogenbosch verwees in een arrest naar de (in § 2.3 reeds besproken) afspraak van het presidentenoverleg, inhoudend dat een dagvaarding in kort geding geldt als 'eis in de hoofdzaak' als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv.[49] Deze afspraak was neergelegd in (een bijlage bij) een 'beslagsyllabus' uit 1993,[50] met daarin een overzicht van aanbevelingen en beleidsbesluiten van de vergadering van rechtbankpresidenten met betrekking tot het conservatoir beslag, bestemd voor intern gebruik.[51] In het arrest Ajax/Reule[52] formuleerde de Hoge Raad nadien een met deze afspraak overeenstemmende rechtsregel. Hetzelfde geldt overigens voor de eveneens in genoemde beslagsyllabus opgenomen afspraak dat onder 'eis in de hoofdzaak' mede een belastingaanslag moet worden begrepen: ook deze afspraak is inmiddels door de Hoge Raad 'overgenomen'.[53]

---

46 Het is uiteraard moeilijk voorbeelden te geven van rechtersregelingen die *niet* bekendgemaakt zijn. Zie voor enige empirische gegevens op het gebied van het bestuursrecht Ten Berge e.a. 1996, hoofdstuk 6.

47 Ktr. Amsterdam 17 mei 2002, *Prg*. 2003, 5969; het bestaan van dit tarief is eveneens te kennen uit HR 9 december 1994 (Smit/De Moor), *NJ* 1995, 250 (zie r.o. 3.3 van de HR, alsmede de Conclusie van A-G Bloembergen, sub 2.3).

48 HR 7 september 2001 (Y. en R./Spliet q.q. en Van Oorspronk), *NJ* 2001, 562 m.nt. PvS; vgl. hierover ook Asser, Groen & Vranken 2003, p. 258, noot 578.

49 Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 1996, *NJ* 1997, 491.

50 Inmiddels bestaat een recentere versie van deze beslagsyllabus; zie hierover § 2.3.

51 Zie hierover ook de noot van Snijders onder HR 26 februari 1999 (Ajax/Reule), *NJ* 1999, 717.

52 HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 717 m.nt. HJS.

53 HR 3 oktober 2003 (Ontvanger/Heemhorst), *RvdW* 2003, 155.

Ook op de website van de rechterlijke macht, www.rechtspraak.nl, komt men na enig zoeken bij verschillende gerechten rechtersregelingen tegen (overigens onder uiteenlopende benamingen), waarvan ik er hierna een aantal uitlicht.

*a) Hof Leeuwarden: de 'alimentatievrije voet' voor draagkrachtberekeningen*

Het Hof Leeuwarden stelt iedere zes maanden een 'alimentatievrije voet' vast, die gebruikt wordt ten behoeve van draagkrachtberekeningen. De bedragen worden gepubliceerd via www.rechtspraak.nl.[54]

*b) Rechtbank Amsterdam: het 'Parnaskompas'*

De Rechtbank Amsterdam publiceert op haar website de tekst van het 'Parnaskompas', een boekje met informatie voor de advocatuur in het arrondissement Amsterdam. Hierin zijn, naast zaken als telefoonnummers en openingstijden, 'de richtlijnen zoals deze gelden binnen de rechtbank' opgenomen.[55] Deze richtlijnen hebben bijvoorbeeld betrekking op het gelasten van comparities en pleidooien, de wijze waarop verzoekschriften moeten worden ingediend en de gang van zaken in kort geding. Voorts wordt hierin onder meer aangegeven wanneer volgens de rechtbank sprake is van een 'tijdige betekening' in de zin van art. 15 van het Haags Betekeningsverdrag[56] en aangekondigd dat de rechtbank met ingang van 1 april 2001 bij het berekenen van buitengerechtelijke kosten het rapport Voor-werk II[57] van de NVvR hanteert.

*c) Rechtbank Roermond: 'Protocol burgerlijk procesrecht in dagvaardingszaken'*

Op de website van de Rechtbank Roermond vindt men een 'Protocol burgerlijk procesrecht in dagvaardingszaken',[58] waarin enige vernieuwingen die het nieuwe Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heeft gebracht (o.a. de substantiërings- en bewijsaandraagplicht, de comparitie na antwoord als uitgangspunt in alle zaken en de beperking van repliek/dupliek en pleidooi), alsmede 'het terzake door de civiele sector van de Rechtbank Roermond vastgestelde beleid' uiteen worden gezet.

Zo wordt aangegeven welke procedure wordt gevolgd indien de dagvaarding niet voldoet aan de vereisten van art. 111 lid 3 Rv: indien de gedaagde verschijnt zal bij vonnis worden bevolen de gebreken in de dagvaarding binnen twee weken te herstellen. Tevens vermeldt de rechtbank de sanctie die zij

54 Te vinden onder Hof Leeuwarden/Actualiteiten.
55 Zie www.rechtspraak.nl (onder Rechtbank Amsterdam/Informatie).
56 Deze bepaling houdt kort gezegd in, dat wanneer het Betekeningsverdrag van toepassing is en een in het buitenland woonachtige gedaagde niet is verschenen, de rechter zijn beslissing dient aan te houden totdat is gebleken dat de betekening van het stuk dat het geding inleidt, is geschied conform de bepalingen van het verdrag en de betekening zo 'tijdig' heeft plaatsgevonden dat de gedaagde gelegenheid heeft gehad verweer te voeren.
57 Zie over dit rapport § 2.5.
58 Zie www.rechtspraak.nl (onder Rechtbank Roermond/Civiele sector).

hieraan (op de voet van art. 21/22 Rv) zal verbinden: de proces- en exploot-kosten in verband met het herstel zijn steeds voor rekening van eiser, terwijl het niet of onvoldoende herstellen van verzuimen kan leiden tot niet-ontvankelijkheid. Iets soortgelijks geldt ten aanzien van de bewijsaandraagplicht van gedaagde (art. 128 lid 5 Rv): indien niet tijdig wordt voldaan aan een verzoek van de rechtbank om gebreken op dit punt te herstellen, kunnen daaraan consequenties worden verbonden zoals bijvoorbeeld een kostenveroordeling, het terzijde laten van feitelijke stellingen of het niet toestaan van een voorgebrachte getuige.

*d) Rechtbank Haarlem: 'Regels' m.b.t. de comparitie na antwoord (art. 131 Rv)*

De Rechtbank Haarlem vermeldt op www.rechtspraak.nl bij de toepasselijke reglementen onder meer 'Regels met betrekking tot de comparitie na antwoord ex art. 131 Rv'. Hierin wordt onder andere bepaald dat toezending van stukken uiterlijk twee weken vóór de comparitie dient plaats te vinden, dat een eventuele conclusie van antwoord in reconventie ter comparitie genomen dient te worden (bij gebreke waarvan de rechter de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht, bijvoorbeeld door het verlenen van een akte van niet-dienen) en dat een wijziging van eis die ter zitting wordt gedaan, op schrift moet worden gesteld. Voorts wordt aangegeven dat indien na comparitie een tussenvonnis wordt gewezen, partijen desgewenst daarna nog een conclusie of akte zullen mogen nemen. Tot slot wordt de bevoegdheid van art. 134 lid 1, laatste zin Rv (het weigeren van pleidooi) nader ingevuld: indien partijen op de comparitie hun standpunt in voldoende mate mondeling uiteen hebben kunnen zetten, wordt in beginsel geen gelegenheid voor pleidooi gegeven.

*e) Rechtbank Maastricht: 'Circulaires' voor de advocatuur*

Bij de Rechtbank Maastricht worden via de website onder meer 'circulaires' voor de advocatuur gepubliceerd.[59] Een van deze circulaires vermeldt onder andere het beleid ter zake van de vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten bij contradictoire procedures, verstekprocedures en beslagrekesten. Voorts wordt een aantal 'uitgangspunten' opgesomd die in beginsel worden gehanteerd ten aanzien van de comparitie na antwoord. Zo wordt na een comparitie in beginsel geen gelegenheid gegeven voor repliek en dupliek, tenzij een verzoek daartoe behoorlijk wordt gemotiveerd en de rechter re- en dupliek noodzakelijk acht uit oogpunt van hoor en wederhoor, dan wel voor een goede instructie van de zaak. Voor het nemen van een conclusie na enquête gelden soortgelijke criteria; voor een dergelijke conclusie wordt door de rechtbank geen toestemming verleend voorzover zij slechts een bespreking van de bewijsmiddelen inhoudt.

59 Te vinden via www.rechtspraak.nl, onder Rechtbank Maastricht/Informatie voor de advocatuur.

## 2.10 INVENTARISATIE

In de voorgaande paragrafen is een aantal rechtersregelingen die thans in de praktijk bestaan, kort besproken. De behandelde voorbeelden laten zien dat deze regelingen in meerdere opzichten (aanzienlijke) variatie kunnen vertonen. Zo verschilt de *herkomst* van de besproken regelingen: sommige zijn slechts door één gerecht vastgesteld, andere zijn op landelijk niveau tot stand gebracht, al dan niet via 'vertegenwoordigers' als bijvoorbeeld de vergadering van rechtbankpresidenten of sectorvoorzitters. Niet zelden zijn rechtersregelingen afkomstig van – formeel gesproken – buitengerechtelijke gremia als de NVvR of de Kring van Kantonrechters. Voorts bestaan verschillen in de wijze van *totstandkoming* (vindt bijvoorbeeld ook overleg met andere betrokkenen dan rechters plaats?) en in de mate van *bekendmaking* (in hoeverre wordt een rechtersregeling ook buiten de kring van direct betrokkenen gepubliceerd?).

Een belangrijk punt van onderscheid ten slotte wordt gevormd door het *onderwerp* waarop de verschillende rechtersregelingen betrekking hebben. De in het voorgaande besproken regelingen hebben gemeen dat zij steeds betrekking hebben op de wijze waarop een bepaalde beslissingsruimte, die door de wetgever aan de rechter is gelaten, zal worden ingevuld.[60] Hiermee is echter nog weinig gezegd, omdat rechterlijke beslissingsruimte zich in verschillende vormen kan voordoen. Vooruitlopend op een uitgebreidere bespreking van dit onderwerp in § 4.4.2, kan voorshands een drietal hoofdtypen worden aangeduid, waarbij overigens opmerking verdient dat deze hoofdtypen niet steeds scherp van elkaar te scheiden zijn en zich mengvormen kunnen voordoen.[61]

In de eerste plaats kunnen rechtersregelingen betrekking hebben op de wijze waarop bepaalde, doorgaans als 'discretionair' aangeduide, bevoegdheden moeten worden gehanteerd. Meestal gaat het hierbij om discretionaire bevoegdheden die berusten op het procesrecht, zoals het bepalen van termijnen, het verlenen van uitstellen, het toestaan van (nadere) conclusies, het gelasten van een comparitie of pleidooi of de invulling van de sanctiemogelijkheden van art. 21 en 22 Rv. Er bestaan echter ook regelingen omtrent de invulling van aan het materiële recht ontleende discretionaire bevoegdheden, zoals de aanbevelingen uit het rapport Voor-werk II die betrekking hebben op het gebruik van de rechterlijke matigingsbevoegdheden van art. 241 Rv en art. 6:109 BW ten aanzien van (bedongen, respectievelijk niet-bedongen) buitengerechtelijke kosten.

Een tweede categorie vormen de regelingen omtrent de bepaling van de hoogte van vergoedingen, zoals bijvoorbeeld het liquidatietarief, de kantonrechtersformule en de alimentatienormen. Deze categorie is overigens aan de eerste verwant. Ook de vaststelling van dergelijke vergoedingen wordt immers vaak

60 Vgl. de in § 1.3 gegeven begripsomschrijving.
61 Vgl. ook § 4.4.2.3.

als 'discretionair' aangeduid:[62] de beslissing van de rechter ter zake is bijvoorbeeld slechts in (zeer) beperkte mate voor toetsing door de hoogste rechter vatbaar.[63]

Ten derde komen rechtersregelingen voor met betrekking tot de uitleg van bepaalde wettelijke begrippen of vereisten. Voorbeelden uit deze laatste categorie zijn enkele aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters (bijvoorbeeld de aanbeveling inzake het voormalige reïntegratieplan), de afspraak van de rechtbankpresidenten inzake het kort geding en de belastingaanslag als 'eis in de hoofdzaak' en de invulling van het begrip 'tijdig' van art. 15 Betekeningsverdrag door de Rechtbank Amsterdam. In § 4.4.2 zal deze materie verder worden uitgediept.

62 Zie bijv. Snijders 1997a, p. 47; Brenninkmeijer 1989, p. 1624.
63 Zie hierover nader § 4.4.2.2.

# 3 Onafhankelijkheid rechter en verhouding rechter – wetgever

## 3.1 Inleiding

In de hoofdstukken 1 en 2 kwam naar voren, dat de toenemende samenwerking tussen rechters ertoe heeft geleid dat reeds met betrekking tot een aantal (voor de praktijk veelal belangrijke) onderwerpen rechtersregelingen zijn vastgesteld. Deze ontwikkeling roept niet alleen de vraag op, wat precies de juridische betekenis is van deze regelingen – een vraag die in het vervolg van dit onderzoek centraal zal staan – maar doet, daaraan voorafgaand, in meer algemene zin de vraag rijzen hoe een en ander zich verhoudt tot de traditionele rol van de burgerlijke rechter als onafhankelijke beslechter van individuele geschillen.

In dit hoofdstuk wordt daarom een tweetal onderwerpen behandeld die in dit kader bij uitstek van belang zijn: ten eerste de rechterlijke onafhankelijkheid, in het bijzonder de onafhankelijkheid tussen rechters onderling (§ 3.2), en ten tweede de (staatsrechtelijke) verhouding tussen rechter en wetgever (§ 3.3). Onderzocht wordt hoe deze leerstukken de mogelijkheid tot vaststelling van rechtersregelingen (met name uiteraard: bindende rechtersregelingen) beïnvloeden: staan zij aan deze mogelijkheid wellicht in algemene zin in de weg, of stellen zij althans bepaalde grenzen hieraan?

## 3.2 De onafhankelijkheid van de rechter

### 3.2.1 Inleiding

Het eerste algemene leerstuk dat een rol speelt bij de vraag naar de juridische betekenis van rechtersregelingen is de rechterlijke onafhankelijkheid. Wanneer immers rechtersregelingen tot stand worden gebracht, en *a fortiori* wanneer dergelijke regelingen resulteren in gebondenheid daaraan van (bepaalde) rechters, impliceert dit in zekere zin dat rechters aan andere rechters voorschrijven hoe te beslissen. De vraag is hoe een en ander zich verhoudt tot de eis (onder meer neergelegd in art. 6 EVRM) dat de rechter in een rechtsstaat onafhankelijk dient te zijn.

Bij de beantwoording van deze vraag zal allereerst worden ingegaan op de verschillende vormen waarin de rechterlijke onafhankelijkheid onderscheiden kan worden (§ 3.2.2). Het type onafhankelijkheid waar het in dit kader

met name om draait, is de onafhankelijkheid ten opzichte van andere rechters. Wat houdt deze laatste vorm van onafhankelijkheid in en hoe ver reikt zij (§ 3.2.3)? Na bespreking van deze vragen kan worden geïnventariseerd op welke wijze de rechterlijke onafhankelijkheid, in het bijzonder de onafhankelijkheid tegenover andere rechters, de mogelijkheden tot vaststelling van rechtersregelingen beïnvloedt (§ 3.2.4).

### 3.2.2 Verschillende vormen van onafhankelijkheid

De onafhankelijkheid van de rechter kent verschillende verschijningsvormen. Het meest gebruikelijk in de Nederlandse literatuur is een onderscheid tussen persoonlijke of rechtspositionele onafhankelijkheid enerzijds, en zakelijke of functionele onafhankelijkheid anderzijds.[1] Persoonlijke onafhankelijkheid ziet op waarborgen inzake onder meer benoeming, bezoldiging, schorsing en ontslag van rechters. Dergelijke waarborgen zijn onder andere in de Grondwet en de Wet Rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra) vastgelegd (vgl. o.a. art. 117 Gr.w. en art. 46b e.v. Wrra). Functionele onafhankelijkheid houdt in de eerste plaats in dat de rechter bij zijn beslissing geen aanwijzingen kan krijgen van de andere staatsmachten (wetgevende en uitvoerende macht). Hoewel de functionele onafhankelijkheid van de rechter in het Nederlandse constitutionele recht niet met zoveel woorden is vastgelegd, volgt deze uit de Triasgedachte,[2] alsmede uit het ontbreken van enige gezags- of bevelsrelatie tussen de rechterlijke macht en de overige staatsmachten.[3] De functionele onafhankelijkheid is echter niet beperkt tot een verbod aan andere staatsmachten om concrete *aanwijzingen* aan de rechter te geven. Dit aspect van onafhankelijkheid brengt met zich dat de rechter beslissingsvrijheid heeft, zodat *elke* vorm van beïnvloeding achterwege dient te blijven.[4] Ook uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens inzake art. 6 EVRM wordt wel afgeleid dat de rechter zijn beslissing dient te kunnen baseren op zijn eigen, vrije oordeelsvorming omtrent feiten en rechtsgronden, zonder enige binding ten opzichte van partijen of de overheid en zonder dat zijn beslissing door een andere instantie dan een andere, onafhankelijke, rechter kan worden gewijzigd.[5]

---

1 Zie bijv. Verhey 2001, p. 20-24; Kortmann 2001, p. 348-351; Bovend'Eert 1999, p. 9-10; Stroink 1999, p. 8-9; Franken 1997, p. 239-240; Duynstee 1974, p. 43-54. Zie voor een overzicht ook Kuijer 2004, p. 207-210.

2 Zie over de Trias Politica ook § 3.3.2.1.

3 Aldus Kortmann 2001, p. 348-349.

4 Zie Bovend'Eert 1999, p. 10-11; Stroink 1999, p. 20; Franken 1997, p. 239.

5 Zie Bovend'Eert 1999, p. 11; Kortmann 2001, p. 350; vgl. over het onafhankelijkheidsvereiste van art. 6 EVRM voorts Kuijer 2004, p. 212-302; Wagner 2001, p. 2-19; Stroink 1999, p. 12-32; Smits 1996, p. 255-284.

De (functionele) onafhankelijkheid van de rechter is echter geen doel in zichzelf, noch een 'persoonlijk privilege'[6] van de rechter: zij is uiteindelijk slechts een middel om een eerlijke rechtspraak (*'fair trial'*, vgl. art. 6 EVRM) te garanderen.[7] De rechterlijke onafhankelijkheid is bovendien naar haar aard niet onbeperkt, omdat de rechter bij het geven van zijn beslissing steeds gebonden is aan het recht.[8]

### 3.2.3 Ook onafhankelijkheid ten opzichte van andere rechters?

Hoewel de functionele onafhankelijkheid van de rechter in de eerste plaats bestaat ten opzichte van de wetgevende en uitvoerende macht,[9] wordt tegenwoordig vrij algemeen aangenomen dat de rechter daarnaast (een zekere mate van) onafhankelijkheid ten opzichte van *andere rechters* toekomt.[10] In elk geval kan de rechter naar huidig constitutioneel recht geen concrete aanwijzingen van andere rechters, bijvoorbeeld de president van zijn college, krijgen.[11] Hoe ver deze onafhankelijkheid ten opzichte van andere rechters reikt is echter vrij onduidelijk, nu zowel het geldende Nederlandse recht[12] als de jurisprudentie van het Europese Hof inzake art. 6 EVRM[13] ter zake weinig aanknopingspunten bieden. De vraag waar het in dit verband met name om draait, is of de individuele onafhankelijkheid zó ruim moet worden opgevat dat ook beïnvloeding op andere wijze dan via concrete aanwijzingen, bijvoorbeeld in de vorm van algemene 'aanbevelingen', 'richtlijnen' en dergelijke (kortom: rechtersregelingen) ongeoorloofd is, met name wanneer deze van andere rechters of rechterlijke gremia afkomstig zijn.[14]

---

6 Aldus Bovend'Eert 1997, p. 234.

7 Vgl. Hermans 1998, p. 302; Martens 1997, p. 12-13; Franken 1997, p. 238; Smits 1996, p. 246-247.

8 Zie onder meer Stroink 2001, p. 53; Bovend'Eert 1997, p. 240; Franken 1997, p. 239; Snijders 1997b, p. 1796; Brenninkmeijer 1989, p. 1621.

9 Vgl. Kortmann 2001, p. 351; Bok 1997, p. 236.

10 Zie onder meer Bovend'Eert 1999, p. 10; Stroink 1999, p. 8; De Werd 1998a, p. 144-145; Hermans 1998, p. 304; Buijs & Stroink 1997, p. 33; Ingelse 1996, p. 1666; Snijders 1992 p. 53. Enigszins anders Martens 1997, p. 13, die van mening is dat de functionele onafhankelijkheid in de eerste plaats toekomt aan het gerecht, en slechts bij wijze van afgeleide aan de individuele rechters. Eveneens anders Kortmann 2001, p. 351. Zie over dit onderwerp voorts § 5.2.2.

11 Zie Bovend'Eert 1999, p. 10; vgl. in dezelfde zin Rb. Leeuwarden 24 juli 2000, *NJ* 2000, 696. Terzijde wijs ik erop dat sedert 1 januari 2002 art. 24 RO voorziet in een bevoegdheid van het gerechtsbestuur tot het geven van 'algemene en bijzondere' aanwijzingen. Blijkens lid 2 van deze bepaling mag het bestuur hierbij echter niet treden in (kort gezegd) de behandeling, beoordeling of beslissing van concrete zaken of categorieën van zaken (de zogeheten 'onafhankelijkheidsexceptie').

12 Vgl. Verhey 2001, p. 21.

13 Zie hierover Kuijer 2004, p. 277; Smits 1996, p. 279-280; Snijders 1992, p. 53.

14 In deze zin bijv. De Werd 1997b, p. 37; Buijs & Stroink 1997, p. 33-34.

Bij de beantwoording van deze vraag is met name van belang wat de *ratio* is van de rechterlijke onafhankelijkheid in het algemeen, en van de onafhankelijkheid ten opzichte van andere rechters in het bijzonder. Onafhankelijkheid is, zoals reeds opgemerkt, een middel om eerlijke rechtspraak te garanderen, maar geen doel in zichzelf. De eis van onafhankelijkheid strekt ertoe te voorkomen dat een rechter op ongeoorloofde wijze kan worden beïnvloed bij zijn beslissing. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn, wanneer de regering in een concrete zaak aanwijzingen aan een rechter zou kunnen geven. Onafhankelijkheid betekent echter geenszins dat de rechter volgens zijn eigen, hoogstpersoonlijke, rechtsopvatting zou mogen of moeten rechtspreken. Of, zoals Brenninkmeijer het heeft geformuleerd, onafhankelijkheid staat niet gelijk aan *subjectiviteit* van de individuele rechter.[15] Ook in de rechtspraak moeten gelijke gevallen immers gelijk behandeld worden.[16] Rechtspraak is daarom, zo betoogt Brenninkmeijer, uiteindelijk gebaseerd op een, zich via afzonderlijke uitspraken ontwikkelende, *gemeenschappelijke* visie van de betrokken rechters.[17]

Hierop voortbouwend kan men zeggen dat de hier bedoelde vorm van rechterlijke onafhankelijkheid daarin tot uiting komt, dat iedere individuele rechter deel uitmaakt van de ontwikkeling van een dergelijke gemeenschappelijke visie of rechtsopvatting, en deze dus door middel van zijn beslissingen in een bepaalde richting kan sturen. De eis van individuele onafhankelijkheid reikt echter ook niet verder dan dat: heeft zich eenmaal een bepaalde gemeenschappelijke rechtsopvatting uitgekristalliseerd, dan dient een individuele rechter zich – behoudens goede redenen voor afwijking of verandering – hierbij aan te sluiten, ook al zou hij er persoonlijk een andere opvatting op na houden. De individuele onafhankelijkheid staat er dan ook niet aan in de weg dat de rechter gebonden kan worden aan een rechtersregeling waarin een zodanige gemeenschappelijke rechtsopvatting is neergelegd.[18] Wel zal mijns inziens aan de individuele onafhankelijkheid het meest recht worden gedaan, indien de betrokken individuele rechters inderdaad in de gelegenheid worden gesteld op de *totstandkoming* van die gemeenschappelijke rechtsopvatting invloed uit te oefenen.[19]

---

15 Brenninkmeijer 2001a, p. 59.

16 Zie hierover ook § 4.4.3.2 en § 7.5.2.4.

17 Brenninkmeijer 2001a, p. 59.

18 Ten onrechte anders: Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 8 maart 2001, *JV* 2001, 158 met (kritische) noot van B.K. Olivier. Deze president oordeelde dat de rechterlijke onafhankelijkheid eraan in de weg staat dat een individuele rechter gebonden zou worden aan een bekendgemaakte 'inhoudelijke' regel van (landelijk) rechterlijk beleid; ook het aannemen van gebondenheid aan de uitspraken van andere rechters zou zich niet met de rechterlijke onafhankelijkheid verdragen.

19 Het gaat hierbij uiteraard niet zozeer om iedere individuele rechter persoonlijk (de personele samenstelling van een gerecht is immers steeds aan verandering onderhevig), als wel om de *op het moment van totstandkoming* in functionele zin betrokken rechters. De eis dat de betrokkenen bij de totstandkoming van een rechtersregeling in de gelegenheid zijn daarop invloed uit te oefenen kan slechts deze laatste groep gelden. Zie hierover ook § 5.2.2.

Men kan bij de hier besproken vraag voorts een vergelijking maken met de rechtspraak in meervoudige kamers: de individuele rechter mag, ja moet, in eerste instantie zijn eigen oordeel over het geschil geven (hierin komt zijn individuele onafhankelijkheid tot uiting), maar uiteindelijk zal hij zich moeten aansluiten bij het oordeel van de meerderheid.[20] Ook van de gebondenheid aan de uitspraken (precedenten) van andere rechters kan worden aangenomen dat deze niet in strijd komt met de onafhankelijkheid van de (individuele) rechter.[21]

### 3.2.4 Conclusies

De rechterlijke onafhankelijkheid kent verschillende verschijningsvormen. Hiervan doet met name de onafhankelijkheid ten opzichte van andere rechters (de individuele onafhankelijkheid) zich gelden bij de totstandkoming van rechtersregelingen. Zoals in het voorgaande bleek, wordt wel betoogd dat de vaststelling van rechtersregelingen in strijd komt met deze laatste vorm van onafhankelijkheid.

Deze conclusie deel ik niet. De onafhankelijkheid van de rechter, en zeker de onafhankelijkheid ten opzichte van andere rechters, is niet onbegrensd. Wel is uit oogpunt van (individuele) onafhankelijkheid noodzakelijk te achten dat de (op dat moment) betrokken rechters in de gelegenheid worden gesteld te participeren in de totstandkoming van een gemeenschappelijke visie of rechtsopvatting (die neergelegd kan zijn in een rechtersregeling, maar bijvoorbeeld ook in een of meer precedenten). Anderzijds is dit echter ook voldoende: de individuele onafhankelijkheid van de rechter reikt niet zó ver dat hij aan een aldus vastgestelde rechtersregeling slechts gebonden kan zijn indien en voorzover hij het met de inhoud daarvan eens is.[22]

De rechterlijke onafhankelijkheid staat derhalve niet in algemene zin de weg aan de vaststelling van rechtersregelingen, noch aan eventuele gebondenheid van de rechter daaraan. Zij zal echter wel invloed (kunnen) uitoefenen op de eisen die aan de wijze van totstandkoming van zodanige regelingen gesteld moeten worden. Hierop zal in § 5.2 nader worden ingegaan.

---

20 Vgl. Martens 1997, p. 13-14.

21 Aldus ook Martens 1997, p. 12-14; Snijders 1997b, p. 1796. Zie over de gebondenheid van de rechter aan precedenten uitgebreid hoofdstuk 7.

22 Zie in dezelfde zin bijv. De Waard 1998, p. 158; Bok 1997, p. 236-237; Snijders 1997b, p. 1796; Martens 1997, p. 12-14; Wulffraat-van Dijk 1995, p. 366-369; Brenninkmeijer 1989, p. 1626. Anders: De Werd 1997a, p. 327-328; Buijs & Stroink 1997, p. 33-34.

## 3.3 Verhouding tussen rechter en wetgever

### 3.3.1 Inleiding

Zoals in de voorgaande paragraaf bleek, vormt de onafhankelijkheid van de rechter geen principieel obstakel voor de vaststelling van rechtersregelingen (eventueel ook: bindende rechtersregelingen) door rechters. Een ander veel gehoord argument tegen de vaststelling van dergelijke rechtersregelingen is dat de rechter zich hiermee schuldig zou maken aan ongeoorloofde daden van *wetgeving*.[23] Zulks zou in strijd zijn met de scheiding der machten. De vaststelling van algemene regels wordt in ons rechtssysteem immers doorgaans bij uitstek als een taak voor de wetgever beschouwd.[24] De rechter zou daarom niet tot vaststelling van rechtersregelingen 'bevoegd' zijn, en voorzover dergelijke regelingen toch tot stand komen zou daaraan elke bindende werking ontzegd moeten worden.

Hiermee is de tweede algemene vraag die behandeling behoeft genoemd, namelijk of de staatsrechtelijke verhouding tussen rechter en wetgever inderdaad in de weg staat aan de vaststelling van rechtersregelingen, in het bijzonder aan het aannemen van gebondenheid daaraan. Teneinde deze vraag te kunnen beantwoorden zal eerst in algemene zin worden bezien, hoe de afbakening van taken tussen rechter[25] en wetgever naar huidige inzichten wordt opgevat (§ 3.3.2). Vervolgens kan worden onderzocht in hoeverre het hierbij verschil maakt of de rechter zich binnen, dan wel buiten het kader van de beslechting van een concreet geschil van de hem toekomende taak kwijt (§ 3.3.3). Hét element dat rechtersregelingen wezenlijk onderscheidt van de meer gebruikelijke regels van 'rechtersrecht' is immers dat eerstgenoemde regels niet via rechterlijke uitspraken worden gevormd, maar juist daarbuiten tot stand worden gebracht.[26]

### 3.3.2 Taakverdeling tussen rechter en wetgever

#### *3.3.2.1 Uitgangspunt: de Trias Politica*

Traditioneel wordt in beschouwingen omtrent de staatsrechtelijke verhouding tussen rechter en wetgever veelal de Trias Politica, de leer van de scheiding der machten, tot uitgangspunt genomen. Hoewel vele auteurs zich met dit

23 Vgl. in deze zin bijv. Köhne 2000, p. 157-158; Hendriksen 2001, p. 150; Scholtens 2000, p. 15; Buijs & Stroink 1997, p. 34; Neerhof 1995, p. 229.

24 Vgl. Polak 1987, p. 26.

25 Gezien de opzet van dit onderzoek gaat het hierbij primair om de positie van de *burgerlijke* rechter t.o.v. de wetgever, al zal hetgeen hierover gezegd wordt wel grotendeels van overeenkomstige toepassing zijn op andere soorten (overheids)rechters.

26 Zie § 1.3.

onderwerp hebben bezig gehouden,[27] is deze leer met name verbonden met de 18e-eeuwse Franse schrijver Montesquieu, in het bijzonder met zijn verhandeling *'De l'esprit des lois'* uit 1748.

Volgens Montesquieu zijn in iedere staat drie machten (in de zin van functies[28]) aan te wijzen – wetgeving, bestuur en rechtspraak:

> "Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil.
> Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois (-). Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit des crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutrice de l'État."[29]

Teneinde de vrijheid van de burger te waarborgen, dienen deze functies gescheiden te blijven en door verschillende staatsorganen te worden uitgeoefend. Macht leidt immers licht tot machtsmisbruik: iedere machtsdrager is geneigd de grenzen van zijn macht op te zoeken.[30] Het is daarom noodzakelijk dat de uitoefening van macht door de overheid steeds begrensd is: *"il faut que le pouvoir arrête le pouvoir"*.[31]

De beschouwingen van Montesquieu zijn overigens primair gericht op de verhouding tussen de twee 'politieke' machten in de staat: de wetgever en het bestuur. De rechter staat buiten dit politieke blok en moet daarom in zekere zin een 'onzichtbare' macht (*'invisible et nulle'*[32]) zijn. Hoewel Montesquieu op de taak van de rechter dus niet al te uitgebreid ingaat, is zoveel wel duidelijk dat het aan de wetgever is, algemene regels of wetten vast te stellen. Deze taak komt niet toe aan de rechter: deze laatste dient slechts, volgens de door de wetgever vastgestelde regels, te oordelen in het concrete geval. Over de inhoudelijke waarde van de wet mag de rechter zich niet uitspreken. Beroemd in dit verband is het volgende citaat:

> "Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur."

---

27 Zie hierover uitgebreid Oosterhagen 2000, p. 11-55; Schönfeld 1979, p. 34-66.
28 Vgl. over deze terminologie Oosterhagen 2000, p. 76-78.
29 Montesquieu 1964, p. 586.
30 Montesquieu 1964, p. 586.
31 Montesquieu 1964, p. 586.
32 Montesquieu 1964, p. 587.

De precieze betekenis van deze passage is overigens omstreden: niet duidelijk is of Montesquieu de rechter werkelijk louter als een mechanische wetstoepasser (*'bouche de la loi'*) zag.[33] De rest van zijn betoog lijkt veeleer van een zekere verdeling dan van een strikte scheiding tussen de drie staatsmachten uit te gaan.[34] Hoe dit verder ook zij, de theorie van Montesquieu en met name het zojuist aangehaalde citaat zijn traditioneel wel vaak in deze zin geïnterpreteerd: de rechter dient slechts de van de wetgever afkomstige regels toe te passen, en niets meer dan dat.[35]

Ook in ons land is de aldus verstane leer van de Trias Politica invloedrijk geweest. Hoewel de Triasleer in het Nederlandse constitutionele recht nooit volledig is verwezenlijkt,[36] heeft aan de Grondwetten vanaf 1814 steeds een zekere machtenscheiding ten grondslag gelegen.[37] In het bijzonder komt deze tot uitdrukking in de attributie van de rechtspraak aan de (onafhankelijke) rechtsprekende macht.[38]

De bepalingen van Nederlands recht waarin de 'traditionele' idee van de scheiding der machten, en met name de gevolgen daarvan voor de verhouding tussen wetgever en rechter, het duidelijkst tot uitdrukking is gekomen, zijn echter niet te vinden in de Grondwet maar in de uit 1829 daterende Wet Algemene Bepalingen. Art. 11 van deze wet luidt:

> "De regter moet volgens de wet regt spreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen."

En art. 12 AB bepaalt:

> "Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn."

Uit deze beide bepalingen komt duidelijk de zojuist geschetste traditionele visie op de verhouding tussen wetgevende en rechtsprekende functie naar voren: de rechter mag slechts volgens de wet oordelen in het concrete geval, maar hij mag geen oordelen met een verdergaande strekking geven en daarmee zelf nieuwe rechtsregels creëren.[39] Het is deze zelfde visie die (mede) de achtergrond vormde van het in de negentiende eeuw opkomende legisme,

---

33 Zie hierover bijv. Witteveen, p. 34-35; Brenninkmeijer 1987, p. 128-131; Schönfeld 1979, p. 34-56.
34 Zie hierover Brenninkmeijer 1987, p. 126-127.
35 Zie voor een overzicht Schönfeld 1979, p. 5-10.
36 Aldus Kortmann 2001, p. 47; zie hierover ook Oosterhagen 2000, p. 357-362.
37 Zie Kortmann 2001, p. 48; Brenninkmeijer 1987, p. 125.
38 Kortmann 2001, p. 47.
39 Zie over de (historische) betekenis van art. 12 AB ook § 7.5.2.5.

dat na de codificatie van het burgerlijk recht de wet als (exclusieve) bron van recht centraal stelde en de rechter enkel als wetstoepasser zag.[40]

*3.3.2.2 De rechtsvormende taak van de rechter*

Hoewel de Triasleer zoals deze oorspronkelijk wel werd opgevat tot een duidelijke taakafbakening tussen rechter en wetgever bleek te leiden, kan geconstateerd worden dat in ons huidige constitutionele bestel de verhouding tussen rechter en wetgever een geheel andere invulling heeft gekregen. Een tweetal ontwikkelingen heeft hiertoe in het bijzonder bijgedragen.

Allereerst is – reeds lang – onderkend dat rechtspraak door de rechter niet louter *toepassing* van rechtsregels is, en dit ook niet kán zijn.[41] De rechtsregels die de rechter dient toe te passen liggen immers niet steeds pasklaar voor toepassing gereed. Hoewel de rechter in veel gevallen inderdaad eenvoudigweg de wet zal kunnen toepassen op het concrete geval[42] is het lang niet altijd mogelijk, de oplossing voor een bepaalde kwestie rechtstreeks uit de wet (of uit een andere rechtsregel) af te leiden. In dat geval zal de rechter, teneinde tot een beslissing te kunnen komen, de wet (nader) moeten concretiseren, aanvullen of verfijnen[43] alvorens hij deze kan toepassen. Dit proces van 'rechtsvinding' kan ertoe leiden dat de rechter nieuwe elementen toevoegt aan de reeds bestaande regels, of zelfs tot de vorming van geheel nieuwe rechtsregels komt. Rechtstoepassing door de rechter brengt aldus noodzakelijkerwijs rechtsvinding én rechtsvorming met zich.[44]

In de tweede plaats is ook de wetgever zélf, met name in het burgerlijk recht, welbewust meer aan de rechter gaan overlaten.[45] De wetgever kan immers bij de vaststelling van een algemene regeling niet alle toekomstige situaties voorzien, laat staan deze tot in details regelen. Zo zijn in het huidige Burgerlijk Wetboek vele vage of open normen opgenomen ('goede trouw', de 'zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt', 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid', et cetera), waarvan de betekenis voor concrete gevallen nader door de rechter moet worden bepaald.[46] Ten aanzien van bepaalde leerstukken (zoals bijvoorbeeld de precontractuele fase en de derdenwerking van overeenkomsten) is er zelfs bewust van afgezien deze in het BW te regelen, teneinde de (verdere) rechtsontwikkeling op deze gebieden

40 Zie hierover Kop 1992, p. 30-33; Pontier 1998, p. 57-62.
41 Hieraan heeft met name het Algemeen Deel van Scholten (Asser-Scholten 1974) een belangrijke bijdrage geleverd.
42 Dit wordt wel eens onderbelicht; vgl. Drion 1973 p. 50, die in dit verband spreekt van een 'rechtsvinderssyndroom'.
43 Vgl. Hesselink 1999, p. 400.
44 Vgl. bijv. Asser-Scholten 1974, p. 122: 'de toepassing *is* rechtsvorming'.
45 Zie hierover Wiarda/Koopmans 1999, p. 43-50 en p. 71-76.
46 Vgl. in deze zin ook *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 26-27.

geheel aan de rechter over te laten.[47] Deze 'rechtsontwikkelingsfunctie'[48] van de rechtspraak is ook tot uitdrukking gebracht in het in 1988 ingevoerde art. 101a (thans art. 81) RO, dat uitdrukkelijk verwijst naar deze taak van de (cassatie)rechter.

Tot slot heeft ook internationaal verdragsrecht (waarbij in het bijzonder valt te denken aan het EG-recht en het EVRM) in dit verband een belangrijke rol gespeeld. Art. 94 Gr.w. gebiedt de rechter immers, regels van nationaal recht die in strijd zijn met ieder verbindende verdragsbepalingen buiten toepassing te laten. Wanneer door het buiten toepassing laten van een bepaalde regel een 'leemte' ontstaat, zal de rechter veelal genoodzaakt zijn deze op te vullen door zelf een nieuwe rechtsregel te ontwikkelen.[49]

De hier geschetste ontwikkelingen hebben ertoe geleid, dat thans als algemeen aanvaard kan worden beschouwd dat de rechter, naast de wetgever, een eigen 'rechtsvormende taak' vervult:[50] ook de rechter kan in zijn uitspraken tot de vorming van algemene rechtsregels komen.[51] Niet langer wordt dan ook uitgegaan van een strikte machtenscheiding tussen wetgever en rechter op het gebied van de rechtsvorming, maar veeleer van een zekere samenwerking tussen deze beide machten.[52] De verhouding tussen rechter en wetgever wordt tegenwoordig veelal omschreven in termen van machts*evenwicht*.[53] Tegen deze achtergrond bezien worden bepalingen als art. 11 en 12 AB, die nog van een geheel andere opvatting getuigen, daarom niet ten onrechte wel als 'achterhaald' gekarakteriseerd.[54]

### *3.3.2.3 Grenzen aan rechterlijke rechtsvorming*

Hoewel de rechter primair beslist in concrete gevallen onder toepassing van rechtsregels, blijkt hij hierbij ook zélf tot de vorming van rechtsregels te kunnen

47 Vgl. *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1440-1448 m.b.t. de precontractuele fase en *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 917 m.b.t. de derdenwerking van overeenkomsten.

48 Zie voor deze term Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 13; zie hierover ook § 7.5.2.3.

49 Zie hierover Martens 2000, p. 174-178; Wiarda/Koopmans 1999, p. 50-60.

50 Zie hierover uitgebreid Martens 2000, p. 171-181; Stolker 1993, p. 60-83. Ook de Hoge Raad spreekt sinds zijn arrest van 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 230 m.nt. G openlijk van de 'rechtsvormende taak' van de rechter.

51 Een fraai voorbeeld hiervan vormt HR 17 januari 2003, *NJ* 2003, 113 m.nt. PV, waarin de Hoge Raad in de onduidelijkheid en vertraging die was ontstaan bij totstandkoming van de uitvoeringswetgeving bij de EG-Betekeningsverordening, aanleiding zag te bepalen dat eventueel ontstane verzuimen in de betekening hersteld konden worden in *alle* gevallen waarin vóór 1 april 2003 een dagvaarding op de voet van art. 63 lid 1 Rv was betekend. Zie over de precieze werking van door de rechter gevormde rechtsregels voorts hoofdstuk 7 en 8.

52 Vgl. Brenninkmeijer 2001c, p. 1192 (met veel verdere verwijzingen); Snijders 1997b, p. 1793-1794; Polak 1987, p. 26-29.

53 Aldus bijv. Witteveen 1991, p. 69-74.

54 In deze zin Snijders 2001, p. 21-22; Asser-Vranken 1995, nrs. 78-80; Martens 1997, p. 12. Zie over de betekenis van art. 12 AB ook § 7.5.2.5.

komen: de rechter heeft een eigen 'rechtsvormende taak'. Deze rechtsvormende taak van de rechter kent echter grenzen.

In de eerste plaats zijn deze grenzen gegeven met het feit dat de rechter, anders dan de wetgever, niet 'democratisch gelegitimeerd' is. De rechter wordt immers niet via periodieke verkiezingen gekozen. Nu is overigens op dit verschil in democratische legitimatie tussen wetgever en rechter in beide richtingen wel wat af te dingen. Enerzijds zijn de wetgevende organen (regering en parlement, maar ook lagere wetgevers als de gemeenteraad) weliswaar door verkiezingen rechtstreeks democratisch gelegitimeerd, maar mag deze legitimatie ook weer niet overschat worden. Verkiezingen worden immers slechts periodiek gehouden, terwijl daarbij bovendien een heel scala aan onderwerpen door de kiezer in zijn afweging moet worden betrokken. De democratische legitimatie van een individuele wet of maatregel is *de facto* dan ook vaak gering. Men kan in de meeste gevallen niet zeggen dat het oordeel van de kiezers werkelijk gericht is geweest op de inhoud van een bepaalde wet.[55] Anderzijds kan ook rechtsvorming door de rechter op zekere wijze democratisch gelegitimeerd zijn, en wel omdat de rechter daarbij de in de maatschappij levende opvattingen en overtuigingen in acht neemt.[56] Zo dient de rechter volgens art. 3:12 BW bij de vaststelling van hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen onder meer rekening te houden met 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen'. Ook in meer algemene zin kan aan rechtsvorming door de rechter de eis worden gesteld, dat deze aansluit bij de in de maatschappij levende rechtsovertuigingen.[57]

Hoewel derhalve ook bij rechterlijke rechtsvorming een bepaalde vorm van democratische legitimatie aanwezig kan zijn, neemt dit niet weg dat deze (inderdaad) anders van aard is dan de democratische legitimatie waarover de wetgever beschikt. In tegenstelling tot de gekozen wetgever mag de onafhankelijke en onpartijdige rechter geen 'eigen' – politieke – doelstellingen nastreven.[58] In lijn hiermee zijn dan ook door de Hoge Raad grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter gesteld: wanneer bijvoorbeeld ten aanzien van een bepaalde kwestie verschillende oplossingen mogelijk zijn, waarbij de keuze mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, dient de rechter terug te treden en zich van rechtsvorming te onthouden.[59] Het gaat derhalve om de *inhoud* van bepaalde besluiten, die aan de wetgever is voorbehouden: het maken van als 'politiek' te beschouwen keuzen.

---

55 Zie hierover uitgebreid Rijpkema 2001, p. 22-29 en p. 44-45.
56 Vgl. Rijpkema 2001, p. 45-46.
57 Zie Haazen 2001, p. 291-297; Rijpkema 2001, p. 45-46.
58 Zie hierover Rijpkema 2001, p. 48-55.
59 Aldus HR 12 mei 1999, *NJ* 2000, 170 m.nt. ARB; zie over deze grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter voorts Martens 2000, p. 174-178; Stolker 1993, p. 60-83.

Een voorbeeld hiervan biedt het 'Taxibus'-arrest.[60] Hierin oordeelde de Hoge Raad dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan indien hij, in afwijking van het huidig wettelijk stelsel, zou overgaan tot de toekenning van een vergoeding voor 'affectieschade' aan de nabestaanden van een slachtoffer van een ongeval. De introductie van een dergelijke schadevergoeding vergt immers onder meer een afbakening van de gevallen waarin en de personen waaraan deze vergoeding kan worden toegekend; voorts zal moeten worden bezien of aan de vergoeding van affectieschade bepaalde financiële grenzen moeten worden gesteld. Dergelijke afwegingen dienen door de wetgever, niet door de rechter, te worden gemaakt.

De aldus getrokken grenzen aan rechterlijke rechtsvorming zijn overigens bepaald ruim te noemen. Zeker in het burgerlijk recht doet zich slechts bij uitzondering de situatie voor dat de rechter deze grenzen zou overschrijden door een bepaalde beslissing te geven.

Het feit dat de rechter in het kader van de beslissing in een concrete procedure tot rechtsvorming komt, stelt eveneens grenzen aan zijn mogelijkheden daartoe. Zo is de rechter om te beginnen afhankelijk van de rechtsvragen die partijen hem voorleggen. Anders dan de wetgever kan hij niet op geheel eigen initiatief nieuwe rechtsregels tot stand brengen. Voorts is de rechter voor zijn informatievoorziening grotendeels afhankelijk van hetgeen partijen hem voorschotelen, terwijl de wetgever zelf onderzoek kan verrichten naar de consequenties van een nieuwe regel. De rechter beschikt bij dit alles bovendien niet over een uitgebreide ambtelijke ondersteuning en zal binnen korte tijd zijn uitspraak moeten doen, waar de wetgever voor de voorbereiding van een wet jaren de tijd kan nemen.[61] Als gevolg van dit alles zijn de mogelijkheden tot rechtsvorming door de rechter derhalve ook in praktische zin begrensd. De rechter is simpelweg niet op dezelfde wijze toegerust om recht te vormen als de wetgever.

*3.3.2.4 Conclusies*

Hoewel de rechter in beginsel slechts in concrete gevallen recht spreekt, kan hij in het kader van deze taak bovendien komen tot de vorming van regels met een algemener bereik: rechtsvorming. Het kan hierbij zowel gaan om de (verdere) concretisering, aanvulling of verfijning van het reeds bestaande recht, als om de vorming van geheel nieuwe regels. Aangenomen kan worden dat dit op zichzelf niet leidt tot een botsing met de taken van de wetgever. Naar huidige opvattingen is immers geen sprake meer van een werkelijke machtenscheiding tussen rechtsprekende en wetgevende macht, maar veeleer van een

60 HR 22 februari 2002 (Woudsend/V.), *NJ* 2002, 240 m.nt. JBMV.
61 Zie over dit alles nader Rijpkema 2001, p. 55-60; Polak 1987, p. 24-26.

machtsevenwicht. Het is derhalve niet problematisch dat, naast de wetgever, ook de rechter tot op zekere hoogte een rechtsvormende taak vervult.

Deze rechtsvormende taak van de rechter is echter in meerdere opzichten begrensd. In de eerste plaats mist de rechter de 'rechtstreekse' democratische legitimatie van de wetgever en mag hij geen eigen politieke doelstellingen nastreven. Dit leidt tot een inhoudelijke begrenzing van zijn rechtsvormende taak: zoals ook tot uiting komt in de rechtspraak van de Hoge Raad, dient de rechter met name terug te treden in gevallen waarin de beantwoording van een bepaalde rechtsvraag afhangt van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzen van rechtspolitieke aard vergt. Dergelijke keuzen zijn in ons staatsbestel voorbehouden aan de wetgever. Ten tweede vloeien uit de kaders van de geschilbeslechtende procedure ook zekere grenzen van praktische aard voort. De rechter is door zijn gebondenheid aan de procedure immers niet in alle opzichten even goed toegerust als de wetgever om recht te kunnen vormen.

### 3.3.3 Rechtsvorming door de rechter buiten het kader van geschilbeslechting

#### *3.3.3.1 Inleiding*

In het voorgaande bleek dat de rechter, bij de uitoefening van zijn rechtsprekende taak, zich niet uitsluitend kan beperken tot de toepassing van bestaande, van de wetgever afkomstige regels, maar dat deze toepassing van rechtsregels noodzakelijkerwijs de vorming van nieuwe rechtsregels[62] impliceert. Deze 'rechtsvormende taak' van de rechter komt niet per definitie in strijd met de staatsrechtelijke verhouding tussen rechter en wetgever, al zijn, gelet op deze verhouding, daaraan wel zekere grenzen verbonden.

Thans dient te worden bezien, of het evenzeer geoorloofd is indien de rechter *buiten* het kader van de beslechting van een concreet geschil – via de vaststelling van een rechtersregeling – tot rechtsvorming komt. Of, anders geformuleerd: is de aanwezigheid van een concreet geschil noodzakelijk, wil de rechter tot rechtsvorming kunnen – én mogen – komen? Deze vraag valt te onderscheiden in twee deelvragen: ten eerste of het feitelijk mogelijk is dat de rechter los van een concreet geschil tot rechtsvorming komt, en ten tweede of zulks ook aanvaardbaar is te achten. In de volgende paragrafen komen deze beide deelvragen afzonderlijk aan de orde.

---

62 Zoals in § 3.3.2.2 reeds is opgemerkt dient hieronder tevens te worden verstaan de toevoeging van nieuwe elementen (bijv. een verdere concretisering of aanvulling) aan reeds bestaande rechtsregels.

*3.3.3.2 Aanwezigheid van feiten noodzakelijk?*

Wanneer de rechter recht spreekt in een aan hem voorgelegde zaak, is een eerste gevolg hiervan dat de rechter aldus op basis van de feiten van het desbetreffende geval tot rechtsvorming kan komen. Deze feiten kunnen bijvoorbeeld de aanleiding zijn om überhaupt tot vorming van een nieuwe regel over te gaan, omdat het bestaande recht voor het desbetreffende geval geen aanvaardbare oplossing biedt. Voorts kunnen de feiten van het concrete geval de aanknopingspunten verschaffen voor de (her)formulering van een bepaalde rechtsregel.[63] De vraag is nu of deze aanwezigheid van feiten ook een essentieel vereiste is bij rechtsvorming door de rechter, zoals in de literatuur wel wordt verdedigd.[64]

Ik meen dat deze vraag niet in algemene zin met ja of nee valt te beantwoorden. De rechter kan immers geroepen worden tot de beantwoording van uiteenlopende soorten rechtsvragen. Sommige daarvan zijn sterk aan een specifieke casuspositie gebonden, andere zijn daarentegen juist zeer 'algemeen' van aard. Een voorbeeld van het eerste is de invulling van de onrechtmatigheidscategorie 'handelen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' (art. 6:162 lid 2 BW). De (rechts)vraag of een bepaalde gedraging in strijd is met de maatschappelijke zorgvuldigheid – en daarmee onrechtmatig is – zal in veel gevallen slechts met inaanmerkingneming van alle omstandigheden van het concrete geval beantwoord kunnen worden.[65] De jurisprudentie op dit terrein is dan ook overwegend casuïstisch van aard: wanneer daarin algemene (sub)regels worden gevormd ter invulling van de 'maatschappelijke zorgvuldigheid', zijn deze veelal sterk verweven met de feiten van een bepaald geval. Een voorbeeld hiervan vormt de subregel die de Hoge Raad in het natronloog-arrest[66] formuleerde:

> "Het is in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer wordt vereist (-) om een emmertje met onbekende vloeistof in een kartonnen doos met daaromheen niet anders dan een dichtgebonden plastic vuilniszak voor afvoering door een vuilnisophaaldienst neer te zetten, tenzij men ofwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, ofwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degeen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof."

Het lijkt inderdaad niet goed denkbaar dat de rechter een dergelijke regel ooit geheel los van een aan hem voorgelegd geschil zou kunnen ontwikkelen. Dit laat overigens onverlet dat de *strekking* van deze regel uiteraard niet beperkt

63 Vgl. Köhne 2000, p. 106-107.
64 In deze zin bijv. Haak 2000, p. 713-714; Köhne 2000, p. 106-110; Loth 2001, p. 115-116.
65 Vgl. Asser-Hartkamp 2002 (4-III), nr. 44.
66 HR 8 januari 1982 (De Rijk/Dorpshuis Kamerik), *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB.

is tot uitsluitend dit specifieke geval. Ook in gevallen waarin zich niet exact dezelfde, maar wel vergelijkbare feiten voordoen, zal de regel toepassing kunnen vinden.[67]

Niet in alle gevallen echter speelt het concrete geval een zodanige, onmisbare, rol bij de rechtsvorming door de rechter. Soms is het juist heel goed mogelijk een algemene regel te formuleren, die min of meer los staat van een specifieke casuspositie. Een treffend voorbeeld hiervan vormt de zgn. '50%-regel', die de Hoge Raad heeft ontwikkeld inzake de invulling van de 'eigen schuld' (art. 6:101 BW) van voetgangers en fietsers bij aansprakelijkheid van een automobilist. In het arrest IZA/Vrerink formuleerde de Hoge Raad deze regel aldus:

> "Wanneer de eigenaar van het motorrijtuig in beginsel krachtens art. 31 WVW aansprakelijk is, omdat hij niet overmacht aannemelijk heeft gemaakt, doch er wel een fout van de fietser of voetganger is, zonder dat evenwel sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid, eist de billijkheid bij de verdeling van deze schade over de betrokkenen dat tenminste 50 percent van de schade ten laste van het motorrijtuig wordt gebracht wegens de verwezenlijking van het daaraan verbonden gevaar. Dit brengt mede dat deze eigenaar in ieder geval aansprakelijk is voor de helft van de schade van de fietser of voetganger. Ten aanzien van de andere helft is in beginsel beslissend in hoeverre de – foutieve – gedragingen van de eigenaar en de fietser of voetganger tot de schade hebben bijgedragen. Dit geldt ook, wanneer de aansprakelijkheid van de eigenaar niet op art. 31 WVW wordt gegrond, doch slechts op de algemene regels betreffende onrechtmatige daad."[68]

Hoewel deze 50%-regel strikt genomen gevormd is naar aanleiding van een concreet geval – de zaak IZA/Vrerink – is de relatie hiertoe slechts minimaal: iedere verwijzing naar omstandigheden die juist in dit geval specifiek waren, ontbreekt. Sterker nog, de 50%-regel werd door de Hoge Raad in deze zaak zelfs geheel ten overvloede geformuleerd: aangezien het in casu ging om de vordering van een gesubrogeerde verzekeraar, miste de regel uiteindelijk toepassing.[69] Hoogstwaarschijnlijk zou de 50%-regel dus in ieder ander geschil over een aanrijding tussen een fietser en een automobilist hetzelfde zijn uitgevallen.

Ook in andere situaties blijkt het mogelijk dat de rechter een bepaalde rechtsvraag beantwoordt, zonder dat daarbij het concrete geval een essentiële rol speelt. Zo kan de rechter ingevolge art. 6:240 BW, op vordering van bepaalde belangenorganisaties, een beding in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend verklaren. Bij deze 'abstracte toetsing' zal de rechter reeds uit de aard der zaak niet de omstandigheden van iedere individuele betrokkene

---

67 Zie daarover ook § 7.5.5.

68 HR 28 februari 1992 (IZA/Vrerink), *NJ* 1993, 566 m.nt. CJHB (r.o. 3.7).

69 Zie r.o. 3.8 van het arrest. Zie over de betekenis van overwegingen ten overvloede nader § 7.5.5.

volledig in zijn oordeel kunnen betrekken, maar de vraag of het desbetreffende beding onredelijk bezwarend is tot op zekere hoogte los daarvan moeten beantwoorden.[70] Verder blijkt de rechter, in het bijzonder de Hoge Raad, niet zelden in een *obiter dictum* een rechtsregel te formuleren die in de voorliggende zaak niet van toepassing is, maar derhalve slechts geldt voor andere gevallen.[71] Aldus vormt de aanwezigheid van een concrete feitelijke casuspositie weliswaar in sommige gevallen een onmisbare onderbouwing voor het rechtsoordeel van de rechter; dit behoeft echter niet per definitie het geval te zijn. Het zal uiteindelijk afhangen van de rechtsvraag die aan de orde is, in hoeverre de rechter deze ook zonder 'feiten' zal kunnen beantwoorden.

Wanneer we kijken naar de rechtsvragen waarop rechtersregelingen betrekking hebben, komt eenzelfde beeld naar voren: hoe algemener de rechtsvraag die aan de orde is, hoe minder bij de beantwoording daarvan de aanwezigheid van een concreet geval werkelijk noodzakelijk is.

Als eerste voorbeeld kan in dit verband worden gewezen op de afspraak van de rechtbankpresidenten, inhoudend dat een vordering in kort geding kan gelden als 'eis in de hoofdzaak' in de zin van art. 700 lid 3 Rv.[72] Dit is een typisch voorbeeld van een rechtsvraag die even goed in abstracto beantwoord zou kunnen worden als via de beslissing in een concreet geschil, aangezien de omstandigheden van het geval op dit antwoord niet of nauwelijks van invloed zullen zijn. De Hoge Raad heeft deze vraag nadien dan ook inderdaad in algemene termen beantwoord:

> "ook een vordering in kort geding, strekkende tot een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot voldoening aan de vordering waarvoor conservatoir beslag is gelegd, kan gelden als eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 lid 3."[73]

Iets minder duidelijk ligt een en ander in het geval van het 'Parnaskompas' (houdende informatie voor de advocatuur) van de Rechtbank Amsterdam.[74] In deze rechtersregeling wordt onder meer aangegeven wanneer volgens de rechtbank sprake is van een 'tijdige betekening' in de zin van art. 15 van het Haags Betekeningsverdrag:[75]

---

70 Zie hierover Hijma 2003, nr. 58; Asser-Hartkamp 2001 (4-II), nr. 369; Asser-Vranken 1995, nr. 79.

71 Zoals zojuist opgemerkt vormt de 50%-regel in HR 28 februari 1992 (IZA/Vrerink), *NJ* 1993, 566 m.nt. CJHB hiervan een voorbeeld; zie over obiter dicta uitgebreider § 7.5.5.

72 Zie hierover § 2.3.

73 HR 26 februari 1999 (Ajax/Reule), *NJ* 1999, 717 m.nt. HJS.

74 Waarover ook § 2.9, sub b.

75 Deze bepaling houdt kort gezegd in, dat wanneer het Betekeningsverdrag van toepassing is en een in het buitenland woonachtige gedaagde niet is verschenen, de rechter zijn beslissing dient aan te houden totdat is gebleken dat de betekening van het stuk dat het geding inleidt, is geschied conform de bepalingen van het verdrag en de betekening zo 'tijdig' heeft plaatsgevonden dat de gedaagde gelegenheid heeft gehad verweer te voeren.

> "De rechtbank neemt als uitgangspunt dat 'tijdig' is in de zin van artikel 15 Betekeningsverdrag, indien er tussen de door het verdrag vereiste betekening/ kennisgeving/ afgifte – verder: uitreiking – en de eerst dienende dag de volgende tijd is verstreken:
>
> EU,[76] EER en Aruba: 3 weken
> rest Europa en VS en Canada: 1 maand
> rest wereld: 2 maanden."

Ook hier wordt een bepaalde rechtsvraag – wanneer is sprake van een 'tijdige betekening' in de zin van het Haags Betekeningsverdrag? – in algemene termen beantwoord, zonder dat daarbij enige feitelijke omstandigheid die zich zou kunnen voordoen, wordt betrokken. Anders dan in het vorige voorbeeld acht ik het hier echter niet zonder meer uitgesloten, dat de feiten van een concreet geval het antwoord op deze vraag nog kunnen beïnvloeden. Denkbaar is bijvoorbeeld dat, hoewel in het algemeen een termijn van een maand tussen een uitreiking in de VS of Canada en de eerst dienende dag toereikend moet worden geacht, zulks in bijzondere omstandigheden anders kan zijn. Uit het gebruik van de term 'uitgangspunt' zou overigens kunnen worden afgeleid, dat deze mogelijkheid ook in de regeling zelf is verdisconteerd.

Een laatste voorbeeld dat hier bespreking verdient, is de aanbeveling die 'Recofa' (de NVvR-werkgroep van rechters-commissarissen in faillissementen) formuleerde met betrekking tot de uitleg van art. 288 lid 2 sub b Fw.[77] Ingevolge deze bepaling kan de rechter een verzoek tot schuldsanering afwijzen "indien aannemelijk is dat de schuldenaar ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden niet te goeder trouw is geweest". Wanneer is, volgens de in Recofa verenigde rechters-commissarissen, nu sprake van niet te goeder trouw gemaakte schulden als bedoeld in deze bepaling?

> "Niet te goeder trouw zijn in elk geval de schulden uit misdrijf, waaronder met name zijn te noemen de ontnemingsvorderingen, sociale-zekerheids- en belastingfraudes alsmede boetes en schadevergoedingen in verband met misdrijven. Niettemin kan een schuldenaar met succes verzoeken om toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling, indien zekere tijd is verstreken na ontdekking van het misdrijf. Uitgangspunt is daarbij een termijn van vijf jaar na ontdekking van het misdrijf."

In deze aanbeveling wordt eveneens een bepaalde wettelijke term 'in abstracto' uitgelegd, althans voor een bepaalde categorie gevallen: niet te goeder trouw zijn *in elk geval* de schulden uit misdrijf, tenzij een termijn van vijf jaar is

---

76 Voor de EU-landen (met uitzondering van Denemarken) is inmiddels de Betekeningsverordening (Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000) van toepassing. Art. 19 lid 1 van deze verordening bevat echter een met art. 15 Betekeningsverdrag vergelijkbare bepaling.

77 Zie hierover ook § 2.8.

verstreken na ontdekking van het misdrijf. Het is mijns inziens echter twijfelachtig of een term als 'te goeder trouw' zich voor een dergelijke 'categorische' uitleg evenzeer leent als de eerder besproken gevallen. Zoals ook door de Hoge Raad is beslist, kan de rechter in het kader van de vraag of een schuldenaar ten aanzien van het ontstaan van zijn schulden al of niet te goeder trouw is geweest, immers rekening houden met *alle* omstandigheden van het geval.[78] Nu het in art. 288 sub b Fw gaat om een gedragsmaatstaf, kan tevens een rol spelen of feiten en omstandigheden aanwezig zijn die erop wijzen dat de schuldenaar zijn gedrag in positieve zin heeft gewijzigd en dat hij, ondanks de in het verleden gemaakte fouten, de schuldsaneringsregeling naar behoren zal nakomen.[79] Het lijkt hierbij niet goed mogelijk, het hele scala van potentieel relevante omstandigheden reeds tevoren in een rechtersregeling te betrekken. De beoordeling of sprake is van niet te goeder trouw ontstane schulden, zal derhalve slechts kunnen plaatsvinden van geval tot geval.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de opvatting dat rechtsvorming door de rechter uitsluitend aan de hand van een concreet geval mogelijk is, in haar algemeenheid niet juist is te achten. Dit blijkt, integendeel, in bepaalde gevallen heel goed mogelijk te zijn (zij het zeker niet altijd). Hieruit volgt dat ook rechtsvorming via een rechtersregeling – ondanks het ontbreken van 'feiten'[80] – niet enkel om die reden onmogelijk moet worden geacht. Ook hier zal het uiteindelijk afhangen van de rechtsvraag die aan de orde is, of deze werkelijk adequaat te beantwoorden is zonder de aanwezigheid van een concreet geval.[81] De Recofa-aanbeveling met betrekking tot de uitleg van het begrip 'niet te goeder trouw ontstane schulden' in art. 288 Fw lijkt in dit opzicht bijvoorbeeld minder geslaagd te noemen.

*3.3.3.3 'Processuele context' noodzakelijk?*

Een tweede aspect dat verbonden is aan rechtsvorming in het kader van de beslechting van een concreet geschil is de met waarborgen omklede procedure die daarbij gevolgd dient te worden. Bij deze procedurele waarborgen valt onder meer te denken aan de eisen inzake de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter (art. 36 e.v. Rv en art. 6 EVRM), de gebondenheid van de rechter aan regels van bewijsrecht bij de feitenvergaring (art. 149 e.v. Rv), het vereiste van hoor en wederhoor (art. 19 Rv en art. 6 EVRM), de openbaarheid

78 Aldus HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 567 m.nt. PvS; zie in dezelfde zin HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 195 m.nt. PvS.

79 Vgl. in deze zin de conclusie van A-G Strikwerda bij HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 567 m.nt. PvS; zie voorts Wessels 1999, nr. 9067.

80 Hierbij moet bovendien bedacht worden dat een rechtersregeling veelal niet 'uit de lucht' komt vallen, maar doorgaans zal worden vastgesteld naar aanleiding van gevallen die zich in de praktijk met enige frequentie voordoen (vgl. § 1.2).

81 Vgl. in dezelfde zin Van der Meulen 1997, p. 295.

van de procedure en de uitspraak (art. 27 en 28 Rv en art. 6 EVRM), het vereiste van motivering van de uitspraak (art. 121 Gr.w. en art. 6 EVRM) en aan de doorgaans bestaande mogelijkheid, tegen de uitspraak van de rechter in eerste aanleg een rechtsmiddel aan te wenden.

Ten aanzien van deze 'processuele context' wordt eveneens wel betoogd dat deze onmisbaar is bij rechtsvorming door de rechter.[82] Hierbij wordt ten eerste gewezen op de reeds genoemde *waarborgen* waarin de gerechtelijke procedure voorziet.[83] Een ander argument ter onderbouwing van dit standpunt is gelegen in het *debat tussen partijen*, dat normaal gesproken in een procedure plaatsvindt. Partijen dragen immers over en weer de relevante feitelijke stellingen en juridische argumenten aan, waardoor verzekerd is dat de zaak van beide zijden wordt belicht. Of, in de woorden van Nieuwenhuis: "de retoriek vervult bij de rechtsvinding een onmisbare rol".[84]

Ook bij deze argumenten kunnen enige relativeringen worden geplaatst. Op zichzelf is het juist dat de eerder genoemde procedurele waarborgen thans niet aanwezig zijn bij rechtsvorming via een rechtersregeling. Daar staat echter tegenover – en dit wordt wel eens vergeten – dat de processuele kaders ook belangrijke grenzen aan het rechterlijk oordeel stellen: zo zal de rechter veelal de door partijen aangevoerde feiten die niet (voldoende) worden betwist, als vaststaand moeten aannemen zelfs al zijn ze onjuist, mag de rechter niet zelf de feiten aanvullen en mag hij meer in het algemeen niet treden buiten de rechtsstrijd van partijen.[85] Dit alles stelt beperkingen aan de rechtsvormende mogelijkheden van de rechter,[86] beperkingen die bij de vaststelling van een rechtersregeling *buiten* het kader van geschilbeslechting juist niet aanwezig zijn. Men zou dan ook kunnen betogen, dat rechtsvorming door de rechter los van een concrete procedure ook voordelen kan opleveren: de rechter behoeft in dat geval immers niet te wachten tot een bepaalde vraag hem wordt voorgelegd,[87] hij heeft meer mogelijkheden tot informatievergaring en, zo nodig, tot overleg met een ruimere kring van 'belanghebbenden'.[88] Omgekeerd is het op zichzelf denkbaar dat een of meer van de genoemde procedurele waarborgen ook aan de procedure tot vaststelling van een rechtersregeling worden verbonden.[89]

---

82 In deze zin Köhne 2000, p. 108-110.
83 Köhne 2000, p. 108-110.
84 Nieuwenhuis 1997, p. 99.
85 Vgl. art. 24 en 149 Rv; zie hierover nader Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nrs. 43-49; Tjong Tjin Tai 2002.
86 Zie daarover ook § 3.3.2.3.
87 Dit wordt vaak genoemd als een van de nadelen van rechtsvorming door de rechter; zie bijv. Rijpkema 2001, p. 58-59; Giesen 2002, p. 447-448.
88 Zo is het bijv. niet ongebruikelijk dat voorafgaand aan de totstandkoming van rol- en procesregelingen overleg plaatsvindt met de advocatuur; zie m.b.t. het Landelijk rolreglement voor de rechtbanken Uniken Venema 2001, p. 141-143.
89 Vgl. § 5.2.3.4.

De aanwezigheid van een debat tussen partijen is eveneens van belang bij de rechterlijke rechtsvorming, maar ook dit argument behoeft enige relativering. Er zijn diverse processuele varianten waarin dit partijdebat een minder belangrijke rol speelt, of zelfs min of meer afwezig is. Een voorbeeld hiervan vormt de procedure tot cassatie in het belang der wet: hierbij komen (in elk geval in de cassatiefase) partijen niet aan het woord. Niettemin wordt juist in het geval van cassatie in het belang der wet de Hoge Raad tot een rechtsvormend oordeel geroepen. Een uitspraak gedaan na cassatie in het belang der wet brengt immers geen nadeel toe 'aan de rechten door partijen verkregen' (art. 78 lid 6 RO); het voornaamste belang van een dergelijke uitspraak is derhalve niet gelegen in de beslissing van het concrete geval, maar in de beantwoording van een bepaalde rechtsvraag in meer algemene zin.[90]

Ook in de reguliere procedure is lang niet altijd sprake van een werkelijk debat tussen partijen: zo kan de gedaagde bijvoorbeeld verstek laten gaan, dan wel zich refereren aan het oordeel van de rechter. Niettemin kan ook dan de rechter zo nodig tot een oordeel omtrent de toepasselijke rechtsregels komen. Weliswaar wijst bijvoorbeeld de rechter bij verstek van gedaagde de vordering van eiser toe 'tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt' (art. 139 Rv *in fine*); de rechter zal hierbij evenwel ambtshalve dienen na te gaan of de vordering niet in strijd komt met (in elk geval) regels van dwingend recht en van openbare orde.[91] In het kader van deze beoordeling is uiteraard niet uitgesloten dat de rechter tot rechtsvorming komt.

Een tweede punt is dat het debat tussen partijen – gewaarborgd door het vereiste van hoor en wederhoor – in ons burgerlijk procesrecht primair een rol speelt ten aanzien van de *feiten*. Het oordeel van de rechter omtrent het in casu toepasselijke *recht* dient daarentegen niet per definitie voorwerp van partijdebat te vormen. De rechter is, binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen (en soms zelfs daarbuiten), immers gehouden ambtshalve het recht toe te passen (art. 25 Rv) en behoeft derhalve de zijns inziens toepasselijke rechtsregels niet eerst ter discussie aan partijen voor te leggen.[92] Zulks is slechts anders indien de rechter aldus een ongeoorloofde 'verrassingsbeslissing' zou geven: een beslissing die, mede gelet op het eerdere verloop van de procedure, zó weinig voor de hand lag, dat partijen daarmee geen rekening

90 Hierbij moet overigens wel worden opgemerkt dat, gelet op het ontbreken van een echt partijdebat in cassatie, soms wordt verdedigd dat aan uitspraken gedaan na een vordering tot cassatie in het belang der wet, een minder sterke (precedent)werking zou toekomen dan aan 'gewone' uitspraken van de cassatierechter (zie in deze zin Jessurun d'Oliveira 1973b, p. 237); zie ook § 7.5.2.3.

91 Zie hierover Ynzonides 1996, p. 51.

92 Bij de totstandkoming van het herziene burgerlijk procesrecht is een (door sommigen bepleite) verplichting voor de rechter, een ambtshalve aan te vullen rechtsgrond eerst aan partijen voor te leggen, ook uitdrukkelijk afgewezen; zie *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 130-131. Mogelijk in een andere richting gaat overigens HR 21 december 2001 (Caribic/Town House), *NJ* 2004, 34 m.nt. DA; zie ook HR 26 september 2003 (Regiopolitie/Hovax), *RvdW* 2003, 152, *JBPr* 2004, 15 m.nt. K. Teuben.

behoefden te houden.[93] Aangezien partijen echter in beginsel juist bedacht moeten zijn op de mogelijkheid dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult, zal wat dat betreft niet spoedig sprake zijn een verrassingsbeslissing in deze zin.[94] Zo levert zelfs de (ambtshalve) toepassing van nieuwe jurisprudentie door de rechter niet per definitie een ontoelaatbare verrassingsbeslissing op.[95] Wel kan overigens de totstandkoming van nieuwe jurisprudentie soms ertoe leiden, dat de rechter partijen in lopende procedures de gelegenheid dient te bieden hun feitelijke stellingen aan de nieuw ontstane juridische situatie aan te passen.[96] Ook hier gaat het echter in de eerste plaats om een (voortgezet) partijdebat omtrent de feiten – nu immers in het licht van de nieuwe jurisprudentie andere feiten relevant kunnen blijken[97] – en niet zozeer om een debat ten aanzien van de inhoud van het toe te passen recht. De rechter is dan ook niet gehouden, indien hij voornemens is tot de vorming van een nieuwe rechtsregel over te gaan of aan een bestaande regel een nieuwe interpretatie te geven, partijen tevoren in de gelegenheid te stellen hierop specifiek in te gaan.[98] De rechter heeft aldus naar Nederlands burgerlijk procesrecht een zelfstandige taak bij de vaststelling van de in casu toepasselijke rechtsregels. Hij is hierbij niet per se gebonden – noch afhankelijk – van het tussen partijen gevoerde debat, hoe belangrijk dit debat op zichzelf ook is uit oogpunt van hoor en wederhoor.

Al met al meen ik dat ook de 'processuele context' niet in die zin onmisbaar is, dat rechtsvorming los daarvan (via de vaststelling van een rechtersregeling) in het geheel niet mogelijk zou zijn. Of het echter ook aanvaardbaar is dat de rechter op deze wijze, buiten het kader van een concrete procedure, tot rechtsvorming overgaat is een andere vraag. Deze komt in de volgende paragraaf aan de orde.

---

93 Zie hierover uitgebreid Tjong Tjin Tai 2000, p. 259-264.

94 Aldus ook Tjong Tjin Tai 2000, p. 259; Snijders & Wendels 2003, nr. 229.

95 Zo kan worden afgeleid uit HR 13 januari 1995 (Ontvanger/Bos), *NJ* 1997, 366 m.nt. CJHB (r.o. 4.4).

96 Aldus HR 3 februari 1984 (Interpolis/X.), *NJ* 1984, 765 m.nt. FHJM en WLH. Zie over deze vorm van 'rechterlijk overgangsrecht' ook Haazen 2001, p. 434-435.

97 Vgl. Snijders & Wendels 2003, nr. 229.

98 Al kan hij dit desgewenst uiteraard wél doen (vgl. in deze zin bijv. *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 (oud), aant. 4, alsmede de conclusie van A-G Vranken bij HR 13 januari 1995 (Ontvanger/Bos), *NJ* 1997, 366 m.nt. CJHB). Zie voor een opvallend voorbeeld hiervan HR 29 september 1995 (Bouwmans/'t Plenkske), *NJ* 1997, 340 m.nt. HJS onder *NJ* 1997, 341. In dit arrest heropende de HR de behandeling in cassatie nu de (in verband met art. 48 Rv (oud) gerezen) rechtsvraag wanneer de rechter een verzoek tot pleidooi mag afwijzen, nog niet in het debat van partijen, noch in de conclusie van de A-G aan de orde was geweest.

*3.3.3.4 De essentie van de rechtsprekende functie*

In de voorgaande paragrafen is de vraag behandeld of voor rechtsvorming door de rechter de aanwezigheid van een concreet geschil een noodzakelijke voorwaarde is. Louter feitelijk bezien bleek dit niet zonder meer het geval te zijn. Hoewel bij de beantwoording van sommige rechtsvragen het concrete geval inderdaad onontbeerlijk is, gaat deze stelling zeker niet in alle gevallen op. Ook het belang van de 'processuele context' dient in dit opzicht niet té absoluut ingeschat te worden. De processuele kaders stellen immers ook belangrijke grenzen aan het rechterlijk oordeel, welke grenzen bij de vaststelling van een rechtersregeling juist niet aanwezig zijn. Andersom zouden de waarborgen waarin de gerechtelijke procedure voorziet, desgewenst ook aan de procedure tot vaststelling van een rechtersregeling kunnen worden verbonden. Voorts heeft de rechter ten aanzien van de rechtsvorming een zelfstandige taak, waarbij hij niet zonder meer afhankelijk is van het tussen partijen gevoerde debat.

Rechtsvorming door de rechter buiten het concrete geval is derhalve, althans in bepaalde gevallen, zeer wel mogelijk. Een volgende vraag is echter of zulks ook aanvaardbaar moet worden geacht. Overschrijdt de rechter, wanneer hij 'in abstracto' rechtsregels vormt, immers niet de grenzen van zijn functie en betreedt hij dusdoende het terrein van de wetgever?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden is allereerst een nadere analyse noodzakelijk van hetgeen de rechtsprekende taak van de rechter inhoudt: wat is 'rechtspraak' precies? Het gaat mij hier overigens slechts om een afbakening tussen de taak van de rechter (rechtspraak) en de taak van de wetgever (wetgeving). De vraag wat rechtspraak is, wordt daarom in het navolgende enkel vanuit deze invalshoek benaderd. Het onderscheid tussen rechtspraak en bestuur komt hier verder niet aan de orde.[99]

Opmerkelijk genoeg is een echte omschrijving van het begrip 'rechtspraak' in geen enkele wettelijke bepaling terug te vinden. Wel bepaalt art. 112 lid 1 Gr.w., voorzover hier van belang, dat aan de rechterlijke macht is opgedragen 'de berechting van *geschillen* over burgerlijke rechten en schuldvorderingen'.[100] Hieruit kan worden afgeleid dat de beslechting van geschillen (in de vorm van een bindende beslissing van de rechter) een belangrijk element van de rechtsprekende taak van de rechter vormt.[101] De uitdrukking 'geschil'

99 Ook in de verhouding tussen rechter en bestuur kan immers de vraag rijzen welke activiteiten als rechtspraak moeten worden beschouwd. Deze vraag speelt bijvoorbeeld bij figuren als het administratief beroep. Zie hierover De Waard 1987, p. 54-55; Van der Heijden 1984, p. 28-29.

100 Zie over deze bepaling ook Koekkoek 2000, p. 517-525; Van der Heijden 1984, p. 18-20.

101 Dit wordt ook in de literatuur algemeen aangenomen; zie bijv. Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 34; De Waard 1987, p. 17; Van der Heijden 1984, p. 21-22; Polak 1976, p. 5; Star Busmann/Rutten 1972, p. 3.

dient in dit kader overigens ruim te worden opgevat. Zo is, wil men kunnen spreken van rechtspraak, niet vereist dat de gedaagde de eis betwist, of dat hij zelfs maar in het geding verschijnt.[102] Ook is het mogelijk dat in het geheel geen wederpartij aanwezig is. Dit laatste kan met name in de verzoekschriftprocedure (die om deze reden dan ook wel wordt betiteld als 'oneigenlijke rechtspraak') het geval zijn.

Uit de overige (grond)wettelijke bepalingen inzake rechtspraak kan voorts worden afgeleid dat deze geschilbeslechting dient te geschieden door een *derde*, de rechter, die ten opzichte van partijen onafhankelijk en (derhalve) onpartijdig is. De Grondwet en ook andere wetten bevatten immers waarborgen die de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter moeten garanderen (men denke bijvoorbeeld aan de benoeming voor het leven (art. 117 lid 1 Gr.w.), de waarborgen bij ontslag (art. 46b e.v. Wrra) en de regeling voor wraking en verschoning van rechters (art. 36 e.v. Rv)). Hetzelfde volgt overigens uit art. 6 EVRM, volgens welke bepaling eenieder in burgerlijke en strafzaken recht heeft op toegang tot een 'onafhankelijk en onpartijdig gerecht, dat bij de wet is ingesteld'. Deze onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de beslisser – de rechter – kunnen eveneens als essentiële kenmerken van rechtspraak worden beschouwd.[103]

Een met het voorgaande samenhangend aspect is dat rechtspraak plaats dient te vinden in een (met waarborgen omklede) *procedure*.[104] Dit volgt bijvoorbeeld uit art. 6 EVRM. Indien sprake is van de 'vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen' in de zin van deze bepaling, worden aan de procedure bepaalde deugdelijkheidseisen (onder andere onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, recht op tegenspraak, openbaarheid, motiveringsplicht en berechting binnen een redelijke termijn) gesteld.[105] Soortgelijke waarborgen vloeien ook voort uit de bepalingen van ons eigen Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (men vergelijke in het bijzonder art. 19-30 en art. 36-41 Rv),[106] alsmede uit ongeschreven beginselen van behoorlijke rechtspraak of rechtspleging.[107]

---

102 Zie hierover reeds Van Praag 1921, p. 344-362; Meijers 1955, p. 263; zie voorts Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 34; De Waard 1987, p. 16-17. Hetzelfde geldt overigens voor de term 'geschillen' in art. 1020 Rv: voor de vraag of een voor arbitrage vatbaar geschil bestaat, is niet van belang welke houding de verweerder inneemt (zie hierover Snijders 2003, art. 1020, aant. 2).

103 Vgl. in dezelfde zin Koekkoek 2000, p. 517; Wiarda 1986b, p. 196; Van der Heijden 1984, p. 23; Veegens 1973, p. 26. Enigszins anders De Waard 1987, p. 43-46, die het voor het kwalificeren van een bepaalde vorm van geschilbeslechting als 'rechtspraak' niet strikt noodzakelijk acht dat deze geschiedt door een derde die los staat van de procespartijen.

104 Vgl. De Waard 1987, p. 41; Kottenhagen 1988, p. 389.

105 Zie hierover uitgebreid Smits 1996.

106 Zie over deze 'hoofdbeginselen' uitgebreider Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nrs. 27-54.

107 Zie hierover De Waard 1987, p. 176-393; Van der Heijden 1984, p. 31-53.

Tot slot kan als essentieel kenmerk van rechtspraak worden genoemd dat de rechter een uitspraak doet *omtrent hetgeen tussen partijen rechtens geldt*.[108] Teneinde tot een oordeel hieromtrent te komen dient de rechter de geldende rechtsregels toe te passen:[109] de rechter is immers gebonden aan het recht. Zo eenvoudig als dit op het eerste gezicht wellicht lijkt is dit overigens niet. Zoals eerder werd opgemerkt, zal in veel gevallen het antwoord op een bepaalde vraag niet rechtstreeks uit de wet of een andere rechtsregel kunnen worden afgeleid, maar zal de rechter daartoe eerst zelf de toepasselijke rechtsregel(s) moeten vinden of vormen.[110]

Uit het voorgaande komt een aantal elementen naar voren die karakteristiek zijn voor de rechtsprekende taak van de rechter:

a) de beslechting van *geschillen* (waarbij de term 'geschil' ruim moet worden opgevat);
b) uitmondend in een voor partijen *bindende beslissing*;
c) door een van partijen onafhankelijke (en derhalve onpartijdige) *derde*;
d) via een (met waarborgen omklede) *procedure*;
e) onder toepassing van *rechtsregels* (die de rechter zo nodig zelf nader dient te ontwikkelen).

Met deze opsomming is overigens niet gezegd dat de genoemde elementen steeds *alle* aanwezig moeten zijn, wil van 'rechtspraak' gesproken kunnen worden. Er is in dit verband zeker een aantal grensgevallen aan te wijzen. Zoals reeds opgemerkt, is bij wat wel genoemd wordt de 'oneigenlijke rechtspraak' (die doorgaans in het kader van een verzoekschriftprocedure plaatsvindt) niet per definitie sprake van een geschil tussen twee of meer partijen. Arbiters kunnen ingevolge art. 1054 Rv, indien partijen zulks zijn overeengekomen, beslissen 'als goede mannen naar billijkheid', waarbij zij niet gebonden zijn aan alle rechtsregels.[111] Het (onzuiver) bindend advies komt doorgaans tot stand via een procedure die met (veel) minder waarborgen is omgeven dan de overheidsrechtspraak;[112] ook bindend adviseurs zijn voorts niet gebonden aan alle rechtsregels.[113] Niettemin wordt in al deze gevallen wel aangenomen dat daarbij sprake is van 'rechtspraak'.[114]

---

108 Vgl. Duynstee 1974, p. 49.
109 Vgl. Asser-Vranken 1995, nr. 81; Kottenhagen 1988, p. 389; Van der Heijden 1984, p. 23; Drion 1982, p. 377; Duynstee 1974, p. 50-51.
110 Zie § 3.3.2.2.
111 Zie hierover Snijders 2003, art. 1054, aant. 2; Sanders 2001, p. 141-142.
112 Waarover Pels Rijcken 1986, p. 1054-1055.
113 Vgl. art. 7:902 BW.
114 Zie m.b.t. de verzoekschriftprocedure bijv. Meijknecht 1987, p. 3-11; m.b.t. de arbitrage Snijders 2003, Introductie, aant. 1; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 186; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 378; en m.b.t. het bindend advies Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 400; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 198; Pels Rijcken 1986, p. 1053; Heemskerk 1983, p. 229; Van der Grinten 1974, p. 57.

Het gaat bij het begrip rechtspraak derhalve veeleer om een 'normaal type'[115] waarvan de genoemde elementen in verschillende combinaties, maar niet per definitie alle, aanwezig kunnen zijn. Wel is thans de vraag waar de grens ligt en welke van deze elementen, in elk geval bij rechtspraak door de (burgerlijke) overheidsrechter, zodanig essentieel zijn dat bij afwezigheid daarvan *niet* meer van 'rechtspraak' gesproken kan worden. In het kader van de hier besproken vraag gaat het dan in het bijzonder om de relatie tussen geschilbeslechting enerzijds en de toepassing en vorming van rechtsregels anderzijds. Het is immers met name op dit laatste vlak dat de verhouding tussen rechter en wetgever ter discussie kan worden gesteld.[116]

In § 3.3.2.2 bleek reeds, dat naar huidige opvattingen van een absolute machtenscheiding tussen rechter en wetgever geen sprake (meer) is. Niet alleen de wetgever kan rechtsregels vaststellen, ook de rechter heeft een rechtsvormende taak. Niettemin nemen rechter en wetgever in het staatsbestel verschillende posities in.[117] Waar de wetgever door rechtstreekse verkiezing democratisch gelegitimeerd is, is de legitimatie van de rechter als rechtsvormer met name gelegen in zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid, in combinatie met de (met waarborgen omklede) procedure waarin hij optreedt.[118] Uit het feit dat een rechtsregel in het kader van een zodanige procedure is gevormd door een onafhankelijke en onpartijdige beslisser, vloeit daarom een belangrijke rechtvaardiging of legitimatie voort voor het feit dat de rechter aldus ook een bepaalde vorm van overheidsmacht uitoefent.[119] Het is met name deze (wat wel wordt aangeduid als) *'Legitimation durch Verfahren'*[120] die maakt dat de rechter, ofschoon hij geen 'wetgever' is en niet (rechtstreeks) democratisch is gelegitimeerd, niettemin rechtsvormend mag optreden.

Gezegd kan daarom worden dat zowel geschilbeslechting als rechtstoepassing en rechtsvorming tot de essentialia van de rechtsprekende functie behoren. Hiermee is zowel het onderscheid met de wetgevende functie, alsook een belangrijke afbakening ten opzichte daarvan, gegeven. Hoewel de rechter, evenals de wetgever, als rechtsvormer kan en mag optreden, doet hij dit toch steeds vanuit zijn primaire taak als beslechter van geschillen. Dit is wat zijn functie wezenlijk onderscheidt van die van de wetgever, die juist als primaire taak heeft algemene regels tot stand te brengen. Wanneer nu de rechter zijn rol als geschilbeslechter 'verlaat' en (via de vaststelling van een rechtersregeling) tot rechtsvorming overgaat, raakt dit aan de essentie van de rechterlijke functie en komen de grenzen met de wetgevende functie in zicht.

---

115 Vgl. Meijers 1958, p. 30-32.
116 Vgl. § 3.3.2.2.
117 Zie hierover ook § 3.3.2.3.
118 Vgl. Brenninkmeijer 1987, p. 148; Martens 2000, p. 176.
119 Vgl. over de legitimatie van machtsuitoefening door de overheid nader Bax 1991, p. 266-268; zie voorts Pontier 1998, p. 14-16.
120 De term is afkomstig van Luhmann 1969; vgl. ook Snijders 1997b, p. 1793-1794.

Hierbij moet overigens opgemerkt worden dat de grens ten opzichte van de wetgever in *inhoudelijk* opzicht door de vaststelling van een rechtersregeling niet snel zal worden overschreden. De inhoudelijke grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter zijn, zeker in het burgerlijk recht, immers zeer ruim.[121] Zolang een rechtersregeling hierbinnen blijft, kan niet gezegd worden dat de rechter zich inhoudelijk op een aan de wetgever voorbehouden terrein begeeft. De praktijk leert, dat het bij rechtersregelingen in het algemeen ook niet gaat om zaken van belangrijk politiek gewicht, maar juist om die zaken die de wetgever (al dan niet opzettelijk) aan de rechter heeft overgelaten.[122] Het gaat hier dus niet zozeer om de inhoudelijke grens tussen de activiteiten van rechter en wetgever, als wel om de grenzen van de rechtsprekende functie in ruimere zin, die in het geding kunnen komen wanneer de rechter tot rechtsvorming overgaat via een rechtersregeling. De band tussen rechterlijke rechtsvorming en geschilbeslechting wordt hiermee verbroken. Hoewel dit op zichzelf niet onmogelijk is,[123] kan men zich afvragen of dit nog 'rechtspraak' is, of althans een activiteit die (bij de huidige stand van zaken[124]) valt binnen de rechtsprekende taak van de rechter.

Hoe het antwoord op deze vraag moet luiden, zal mede afhangen van de vraag welke juridische status – ofwel: bindende werking – precies aan een rechtersregeling toekomt. Wanneer de rechter daaraan op enigerlei wijze gebonden moet worden geacht, zou in dit opzicht een probleem kunnen bestaan omdat immers de rechter dan werkelijk los van een concreet geschil recht blijkt te hebben gevormd. Indien het echter zo blijkt te zijn dat een rechtersregeling slechts als een 'voorzetje' moet worden beschouwd, dat uiteindelijk nog als 'recht' moet worden bevestigd, zal een en ander veel minder problematisch zijn. Er bestaat dus een zekere wisselwerking met de vraag naar de bindende werking van rechtersregelingen. Bij de behandeling van deze laatste vraag zal ik dan ook nader terugkomen op de thans besproken kwestie.[125]

## 3.4 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk is in kaart gebracht welke invloed twee algemene leerstukken, de rechterlijke onafhankelijkheid en de staatsrechtelijke verhouding tussen

121 Zie § 3.3.2.3.

122 Zie § 1.2. Op andere rechtsgebieden dan het burgerlijk (proces)recht kan dit overigens anders liggen. Zo zijn in het vreemdelingenrecht (waar op ruime schaal door rechters werd en wordt samengewerkt) veelal vragen aan de orde die politiek gevoelig liggen (vgl. Terlouw 2003, p. 326).

123 Zie eerder § 3.3.3.2 en § 3.3.3.3.

124 Denkbaar is immers dat de opvattingen over de taakverdeling tussen wetgever en rechter in de loop der tijd (verder) verschuiven (vgl. § 3.3.2.1).

125 Zie § 4.5.

rechter en wetgever, uitoefenen ten aanzien van de mogelijkheid tot vaststelling van rechtersregelingen.

De rechterlijke onafhankelijkheid levert in dit kader geen onoverkomelijke belemmeringen op. Hoewel de rechter ook ten opzichte van andere rechters tot op zekere hoogte onafhankelijk dient te zijn, brengt deze vorm van onafhankelijkheid niet mee dat de rechter zich niets behoeft aan te trekken van hetgeen andere rechters beslissen. Integendeel, de rechter is gebonden aan het recht, waarvan de beslissingen van andere rechters een belangrijk deel vormen. De opvatting dat de rechterlijke onafhankelijkheid in de weg staat aan gebondenheid van de rechter aan een rechtersregeling is derhalve onjuist te achten. Wel kan de individuele onafhankelijkheid van de rechter mogelijk bepaalde grenzen aan de (wijze van) vaststelling van rechtersregelingen met zich brengen. Hierop zal in § 5.2 nader worden teruggekomen.

De verhouding tussen rechter en wetgever levert een gecompliceerder beeld op. In algemene zin staat deze staatsrechtelijke verhouding niet aan rechtsvorming door de rechter in de weg. De rechter, zeker de burgerlijke rechter, heeft een belangrijke rechtsvormende taak. Hij kan in voorkomend geval de reeds bestaande rechtsregels nader concretiseren, aanvullen of verfijnen, of zelfs tot de vorming van geheel nieuwe rechtsregels komen. Wel kent de rechtsvormende taak van de rechter grenzen, die bereikt worden daar waar het gaat om afwegingen en keuzen van (rechts)politieke aard. Het zijn echter niet zozeer deze inhoudelijke grenzen die een probleem kunnen opleveren bij rechtersregelingen: het gaat bij dit type regels immers veelal slechts om een nadere invulling van het bestaande recht ten aanzien van onderwerpen waar de wetgever zich niet of nauwelijks mee bezighoudt en die niet het voorwerp van politiek debat vormen. De vaststelling van rechtersregelingen blijkt veeleer op een andere manier de grens met de wetgever in zicht te brengen: de rechter verlaat hierdoor zijn eigenlijke – rechtsprekende – functie en gaat *buiten* die hoedanigheid over tot de vorming van rechtsregels. Het is de vraag in hoeverre dit geoorloofd moet worden geacht. Aangezien het antwoord op deze vraag echter mede zal afhangen van de juridische status die aan rechtersregelingen wordt toegekend, zal hierop in § 4.5, bij de bespreking van de bindende werking van rechtersregelingen, nader worden ingegaan.

# 4 Rechtersregelingen, beleidsregels en het rolrichtlijnen-arrest

## 4.1 INLEIDING

Zoals in hoofdstuk 1 al werd aangestipt, besliste de Hoge Raad in 1996 in het zogeheten 'rolrichtlijnen-arrest' dat het rolreglement van een rechtbank – een binnen die rechtbank vastgestelde rechtersregeling – onder bepaalde voorwaarden als 'recht' in de zin van art. 79 RO kan worden aangemerkt.[1] Deze beslissing is om een tweetal redenen van groot belang voor de vraag naar de juridische betekenis van rechtersregelingen. In de eerste plaats is dit het geval vanwege de samenhang die waarschijnlijk zal bestaan tussen de kwalificatie van een rolreglement als 'recht' en de bindende werking daarvan. Een tweede belangrijk aspect van het rolrichtlijnen-arrest is dat, als gevolg van de kwalificatie van een rolreglement als recht in de zin van art. 79 RO, dit reglement vatbaar wordt voor toetsing in cassatie. Dit biedt de Hoge Raad in de eerste plaats de mogelijkheid de uitleg van deze rechtersregeling door de lagere rechter te controleren. Waar het gaat om rechtersregelingen (althans rolreglementen) die landelijk 'gelden' kan de Hoge Raad zodoende een uniforme interpretatie daarvan waarborgen. Aldus is bovendien een bepaalde mate van controle mogelijk op de wijze waarop de desbetreffende regeling door de lagere rechter wordt toegepast.

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de betekenis van het rolrichtlijnen-arrest voor de vaststelling van en de gebondenheid aan rechtersregelingen. Hierbij zal overigens tevens aandacht worden besteed aan de vraag of ook andere rechtersregelingen dan rolreglementen onder het bereik van dit arrest kunnen worden gebracht. In aansluiting hierop zal in hoofdstuk 5 de concrete invulling van de voorwaarden die gelden voor kwalificatie van een rechtersregeling als 'recht' nader worden onderzocht. In hoofdstuk 6 wordt vervolgens nagegaan wat de gebondenheid aan een rechtersregeling die recht in de zin van art. 79 RO vormt, precies inhoudt.

---

1 HR 28 juni 1996 (De Nieuwe Woning/Staat), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS.

## 4.2 ART. 79 RO: EEN HISTORISCH OVERZICHT

### 4.2.1 Inleiding

De beslissing dat een rolreglement 'recht' in de zin van art. 79 RO kan zijn, past in een ontwikkeling – en moet ook in die context geplaatst worden – waarin de Hoge Raad het toepassingsgebied van art. 79 RO gaandeweg steeds verder heeft uitgebreid, ook naar regels die niet van organen met een 'wetgevende bevoegdheid' afkomstig zijn. In deze paragraaf wordt daarom allereerst deze ontwikkeling kort geschetst. Hierbij merk ik op dat de cassatiegronden zoals die thans in art. 79 RO te vinden zijn, tot 1 januari 2002 waren neergelegd in art. 99 RO. Deze hernummering, die het gevolg is van de volledige herziening van de Wet RO die per 1 januari 2002 heeft plaatsgevonden,[2] heeft geen inhoudelijke wijzigingen in dit artikel gebracht. Waar ik in het navolgende spreek van art. 79 RO, is daaronder derhalve mede de voorganger van deze bepaling – art. 99 RO (oud) – en de daarbij behorende jurisprudentie begrepen.

### 4.2.2 De wetswijziging van 1963

De cassatiegrond 'schending van het recht' bestaat pas sinds 1963. Voor die tijd was cassatie slechts mogelijk op grond van schending van de *wet* (in materiële zin), alsmede op grond van vormverzuimen en overschrijding van rechtsmacht. Onder 'wet' in de zin van deze bepaling werden destijds gerekend alle naar buiten toe werkende, tot een ieder gerichte algemene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in de zin van een regeling door de wetgevende macht, ontleent.[3] Een regel moest in het kader van art. 79 RO derhalve (a) berusten op een bevoegdheid tot regelgeving die te herleiden is tot de wet (in formele zin); (b) een naar buiten werkende, tot een ieder gerichte bepaling zijn; en (c) op de voorgeschreven wijze zijn bekendgemaakt.[4]

Met de verruiming van de cassatiegronden tot 'schending van het *recht*' bij de wetswijziging van 1963 werd in de eerste plaats beoogd de toetsing aan ongeschreven volkenrecht en internationaal privaatrecht in cassatie mogelijk te maken.[5] Tevens diende zich echter de vraag aan of van de overheid afkomstige regelingen die *niet* op een wetgevende bevoegdheid gebaseerd waren, ook onder het bereik van art. 79 RO konden (en moesten) worden gebracht. Deze vraag gold met name de van bestuursorganen afkomstige 'pseudo-

2 Zie hierover uitgebreider § 5.2.3.2.
3 Zie HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, 647 en 650.
4 Zie Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 230.
5 Zie *Burgerlijke Rechtsvordering* (Korthals Altes), art. 79 RO, aant. 4.

wetgeving' of beleidsregels, aangezien dergelijke regels in de praktijk vaak als rechtsregels functioneren.[6]

In de periode na 1963 zijn aan de jurisprudentie van de Hoge Raad gaandeweg steeds meer aanwijzingen te ontlenen dat de eis dat een regeling, wil deze recht in de zin van art. 79 RO kunnen zijn, moet berusten op een wettelijke bevoegdheid tot regelgeving, niet meer gesteld wordt. Het bereik van art. 79 RO wordt – soms impliciet – in een aantal gevallen opgerekt tot regelingen die (eigenlijk) niet op een wetgevende bevoegdheid gebaseerd zijn, zoals een ministeriële regeling inzake rijksstudietoelagen[7] of de Sloopregeling Binnenvaart.[8] Met betrekking tot enkele regelingen die naar het oordeel van de Hoge Raad *niet* als recht in de zin van art. 79 RO te beschouwen zijn, wordt – hoewel dit mogelijk zou zijn – door de Hoge Raad niet verwezen naar het ontbreken van een wettelijke grondslag.[9] Door sommige schrijvers wordt hieruit in die periode reeds de conclusie getrokken dat een wettelijke grondslag geen voorwaarde meer vormt voor de kwalificatie als recht in de zin van art. 79 RO.[10] De eis dat het bij recht in de zin van deze bepaling moet gaan om 'naar buiten werkende, tot een ieder gerichte' bepalingen wordt door de Hoge Raad bovendien vervangen door de formulering 'naar buiten werkende, *voor betrokkenen bindende*' regelingen. Ook hierin is een aanwijzing te vinden dat het 'berusten op een wettelijke grondslag' niet meer wordt geëist: een regeling die niet te herleiden is tot een wettelijke grondslag tot regelgeving kan immers, gelet op het legaliteitsbeginsel, aan burgers geen verplichtingen opleggen, dus in die zin niet 'naar buiten toe werkend, tot een ieder gericht zijn'.[11]

### 4.2.3 Het Leidraad-arrest: beleidsregels als 'recht'

Als sluitstuk van de in de vorige paragraaf beschreven ontwikkeling is in 1990 in een drietal principiële arresten door alle kamers van de Hoge Raad expliciet aanvaard dat beleidsregels van bestuursorganen, welke regels niet op een

---

6 Zie De Savornin Lohman 1978, p. 16-18.

7 Zie HR 6 juni 1980 (De Ruiter/Staat), *NJ* 1981, 563 m.nt. MS, waarin de Hoge Raad de door het hof gegeven uitleg van de desbetreffende regeling toetst en er dus kennelijk van uitgaat dat deze regeling onder het 'recht' van art. 79 RO valt. In andere zin HR 4 juni 1980 (derde kamer), *NJ* 1981, 564 m.nt. MS, waarin wordt geoordeeld dat de uitleg van de Leidraad Successiewet in beginsel aan de feitenrechter voorbehouden is.

8 HR 11 oktober 1985 (Avanti), *NJ* 1986, 322 m.nt. MS.

9 Zie bijvoorbeeld HR 25 april 1969 (Pluvier), *NJ* 1969, 303 m.nt. D.J.V. inzake een premieregeling; HR 29 juni 1979 (Stein/Gem. Meeden), *NJ* 1981, 562 m.nt. MS inzake de Beeldende Kunstenaars Regeling; in andere zin HR 31 mei 1985, *NJ* 1985, 648, waarin het Uniform Aanbestedingsreglement (UAR) wordt beschouwd als recht in de zin van art. 79 RO, onder meer omdat deze regeling "is uitgegaan van het openbaar gezag, *dat de bevoegdheid daartoe ontleent aan de wet*".

10 Zie bijv. Scheltema in zijn noot onder HR 29 juni 1979, *NJ* 1981, 562.

11 Zie hierover Van Ommeren 1996, p. 282-284.

bevoegdheid tot wetgeving berusten (maar het bestuursorgaan jegens de burger wél binden via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur), ook onder het recht als bedoeld in art. 79 RO kunnen vallen.[12] Gelet op de steeds gewichtiger rol die beleidsregels zijn gaan spelen bij het bepalen van de verhouding tussen overheid en burger en gezien de daarmee samenhangende behoefte aan eenvormige interpretatie van en zekerheid omtrent inhoud en strekking van die regels, is het volgens de Hoge Raad wenselijk dat zijn taak – die immers mede het bewaken van de rechtseenheid omvat – zich uitstrekt tot de controle op de uitleg van beleidsregels door de lagere rechter. De reikwijdte van art. 79 RO hangt hier dus samen met de taakopvatting van de Hoge Raad: bij regels die in het maatschappelijk verkeer van een zeker belang zijn omdat bepaalde (grote) groepen personen daaraan gebonden zijn, dient de cassatierechter te kunnen toezien op de uniforme uitleg en toepassing daarvan.[13]

Onder beleidsregels die recht in de zin van art. 79 RO vormen zijn volgens de Hoge Raad in het Leidraad-arrest te verstaan de

> "door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid vastgestelde en behoorlijk bekendgemaakte regels omtrent de uitoefening van zijn beleid, die weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar die het bestuursorgaan wel binden op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, en die zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast. Daaraan doet niet af dat de aard van de gebondenheid aan een zodanige regel kan meebrengen dat het bestuursorgaan daarvan onder bepaalde omstandigheden kan afwijken."[14]

Uit deze passage kunnen de volgende voorwaarden worden afgeleid waaronder beleidsregels als recht in de zin van art. 79 RO kunnen worden beschouwd. Het moet gaan om regels die (a) door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid zijn vastgesteld omtrent de uitoefening van zijn (eigen) beleid; (b) behoorlijk bekendgemaakt zijn; en (c) zich naar inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij die regeling betrokkenen als *rechtsregel* te worden toegepast. Beleidsregels onderscheiden zich echter van 'echte' rechtsregels (d.w.z. algemeen verbindende voorschriften) doordat zij niet krachtens een wetgevende bevoegdheid zijn gegeven; ze binden het bestuursorgaan (slechts) op grond

12 Zie HR 28 maart 1990 (derde kamer), *NJ* 1991, 118 m.nt. MS inzake de Leidraad administratieve boeten 1984; HR 19 juni 1990 (strafkamer), *NJ* 1991, 119 m.nt. ThWvV en MS inzake een richtlijn van het OM, en HR 29 juni 1990 (burgerlijke kamer), *NJ* 1991, 120 inzake de Vreemdelingencirculaire.

13 Dit geldt, naast beleidsregels, onder meer voor algemeen verbindend verklaarde CAO's en (bepaalde) pensioenreglementen: ook dergelijke regelingen kunnen recht in de zin van art. 79 RO vormen. Zie m.b.t. CAO's HR 16 maart 1962 (Bakker/Grafische Industrie), *NJ* 1963, 222 m.nt. JHB en m.b.t. pensioenreglementen HR 16 oktober 1987 (Pensioenfonds voor Huisartsen/Schmidt), *NJ* 1988, 117.

14 HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 m.nt. MS, r.o. 4.6.

van 'enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur'. Hierbij kan met name aan het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel worden gedacht.[15] Het bestaan van binding op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormt in mijn ogen overigens geen zelfstandige voorwaarde voor kwalificatie van een beleidsregel als recht in de zin van art. 79 RO:[16] zoals in § 4.3.5 nader uiteengezet zal worden, volgt deze binding reeds uit het feit dat aan de hiervoor onder (a) en (b) genoemde voorwaarden (vaststelling door het bevoegde bestuursorgaan en behoorlijke bekendmaking) is voldaan.

Blijkens het Leidraad-arrest is de rechter niet op dezelfde wijze als het bestuur gebonden aan beleidsregels. De rechter vervult immers, aldus de Hoge Raad, niet een – door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur beheerste – bestuurstaak maar een rechterlijke taak, op de uitoefening waarvan deze beginselen niet van toepassing zijn. Hieruit volgt ten eerste dat de rechter, daaronder begrepen de Hoge Raad zélf, (bestuurlijke) beleidsregels niet ambtshalve behoeft toe te passen,[17] hetgeen in dit verband betekent dat de rechter niet gehouden is de beslissing van een bestuursorgaan ambtshalve aan de beleidsregels van dat orgaan te toetsen.[18] Voorts is de rechter, wanneer hij na vernietiging van het bestuursbesluit, zelf een nieuwe beslissing in de zaak moet nemen, daarbij in beginsel niet gebonden aan de desbetreffende beleidsregel.

### 4.2.4 Het rolrichtlijnen-arrest: rolreglementen als 'recht'

Nadat aldus aanvaard werd dat van het *bestuur* afkomstige regelingen onder bepaalde voorwaarden tot het recht als bedoeld in art. 79 RO kunnen behoren, is deze lijn in 1996 – in navolging van hetgeen in 1993 door A-G Asser in zijn conclusie voor het arrest Fonville/Woningbouwvereniging[19] al was betoogd – door de Hoge Raad doorgetrokken naar regelingen die door *rechters* zijn vastgesteld. In het reeds enkele malen genoemde rolrichtlijnen-arrest is beslist

15 Zie ook de noot van Scheltema onder *NJ* 1991, 118 (sub 2). Met de inwerkingtreding van de derde tranche van de Awb is overigens de bevoegdheid van bestuursorganen tot beleidsregelgeving, alsmede de binding aan die beleidsregels, vastgelegd in de wet (art. 4:81 e.v. Awb); zie hierover nader § 4.3.4 en § 4.3.5.

16 Anders: Van Ommeren 1996, p. 211-212.

17 Zie HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 m.nt. MS, r.o. 4.8; in gelijke zin HR 8 november 1991 (Uytterschout/Ontvanger), *NJ* 1992, 31, r.o. 3.2. Desondanks heeft de Hoge Raad in een enkel geval wél een dergelijke ambtshalve toetsing verricht: zo werd in HR 14 april 1999, *BNB* 1999, 309 m.nt J.W. Zwemmer door de Hoge Raad ambtshalve het landelijk beleid van de belastingdienst toegepast bij de beoordeling van het cassatieberoep.

18 Zie hierover ook § 6.4.

19 HR 10 september 1993, *NJ* 1994, 507 m.nt. HJS.

dat ook een rolreglement van een rechtbank als 'recht' in de zin van art. 79 RO kan gelden.[20]

In dit arrest was, voorzover hier van belang, de volgende situatie aan de orde. Aan procespartij De Nieuwe Woning (DNW) was in appèl reeds tweemaal uitstel verleend voor nemen van de memorie van antwoord. In aansluiting op het tweede (aangeduid als 'laatste') uitstel had een aanhouding plaatsgevonden tot 30 augustus 1994. De Staat als wederpartij had bij deze aanhouding echter bedongen dat dit uitstel slechts tot 28 juni 1994 zou gelden. Nadat deze termijn was verstreken zonder dat door DNW de conclusie van antwoord was genomen, bracht de Staat de zaak vervroegd op ter rolzitting van 12 juli 1994 en verzocht hij aan de rolrechter akte van niet-dienen. De rolrechter verleende vervolgens – op grond van het bepaalde in art. 9a van de in casu toepasselijke 'rolrichtlijnen' (d.w.z. het rolreglement) van de Haagse rechtbank – aan de Staat akte van niet-dienen. Als gevolg hiervan kwam het recht van DNW tot het nemen van de memorie van antwoord, alsmede tot het eventueel instellen van incidenteel appèl, te vervallen.

In cassatie wordt er door DNW over geklaagd dat niet is voldaan aan de eisen die art. 9a van de onderhavige rolrichtlijnen stelt voor vervroegde opbrenging van een zaak en het verlenen van een akte van niet-dienen. In het bijzonder is volgens DNW niet voldaan aan de eis dat van het tot de rolrechter gerichte verzoek tevens afschrift aan de advocaat en de procureur van de wederpartij wordt gezonden. De klacht komt aldus neer op schending van de rolrichtlijnen door de rolrechter. Dit betekent dat deze slechts kan slagen indien de bewuste rolrichtlijnen aan te merken zijn als 'recht' in de zin van art. 79 RO.

De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend en overweegt daartoe als volgt:

> "Het onderdeel gaat ervan uit dat de in dat vonnis genoemde rolrichtlijnen zijn aan te merken als "recht" in de zin van art. 99 RO.
> Dit uitgangspunt is juist. De in mei 1987 door de Rechtbank te 's-Gravenhage vastgestelde rolrichtlijnen (-) hebben het karakter van door die Rechtbank vastgestelde regels omtrent de uitoefening van haar rolbeleid, welke regels weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar de rechter wel op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging binden, en zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de daarbij betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast. (-) Ook aan het vereiste dat de regels behoorlijk zijn bekendgemaakt, is (-) voldaan."

---

20 HR 28 juni 1996 (De Nieuwe Woning/Staat), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS; bevestigd in HR 4 april 1997 (Van Schaik/Verboom), *NJ* 1998, 220 m.nt. HJS. Inmiddels in gelijke zin HR 23 april 2004, *NJ* 2004, 350 m.b.t. het Uniform reglement van de gerechtshoven voor rekestprocedures in familiezaken.

Vervolgens komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de rolrechter inderdaad art. 9a van zijn rolrichtlijnen geschonden heeft door te oordelen dat de zaak overeenkomstig dit artikel was opgebracht en door akte van niet-dienen te verlenen: noch uit de door de Staat aan de rolrechter gezonden brief, noch op andere wijze blijkt dat in casu voldaan was aan het voorschrift dat van het verzoek tot vervroegde opbrenging mededeling aan de wederpartij wordt gedaan.

Hoewel het rolrichtlijnen-arrest in de literatuur niet al te veel aandacht heeft gekregen, kan het beschouwd worden als een belangrijke en principiële uitspraak: voor het eerst is hiermee aanvaard dat een rechtersregeling tot een bepaalde binding voor de rechter kan leiden. Daarnaast is het arrest van belang vanwege de (in § 6.3 uitgebreider te bespreken) controlemogelijkheden in cassatie die als gevolg van de kwalificatie van een rechtersregeling als 'recht' ontstaan.

Opvallend in het rolrichtlijnen-arrest is dat daarin wordt aangeknoopt bij de in het Leidraad-arrest gehanteerde formulering. Reeds bij een eerste vergelijking springen enkele overeenkomsten tussen bestuurlijke beleidsregels en rolreglementen in het oog. Beide soorten regels berusten niet op een van de (formele) wetgever afkomstige bevoegdheid tot wetgeving. Niettemin kunnen zij het bestuur, respectievelijk de rechter, wél binden, en wel op grond van bepaalde algemene rechtsbeginselen. Hoewel deze beginselen voor het bestuur worden aangeduid met de term 'algemene beginselen van behoorlijk bestuur', terwijl zij voor de rechter 'algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging' worden genoemd, zullen het in beide gevallen met name het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel zijn die de grondslag voor binding vormen.

Ook de voorwaarden waaronder beleidsregels, respectievelijk rolreglementen, recht in de zin van art. 79 RO kunnen vormen, komen in belangrijke mate overeen. Voor beide soorten regels is vereist dat de desbetreffende regeling 'behoorlijk bekendgemaakt' is, alsmede dat zij zich (kort gezegd) 'naar inhoud en strekking leent voor toepassing als rechtsregel'. Slechts de aan beleidsregels gestelde eis dat het daarbij moet gaan om regels die door een bestuursorgaan 'binnen zijn bestuursbevoegdheid' worden vastgesteld ter uitoefening van zijn (eigen) beleid, kent in het rolrichtlijnen-arrest niet met zoveel woorden een pendant. Of een dergelijke voorwaarde in dit verband niettemin ook aan rolreglementen moet worden gesteld, komt aan de orde in § 4.4.4.4.

Nu de Hoge Raad in het rolrichtlijnen-arrest zo uitdrukkelijk aansluiting zoekt bij zijn eerdere jurisprudentie ten aanzien van beleidsregels, doet dit vermoeden dat rolreglementen, en wellicht ook andere rechtersregelingen,

met deze rechtsfiguur in bepaalde opzichten vergelijkbaar zijn.[21] Het is daarom zinvol om bij de beantwoording van de vraag, in welke gevallen en onder welke voorwaarden rechtersregelingen recht in de zin van art. 79 RO kunnen vormen, (mede) een vergelijking te maken met beleidsregels. Aldus kan meer inzicht verkregen worden in de vraag, welke voorwaarden in dit kader gelden en hoe deze voorwaarden in concreto moeten worden ingevuld. Daarbij komt dat de theorievorming rond beleidsregels al veel verder uitgekristalliseerd is, hetgeen inmiddels heeft geresulteerd in een wettelijke regeling van deze rechtsfiguur. Dit biedt wellicht aanknopingspunten voor de verdere theorievorming rond rechtersregelingen.

In de volgende paragraaf worden derhalve eerst enige aspecten van de rechtsfiguur beleidsregels behandeld (§ 4.3). Hierna wordt, aan de hand van het rolrichtlijnen-arrest, bezien in hoeverre deze aspecten ook bij rechtersregelingen te onderkennen zijn, waarbij tevens aandacht zal worden besteed aan de vraag of beide soorten regels, gelet op met name de verschillende positie van bestuur en rechter in het staatsbestel, wel in algemene zin vergeleken kunnen worden (§ 4.4). Tot slot wordt ingegaan op de vraag of ook andere rechtersregelingen dan rolreglementen onder het bereik van het rolrichtlijnen-arrest kunnen worden gebracht (§ 4.5).

## 4.3 BELEIDSREGELS

### 4.3.1 Inleiding

Door de wetgever worden aan bestuursorganen tal van bestuursbevoegdheden toegekend. Te denken valt bijvoorbeeld aan bevoegdheden tot het nemen van besluiten, zoals de afgifte van vergunningen. Hoewel de uitoefening van dergelijke bevoegdheden in de eerste plaats wordt genormeerd door de wet, worden in de praktijk door het betrokken bestuursorgaan veelal (nadere) algemene regels vastgesteld, die aangeven hoe dit orgaan bij de uitoefening van de desbetreffende bestuursbevoegdheid in toekomstige gevallen zal handelen. Dit verschijnsel, dat waarschijnlijk zo oud is als de overheidsorganisatie zelf,[22] werd in het verleden met verschillende benamingen aangeduid. Zo werd onder meer gesproken van 'spiegelrecht'[23] en 'pseudo-wetgeving'.[24] Sinds het in 1983 verschenen proefschrift van Van Kreveld is de term *beleidsregels* algemeen gangbaar geworden.

---

21 Voor de volledigheid vermeld ik hier dat een rechtersregeling in elk geval niet onder het begrip 'beleidsregel' van de Awb kan worden gebracht: volgens art. 1:1 lid 2 sub c Awb zijn rechters geen 'bestuursorgaan', zodat zij ook geen beleidsregels in de zin van deze wet kunnen vaststellen (vgl. art. 1:3 lid 4 Awb).

22 Aldus Verheij & Lubberdink 1996, p. 86.

23 Mannoury 1960, p. 139-152.

24 Van der Hoeven 1965 en *dez.* 1966.

Bestuursorganen beschikken doorgaans niet over een (tot de formele wetgever te herleiden) bevoegdheid tot wetgeving. De hier bedoelde beleidsregels werden oorspronkelijk dan ook beschouwd als *interne* regels, die slechts binnen het betrokken bestuursorgaan (bijvoorbeeld voor de aldaar werkzame ambtenaren) betekenis hadden. In de tweede helft van de twintigste eeuw kwam er meer aandacht voor het feit dat beleidsregels, in het bijzonder wanneer deze worden gepubliceerd, ook een bepaalde *externe* werking kunnen hebben en de rechtspositie van burgers kunnen beïnvloeden. De erkenning van de juridische betekenis van beleidsregels, met name de gebondenheid van het bestuur daaraan, heeft in eerste instantie in literatuur en (lagere) rechtspraak plaatsgevonden.[25] Als gevolg van deze ontwikkeling is de Hoge Raad, in de in § 4.2.3 reeds genoemde arresten uit 1990, ertoe overgegaan beleidsregels als recht in de zin van art. 79 RO te aanvaarden. Ook de wetgever heeft inmiddels de plaats van beleidsregels in het recht erkend. In de derde tranche van de Awb, die op 1 januari 1998 in werking trad, is een aparte titel (titel 4.3) gewijd aan beleidsregels.[26]

In deze paragraaf wordt een aantal aspecten van beleidsregels besproken. De aandacht gaat hierbij vooral uit naar de (soorten) onderwerpen waarop beleidsregels betrekking kunnen hebben (§ 4.3.2), de bevoegdheid tot vaststelling van beleidsregels (§ 4.3.3 en 4.3.4) en de rechtsgevolgen van beleidsregels (§ 4.3.5). Hierbij moet in aanmerking genomen worden dat met de inwerkingtreding van de derde tranche van de Awb, beleidsregels een wettelijke grondslag gekregen hebben. Aangezien rechtersregelingen (vooralsnog) niet rechtstreeks op de wet berusten,[27] maar alleen in de rechtspraak tot (enige) ontwikkeling zijn gekomen, kunnen deze regels echter het best vergeleken worden met beleidsregels 'oude stijl'. In het vervolg van deze paragraaf zal daarom in de eerste plaats aandacht worden besteed aan de oude situatie. Waar dat relevant is, zal uiteraard ook de huidige stand van zaken ter sprake komen.

---

25 Zie over deze historische ontwikkeling met name Van Kreveld 1983, p. 18-30; Verheij & Lubberdink 1996, p. 85-89; Bröring 1998, nrs. 2-4.

26 De Awb verstaat overigens niet precies hetzelfde onder de term 'beleidsregel' als voordien het geval was: vaste gedragslijnen zijn bijv. géén beleidsregel in de zin van de Awb, terwijl deze in de (oudere) literatuur wel als zodanig werden aangeduid (in deze zin bijv. Van Kreveld 1983, p. 9-10). Deze definitiekwestie is voor een vergelijking tussen rechtersregelingen en beleidsregels echter niet van overwegend belang, aangezien vaste gedrags- of beslissingslijnen van de *rechter* ('vaste jurisprudentie') buiten het begrip rechtersregeling vallen (zie hierover § 1.3).

27 De wet geeft de rechter immers nergens expliciet de bevoegdheid tot vaststelling van dit soort regelingen; zie over de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen uitgebreider § 4.4.4.

### 4.3.2 Beslissingsruimte van bestuursorganen: beleidsruimte en interpretatieruimte

Bij de uitoefening van bestuursbevoegdheden hebben bestuursorganen in veel gevallen een zekere beslissingsruimte. Vaak wordt een zodanige beslissingsruimte door de wetgever zelfs bewust toegekend, bijvoorbeeld om het bestuur de mogelijkheid te geven rekening te houden met de omstandigheden van elk individueel geval. Daardoor kunnen doelmatigheid en flexibiliteit van het bestuursoptreden worden vergroot.[28] Niettemin worden in de praktijk – zo bleek al in het voorgaande – door bestuursorganen in veel gevallen beleidsregels opgesteld, die ten doel hebben de invulling van deze beslissingsruimte (nader) te normeren.

Beslissingsruimte kan zich in diverse vormen voordoen. Twee hoofdtypen zijn te onderkennen. Hoewel deze beide typen in de literatuur onder verschillende benamingen worden aangeduid, waarbij bovendien vrijwel iedere auteur een eigen betekenis aan de gebruikte benamingen lijkt toe te kennen, is men het er in het algemeen wel over eens dat het gaat om twee vormen van beslissingsruimte waartussen een principieel onderscheid bestaat. In het navolgende zal ik voor dit onderscheid de termen *beleidsruimte*[29] en *interpretatieruimte*[30] gebruiken.

Wanneer een bestuursorgaan over een 'discretionaire' bevoegdheid beschikt (bijvoorbeeld te herkennen aan het gebruik van bewoordingen als 'kan', 'mag', 'is bevoegd' en dergelijke), bestaat *beleidsruimte*: binnen de grenzen van de desbetreffende bevoegdheid kan het bestuursorgaan kiezen of, en zo ja, op welke wijze het van die bevoegdheid gebruik maakt. Kenmerkend voor beleidsruimte is dat het bestuur bij de invulling daarvan in een concreet geval steeds een belangenafweging dient te maken.[31]

Tegenover discretionaire (ook wel: vrije) bevoegdheden van het bestuur staan de zgn. gebonden bevoegdheden:[32] indien eenmaal is vastgesteld dat

---

28 Vgl. Van Kreveld 1983, p. 40-42.

29 Deze vorm van beslissingsruimte wordt ook wel aangeduid met de termen 'subjectieve beoordelingsruimte (zie Van Kreveld 1983, p. 7-8), dan wel 'beleidsvrijheid' (zie o.a. Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 143-145; De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 97-100. Ik kies hier voor de term beleids*ruimte* (i.p.v. het meer gebruikelijke beleids*vrijheid*) om beter tot uitdrukking te doen komen dat deze ruimte nooit onbeperkt is (zie daarover ook verderop in deze paragraaf).

30 In deze zin ook Van Ommeren 1996, p. 227-228. Door de meeste auteurs wordt de hier bedoelde ruimte overigens aangeduid als *beoordelings*ruimte-, c.q. vrijheid (zie bijv. Duk 1988, p. 156 e.v.; in dezelfde zin o.a. Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 139-141, alsmede Van Kreveld 1983, p. 6-7, die over 'objectieve beoordelingsruimte' spreekt). Omdat beoordelingsruimte niet alleen op de uitleg van wetsbepalingen, maar ook op de vaststelling en beoordeling van *feiten* betrekking kan hebben, hetgeen in dit kader echter niet aan de orde komt, houd ik het hier op de term 'interpretatieruimte'.

31 Zie hierover Duk 1988, p. 164-165.

32 De meeste bestuursbevoegdheden zijn overigens niet volledig discretionair of gebonden: in veel gevallen gaat het om een mengvorm (vgl. Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 138).

aan bepaalde voorwaarden is voldaan, is het bestuur verplicht de bevoegdheid te gebruiken.[33] Voor een belangenafweging is dan geen plaats, zodat het bestuur bij de uitoefening van dit soort bevoegdheden geen beleidsruimte heeft. Bij de beantwoording van de vraag óf aan de door de wet gestelde voorwaarden voor uitoefening van de bevoegdheid is voldaan, kan het bestuur echter wel *interpretatieruimte* hebben ten aanzien van deze voorwaarden. In eerste instantie is het immers het bestuur dat een oordeel dient te geven over de vraag, hoe bepaalde in de wet opgenomen termen uitgelegd moeten worden. Hierbij bestaat eigenlijk altijd een zekere ruimte, die groter wordt naarmate de te interpreteren term vager is.

Bij het voorgaande moet aangetekend worden, dat de grens tussen beleidsruimte en interpretatieruimte in veel gevallen niet scherp te trekken is.[34] Ten eerste is uit de formulering van een wettelijke bepaling veelal niet op het eerste gezicht duidelijk, of de wetgever heeft bedoeld beleidsruimte toe te kennen, dan wel slechts een 'vage norm' heeft gegeven, waarvan de invulling wel een kwestie van interpretatie, maar niet van beleid is. Uiteindelijk is de vraag *of* een bepaalde regel beleidsruimte, dan wel interpretatieruimte aan het bestuur geeft, zelf weer een kwestie van interpretatie: het antwoord hierop hangt immers af van de uitleg van bewoordingen, doel en strekking van de desbetreffende regel. Een tweede probleem is dat in één en dezelfde wettelijke bepaling zowel elementen die het bestuur beleidsruimte toekennen, als elementen ten aanzien waarvan (slechts) interpretatieruimte bestaat, kunnen voorkomen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de wet voorwaarden aangeeft waaraan voldaan moet zijn om een voor het overige discretionaire bevoegdheid te kunnen uitoefenen.

Ondanks deze complicaties is het van belang om (waar mogelijk) het hier besproken onderscheid te maken, aangezien beide vormen van beslissingsruimte principieel van karakter verschillen. Indien sprake is van beleidsruimte, dan zijn (binnen zekere grenzen) meerdere, verschillende, bestuursbeslissingen als rechtens juist te beschouwen; het is aan het bestuur om – na afweging van de betrokken belangen – uit de verschillende alternatieven een keuze te maken. In gevallen van interpretatieruimte bestaat er daarentegen slechts één – objectief bezien – juiste beslissing. Uiteindelijk kan immers slechts één interpretatie als rechtens juist gelden. Wel kan hierbij 'tussen redelijke mensen verschil van mening bestaan'[35] over de vraag, welke interpretatie precies de objectief (rechtens) juiste is. Ware dit anders, dan zou overigens in het geheel niet gesproken kunnen worden van interpretatieruimte.

---

33 Zie hierover Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 138.

34 Zie ook Klap 1996, p. 244-248; Bröring 1998, nr. 28; De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 98-99.

35 Aldus Duk 1978, p. 575 (i.h.b. noot 26).

Volgens art. 1:3 lid 4 Awb kunnen beleidsregels betrekking hebben op 'de afweging van belangen, de vaststelling van feiten en de uitleg van wettelijke voorschriften' bij het gebruik van een bestuursbevoegdheid. De categorie beleidsregels omtrent de vaststelling van feiten kan hier verder buiten beschouwing kan blijven. Van belang is in dit verband vooral dat verschil bestaat tussen beleidsregels omtrent de afweging van belangen enerzijds, en beleidsregels omtrent de uitleg van wettelijke voorschriften anderzijds. Dit verschil correspondeert met het hierboven aangegeven onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte. Een beleidsregel omtrent de afweging van belangen heeft betrekking op de invulling van beleidsruimte (en wordt daarom wel aangeduid met de term 'beleidsmatige beleidsregel'[36]). Een beleidsregel omtrent de uitleg van wettelijke voorschriften (ook wel: 'wetsinterpreterende beleidsregel') heeft betrekking op de invulling van interpretatieruimte.

Het onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte heeft met name gevolgen voor de toetsing achteraf door de rechter: indien een bestuursorgaan beleidsruimte heeft, zal de rechter het gebruik van deze ruimte slechts in beperkte mate ('marginaal') inhoudelijk kunnen toetsen.[37] De rechter mag, zoals dat heet, immers niet op de stoel van het bestuur gaan zitten en de belangenafweging die het bestuur heeft gemaakt nog eens overdoen. Wel kan de beslissing getoetst worden aan de wettelijke regeling waarbij de desbetreffende bestuursbevoegdheid is toegekend (de 'wettelijke basisregeling'), aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur (die thans voor een groot deel in de Awb zijn gecodificeerd) en aan ander (hoger) recht zoals bepalingen van de Grondwet of ieder verbindende verdragsbepalingen.[38] Ook indien een bestuursorgaan beleidsruimte heeft, mogen de hier genoemde grenzen niet worden overschreden. De wijze waarop het bestuur van zijn interpretatieruimte gebruik heeft gemaakt, kan de rechter daarentegen volledig toetsen: wetsuitleg is uiteindelijk de taak van de rechter en niet van het bestuur.[39]

Mutatis mutandis geldt hetzelfde wanneer het bestuur omtrent de invulling van beleids-, respectievelijk interpretatieruimte een beleidsregel heeft vastgesteld. De rechterlijke toetsing van een bestuursbesluit verloopt dan in meerdere fasen.[40] Allereerst zal de rechter dienen te toetsen of de beleidsregel zélf rechtmatig is. Indien de beleidsregel betrekking heeft op beleidsruimte (met andere woorden: een beleidsmatige beleidsregel is) zal de rechter zich bij deze toetsing terughoudend moeten opstellen. De rechter kan toetsen of de beleidsregel de door de wet en ander hoger recht gestelde grenzen niet overschrijdt; afgezien daarvan kan de inhoud van de beleidsregel (d.w.z. het resultaat van

36 Bröring 1998, nr. 27.

37 Zie over marginale toetsing Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 139-145 en p. 333-337; Klap 1996, p. 248-249.

38 Zie Van Kreveld 1983, hfst. 10-12; Bröring 1998, nrs. 51-60.

39 Zie hierover Van Kreveld 1983, p. 93-94; Klap 1996, p. 248-251; Bröring 1998, nrs. 28 en 86.

40 Zie Klap & Olivier 1998, p. 777-779; Bröring 1998, nrs. 84-87.

de door het bestuur in abstracto gemaakte belangenafweging) echter slechts marginaal worden getoetst. Bij een wetsinterpreterende beleidsregel kan de rechter de inhoud daarvan volledig toetsen, en zo nodig zijn eigen rechtsopvatting voor die van het bestuur in de plaats stellen. Staat eenmaal vast dat de beleidsregel zélf rechtmatig is, dan kan vervolgens het bestreden bestuursbesluit *aan de beleidsregel* worden getoetst. Met name zal hierbij de vraag aan de orde kunnen komen, of zich in het voorliggende geval bijzondere omstandigheden voordoen die tot afwijking van de beleidsregel noodzaken.[41]

De vraag of het onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte ook in het kader van art. 79 RO van belang kan zijn – met name de vraag of ook een wetsinterpreterende beleidsregel voor het etiket 'recht' in de zin van deze bepaling in aanmerking komt – is in de jurisprudentie van de Hoge Raad dienaangaande niet expliciet beantwoord. In elk geval zal, ook wanneer een wetsinterpreterende beleidsregel recht in de zin van art. 79 RO zou kunnen zijn,[42] het onderscheid met beleidsmatige beleidsregels in die zin relevant zijn, dat de (cassatie)rechter de inhoud van een wetsinterpreterende beleidsregel volledig (en niet slechts 'marginaal') kan toetsen en in voorkomend geval zijn eigen rechtsopvatting voor die van het bestuur in de plaats kan stellen. Deze laatste mogelijkheid bestaat overigens altijd en is niet afhankelijk van de kwalificatie van een (wetsinterpreterende) beleidsregel als recht in de zin van art. 79 RO. Ook verder biedt de eventuele kwalificatie van een wetsinterpreterende beleidsregel als recht in de zin van art. 79 RO geen toegevoegde waarde. De vraag of de beslissing van het bestuur op een juiste interpretatie van de wet berust kan – ook in cassatie – *altijd* aan de orde worden gesteld. De wettelijke bepaling of regeling, ter interpretatie waarvan door het bestuur een beleidsregel is vastgesteld, behoort zelf immers zonder meer tot het recht in de zin van art. 79 RO.

### 4.3.3 Eisen aan de invulling van beslissingsruimte door het bestuur

Aanvankelijk werden aan de invulling van beleidsruimte door het bestuur vrijwel geen eisen gesteld. In literatuur en jurisprudentie is echter een ontwikkeling op gang gekomen, als gevolg waarvan de wijze waarop het bestuur aan deze ruimte in concrete gevallen invulling gaf, getoetst ging worden aan het verbod van willekeur.[43] Vervolgens werd uit het verbod van willekeur de eis afgeleid dat het bestuur *beleid* moet voeren, dat wil zeggen stelselmatig dient te beslissen. Van beleidsruimte moet dus op een consistente wijze gebruik

41 Zie over de mogelijkheid tot afwijking van beleidsregels § 4.3.5.
42 Zoals wordt aangenomen door Van Ommeren 1996, p. 229-230.
43 Zie bijv. HR 25 februari 1949 (Doetinchemse woonruimtevordering), *NJ* 1949, 558.

gemaakt worden: het bestuur moet zoveel mogelijk een vaste lijn volgen.[44] Een dergelijke vaste lijn kan zich in de praktijk ontwikkelen, doordat het bestuur zich houdt aan eerdere beslissingen in vergelijkbare gevallen. Een vaste beleidslijn kan echter ook worden neergelegd in een *beleidsregel*, die in algemene zin aangeeft hoe het bestuur bij de uitoefening van een bestuursbevoegdheid die beleidsruimte meebrengt, voornemens is te handelen. Met betrekking tot de invulling van interpretatieruimte wordt inmiddels eveneens de eis gesteld, dat het bestuur daarbij stelselmatig en volgens een vaste lijn te werk gaat.[45]

In de vorige paragraaf is al aangegeven dat de wetgever meestal niet voor niets beslissingsruimte aan het bestuur laat: deze ruimte maakt een flexibele en doelmatige uitoefening van bestuursbevoegdheden in het individuele geval mogelijk. Vaststelling van algemene (beleids)regels, die vooraf aangeven hoe in toekomstige gevallen de desbetreffende bestuursbevoegdheid zal worden gehanteerd, is echter niet in algemene zin in strijd met dit doel te achten: zoals in de vorige paragraaf al bleek, moet beslissingsruimte immers steeds met inachtneming van algemene beginselen van behoorlijk bestuur (onder meer het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur) worden ingevuld.[46] Wel kan het feit dát door de wetgever beslissingsruimte is toegekend, grenzen stellen aan de mogelijkheid tot vaststelling van beleidsregels. Zo zal een beleidsregel die de toegekende beslissingsruimte volledig inperkt in elk geval te ver gaan.[47] Van belang is in dit verband voorts, dat geen absolute binding aan beleidsregels bestaat: zoals in § 4.3.5 aan de orde zal komen, behoort afwijking in bijzondere gevallen steeds tot de mogelijkheden.

### 4.3.4 De bevoegdheid van het bestuur tot beleidsregelgeving

De bevoegdheid tot vaststelling van beleidsregels is tegenwoordig met zoveel woorden vastgelegd in de Awb (zie art. 4:81). Ook vóór de inwerkingtreding van de derde tranche Awb werd echter reeds aangenomen dat bestuursorganen bevoegd zijn tot het vaststellen van zowel beleidsmatige als wetsinterpreterende beleidsregels. Beleidsruimte en interpretatieruimte moeten, zo bleek in het voorgaande, immers gehanteerd worden op een wijze die in overeenstemming is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het bestuur dient voorts over de invulling van beleids- en interpretatieruimte verantwoording af te leggen jegens een democratisch gekozen lichaam. Beleidsregels maken een betere democratische controle op het gevoerde beleid mogelijk, doordat zij

44 Zie hierover Duk 1978, p. 575-576; Van Kreveld 1983, p. 8-9 en p. 43-45; Scheltema 1996, p. 25; Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 222-223.
45 Zie Bröring 1998, nr. 18; Van Kreveld 1983, p. 97-104.
46 Vgl. Van Kreveld 1983, p. 48-53.
47 In deze zin Van Kreveld 1983, p. 124; Heldeweg 1995, p. 85; Bröring 1998, nr. 52.

de controlerende lichamen meer inzicht geven in de gevolgde beleidslijn. Overigens kan de aanwezigheid van een beleidsregel ook de controle op het bestuursoptreden door de rechter versterken, met name wanneer het gaat om een beleidsmatige beleidsregel. Zoals reeds werd aangegeven, heeft een dergelijke beleidsregel betrekking op de uitoefening van een (in bepaalde mate) discretionaire bevoegdheid door een bestuursorgaan. Deze uitoefening kan normaal gesproken door de rechter slechts marginaal getoetst worden. Heeft het bestuursorgaan echter een beleidsregel vastgesteld, dan kan de rechter de genomen beslissing tevens aan de beleidsregel zélf toetsen. Beleidsregels hebben, kortom, een bepaalde *controlefunctie*. Ten slotte kunnen beleidsregels de doelmatigheid en beheersbaarheid van het bestuursoptreden bevorderen: duidelijke regels kunnen ervoor zorgen dat ambtenaren snel(ler) beslissen en ook voor burgers is het handig om te weten waar zij aan toe zijn.[48]

Om al deze redenen werd de vaststelling van beleidsregels, ook vóór de totstandkoming van de Awb, in beginsel geoorloofd – soms zelfs: noodzakelijk – geacht. De bevoegdheid tot beleidsregelgeving was weliswaar nergens in de wet vastgelegd, maar werd geconstrueerd als een *impliciete bevoegdheid*, die in de door de wetgever toegekende beslissingsruimte besloten lag. Wanneer aan het bestuur, bij de uitoefening van een bepaalde bestuursbevoegdheid, beslissingsruimte is gelaten, kan namelijk worden aangenomen dat de wetgever daarmee tevens het bestuur de bevoegdheid heeft willen geven nadere (beleids)regels vast te stellen omtrent de uitoefening van die bestuursbevoegdheid.[49]

Omdat de bevoegdheid tot beleidsregelgeving impliciet is aan de bestuursbevoegdheid, gaat het hierbij tevens om een *afgeleide bevoegdheid*. Deze constatering heeft enkele belangrijke consequenties. Allereerst betekent dit, dat de bevoegdheid tot beleidsregelgeving dezelfde grenzen kent als de (oorspronkelijke) bestuursbevoegdheid. In § 4.3.2 bleek immers al, dat de uitoefening van een bestuursbevoegdheid, zelfs wanneer het bestuur daarbij over (een ruime mate van) beleids- of interpretatieruimte beschikt, steeds in die zin begrensd is dat deze niet in strijd mag komen met de wettelijke basisregeling, noch met algemene beginselen van behoorlijk bestuur of ander (hoger) recht. Een beleidsregel mag deze grenzen evenmin overschrijden.[50]

Het feit dat de bevoegdheid tot beleidsregelgeving kan worden beschouwd als een afgeleide bevoegdheid brengt voorts mee, dat beleidsregels, behoudens gevallen van mandaat of delegatie, dienen te worden vastgesteld door het orgaan dat ook de desbetreffende bestuursbevoegdheid kan uitoefenen[51]

---

48 Zie over dit alles Van Kreveld 1983, p. 43-45; vgl. ook Verheij & Lubberdink 1996, p. 86.

49 Deze fundering voor de bevoegdheid tot vaststelling van beleidsregels is geïntroduceerd door Van Kreveld 1983; zie met name p. 53-56 en p. 64-66.

50 Zie Van Kreveld 1983, hfst. 10-12; Bröring 1998, nrs. 51-60; Verheij & Lubberdink 1996, p. 96.

51 Zie hierover Van Kreveld 1983, p. 105-118; Verheij & Lubberdink 1996, p. 101-104; Bröring 1998, nrs. 34-42.

(aldus tegenwoordig ook met zoveel woorden art. 4:81 lid 1 Awb).[52] Anders gezegd: een beleidsregel moet in beginsel berusten op *zelfbinding* door het bevoegde bestuursorgaan.[53]

In het Leidraad-arrest wordt door de Hoge Raad aan een beleidsregel – wil deze de status van recht in de zin van art. 79 RO kunnen verwerven – de eis gesteld dat daarin 'door een bestuursorgaan binnen de grenzen van zijn bestuursbevoegdheid regels omtrent de uitoefening van *zijn* beleid' (mijn cursivering) worden gegeven.[54] Enerzijds kan uit deze formulering worden afgeleid dat uit een bestuursbevoegdheid ook de bevoegdheid tot beleidsregelgeving voortvloeit; anderzijds is daarmee ook de grens gegeven: een bestuursorgaan kan slechts beleidsregels tot stand brengen omtrent de uitoefening van de *eigen* bevoegdheden.[55] Ook in het kader van art. 79 RO moet het derhalve gaan om een beleidsregel die is vastgesteld door het bevoegde bestuursorgaan zélf (met andere woorden: berust op zelfbinding). Het Leidraad-arrest sluit hiermee aan bij de voordien in de literatuur reeds ontwikkelde gedachtengang, die in het voorgaande kort is weergegeven.

Sinds de inwerkingtreding van de derde tranche Awb berust de bevoegdheid tot vaststelling van beleidsregels rechtstreeks op de wet. Art. 4:81 lid 1 Awb bepaalt immers dat een bestuursorgaan beleidsregels kan vaststellen 'met betrekking tot een hem toekomende of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende, dan wel door hem gedelegeerde bevoegdheid'. Het is thans dus niet meer noodzakelijk de bevoegdheid tot vaststelling van beleidsregels te beschouwen als een *impliciete* bevoegdheid. Wel gaat het bij de vaststelling van beleidsregels in wezen nog steeds om een afgeleide (men kan ook zeggen: accessoire[56]) bevoegdheid, die niet los kan worden gezien van de oorspronkelijke bestuursbevoegdheid. De consequenties hiervan zijn in het voorgaande reeds aan de orde gekomen.

### 4.3.5 Rechtsgevolgen van beleidsregels

Het belangrijkste rechtsgevolg van beleidsregels is dat zij het bestuursorgaan dat de regel heeft vastgesteld in beginsel binden. Vóór de totstandkoming van

52 Een bestuursorgaan is voorts bevoegd tot vaststelling van beleidsregels indien zulks bij wettelijk voorschrift uitdrukkelijk is bepaald (zie art. 4:81 lid 2 Awb).

53 Zoals in § 4.3.5 nog zal blijken, kan de term 'zelfbinding' ook dienen ter aanduiding van het *rechtsgevolg* van een door het bevoegde bestuursorgaan vastgestelde beleidsregel. In zekere zin gaat het hier om twee kanten van dezelfde medaille: (mede) omdat een beleidsregel berust op zelfbinding, is het resultaat ook zelfbinding. Niettemin is het van belang, goed in het oog te houden dat de term 'zelfbinding' zowel kan zien op de vaststelling als op de gevolgen van een beleidsregel.

54 Zie HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 m.nt. MS, r.o. 4.6.

55 Vgl. hierover de noot van Scheltema (sub 6) onder het arrest; Van Ommeren 1996, p. 232-238.

56 Zie in deze zin Heldeweg 1995, p. 85-86.

de derde tranche van de Awb werd deze binding van bestuursorganen aan hun beleidsregels afgeleid uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Wanneer immers een bestuursorgaan bekendmaakt op welke wijze het van zijn (eigen) bevoegdheden gebruik zal maken – c.q. van welke wetsuitleg het uit zal gaan – mogen burgers er in beginsel op vertrouwen dat het bestuursorgaan conform zijn beleidsregel zal handelen.[57] Van Kreveld acht vooral het element van 'zelfbinding' doorslaggevend: door het enkele feit dat een beleidsregel is vastgesteld waarin, binnen de grenzen van de aanwezige beleids- of interpretatieruimte, een bepaalde keuze is gemaakt, verplicht het bestuur zich deze regel – in beginsel – toe te passen. Dit volgt uit het consistentiebeginsel. Het is in zijn visie dus vooral de 'daad van beleidsregelgeving' die tot binding leidt.[58] Wat hier verder ook van zij, vastgesteld kan meen ik worden, dat in elk geval de *combinatie* van vaststelling van een beleidsregel door het ter zake bevoegde bestuursorgaan (zelfbinding) en bekendmaking van die regel, binding op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot gevolg zal hebben.[59]

Beleidsregels binden het bestuursorgaan niet op dezelfde wijze als 'algemeen verbindende voorschriften': bestuursorganen beschikken – behoudens uitzonderingsgevallen – immers niet over een (tot de formele wet te herleiden) bevoegdheid tot wetgeving.[60] Dit heeft tot gevolg dat de omvang van de binding aan beleidsregels in meerdere opzichten beperkt is. In de eerste plaats brengt het feit dat beleidsregels niet op een wetgevende bevoegdheid berusten mee, dat deze regels in beginsel alleen het bestuursorgaan jegens de burger kunnen binden, en niet andersom. Beleidsregels resulteren dus slechts in zelfbinding[61] van het bestuur. Deze stelling moet overigens in zoverre genuanceerd worden, dat het bestuur zich in beginsel ook jegens de burger op zijn beleidsregels zal kunnen beroepen.[62] Een beleidsregel kan echter niet zelfstandig verplichtingen aan burgers opleggen.[63] Deze mogelijkheid bestaat slechts

57 Zie Van Kreveld 1983, p. 186-189; Bröring 1998, nr. 2.

58 Zie Van Kreveld 1983, p. 188-189 en p. 221-222.

59 Voor de volledigheid vermeld ik dat voor beleidsregels 'oude stijl' werd aangenomen, dat deze *ook* bindend konden zijn wanneer zij niet bekendgemaakt waren, in welk geval het vertrouwensbeginsel uiteraard niet, althans niet op dezelfde wijze, de grondslag kan vormen voor gebondenheid (zie bijv. Van Kreveld 1983, p. 186-187).

60 Zie over het onderscheid tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 232-233; De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 66-67; Bröring 1998, nr. 30; Klap & Olivier 1998, p. 773-774; Van Ommeren 1996, p. 315-317.

61 Ik wijs erop dat de term 'zelfbinding' in deze paragraaf ziet op de *gevolgen* van een beleidsregel, en niet op de *vaststelling* daarvan (zie ook hetgeen hierboven in noot 53 is opgemerkt).

62 Het consistentiebeginsel en ook het meer algemene rechtszekerheidsbeginsel brengen namelijk mee dat het bestuur zich in beginsel houdt aan een eenmaal vastgestelde beleidsregel en daar niet 'zo maar', zonder dat sprake is van bijzondere omstandigheden, van afwijkt. Vgl. Van Kreveld 1983, p. 189 en p. 193-195; Bröring 1998, nr. 68.

63 Zie Van Ommeren 1996, p. 282-284; Verheij & Lubberdink 1996, p. 96; Bröring 1998, nr. 19.

indien en voorzover de desbetreffende bestuursbevoegdheid daarin reeds voorziet; een beleidsregel kan een en ander dan verder uitwerken.

Een tweede belangrijk punt is dat de aanwezigheid van een beleidsregel het betrokken bestuursorgaan niet ontslaat van de plicht, bij zijn beslissing in een concreet geval steeds een belangenafweging te maken.[64] Daarom bestaat bij de toepassing van een beleidsregel altijd een *'inherente afwijkingsbevoegdheid'*:[65] indien zich een bijzonder geval voordoet, mag – of beter gezegd: moet – het bestuursorgaan van zijn beleidsregel afwijken.[66] Dit is ook in overeenstemming met het doel dat de wetgever in het algemeen heeft wanneer hij aan het bestuur beslissingsruimte toekent, namelijk het openlaten van de mogelijkheid dat met de omstandigheden van het individuele geval rekening wordt gehouden.[67] Daarmee strookt niet dat bestuursorganen steeds onverkort aan hun beleidsregels gebonden zouden zijn.

De binding aan beleidsregels is ten slotte in die zin beperkt dat de rechter de *inhoud* van een beleidsregel (d.w.z. de beleidsregel als zodanig) steeds kan toetsen, zowel aan de 'wettelijke basisregeling' als aan ander (hoger) recht. De intensiteit van deze toetsing verschilt, zo bleek in § 4.3.2, afhankelijk van de vraag of het gaat om een beleidsmatige dan wel een wetsinterpreterende beleidsregel.

Het Leidraad-arrest past geheel in het hiervóór geschetste kader. De Hoge Raad maakt in dit arrest eveneens onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften enerzijds, en beleidsregels anderzijds. Beleidsregels zijn immers volgens de Hoge Raad regels die 'niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften, omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven'. De binding van bestuursorganen aan beleidsregels berust op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het feit dat een bestuursorgaan onder omstandigheden van een beleidsregel kan afwijken (met andere woorden: een inherente afwijkingsbevoegdheid heeft), doet hierbij niet af aan de kwalificatie van een zodanige regel als *recht* (althans in het kader van art. 79 RO).[68]

Het verdient hierbij overigens opmerking dat de binding van het bestuur aan een beleidsregel geen *zelfstandige* voorwaarde oplevert om als recht in de zin van art. 79 RO te kunnen gelden.[69] Eerder in deze paragraaf bleek immers

64 Zie hierover Verheij & Lubberdink 1996, p. 109-110; Heldeweg 1995, p. 85-86.

65 Deze term is afkomstig van Van Kreveld 1983, p. 195-196. De bevoegdheid tot afwijking van een beleidsregel is 'inherent' omdat deze *altijd* aanwezig is, ook wanneer daarin door de beleidsregel niet uitdrukkelijk is voorzien.

66 Zie, naast de in noot 64 genoemde auteurs, met name Van Kreveld 1983, hfst. 14-16; Bröring 1998, nrs. 69-76; Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 228-229; De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 73-74.

67 Zie Van Kreveld 1983, p. 198; zie ook hiervóór § 4.3.2.

68 Zie HR 28 maart 1990 *NJ* 1991, 118 m.nt. MS, r.o. 4.6.

69 Anders: Van Ommeren 1996, p. 211-212.

al, dat in elk geval de combinatie van vaststelling door het bevoegde bestuursorgaan en bekendmaking van een beleidsregel, tot binding zal leiden. Vaststelling door het bevoegde orgaan en (behoorlijke) bekendmaking vormen echter reeds afzonderlijke voorwaarden voor kwalificatie van een beleidsregel als recht in de zin van art. 79 RO.[70] Is hieraan voldaan, dan is de desbetreffende beleidsregel derhalve 'per definitie' bindend, zodat het weinig zinvol is binding nog tot aparte voorwaarde te bestempelen.

Naar huidig recht volgt de binding van bestuursorganen aan beleidsregels rechtstreeks uit de wet (art. 4:84 Awb). Een 'omweg' via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is dus niet langer nodig. Het karakter van deze binding is hiermee echter niet wezenlijk veranderd. Ook volgens de Awb is een beleidsregel géén algemeen verbindend voorschrift (vgl. de definitie in art. 1:3 lid 4 Awb). Dit brengt met zich dat de omvang van de binding aan beleidsregels op dezelfde wijze beperkt is als voorheen. Ik vermeld hier nogmaals de inherente afwijkingsbevoegdheid (zie thans ook art. 4:84 Awb), het feit dat het bij een beleidsregel gaat om (zelf)binding van het bestuur jegens de burgers en het feit dat de rechter de inhoud van een beleidsregel in meerdere of mindere mate kan toetsen.

Een verder rechtsgevolg van beleidsregels is thans de 'verlichte motiveringsplicht': het bestuursorgaan kan ter motivering van een besluit in beginsel volstaan met verwijzing naar een beleidsregel (zie art. 4:84 Awb).[71]

## 4.4 RECHTERSREGELINGEN

### 4.4.1 Inleiding

Nadat in de voorgaande paragrafen enige aspecten van door het bestuur vastgestelde beleidsregels aan de orde zijn gekomen, wordt nu weer overgegaan tot (door rechters vastgestelde) rechtersregelingen. Omdat in dit hoofdstuk (mede) de vergelijkbaarheid van beide soorten regels aan de orde is, zal in het navolgende dezelfde opbouw worden gevolgd als bij de bespreking van beleidsregels het geval was. Achtereenvolgens komen daarom aan de orde: de beslissingsruimte van de rechter (§ 4.4.2), de eisen die aan de invulling daarvan moeten worden gesteld (§ 4.4.3), de bevoegdheid tot het vaststellen van rechtersregelingen ter invulling daarvan (§ 4.4.4), alsmede de 'rechtsgevolgen' van dit soort regels (§ 4.4.5). Tot slot zal worden bezien of, en zo ja, in hoeverre de verschillen die bestaan tussen bestuur en rechter wellicht aan een

70 Zie eerder § 4.2.3.

71 Zie hierover Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 230; De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 72; De Waard 1997, p. 122-123.

vergelijking of analogie tussen beleidsregels en rechtersregelingen in de weg staan (§ 4.4.6).

### 4.4.2 Beslissingsruimte van de rechter

#### *4.4.2.1 Inleiding*

Rechtersregelingen hebben steeds betrekking op de invulling van een bepaalde vorm van beslissingsruimte die de rechter heeft bij de behandeling of beslissing van zaken.[72] Hoewel theoretisch gezien uiteraard alle rechtsregels, zowel geschreven als ongeschreven, de rechter beslissingsruimte kunnen bieden, gaat het bij rechtersregelingen in de praktijk steeds om beslissingsruimte die uit een door de wetgever vastgestelde regel voortvloeit.[73] In het navolgende zal de aandacht daarom vooral uitgaan naar uit wettelijke regels voortvloeiende vormen van rechterlijke beslissingsruimte. De reden voor de wetgever om beslissingsruimte aan de rechter te laten, kan onder meer gelegen zijn in de wens een flexibele hantering van bepaalde bevoegdheden mogelijk te maken, of in het feit dat de wetgever niet goed kan voorzien wat voor gevallen zich in de toekomst zullen voordoen, zodat hij genoodzaakt is met een min of meer open norm te volstaan.[74]

Rechterlijke beslissingsruimte kan zich in diverse varianten voordoen. In § 2.10 is, bij de behandeling van een aantal voor de praktijk belangrijke rechtersregelingen, bij wijze van voorlopige onderverdeling een drietal hoofdvormen onderscheiden: (a) gevallen waarin de rechter over een 'discretionaire bevoegdheid' beschikt, (b) gevallen waarin de rechter de hoogte van een bepaalde vergoeding moet vaststellen, en (c) gevallen waarin de betekenis van een (wettelijke) regel of een daarin voorkomende term nader moet worden vastgesteld.

Thans wordt het tijd dieper in te gaan op de vraag, waarin de beslissingsruimte van de rechter precies kan bestaan. Het antwoord hierop is, zoals later nog zal blijken, namelijk van belang voor de juridische beoordeling van rechtersregelingen.[75] In de voorliggende paragraaf gaat het overigens in eerste instantie om de vraag, welke vormen van beslissingsruimte voor de rechter uit de wet voortvloeien, en pas in de tweede plaats om de vraag op welke wijze deze ruimte eventueel wordt ingevuld via een rechtersregeling.

---

72 Vgl. de in § 1.3 gegeven definitie.

73 Vgl. hetgeen aan het slot van § 1.2 is opgemerkt. Vgl. ook de door Martens 1997, p. 10, gegeven omschrijving van het begrip 'rechterlijke samenwerking'.

74 Vgl. hierover Wiarda/Koopmans 1999, p. 43-50.

75 Zie hierover met name § 4.5.

*4.4.2.2 Gevallen van beslissingsruimte*

Zowel op grond van het procesrecht als op grond van het materiële recht heeft de rechter in bepaalde gevallen de beschikking over bevoegdheden die wel met de term 'discretionair' worden aangeduid. Deze kwalificatie wordt doorgaans gekoppeld aan wettelijke formuleringen als 'de rechter *kan*'. Op het gebied van het procesrecht 'kan' de rechter bijvoorbeeld partijen bevelen bepaalde stukken over te leggen (art. 22 Rv), een schikkings- of inlichtingencomparitie gelasten (art. 87 resp. art. 88 Rv),[76] een deskundigenbericht of descente bevelen (art. 194 resp. art. 201 Rv) of in een verzoekschriftprocedure belanghebbenden doen oproepen (art. 279 Rv).

In het materiële recht zijn dergelijke 'kan'-bevoegdheden van de rechter bijvoorbeeld te vinden in de artikelen 242 Rv, 6:94 BW en 6:109 BW. Op grond van deze bepalingen kan de rechter respectievelijk een contractueel bedongen vergoeding voor proceskosten of buitengerechtelijke kosten, een contractuele boete of een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen. Andere voorbeelden van materieelrechtelijke discretionaire bevoegdheden vormen de artikelen 6:230 BW en 6:258 BW: de rechter kan, in geval van dwaling respectievelijk onvoorziene omstandigheden, de gevolgen van een tussen partijen gesloten overeenkomst wijzigen.[77]

De aanduiding 'discretionair' voor de zojuist bedoelde rechterlijke bevoegdheden is naar mijn idee enigszins misleidend. De mate waarin een kan-bevoegdheid werkelijk 'discretie' oplevert voor de rechter, kan namelijk sterk verschillen. Het meest karakteristieke geval van een discretionaire bevoegdheid doet zich voor, wanneer het aan de rechter is overgelaten om te bepalen of hij – indien naar zijn oordeel aan de voorwaarden voor toepassing is voldaan – van de desbetreffende bevoegdheid gebruik maakt of juist niet. De rechter mag in die gevallen toepassing dus ook achterwege laten.[78] Dit is wat doorgaans met de term 'discretionaire bevoegdheid' wordt bedoeld.

Het is echter niet zo dat steeds waar de wet de formulering 'de rechter *kan*' bezigt, dit ook betekent dat het de rechter zonder meer vrij zou staan de desbetreffende bevoegdheid *niet* toe te passen. Zo luidt art. 6:109 BW (voorzover hier van belang):

> "Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden (-) tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, *kan* [mijn cursivering – KT] de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen."

76 Na de conclusie van antwoord is de rechter hiertoe in beginsel verplicht (zie art. 131 Rv); in dat geval is dus géén sprake van een 'discretionaire' bevoegdheid.

77 Zie over deze wijzigingsbevoegdheden van de rechter Hijma 1989; Peletier 1999.

78 Vgl. Peletier 1999, p. 6-7 en 10-11.

Niet goed denkbaar is dat de rechter in een bepaald geval enerzijds zou oordelen dat toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden wél tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, maar hij anderzijds niettemin zou besluiten om van zijn bevoegdheid tot matiging geen gebruik te maken.[79] Van een werkelijk 'discretionaire' bevoegdheid in de hierboven bedoelde zin is hier dus geen sprake.[80]

In het zojuist gegeven voorbeeld had de rechter, ondanks een formulering die ogenschijnlijk het tegendeel inhield, eigenlijk helemaal geen vrijheid een bepaalde bevoegdheid niet te gebruiken, terwijl wél aan de toepassingsvoorwaarden daarvoor was voldaan. Een andere mogelijkheid is dat de toepassing van een kan-bevoegdheid slechts in bepaalde gevallen, of onder bepaalde (niet als zodanig door de wet genoemde) voorwaarden achterwege mag blijven. Zo bepalen de artikelen 186 en 202 Rv, dat de rechter in bepaalde gevallen, op verzoek van een der partijen, een voorlopig getuigenverhoor, respectievelijk een voorlopig deskundigenbericht 'kan' gelasten. Ook hier lijkt de tekst van de wet de rechter de (volledige) vrijheid te bieden een daartoe strekkend verzoek af te wijzen. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad valt echter af te leiden, dat een verzoek tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht in de door de wet bedoelde gevallen in beginsel dient te worden toegewezen. Dit is slechts anders wanneer zich een specifieke grond voor afwijzing voordoet, waarbij met name kan worden gedacht aan gevallen van misbruik van procesrecht of strijd met de goede procesorde.[81]

Het omgekeerde geval komt eveneens voor: soms is de rechter wél in beginsel vrij een bepaalde kan-bevoegdheid al dan niet te gebruiken, maar is deze vrijheid onderworpen aan zekere beperkingen. Een voorbeeld hiervan is art. 279 lid 1 Rv, dat bepaalt dat de rechter in de verzoekschriftprocedure belanghebbenden kan doen oproepen voor een mondelinge behandeling. Blijkens jurisprudentie van de Hoge Raad is het in beginsel aan het beleid van de rechter overgelaten of hij op de voet van deze bepaling belanghebbenden

79 Wel dient de rechter (zoals ook blijkt uit de formulering '*kennelijk* onaanvaardbare gevolgen') terughoudend te zijn met het oordeel dat van zodanig onaanvaardbare gevolgen sprake is; zie HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 510.

80 In gelijke zin Hartlief & Tjittes 1999, p. 53; Snijders 1997c, p. 273. Een soortgelijke situatie doet zich bijv. voor bij de wijzigingsbevoegdheid van art. 6:258 BW; zie hierover Hijma 1989, p. 13-14; Peletier 1999, p. 10-11.

81 Zie HR 19 februari 1993 (Van de Ven/Pierik), *NJ* 1994, 345 m.nt. HJS inzake het voorlopig getuigenverhoor; zie HR 6 februari 1998 (M./AMEV), *NJ* 1999, 478 m.nt. HJS; HR 13 september 2002 (Uiterlinden/Van Zijp), *NJ* 2004, 18 m.nt. HJS en HR 12 september 2003 (Royal/K.), *RvdW* 2003, 140 inzake het voorlopig deskundigenbericht. In HR 19 december 2003, *JBPr* 2004, 30 m.nt. E.F. Groot bevestigt de HR met zoveel woorden dat de rechter (inderdaad) geen 'discretionaire bevoegdheid' heeft een verzoek tot voorlopig deskundigenonderzoek af te wijzen.

zal doen oproepen; de rechter dient daarbij echter wél de 'eisen van een behoorlijke rechtspleging' in acht te nemen.[82]

Uit het voorgaande volgt, dat een 'discretionaire' of kan-bevoegdheid de rechter in sommige gevallen een zekere ruimte kan bieden toepassing daarvan desgewenst ook achterwege te laten. Een kan-bevoegdheid kan daarnaast in die zin beslissingsruimte meebrengen dat de rechter de *inhoud* van een te nemen beslissing in meerdere of mindere mate zelf kan bepalen.[83] Een voorbeeld hiervan biedt de eerder besproken matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW. Hoewel het de rechter daarbij dus niet vrijstaat om, na te hebben geoordeeld dat toekenning van volledige schadevergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden niettemin van matiging af te zien, bestaat bij de beantwoording van de vraag *in hoeverre* vervolgens dient te worden gematigd, weer wél een zekere 'discretionaire' ruimte.[84] Deze ruimte is echter in zoverre begrensd dat matiging in elk geval niet kan geschieden tot een lager bedrag dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering had gedekt of verplicht was te dekken (aldus art. 6:109 lid 2 BW).

Geconcludeerd kan worden dat de omschrijving 'discretionaire bevoegdheid' voor de hier bedoelde kan-bevoegdheden onvoldoende tot uitdrukking brengt, dat de rechter op grond daarvan over uiteenlopende vormen en gradaties van beslissingsruimte kan beschikken. Wel hebben kan-bevoegdheden gemeen, dat zij doorgaans (zij het niet altijd) een zekere *keuzemogelijkheid* voor de rechter inhouden.[85] Wanneer vaststaat dat aan de voorwaarden voor toepassing van een bepaalde regel of bevoegdheid is voldaan – de meeste regels bevatten immers wel één of meer toepassingsvoorwaarden –, dan bestaat er een bepaalde ruimte waarbinnen de rechter de keuze heeft uit meerdere alternatieven, die ieder 'rechtmatig', of anders gezegd: rechtens juist zijn. Hoe groot deze ruimte is, verschilt per regel; onbegrensd zal zij echter nooit zijn.[86]

Ook wanneer de wet geen bewoordingen als 'de rechter kan' hanteert, blijkt de rechter soms over een soortgelijke vorm van beslissingsruimte te beschikken. De rechter heeft dan eveneens, althans binnen bepaalde grenzen, een zekere ruimte ten aanzien van (bijvoorbeeld) de te stellen vormvereisten, de te volgen procedure of de inhoud van een te nemen beslissing. Ook van dit verschijnsel geef ik enige voorbeelden.

Een (mogelijk) geval van rechterlijke beslissingsruimte ten aanzien van te stellen *vormvereisten* was aan de orde in het arrest Ajax/Valk.[87] In cassatie draaide het om de vraag of het Hof 's-Gravenhage in appèl terecht had gewei-

82 Aldus HR 10 september 1993 (Moolenbeek/Alcatel), *NJ* 1993, 777 m.nt. PAS.
83 Vgl. Peletier 1999, p. 8-10.
84 Aldus ook Snijders 1997c, p. 273-274.
85 Vgl. in deze zin ook Chase 2003, p. 317 ("the power to choose among a range of options").
86 Zie daarover uitgebreider § 4.4.2.4.
87 HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 401 m.nt. HJS, *JBPr* 2002, 1 m.nt. K. Teuben.

gerd de zaak op de rol in te schrijven. Het hof had deze weigering gegrond op een bepaling uit zijn rolreglement, waarin de eis wordt gesteld dat bij de inschrijving van een nieuwe zaak (onder andere) de originele appèldagvaarding, alsmede – zo nodig – een origineel herstelexploot moeten worden overgelegd; in casu ontbrak de laatste pagina van dit herstelexploot. Van belang is dat de wet (art. 135 Rv (oud)[88]) niets bepaalde omtrent de eventueel bij inschrijving te stellen eisen. De Hoge Raad oordeelde over deze kwestie als volgt:

> "Hoewel de wet niet met zoveel woorden de eis stelt dat inschrijving van een zaak ter rolle slechts kan geschieden tegen overlegging van de originele en complete dagvaarding en het origineel van een eventueel herstelexploit, strookt het stellen van deze eis met de eisen van een behoorlijke rechtspleging. Aldus wordt de rolrechter in staat gesteld om vóór de rolzitting in verband met een eventueel te verlenen verstek te beoordelen of de voorgeschreven formaliteiten en termijnen in acht zijn genomen."

Naar het zich laat aanzien, interpreteert de Hoge Raad art. 135 Rv (oud) hier aldus, dat deze bepaling de rechter de ruimte laat de hier genoemde nadere eisen te stellen aan de inschrijving van zaken.[89] Dit 'strookt' immers met de eisen van een behoorlijke rechtspleging. Uit deze formulering is overigens niet met zekerheid af te leiden of ook een tegenovergestelde handelwijze van de rechter, met andere woorden: het *niet* stellen van deze nadere eisen, evenzeer zou stroken met de eisen van een behoorlijke rechtspleging. Eerst dan is daadwerkelijk sprake van enige keuzemogelijkheid voor de rechter.

Een voorbeeld van beslissingsruimte met betrekking tot de te volgen *procedure* bestaat bij de verlening van verlof voor conservatoir beslag. Voor het leggen van een conservatoir beslag is, ingevolge art. 700 lid 1 Rv, verlof vereist van de voorzieningenrechter van de rechtbank. De procedure tot verlofverlening is een verzoekschriftprocedure, waarop ook de artikelen 261 e.v. Rv van toepassing zijn. Van belang is in dit verband vooral art. 279 Rv, dat bepaalt dat de rechter een (mondelinge) behandeling gelast, *tenzij hij het verzoek aanstonds toewijst*. De wet biedt de rechter hier dus de ruimte om hetzij een mondelinge behandeling te doen plaatsvinden, hetzij het verlof tot beslaglegging te verlenen zonder partijen te horen. Dit laatste is de gebruikelijke

88 De opvolger van deze bepaling, het nieuwe art. 113 Rv, bevat in dit opzicht overigens geen wijziging.

89 Zoals in § 4.4.4.3 nog aan de orde komt, is deze ruimte overigens in zoverre begrensd dat de rechter daarbij wél de gelegenheid tot herstel van eventuele verzuimen zal moeten bieden.

gang van zaken,[90] zij het dat sommige rechtbanken regelingen kennen op grond waarvan uitzonderingen op dit uitgangspunt mogelijk zijn.[91]

Een belangrijke categorie gevallen waarin de rechter ruimte heeft ten aanzien van de *inhoud* van een te nemen beslissing, wordt gevormd door de gevallen waarin de hoogte van een vergoeding moet worden vastgesteld. Gedacht kan hier bijvoorbeeld worden aan de vaststelling van alimentaties (art. 1:392 e.v. BW), veroordelingen in de proceskosten (art. 237 Rv), vergoedingen bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst (art. 7:685 BW) of vergoedingen voor immateriële schade (art. 6:106 BW).

Doorgaans stelt de wet wel één of meer voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, wil de rechter een bepaalde vergoeding kunnen toekennen. De wet kan daarnaast ook nog maatstaven voor de bepaling van de *hoogte* van die vergoeding aangeven. Zo dient bij de vaststelling van een alimentatie rekening te worden gehouden met de 'draagkracht' van de alimentatieplichtige enerzijds, en met de 'behoefte' van de gerechtigde anderzijds (art. 1:397 BW), wordt het smartengeld 'naar billijkheid' vastgesteld (art. 6:106 BW) en omvat vermogensschade 'zowel geleden verlies als gederfde winst' (art. 6:96 lid 1 BW). Daarnaast kunnen uiteraard ook in de jurisprudentie maatstaven of gezichtspunten voor de vaststelling van een vergoeding worden ontwikkeld.[92]

Dergelijke algemene maatstaven zullen echter nooit exact kunnen aangeven, op welk bedrag een vergoeding dient te worden vastgesteld. Als voorbeeld noem ik het geval van aidsbesmetting na een bloedtransfusie.[93] Duidelijk is dat dit geval in de ernstigste categorie van letselschadegevallen geplaatst moet worden, zodat een (naar Nederlandse maatstaven) hoog bedrag aan smartengeld op zijn plaats is. Of dit bedrag echter (om maar wat te noemen) € 110.000,-, € 120.000,- dan wel € 130.000,- moet zijn, is een vraag waarop ook de door de Hoge Raad genoemde factoren – onder andere aard, duur en intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde – het antwoord uiteindelijk niet volledig kunnen geven. Binnen een bepaalde bandbreedte kan de rechter bij vaststelling van de hoogte van dit bedrag derhalve meerdere kanten op.

Het hier gesignaleerde verschijnsel doet zich bij de toekenning van smartengeld in vrij extreme mate voor. Dit hangt samen met het feit dat de begroting van smartengeld uiteindelijk neerkomt op waardering van leed op geld,

---

90 Zie hierover Oudelaar 2003, p. 88; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 435.

91 Het gaat hier om het zgn. 'grijs' of 'zwart' maken van conservatoire beslagen; zie daarover uitgebreider § 2.3.

92 Zie voor een tweetal voorbeelden HR 8 juli 1992 (AMC/O.), *NJ* 1992, 714, alsmede HR 17 november 2000 (Druijff/B.C.E. Bouw), *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB. In deze twee arresten geeft de HR een aantal factoren aan waarmee de rechter bij de begroting van smartengeld rekening kan, c.q. moet houden, zoals de aard en ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor betrokkene, alsmede de door andere rechters (in Nederland of in het buitenland) toegekende bedragen.

93 HR 8 juli 1992 (AMC/O.), *NJ* 1992, 714.

hetgeen welhaast per definitie niet objectief mogelijk is.[94] Maar ook bij een vergoeding die gebaseerd is op daadwerkelijk geleden vermogensschade of daadwerkelijk noodzakelijke uitgaven (zoals bijvoorbeeld alimentatie), hetgeen in beginsel wél objectief is vast te stellen, beschikt de rechter steeds over een zekere beslissingsruimte ten aanzien van de hoogte daarvan, zij het dat de marges hier (aanzienlijk) kleiner zullen zijn. Ook het bestaan van een bevoegdheid van de rechter tot *schatting* van schade (art. 6:97 BW) geeft al aan dat schade- (en andere) vergoedingen veelal niet exact kunnen worden vastgesteld.

De bepaling van de hoogte van vergoedingen is daarmee zo niet 'discretionair',[95] dan toch (tot op zekere hoogte) arbitrair van aard: afhankelijk van de strekking van de regel op grond waarvan de rechter een vergoeding toekent, bestaat er altijd een bepaalde marge, waarbinnen meerdere bedragen als rechtens juist kunnen worden beschouwd. Aan het recht zelf zijn dan geen verdere aanknopingspunten te ontlenen voor de bepaling van de hoogte daarvan.[96] Deze vorm van beslissingsruimte is dan ook verwant met de ruimte die kan bestaan wanneer de rechter over 'discretionaire' of kan-bevoegdheden beschikt.

De laatste vorm van rechterlijke beslissingsruimte die hier de aandacht behoeft,[97] is de ruimte die de rechter steeds heeft om te beoordelen of in een concreet geval aan de voorwaarden voor toepassing van een bepaalde regel is voldaan. Deze beoordelings- of interpretatieruimte is inherent aan de taak van de rechter, die inhoudt dat hij abstract geformuleerde regels op de feiten van een concreet geval dient toe te passen, waarbij hij zo nodig de betekenis van een regel nader vaststelt (d.w.z. deze regel interpreteert).[98]

Een belangrijk verschil met de hiervóór besproken gevallen van beslissingsruimte, is daarin gelegen dat bij interpretatie van de in een rechtsregel voorkomende termen of begrippen – althans theoretisch – slechts één interpretatie de juiste is.[99] Zo is er objectief bezien slechts één juist antwoord op de vraag

94 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 5-6.

95 In deze bewoordingen bijv. Snijders 1978, p. 187; Brenninkmeijer 1989, p. 1624. Ook door de HR wordt de toekenning van een vergoeding soms expliciet als 'discretionair' betiteld; zie bijv. HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB inzake smartengeld en HR 22 september 1995 (Andeweg/Boots), *NJ* 1996, 38 inzake een ontbindingsvergoeding.

96 Dit mogelijk afgezien van de beslissingen van andere rechters, die immers ook deel van het recht kunnen uitmaken. Vgl. in deze zin HR 17 november 2000 (Druijff/B.C.E. Bouw), *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (r.o. 3.2): de rechter *dient* bij de begroting van het smartengeld tevens te letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend. Zie over de normatieve betekenis ('precedentwerking') van rechterlijke uitspraken uitgebreider hoofdstuk 7 en 8.

97 De rechter beschikt uiteraard ook nog over andere vormen van beslissingsruimte dan hier besproken, bijvoorbeeld ten aanzien van de vaststelling van feiten en de waardering van bewijsmateriaal. Deze blijven hier echter buiten beschouwing.

98 Vgl. Peletier 1999, p. 6; Hijma 1989, p. 3.

99 Zie ook Hijma 1989, p. 3; Hess 2003, p. 50-51.

of een kort geding of een belastingaanslag als 'eis in de hoofdzaak' als bedoeld art. 700 lid 3 Rv kunnen gelden.[100] Ik bedoel hiermee overigens niet te betogen, dat het recht zélf in interpretatiekwesties steeds slechts één oplossing toelaat. Vaak zal men, zeker in grensgevallen, redelijkerwijs van mening kunnen verschillen over de vraag, wat precies 'het' rechtens juiste antwoord is.[101] Het is echter wel zo, dat in een rechtssysteem logischerwijs slechts één rechtens juist antwoord *tegelijk* mogelijk is ten aanzien van een bepaalde rechtsvraag.

*4.4.2.3 Onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte*

Uit het voorgaande volgt, dat de initiële driedeling die in § 2.10 ten aanzien van rechterlijke beslissingsruimte werd aangebracht, teruggebracht kan worden tot een tweedeling. Beslissingsruimte kan in twee hoofdvormen onderverdeeld worden. Enerzijds bestaan er gevallen waarin de rechter (overigens steeds slechts binnen zekere grenzen; zie daarover hierna § 4.4.2.4) de keuze heeft uit meerdere alternatieven, die elk als rechtens juist kunnen worden beschouwd. Dit doet zich met name, maar niet uitsluitend, voor bij de toepassing van 'discretionaire' of kan-bevoegdheden en bij de vaststelling van de hoogte van vergoedingen. In navolging van de bij bestuursbeslissingen gebruikelijke terminologie, zal ik deze ruimte in het vervolg van dit onderzoek aanduiden met de term *beleidsruimte*.[102]

Anderzijds bestaan er gevallen waarin (uiteindelijk) slechts één oplossing als rechtens juist aanvaard kan worden, maar waarbij redelijkerwijs verschil van opvatting mogelijk is over de vraag, wélke oplossing de rechtens juiste is. Dit doet zich voor bij de interpretatie van (meestal: wettelijke) normen en begrippen, zodat hier het best gesproken kan worden van *interpretatieruimte*. Het kan hierbij overigens zowel gaan om interpretatie van een term in algemene zin, als om de beantwoording van de (kwalificatie)vraag of de feiten van het concrete geval onder de desbetreffende, algemene, regel te brengen zijn.

Daarmee kan ook de voorlopige onderverdeling van rechtersregelingen, zoals deze in § 2.10 was gemaakt, worden aangepast. Onderverdeling van rechtersregelingen naar onderwerp[103] resulteert in een onderscheid tussen

---

100 Zie hierover HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 717 (Ajax/Reule) m.nt. HJS en HR 3 oktober 2003 (Ontvanger/Heemhorst), *RvdW* 2003, 155.

101 Zo blijkt bijv. uit de conclusie van A-G Bakels voor het in de vorige noot genoemde arrest Ajax/Reule, waarin (sub 2.19 e.v.) een uitvoerig overzicht wordt gegeven van de verschillende, elk op zich goed verdedigbare, standpunten ten aanzien van de desbetreffende rechtsvraag.

102 Vgl. in dezelfde zin Van der Meulen 1997, p. 294; Hijma 1989, p. 3-4. Zie over de beleidsruimte van bestuursorganen ook § 4.3.2.

103 Ook andere onderverdelingen zijn uiteraard mogelijk, zoals bijvoorbeeld naar herkomst van de regeling (zie § 2.10).

regelingen met betrekking tot beleidsruimte enerzijds (naar analogie met een bij beleidsregels wel gehanteerde term zou men hier ook kunnen spreken van 'beleidsmatige' rechtersregelingen[104]) en regelingen ten aanzien van interpretatieruimte anderzijds ('wetsinterpreterende'[105] rechtersregelingen).

Het verdient op deze plaats opmerking, dat het onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte uiteraard niet in alle gevallen even duidelijk zal zijn. Evenals bij bestuurlijke beslissingsruimte het geval bleek, zal het antwoord op de vraag óf een bepaalde regel de rechter beleidsruimte, dan wel (slechts) interpretatieruimte biedt, met name afhangen van bewoordingen, doel en strekking van de desbetreffende regel.[106] Het gaat hier dus om een vraag van uitleg, waarop uiteindelijk de (hoogste) rechter zélf het antwoord zal moeten geven. Dat ook dit antwoord van de hoogste rechter soms weer uitleg behoeft, blijkt overigens uit het eerder besproken arrest Ajax/Valk.[107] Uit de door de Hoge Raad in dit arrest gebezigde formulering (het stellen van de eis dat bij inschrijving van de zaak een originele dagvaarding en herstelexploot worden overgelegd, 'strookt met de eisen van een behoorlijke rechtspleging') is niet met zekerheid af te leiden of de rechter hier naar het oordeel van de Hoge Raad daadwerkelijk over beleidsruimte beschikt, anders gezegd: of hij genoemde eis wel mag, maar niet behoeft te stellen.

Het begrip beleidsruimte is verder in die zin 'dynamisch' van aard, dat de vraag in hoeverre een bepaalde regel de rechter beleidsruimte laat, in de loop der tijd in verschillende zin beantwoord kan worden. De hoogste rechter kan immers, door de uitleg die hij aan de desbetreffende wetsbepaling geeft, de beleidsruimte van de (lagere) rechter beperken of juist uitbreiden. Met name bij nieuwe wetgeving is deze situatie goed denkbaar. Zo bepaalt het sinds 1 januari 2002 geldende art. 21 Rv, dat partijen verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan 'kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht'. Op het eerste gezicht lijkt deze bepaling de rechter een niet onaanzienlijke mate van beleidsruimte te bieden ten aanzien van de gevolgtrekkingen die hij aan nalatigheid van partijen kan verbinden. Uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden, dat de rechter hier meerdere mogelijkheden heeft: hij zal bijvoorbeeld de bewijslast van de nalatige partij kunnen verzwaren of die partij bij de beslissing over de proceskosten de rekening voor haar gedrag kunnen presenteren door deze kosten als 'nodeloos veroorzaakt' (art. 237 lid 1, laatste zin Rv) voor haar rekening te laten.[108]

---

104 Zie § 4.3.2.

105 Strikt genomen zou een rechtersregeling uiteraard ook betrekking kunnen hebben op de interpretatie van andere (ongeschreven) rechtsregels; gezien het feit dat rechtersregelingen in de praktijk slechts op wettelijke regels betrekking hebben (vgl. eerder § 1.2), houd ik het in het navolgende op de aanduiding 'wetsinterpreterende rechtersregeling'.

106 Vgl. hetgeen in § 4.3.2 is opgemerkt.

107 HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 401 m.nt. HJS, besproken in § 4.4.2.2.

108 Zie *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 149.

Voorts kan de rechter, wanneer hem de onjuistheid of onvolledigheid van stellingen van een partij is gebleken, ook haar overige stellingen in twijfel trekken, bijvoorbeeld bij de waardering van haar verklaringen als partij-getuige.[109] Geenszins uitgesloten is echter dat deze aanvankelijke beleidsruimte door de jurisprudentie gaandeweg wordt ingeperkt, bijvoorbeeld doordat als (nadere) eis wordt gesteld dat de door de rechter te maken gevolgtrekking niet onevenredig zwaar mag zijn in verhouding tot de ernst van het verzuim.

Een laatste complicatie is dat een en dezelfde wettelijke bepaling de rechter soms zowel beleidsruimte als interpretatieruimte biedt. De wet stelt, zoals eerder al opgemerkt, immers doorgaans voorwaarden voor de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid; ten aanzien van de vraag óf in casu aan deze voorwaarden is voldaan, kan interpretatieruimte aanwezig zijn, terwijl bij uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid vervolgens beleidsruimte bestaat. Mutatis mutandis geldt hetzelfde bij de onderverdeling van rechtersregelingen: ook deze kunnen uiteraard betrekking hebben op beide aspecten van een en dezelfde (wettelijke) regel.

Al met al is het onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte van de rechter niet exact af te bakenen, en gaat het eerder om een glijdende schaal, waarop de 'typische' gevallen van beide vormen de uiterste markeringspunten vormen. Niettemin acht ik het zinvol om, waar dat wél mogelijk is, te onderscheiden tussen (aspecten van) beleidsruimte en (aspecten van) interpretatieruimte. De relevantie van dit onderscheid wordt in § 4.4.2.5 uitgebreider besproken.

#### *4.4.2.4 Grenzen van beleidsruimte*

In de voorgaande paragrafen is aan de orde gekomen, dat de rechter in gevallen van beleidsruimte steeds de keuze heeft uit meerdere rechtens juiste mogelijkheden. Het is echter van belang op te merken, dat deze beleidsruimte nooit onbeperkt zal zijn. In de eerste plaats bevat de wet zélf veelal een of meer voorwaarden voor de toepassing van een bepaalde bevoegdheid of regel. De rechter kan bijvoorbeeld pas van zijn bevoegdheid tot matiging ex art. 6:109 BW gebruik maken, wanneer in de gegeven omstandigheden toekenning van volledige schadevergoeding tot 'kennelijk onaanvaardbare gevolgen' zou leiden. Het verdient hierbij overigens opmerking, dat de *uitleg* van dergelijke voorwaarden uiteindelijk geschiedt door de (hoogste) rechter. Afhankelijk van deze uitleg kunnen de door de wetgever gestelde grenzen in bepaalde opzichten verschuiven of zelfs (in geval van rechtsvinding 'contra legem') geheel verdwijnen.

Ook afgezien van de hiervóór bedoelde situatie kunnen in de jurisprudentie nadere grenzen aan de invulling van beleidsruimte worden gesteld, bijvoor-

109 Zie *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 150.

beeld in de vorm van een reeks factoren of gezichtspunten die de rechter mee moet wegen bij de vaststelling van een bepaalde vergoeding. Zoals al eerder bleek, heeft de Hoge Raad in een tweetal arresten een aantal factoren aangegeven, waar de rechter bij de begroting van smartengeld rekening mee dient te houden.[110] Ten aanzien van de vergoeding die de rechter op basis van art. 7:685 lid 8 BW bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst kan toekennen dient hij, blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad, zelfs *alle* voor zijn billijkheidsoordeel relevante factoren mee te wegen.[111] De vraag welk *gewicht* vervolgens aan deze factoren moet worden toegekend, zal veelal overigens weer een kwestie van (aan de lagere rechter voorbehouden) beleidsruimte zijn.

Ten slotte kunnen ook andere (geschreven of ongeschreven) rechtsregels de beleidsruimte van de rechter begrenzen. Een voorbeeld hiervan kwam in § 4.4.2.2 al ter sprake: hoewel het in beginsel aan het beleid van de rechter is overgelaten of hij op de voet van art. 279 Rv belanghebbenden in een verzoekschriftprocedure zal doen oproepen, dient hij daarbij steeds de 'eisen van een behoorlijke rechtspleging' in acht te nemen.[112] Andere begrenzingen kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit de Grondwet, ieder verbindende verdragsbepalingen (waarvan in dit verband met name aan art. 6 EVRM gedacht kan worden) of EG-recht.

#### *4.4.2.5 Gevolgen van onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte*

De relevantie van het hier gemaakte onderscheid tussen (aspecten van) beleidsruimte en (aspecten van) interpretatieruimte van de rechter, blijkt vooral bij de toetsing in cassatie. Wanneer de lagere rechter beschikt over beleidsruimte, zoals onder meer bij de toepassing van een 'discretionaire' bevoegdheid het geval kan zijn, toetst de Hoge Raad het gebruik daarvan in het algemeen slechts in (zeer) beperkte mate (men zou ook kunnen zeggen 'marginaal').[113] Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de formulering dat een bepaalde keuze is 'overgelaten aan het beleid van de rechter'.[114]

Het voorgaande betekent overigens niet, dat dergelijke beslissingen volledig van controle door de cassatierechter zijn uitgesloten. Zoals in de vorige paragraaf naar voren kwam, is ook beleidsruimte van de rechter nooit onbegrensd.

---

110 Zie § 4.4.2.2.

111 Zie bijv. HR 15 december 2000 (Intramco/Grotenhuis), *NJ* 2001, 251 m.nt. PAS; zie hierover echter ook § 4.4.4.3.

112 Aldus HR 10 september 1993 (Moolenbeek/Alcatel), *NJ* 1993, 777 m.nt. PAS.

113 Zie *Burgerlijke Rechtsvordering* (Korthals Altes), art. 79 RO, aant. 6 (sub d); Asser 2003, p. 51

114 Zo is het bijv. aan het inzicht van de feitenrechter overgelaten of hij wil overgaan tot het benoemen van een deskundige (zie voor een voorbeeld van deze vaste jurisprudentie HR 6 december 2002 (Goedèl/Arts q.q.), *NJ* 2003, 63), en is het aan het beleid van de appèlrechter overgelaten of hij, na vernietiging van een tussenvonnis, de zaak al dan niet terug zal wijzen (zie HR 24 september 1993 (Van de Rakt/Veltman q.q.), *NJ* 1994, 299 m.nt. HER).

In cassatie zal dus wél kunnen worden getoetst of de rechter de grenzen van de hem toekomende beleidsruimte (zoals gesteld door de desbetreffende regel zelf en door andere, geschreven of ongeschreven, rechtsregels) niet heeft overschreden.[115] De nadere invulling binnen deze grenzen is echter voorbehouden aan de feitenrechter; in de door hem gemaakte keuzen zal de Hoge Raad verder niet treden.

Bij de invulling van interpretatieruimte door de lagere rechter ligt dit anders: in beginsel zijn zowel beslissingen waarbij een rechtsregel in algemene zin wordt geïnterpreteerd, als beslissingen waarbij een rechtsregel op de feiten wordt toegepast te beschouwen als 'rechtsbeslissingen',[116] die in cassatie volledig op hun juistheid kunnen worden getoetst.[117] Dit brengt mee dat de Hoge Raad op dit punt zo nodig zijn eigen rechtsopvatting voor die van de lagere rechter in de plaats kan stellen.

Het verschil tussen beleidsruimte en interpretatieruimte heeft soortgelijke consequenties wanneer, ter invulling daarvan, een rechtersregeling is vastgesteld. Vooruitlopend op hoofdstuk 6, waar de toetsing van en aan rechtersregelingen in cassatie uitgebreider aan de orde komt, kan thans reeds worden opgemerkt dat de Hoge Raad in dat geval in beginsel zowel de desbetreffende rechtersregeling zélf aan de geldende (hogere) rechtsregels, als de beslissing van de lagere rechter aan diens rechtersregeling zal kunnen toetsen.[118]

Wanneer een bepaalde rechtersregeling (of althans een element daarvan) betrekking heeft op de invulling van beleidsruimte, dan zal deze regeling 'als zodanig' in cassatie slechts in beperkte mate inhoudelijk kunnen worden getoetst. De Hoge Raad kan toetsen of een rechtersregeling de grenzen van de toegestane beleidsruimte niet overschrijdt. Binnen deze grenzen zal echter geen verdere inhoudelijke controle plaatsvinden: de cassatierechter zal immers niet treden in 'beleidskeuzen' die door de lagere rechter worden gemaakt.

Een voorbeeld van deze beperkte toetsing is, naar het zich laat aanzien, te vinden in de zaak Y. en R./Spliet q.q..[119] De Hoge Raad oordeelde in deze beschikking, dat het in het arrondissement Zutphen ontwikkelde 'beleid' met betrekking tot het verlenen van toestemming door de rechter-commissaris voor onderhandse verkoop van een tot de failliete boedel behorend goed, niet in strijd is met het stelsel van de Faillissementswet, noch met art. 176 Fw. De gehanteerde bewoordingen 'niet in strijd met' lijken erop te wijzen dat het

115 Vgl. *Burgerlijke Rechtsvordering* (Korthals Altes), art. 79 RO, aant. 6 (sub d); Asser 2003, p. 51.

116 Een uitzondering hierop vormt de toepassing van vage normen; zie daarover verderop in deze paragraaf, alsmede § 6.3.2.3.

117 Zie *Burgerlijke Rechtsvordering* (Korthals Altes), art. 79 RO, aant. 6. Zie hierover ook § 6.3.2.3.

118 Zie hierover § 6.3.3 en § 6.3.4.

119 HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 562 m.nt. PvS.

desbetreffende beleid – dat ook in een rechtersregeling is neergelegd[120] – in cassatie inderdaad slechts op de hier bedoelde beperkte wijze is getoetst.

Daarentegen kan een 'wetsinterpreterende' rechtersregeling door de Hoge Raad volledig op haar juistheid worden beoordeeld. Deze situatie deed zich voor in het arrest Stal/UWV inzake de uitleg van art. 52 lid 1 (oud, thans art. 233 lid 1) Rv.[121] Volgens deze bepaling kan de rechter 'desgevorderd'[122] zijn vonnis (of een gedeelte daarvan) uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Bij de rechtbank Amsterdam bestond de praktijk,[123] een verzoek of vordering tot veroordeling in de proceskosten *steeds* aldus uit te leggen dat daaronder tevens de uitvoerbaarverklaring bij voorraad was begrepen, ook als zulks niet met zoveel woorden was vermeld. De Hoge Raad achtte deze rechtersregeling in strijd met de wet:

> "Blijkens de tekst van art. 52 lid 1 (oud) Rv kan de rechter zijn vonnis – behoudens hier niet ter zake doende uitzonderingen – slechts 'desgevorderd' uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Dit betekent dat een daartoe strekkende vordering hetzij uitdrukkelijk moet worden gedaan, hetzij – naar het feitelijk oordeel van de rechter – ook voor de wederpartij voldoende duidelijk in het gevorderde moet besloten liggen.
> Dit geldt ook ten aanzien van de proceskostenveroordeling, die sinds 1992 mede uitvoerbaar bij voorraad verklaard kan worden. (-) Voorzover de rechtbank heeft geoordeeld dat in het verzoek de wederpartij in de proceskosten te veroordelen of in het gebruik van de woorden 'kosten rechtens' steeds een vordering als bedoeld in art. 52 lid 1 Rv tot het uitvoerbaarverklaren bij voorraad van de proceskostenveroordeling ligt besloten, geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Aldus zou immers aan het in de wet neergelegde vereiste van een tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad strekkende vordering iedere betekenis worden ontnomen."

De wijze waarop de Hoge Raad de invulling van (rechterlijke) beleidsruimte, respectievelijk interpretatieruimte toetst, vertoont aldus aanzienlijke overeenkomsten met de controle die de rechter uitoefent op de invulling van beslissingsruimte door het bestuur: ook daarbij bleek immers een verschil te bestaan tussen gevallen van beleidsruimte (waarbij de bestuursbeslissing slechts 'marginaal' kan worden getoetst) en kwesties van interpretatie (waarbij de rechter steeds een volledige controle mag verrichten).[124]

De achtergrond van dit verschil in controle is bij bestuurlijke beslissingsruimte voornamelijk gelegen in de staatsrechtelijke verhouding tussen bestuur en rechter. Deze verhouding brengt met zich dat de rechter de beleidskeuzen van het bestuur in beginsel dient te respecteren en niet 'op de stoel van het

120 Zie hierover Asser, Groen & Vranken 2003, p. 258, noot 578.
121 HR 14 mei 2004, *RvdW* 2004, 75.
122 Het huidige art. 233 Rv spreekt van 'indien dit wordt gevorderd'.
123 Ik ga hier ervan uit dat deze praktijk ook op enigerlei wijze schriftelijk is neergelegd en aldus als een rechtersregeling kan worden beschouwd (vgl. de begripsomschrijving in § 1.3).
124 Zie hierover § 4.3.2.

bestuur mag gaan zitten'. Bij rechterlijke beslissingsruimte heeft het verschil in toetsing tussen beleidsruimte en interpretatieruimte wellicht een wat minder sterke principiële lading. Voor een belangrijk deel hangt dit verschil immers samen met een doelmatige taakverdeling tussen de verschillende rechters in het algemeen en met de doelstellingen van de cassatierechtspraak in het bijzonder.[125] Daar komt echter bij, dat de wetgever met de toekenning van beleidsruimte veelal het doel zal hebben dat deze toekomt aan de feitenrechter, bijvoorbeeld om een doelmatig procesverloop te kunnen bewerkstelligen. Dit betekent dat in dergelijke gevallen de cassatierechter ook inderdaad beperkt *behoort* te toetsen, op welke wijze de lagere rechter van deze ruimte gebruik maakt.

Evenals in § 4.4.2.3 moet ook hier tot slot worden opgemerkt, dat het onderscheid tussen beleids- en interpretatieruimte niet steeds zo scherp gemaakt kan worden. Een relativering is met name noodzakelijk ten aanzien van vage of open normen. De toepassing van dit soort normen door de lagere rechter resulteert, in cassatieterminologie, in veel gevallen in 'gemengde' beslissingen. De Hoge Raad toetst in dat geval slechts in beperkte mate of de lagere rechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en acht diens beslissing voor het overige, als zijnde 'verweven met waarderingen van feitelijke aard', niet voor toetsing in cassatie vatbaar.[126]

*De facto* ontstaat hiermee een, met beleidsruimte vergelijkbare, situatie waarin de lagere rechter de keuze uit meerdere oplossingen heeft, die ieder in cassatie kunnen standhouden. Anders dan in gevallen van 'echte' beleidsruimte is de achtergrond van deze beperkte cassatiecontrole echter niet zozeer gelegen in het doel dat de *wetgever* voor ogen heeft wanneer hij gebruik maakt van een vage norm – de wetgever zal in dat geval de invulling daarvan juist aan 'de' rechtspraak, dus inclusief de hoogste rechter, hebben willen overlaten – maar vooral in de eigen taakopvatting van de Hoge Raad.[127] Daarbij kunnen, naast de taakverdeling tussen lagere en hogere rechter, ook zaken als overbelasting en de vrees voor een te grote toestroom van zaken een rol spelen.

### 4.4.3 Eisen aan invulling rechterlijke beslissingsruimte?

#### *4.4.3.1 Uiteenlopende invulling: regionaal (proces)recht*

In de voorgaande paragraaf is uiteengezet dat rechters in een aantal gevallen over 'beleidsruimte', en eigenlijk (vrijwel) altijd over 'interpretatieruimte'

125 Vgl. Veeegens/Korthals Altes & Groen 1989, nrs. 98-99; Korthals Altes 1981, p. 61.

126 Vgl. *Burgerlijke Rechtsvordering* (Korthals Altes), art. 79 RO, aant. 6; Wiarda/Koopmans 1999, p. 32-33; Wiarda 1978, p. 74-82. Zie over het onderscheid tussen gemengde, feitelijke en rechtsbeslissingen ook § 6.3.2.3.

127 Vgl. Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nrs. 98-101; Asser 2003, p. 46-47.

beschikken. De kans is daarom niet denkbeeldig dat deze ruimte door rechters op uiteenlopende wijze wordt ingevuld.

Bekend voorbeeld hiervan is het verschijnsel 'regionaal procesrecht':[128] per gerecht uiteenlopende regelingen ten aanzien van (een bepaald aspect van) de procesvoering. Hoewel de laatste jaren in toenemende mate een uniformering van rolreglementen heeft plaatsgevonden,[129] blijven verschillen tussen de gerechten op het gebied van het procesbeleid mogelijk. In de eerste plaats wordt ook bij landelijke reglementen soms ruimte gelaten voor aanvullende plaatselijke (overgangs)regelingen. Zo kende het landelijk rolreglement voor de rechtbanken gedurende de eerste twee jaar een overgangsperiode waarin de rechtbanken een van het reglement afwijkende regeling omtrent de termijnhandhaving mochten aanhouden,[130] en biedt het landelijk rolreglement voor de kantonsectoren de mogelijkheid om plaatselijk afwijkende uitsteltermijnen te hanteren.[131] Daarnaast is het uiteraard mogelijk dat een landelijk reglement plaatselijk op verschillende wijze wordt toegepast.[132] Bij het landelijk rolreglement voor de rechtbanken bestaan bijvoorbeeld grote verschillen tussen de rechtbanken ten aanzien van de gang van zaken tijdens een comparitie na antwoord.[133]

Ook buiten het door rolreglementen bestreken terrein bestaan regionale verschillen op het gebied van de procesvoering. Een voor de rechtspraktijk belangrijk voorbeeld is de procedure bij het leggen van conservatoir beslag. Hiervoor is verlof van de voorzieningenrechter van de rechtbank vereist (art. 700 lid 1 Rv). In § 4.4.2.2 bleek al, dat de rechter ten aanzien van de hierbij te volgen procedure een zekere beleidsruimte heeft: hij kan op grond van art. 279 lid 1 Rv een verzoek tot verlof 'aanstonds toewijzen', maar hij kan op grond van deze bepaling ook de verzoeker of andere belanghebbenden (in het bijzonder de aspirant-beslagene) oproepen voor een mondelinge behandeling.

Door de gerechten zijn in het verleden op dit gebied uiteenlopende regelingen ontwikkeld, die wel worden aangeduid als het systeem van 'zwart', dan wel 'grijs maken'.[134] Een schuldenaar die vermoedt dat onder hem beslag zal worden gelegd, kan zich gedurende een bepaalde periode op een 'zwarte',

---

128 Zie hierover in kritische zin Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 26, alsmede de Conclusie van A-G Asser (sub 3.21) voor HR 10 september 1993 (Fonville/Woningbouwvereniging), *NJ* 1994, 507 m.nt. HJS.

129 Zie hierover § 2.2.

130 Zie art. 12.3 LRr; zie over het uit deze bepaling voortvloeiende 'regionaal overgangsrolprocesrecht' *Adv.bl.* 2001, p. 182-183.

131 Zie art. 6.3 LRk.

132 Bij het landelijk rolreglement voor de rechtbanken werd met het oog op dit probleem een 'helpdesk' in het leven geroepen, die door middel van adviezen een landelijke uniforme toepassing van het reglement diende te bevorderen. Zie hierover Uniken Venema 2001, p. 147.

133 Zie hierover Ten Haaft 2004, p. 66-67.

134 Zie hierover uitgebreid Ynzonides 1994, p. 10-13; zie voorts § 2.3.

respectievelijk 'grijze' lijst laten plaatsen. Wanneer vervolgens inderdaad verlof tot beslaglegging wordt verzocht, dan kan de voorzieningenrechter van de rechtbank hetzij (in geval van een zwart gemaakt beslag) de beslagene, c.q. diens advocaat of procureur horen, hetzij (in geval van grijs maken) de beslaglegger horen. De mogelijkheden tot grijs en zwart maken zijn de laatste jaren overigens sterk teruggedrongen, doordat verscheidene rechtbanken hun regelingen op dit gebied hebben afgeschaft.[135]

Andere voorbeelden van regionaal procesrecht zijn de per arrondissement uiteenlopende mogelijkheden tot het voeren van een 'incassokortgeding',[136] de verschillende oproepingsvereisten die door kantonrechters worden gehanteerd voor het aanhangig maken van een kantonrechterskortgeding (art. 116 lid 3 (oud); thans art. 254 lid 3 Rv)[137] en de verschillende wijzen waarop door de kantonrechters wordt omgegaan met zogeheten 'pro forma' verzoeken tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst.[138]

Op materieelrechtelijk gebied bestaat evenzeer de kans dat rechters in vergelijkbare gevallen tot verschillende beslissingen komen. Het welhaast klassieke voorbeeld hiervan is de toekenning van een vergoeding aan één der partijen bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst (art. 7:685 lid 8 BW). Teneinde op dit gebied tot meer uniformiteit te komen, zijn enkele jaren geleden door de Kring van Kantonrechters enige 'Aanbevelingen' vastgesteld, waarvan de 'kantonrechtersformule' voor de berekening van ontbindingsvergoedingen deel uitmaakt.[139] Mede gezien het tamelijk onbepaalde karakter van de daarin opgenomen correctiefactor (de 'C-factor'),[140] behoren de verschillen tussen rechters op dit gebied echter nog geenszins tot het verleden.

Een fraaie illustratie van deze stelling wordt gevormd door twee uitspraken van de kantonrechters te Leiden, respectievelijk te Amsterdam, in opeenvolgende ontbindingsprocedures tussen dezelfde partijen.[141] Naar aanleiding van het ontbindingsverzoek van werkgeefster KCA stelde de Leidse kantonrechter, op basis van de kantonrechtersformule met C-factor 1, aan werknemer Blok een vergoeding van *f* 59.940,- in het vooruitzicht. KCA trok daarop het ontbindingsverzoek in. Op het vervolgens door Blok van zijn kant ingediende ontbindingsverzoek, kende de kantonrechter te Amsterdam echter slechts een vergoeding van *f* 40.000,- toe, dat wil zeggen ruim 30% minder dan het bedrag waartoe zijn Leidse ambtgenoot zou zijn gekomen. Waar de oordelen van twee rechters in exact dezelfde casus al zo ver uiteen kunnen liggen, zal dit *a fortiori*

135 Zie hierover § 2.3.
136 Zie hierover Freudenthal 1996, p. 52-57.
137 Zie hierover Margadant 2001.
138 Zie hierover Jellinghaus & De Bont 2004.
139 Zie § 2.7.
140 De C-factor kan immers met het oog op de bijzondere omstandigheden van het geval worden ingevuld. Zie hierover ook § 2.7.
141 Zie Ktr. Leiden 11 oktober 2000, *Prg.* 2001, 5751, resp. Ktr. Amsterdam 19 december 2000, *Prg.* 2001, 5752.

het geval zijn wanneer het niet gaat om volstrekt gelijke, maar 'slechts' om vergelijkbare gevallen.[142]

De kans op uiteenlopende beslissingen wordt nog vergroot doordat in sommige situaties een rechtseenheidsvoorziening ontbreekt. Zo kan tegen beschikkingen van de kantonrechter inzake de ontbinding van een arbeidsovereenkomst volgens art. 7:685 lid 11 BW geen hoger beroep of beroep in cassatie worden ingesteld.[143] Ook tegen zgn. rolbeschikkingen[144] – 'administratieve' maatregelen van ondergeschikte betekenis, waarbij door de rechter bijvoorbeeld de termijn voor het nemen van een conclusie wordt bepaald of een datum voor een comparitie of pleidooi wordt vastgesteld – staan in beginsel geen rechtsmiddelen open.[145] In deze gevallen is er derhalve niet één hoogste rechter die ervoor kan waken dat beslissingen van de lagere rechters niet te veel uiteenlopen. Echter, ook wanneer wel beroep in cassatie mogelijk is, kan of wil de Hoge Raad niet steeds een volledige controle uitoefenen op de lagere rechter. Ik verwijs hier naar § 4.4.2.5, waarin al aan de orde is gekomen dat de invulling van beleidsruimte, waarvan bijvoorbeeld sprake is wanneer de lagere rechter over als discretionair te beschouwen bevoegdheden beschikt of de hoogte van een vergoeding moet bepalen, in cassatie slechts beperkt wordt getoetst. Met betrekking tot de toepassing van vage of open normen geldt vaak min of meer hetzelfde. Dit betekent dat ook ten aanzien van dergelijke onderwerpen *de facto* geen volwaardige rechtseenheidsvoorziening aanwezig is.

#### *4.4.3.2 'Algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging' als pendant van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur?*

Eerder is al uiteengezet dat bij de ontwikkeling van het denken over bestuurlijke beleidsregels de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke rol gespeeld hebben. Uit het verbod van willekeur ontstond de eis dat bestuurs-

142 Zie voor een voorbeeld Ktr. Utrecht 4 juli 2001 en Ktr. Rotterdam 12 juli 2001, *JAR* 2001, 169: bij een reorganisatie zagen twee werknemers van dezelfde werkgever hun functie vervallen. De Utrechtse kantonrechter oordeelde dat de (verwijtbare) handelwijze van de werkgever aanleiding gaf voor een correctiefactor van 1,5; de Rotterdamse kantonrechter oordeelde daarentegen dat de handelwijze van de werkgever binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid was gebleven en stelde de correctiefactor vast op 1.

143 Behoudens gevallen waarin dit rechtsmiddelenverbod kan worden doorbroken op de grond dat de rechter de desbetreffende bepaling ten onrechte heeft toegepast dan wel ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, of deze heeft toegepast met verzuim van essentiële vormen, zoals het beginsel van hoor en wederhoor. Zie hierover Snijders & Wendels 2003, nrs. 315-323.

144 Zie over rolbeschikkingen Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 141; Wiersma 1998, nr. 116 e.v.; Ras 1966, nrs. 51-53.

145 Tenzij het gaat om een beslissing die moet worden gekwalificeerd als een (tussen)*vonnis*: in dat geval is hoger beroep wel mogelijk, zij het thans in beginsel nog slechts tegelijk met beroep tegen het eindvonnis (zie art. 337 lid 2 Rv en art. 401a lid 2 Rv). Zie hierover ook § 6.3.6.2.

organen stelselmatig en consistent moeten beslissen ('beleid voeren', bijvoorbeeld in de vorm van algemene (beleids)regels). Ook het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel eisen dat bestuursorganen, voorzover dat mogelijk is, beleidsregels vaststellen omtrent de wijze waarop zij de door de wetgever gegeven beslissingsruimte zullen invullen.[146]

Het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel behoren echter niet alleen voor het bestuur, maar ook voor de rechter tot de fundamentele beginselen waaraan zijn optreden is onderworpen.[147] Het belang van het gelijkheidsbeginsel in onze rechtsorde wordt reeds geïllustreerd door de plaats die dit beginsel in de Grondwet heeft gekregen: artikel 1. Daarnaast is in art. 14 lid 1 IVBPR de 'gelijkheid voor de rechter' vastgelegd: allen zijn gelijk voor de rechter en de rechterlijke instanties.[148] Hoewel deze bepaling geen rechtstreekse werking zal hebben, geeft zij wel aan welk belang aan gelijke rechtspraak gehecht moet worden. Het gelijkheidsbeginsel wordt dan ook wel gekenschetst als een 'fundamentele norm voor het rechtspreken',[149] waarvan niet-inachtneming te kwalificeren is als 'willekeur'.[150] Het rechtszekerheidsbeginsel is voor de rechtspraak evenzeer van fundamenteel belang te achten. Met name is uit oogpunt van rechtszekerheid van groot belang dat rechterlijke uitspraken voorspelbaar zijn.[151] Indien immers duidelijk is hoe door de rechter gehanteerde normen luiden, dan wel hoe van de wetgever afkomstige normen door de rechter ingevuld worden, kan de burger zijn gedrag hierop afstemmen. Daarnaast kan een grotere voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken procedures voorkomen en de totstandkoming van (op juiste gronden gebaseerde) schikkingen bevorderen. Al met al kan dan ook gezegd worden dat gelijkheid en voorspelbaarheid te beschouwen zijn als 'kernbegrippen van de rechterlijke oordeelsvorming'.[152]

Rechtsbeginselen als het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel zijn overigens niet te beschouwen als *normen*, die in iedere situatie rechtstreeks kunnen worden toegepast.[153] Dergelijke beginselen hebben, zo lang zij niet tot regels zijn geconcretiseerd, in het algemeen niet een absolute gelding maar zijn veeleer te beschouwen als 'richtingaanwijzers'[154] of argumenten[155] die vóór een bepaalde beslissing pleiten, maar weerlegd kunnen worden door

146 Zie § 4.3.3.
147 Zie over de betekenis van deze beginselen voor de rechterlijke functie uitgebreid Brenninkmeijer 2001b, p. 51-57.
148 Zie over deze bepaling ook Brenninkmeijer 2001b, p. 55.
149 Snijders 1997b, p. 1795.
150 Brenninkmeijer 1989, p. 1623.
151 Zie over dit aspect van het rechtszekerheidsbeginsel ook Drion 1981, p. 3; Pels Rijcken 1979, p. 312-313.
152 Aldus Scheltema in zijn noot onder HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 (sub 10). Vgl. ook Widdershoven 1999, p. 361.
153 Zie hierover ook Schlössels 2004, p. 22-24; De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 104-105.
154 Vgl. Wiarda 1986a, p. 54-55.
155 Vgl. Drion 1981, p. 4-5.

zwaarwegender tegenargumenten, zoals bijvoorbeeld te ontlenen aan andere beginselen. Door Vranken zijn de hier genoemde beginselen daarom gekarakteriseerd als 'zedelijkheidspostulaten', die in een concreet geval in het algemeen geen scherp houvast bieden.[156] Dit betekent echter niet dat beginselen als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid (ook) voor de rechter niet van grote betekenis zouden zijn. Deze betekenis gaat naar mijn mening verder dan het 'ervoor waken dat deze beginselen niet met voeten getreden worden':[157] de rechter heeft tot taak in zijn rechtspraak rechtszekerheid en rechtsgelijkheid waar mogelijk actief *na te streven*.[158] Dit geldt in het bijzonder in die gevallen waarin hij van de wetgever een (grote) beslissingsruimte heeft gekregen. Ook de rechter mag deze ruimte niet naar willekeur invullen door geen rekening te houden met hetgeen eerder door hemzelf of door andere rechters is beslist.[159] Deze taak van de rechter komt overigens tevens tot uiting in de precedentwerking van rechterlijke uitspraken: de eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid[160] brengen mee dat de rechter zich gebonden acht – en, naar tegenwoordig vrijwel algemeen aanvaard is, zich ook gebonden *behoort* te achten[161] – aan uitspraken van zichzelf én van andere, met name: hogere, rechters.

Voor rechter en bestuur blijken derhalve uit algemene rechtsbeginselen vergelijkbare eisen te kunnen worden afgeleid ten aanzien van de invulling van hun beslissingsruimte. Dit is eigenlijk ook niet meer dan logisch. Waarom zouden immers op dit punt aan de rechter minder hoge eisen gesteld mogen worden dan voor het bestuur in de loop der tijd (juist door de rechter) zijn ontwikkeld?[162] Net zoals het bestuur bij zijn beslissingen onderworpen is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, kan dan ook aangenomen worden dat de rechter bij zijn beslissingen onderworpen is aan algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging.[163]

Hiermee is overigens niet gezegd dat *alle* beginselen van behoorlijk bestuur onverkort en op dezelfde wijze van toepassing zouden zijn op rechterlijke beslissingen, maar dan onder de noemer 'algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging'. Anders dan voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geldt, is daarvoor tot nu toe in literatuur en rechtspraak onvoldoende uitgekristalliseerd wat precies onder deze algemene beginselen van behoorlijke rechts-

156 Aldus Asser-Vranken 1995, nr. 132.
157 Aldus Asser-Vranken 1995, nr. 185.
158 Vgl. Martens 1997, p. 12 en 14.
159 Vgl. in dezelfde zin Martens 1997, p. 14; Van der Meulen 1997, p. 299; Snijders 1997b, p. 1797; Brenninkmeijer 2001b, p. 53-54.
160 Zie over rechtszekerheid en rechtsgelijkheid in relatie tot precedentwerking van rechterlijke uitspraken ook § 7.5.2.4.
161 Zie over de gebondenheid van de rechter aan precedenten uitgebreider hoofdstuk 7.
162 Vgl. Scheltema 1996, p. 26; Brouwer & Schilder 2000, p. 184-185.
163 In deze zin ook De Waard 1996, p. 92-94; Cleiren 1997, p. 31-32; De Waard 1998, p. 157-158; Alkema 2000, p. 1058; Brouwer & Schilder 2000, p. 184-185; Brenninkmeijer 2001a, p. 58-61.

pleging moet worden verstaan en in hoeverre zij zich lenen voor concrete toepassing.[164] Daarnaast zijn rechtspraak en bestuur activiteiten van verschillende aard, hetgeen meebrengt dat niet alle behoorlijkheidsbeginselen die voor het bestuurshandelen gelden onverkort op de rechtspraak toegepast kunnen worden.[165] Wel kan echter in meer algemene zin gezegd worden dat de beginselen van behoorlijke rechtspleging een normatief kader vormen voor de beslissingen van rechters, waarvan de betekenis in elk geval tot op zekere hoogte vergelijkbaar is met die van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor het bestuursoptreden.[166] In het bijzonder geldt dit voor de rol die de fundamentele beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid spelen ten aanzien van de oordeelsvorming door de rechter: hierbij is het zeker zinvol, aansluiting te zoeken bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de eerste plaats is dit aan de orde bij de vraag naar fundering van de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen (waarover hierna § 4.4.4). Algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging als het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel vormen voorts de grondslag voor binding van de rechter aan (bepaalde) rechtersregelingen (waarover nader § 4.4.5). Ook bij de gebondenheid van de rechter aan precedenten (waarop in hoofdstuk 7 en 8 uitgebreider zal worden ingegaan) spelen deze beginselen overigens een belangrijke rol.

### 4.4.4 De bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen

#### *4.4.4.1 Inleiding*

Op dit moment valt er geen wettelijke bepaling aan te wijzen die expliciet voorziet in de mogelijkheid dat rechters algemene regelingen (rechtersregelingen) vaststellen ten aanzien van de hun toekomende beslissingsruimte. Hiermee dient de vraag zich aan, in hoeverre rechters de bevoegdheid hebben dit soort regelingen vast te stellen en waarop deze bevoegdheid eigenlijk berust. Deze vraag rijst te meer nu uit het rolrichtlijnen-arrest kan worden afgeleid dat rechtersregelingen, in elk geval in bepaalde gevallen, juridische consequenties kunnen hebben: met name kan aan een rechtersregeling die aan de uit dit arrest af te leiden voorwaarden voldoet, een bepaalde binding toekomen.[167]

Van belang bij de beantwoording van deze vraag is dat het bij rechtersregelingen steeds gaat om regels die los van een rechterlijke uitspraak tot stand

---

164 Vgl. De Waard 1996, p. 93-94. Zie over verdere invulling van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging uitgebreider De Waard 1987; Van der Heijden 1984; zie voorts Van der Wiel 2004, p. 170-181.

165 Vgl. De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 107.

166 Vgl. in soortgelijke zin Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 34.

167 Zie over de bindende werking van rechtersregelingen die onder het bereik van het rolrichtlijnen-arrest vallen uitgebreider § 4.4.5 en § 6.2.

komen.[168] Uit het feit dat de rechter de (grondwettelijke) bevoegdheid heeft om recht te spreken in concrete geschillen – en hij in dat kader bovendien tot rechtsvorming kan en mag overgaan[169] – volgt dus nog niet dat daarmee ook de vaststelling van rechtersregelingen zonder meer geoorloofd is. Een bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen zal daarom op andere wijze gefundeerd moeten worden.

#### *4.4.4.2 Een 'impliciete' bevoegdheid tot vaststelling*

Eerder is al aan de orde gekomen dat de vaststelling van beleidsregels door het bestuur, ook toen daarvoor nog geen wettelijke grondslag aanwezig was, niettemin geoorloofd werd geacht. Hierbij speelden met name de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol. Aanvaard was dat de toekenning van beslissingsruimte aan het bestuur *tevens* de bevoegdheid impliceerde, ter invulling van deze ruimte beleidsregels vast te stellen.[170]

Ten aanzien van de vaststelling van rechtersregelingen kan eenzelfde redenering gevolgd worden.[171] Zoals in de voorgaande paragraaf bleek, wordt het optreden van de rechter beheerst door bepaalde algemene rechtsbeginselen, de 'algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging'. Deze beginselen kunnen in dit opzicht een vergelijkbare rol spelen als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor het optreden van bestuursorganen. Ook voor rechters geldt immers dat zij de hun toekomende beslissingsruimte niet naar willekeur mogen invullen, en dat zij waar mogelijk juist dienen te streven naar een consistente invulling daarvan. De bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen kan daarom beschouwd worden als een 'impliciete bevoegdheid', die besloten ligt in het feit dat de wetgever aan de rechter een zekere beslissingsruimte heeft gelaten. Anders geformuleerd: waar de wetgever de rechter beslissingsruimte laat, kan in beginsel[172] worden aangenomen dat de wetgever de rechter daarmee tevens de bevoegdheid heeft willen geven, deze beslissingsruimte via een algemene regeling nader in te vullen. Dit neemt uiteraard niet weg, dat de wetgever altijd het laatste woord behoudt: hij kan immers, ook wanneer ten aanzien van een bepaald onderwerp reeds een rechtersregeling tot stand is gekomen, de nadere regeling van dat onderwerp (alsnog) ter hand nemen, en daarbij hetzij van de eerdere rechtersregeling

168 Vgl. de in § 1.3 gegeven begripsomschrijving.
169 Zie hierover § 3.3.2.3.
170 Zie § 4.3.4.
171 Anders: Köhne 2000, p. 145-149; zie over de vraag of de verschillen tussen bestuur en rechter wellicht aan een dergelijke analogie in de weg staan hierna § 4.4.6.
172 'In beginsel', want in sommige gevallen zal het doel dat de wetgever had bij de toekenning van beslissingsruimte juist meebrengen dat deze *niet* door een algemene (rechters)regeling kan worden ingevuld (zie daarover hierna § 4.4.4.3).

afwijken, hetzij deze als eigen regel overnemen.[173] De hier bedoelde impliciete bevoegdheid van de rechter bestaat dus slechts voorzover, en zolang als, de wetgever op een bepaald punt beslissingsruimte aan de rechter laat. Bij de vorming van jurisprudentierecht door de rechter werkt dit overigens niet anders: ook dan kan de wetgever te allen tijde de rechter 'overrulen' door de wet aan te passen, of andersom: de rechter volgen door een rechterlijke uitspraak te codificeren.

Aan recente wetgeving zijn enige aanwijzingen te ontlenen dat (ook) de wetgever inderdaad op deze wijze een rol weggelegd ziet voor de vaststelling van rechtersregelingen door rechters of gerechten. Zo bepaalt het nieuwe art. 35 Rv sinds 1 januari 2002 het volgende:

> "1. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot door de rechter te stellen termijnen voor het verrichten van proceshandelingen en kunnen beperkingen worden gesteld aan de mogelijkheid om daarvoor uitstel te krijgen.
> 2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen ook andere nadere regels worden gesteld betreffende het verloop van de procedure, alsmede nadere regels ter bevordering van de eenheid van de wijze van rechtspleging bij de verschillende gerechten."

Op het eerste gezicht lijkt deze bepaling juist te pleiten *tegen* de vaststelling van nadere regels omtrent termijnen, procedureverloop en wijze van rechtspleging door rechters: het is immers juist de (gedelegeerde) wetgever die hier expliciet bevoegd wordt verklaard dergelijke regels te stellen. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling blijkt echter duidelijk dat het tegendeel het geval is:

> "Het tot stand brengen van een landelijk rolreglement kan namelijk in de eerste plaats beschouwd worden als een verantwoordelijkheid voor de rechterlijke macht zelf. (-) De regeling van artikel 2.4.12 [= art. 35 – KT], eerste lid, brengt tot uitdrukking dat ook de (materiële) wetgever uiteindelijk verantwoordelijkheid draagt voor uniformering en bewaking van de termijnen in een civiele procedure. Van de nieuwe bevoegdheid zal pas gebruik gemaakt worden als blijkt dat op andere wijze uniforme regels niet binnen redelijke termijn tot stand komen. (-)

---

173 Aldus ook Snijders 2001, p. 22. Een voorbeeld van het eerste (afwijking door de wetgever van een rechtersregeling) zal zich mogelijk binnen afzienbare tijd voordoen op het gebied van de vergoeding bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst (art. 7:685 lid 8 BW). De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft namelijk aangegeven, de vergoedingen die door toepassing van de kantonrechtersformule toegekend worden te hoog te vinden en heeft aangekondigd de hoogte van de vergoeding in de wet te zullen normeren (zie *Handelingen II* 2003/04, nr. 33, p. 2289-2290). Een voorbeeld van het laatste (overnemen van een rechtersregeling door de wetgever) is te vinden op het gebied van de schuldsanering: in (een voorontwerp voor) een wetsvoorstel tot herziening van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (gepubliceerd op www.justitie.nl) wordt voorgesteld een aantal van de Recofa-aanbevelingen (waarover § 2.8) te codificeren.

> Evenals ten aanzien van de bevoegdheid ingevolge het eerste lid zal van de bevoegdheid van het tweede lid slechts gebruikt worden gemaakt wanneer nadere regels als hier aan de orde niet op andere wijze (-) tot stand komen."[174]

Uit deze formulering blijkt duidelijk dat de wetgever in de eerste plaats *de rechterlijke macht* verantwoordelijk (en daarmee, impliciet, 'bevoegd') acht tot vaststelling van 'nadere regels' (met andere woorden: een rechtersregeling) omtrent de genoemde onderwerpen. Wel blijft de wetgever ook zélf bevoegd dergelijke regels te geven, bijvoorbeeld in het genoemde geval dat deze niet binnen een redelijke termijn door de rechterlijke macht tot stand worden gebracht. Zoals hierboven al is opgemerkt, bestaat deze mogelijkheid natuurlijk altijd: ook wanneer door rechters wél een rechtersregeling is vastgesteld, behoudt de wetgever vanzelfsprekend de bevoegdheid zelf een (eventueel afwijkende) nadere regeling te treffen.

In de herziene Wet RO, die eveneens per 1 januari 2002 in werking is getreden, is in de artikelen 23 lid 3 en 94 voorzien in 'zorgplichten' van de gerechtsbesturen, respectievelijk de Raad voor de rechtspraak: deze organen hebben een taak bij de bevordering van 'de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing'. De betekenis van de hier bedoelde bepalingen zal in hoofdstuk 5 nader aan de orde komen; vooruitlopend daarop kan thans vast worden opgemerkt dat ook de herziene Wet RO uitgaat van een bevoegdheid van rechters en gerechten om ten aanzien van bepaalde onderwerpen algemene (rechters)regelingen tot stand te brengen.[175]

#### *4.4.4.3 Grenzen aan de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen*

Wanneer de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen wordt gezien als een impliciete bevoegdheid, wordt tevens duidelijk dat en waarom de mogelijkheid tot vaststelling daarvan steeds begrensd is. Het gaat hier immers om een *afgeleide* bevoegdheid, die voortvloeit uit de aan de rechter toekomende beslissingsruimte. Iedere vorm van rechterlijke beslissingsruimte kent echter bepaalde grenzen, waar de rechter bij een beslissing in een concreet geval niet buiten mag treden. Hetzelfde heeft dan te gelden bij de vaststelling van een rechtersregeling: deze dient steeds te blijven binnen de grenzen van de beslissingsruimte die de desbetreffende (wettelijke) regel, ter invulling waarvan de rechtersregeling is bedoeld, kent.

In § 4.4.2.4 is al uitgebreider besproken op welke wijze de beslissingsruimte van de rechter begrensd kan zijn, zodat ik hier kan volstaan met een korte herhaling van de belangrijkste punten. De grenzen worden in de eerste plaats aangegeven door bewoordingen, doel en strekking van de desbetreffende wettelijke regel zelf, zoals deze uiteindelijk door de hoogste rechter worden

174 Zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 114.
175 Zie hierover uitgebreider § 5.2.3.

uitgelegd (waarbij de rechter, door bijvoorbeeld voor een nieuwe uitleg te kiezen, deze grenzen overigens ook zal kunnen wijzigen). Ook andere rechtsregels kunnen de beslissingsruimte die de rechter op grond van enige wettelijke bepaling heeft, of op het eerste oog lijkt te hebben, beperken. Met name kan hierbij worden gedacht aan bepalingen van de Grondwet of andere wetten, aan ieder verbindende verdragsbepalingen, aan EG-recht en voorts uiteraard aan ongeschreven (jurisprudentie)recht. Een rechtersregeling mag, evenals overigens een beslissing van de rechter in een concreet geval, met dit alles niet in strijd komen.[176]

Ik geef enige voorbeelden om een en ander te verduidelijken. Het tot 1 januari 2002 geldende art. 144 lid 1 Rv gaf partijen het recht hun zaak mondeling te doen bepleiten. Naar huidig recht geldt hetzelfde indien geen comparitie na antwoord heeft plaatsgevonden (vgl. art. 134 lid 1 Rv).[177] Dit recht op pleidooi is te beschouwen als een fundamenteel recht, zodat de rechter een verzoek tot pleidooi slechts mag afwijzen indien de wederpartij zich tegen toewijzing van het verzoek verzet wegens 'klemmende redenen' of het verzoek anderszins in strijd is met de eisen van een goede procesorde.[178] Dit geldt ook wanneer de partij die pleidooi vraagt gedurende de procedure de (enige) gelegenheid tot het nemen van een conclusie voorbij heeft laten gaan. Een rolreglement mag het pleitrecht dan ook niet zodanig beperken dat aan het niet strikt volgen van het reglement – behoudens in geval van misbruik van procesrecht of van strijd met een goede procesorde – zonder meer als sanctie het verval van dat recht wordt verbonden.[179] Dit zou immers in strijd komen met de wet.[180] Om dezelfde reden kan een afspraak tussen rechtbanken de wettelijke regeling inzake relatieve competentie niet opzij zetten[181] en dient het (voormalige) 'versneld regime' te wijken voor art. 18 EEX.[182] Wél laat de wet in art. 816 Rv (inhoudend dat bij een eenzijdig verzoek tot echtscheiding

176 Behoudens de, waarschijnlijk uitzonderlijke, gevallen waarin bijv. een rechtersregeling aanvankelijk in strijd is met de bewoordingen van een wettelijke regel, maar de (hoogste) rechter deze regel vervolgens 'contra legem' interpreteert, zodat de desbetreffende rechtersregeling bij nader inzien toch niet in strijd blijkt met de aldus uitgelegde wet.

177 Indien wel een comparitie na antwoord heeft plaatsgevonden, *kan* de rechter bepalen dat geen gelegenheid gegeven zal worden voor pleidooi, aldus art. 134 lid 1 Rv *in fine*.

178 Zie met name HR 15 maart 1996 (Boumans/Bistro 't Plenkske), *NJ* 1997, 341 m.nt. HJS; HR 5 oktober 2001 (Verbeek/SCH), *NJ* 2002, 514 m.nt. DA; HR 15 november 2002 (ANP/Spruijt), *NJ* 2004, 2 m.nt. DA.

179 Aldus Hof 's-Gravenhage 19 maart 1996, *NJ* 1997, 362. Zie in soortgelijke zin Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2002, *NJkort* 2002, 86: het is in strijd met fundamentele beginselen van procesrecht om het recht op pleidooi geheel aan een partij te ontzeggen op de grond dat het administratieve voorschrift van art. 6.3 LRr (overleggen van een extra procesdossier uiterlijk twee weken vóór het pleidooi) door een misverstand niet tijdig is nageleefd.

180 Aldus ook HR 11 juli 2003 (Van den Kieboom/Lensvelt), *NJ* 2003, 567, *JBPr* 2003, 58 m.nt. K. Teuben, waarin de HR onder meer overwoog dat het bepaalde in (art. 2.12 van) het LRr niet kan afdoen aan het op de wet (art. 144 (oud) Rv) gebaseerde recht op pleidooi.

181 CRvB 22 maart 2001, *TAR* 2001, 73.

182 Hof 's-Gravenhage 5 maart 1998, *NJ* 1998, 864.

het aan de andere echtgenoot betekende exploot ter griffie moet worden ingediend), de rechter de ruimte om – zoals is gebeurd in art. 4.2 van het Procesreglement Scheidingsprocedure van de rechtbanken[183] – te bepalen dat dit exploot binnen een termijn van vier weken ter griffie moet worden overgelegd, op straffe van niet-ontvankelijkverklaring.[184]

Een voorbeeld van een rechtersregeling in strijd met ongeschreven recht is te vinden in het (in § 4.4.2.2 reeds besproken) arrest Ajax/Valk.[185] In deze zaak ging het om een bepaling uit het rolreglement van het Hof Den Haag, welke bepaling de eis stelde dat bij inschrijving van een nieuwe zaak de originele appèldagvaarding en, zo nodig, een origineel herstelexploot dienden te worden overgelegd. Hoewel het stellen van deze (niet met zoveel woorden in de wet opgenomen) eis volgens de Hoge Raad in beginsel strookt met de 'eisen van een behoorlijke rechtspleging', brengen deze eisen, gelet op de ingrijpende gevolgen die de weigering een zaak ter rolle in te schrijven kan hebben, tevens mee dat gelegenheid wordt geboden verzuimen op dit punt 'met bekwame spoed', d.w.z. binnen veertien dagen, te herstellen. Nu de bewuste bepaling van het reglement niet in een zodanige herstelmogelijkheid voorzag, was deze in zoverre onverbindend (al zegt de Hoge Raad dit niet in deze bewoordingen).

Evenmin als de vaststelling van beleidsregels door het bestuur in algemene zin in strijd is met de toekenning van beslissingsruimte aan het bestuur,[186] is de vaststelling van een rechtersregeling per definitie strijdig te achten met het feit dat de wetgever de rechter beslissingsruimte heeft gegeven. Integendeel, zo bleek in § 4.4.3.2: gelet op de eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid is de rechter juist gehouden deze ruimte op consistente wijze in te vullen. Niettemin zal zeker niet ieder geval van rechterlijke beslissingsruimte zich lenen voor invulling *via een rechtersregeling*. Soms zal invulling inderdaad slechts van geval tot geval mogelijk zijn. In de eerste plaats zal dit afhangen van doel en strekking van de desbetreffende regel (hetgeen, zoals eerder opgemerkt, uiteindelijk een kwestie van uitleg van die regel is). Indien de wetgever bijvoorbeeld heeft bedoeld dat de rechter bij toepassing van een bepaalde regel met *alle* omstandigheden van het geval rekening moet kunnen houden, zal de vaststelling van een rechtersregeling onder omstandigheden in strijd kunnen komen met deze strekking. Ook in dit opzicht kunnen doel

183 Gepubliceerd in *Stcrt.* 2004, nr. 58.

184 Aldus Hof 's-Gravenhage 1 augustus 2001, LJN-nr. AD 4714. De wet laat echter niet toe, aldus het hof, dat deze niet-ontvankelijkverklaring wordt uitgesproken zonder dat een mondelinge behandeling is gehouden (zie in dezelfde zin Hof 's-Gravenhage 15 augustus 2001, LJN-nr. AD 3839; Hof 's-Gravenhage 5 juni 2002, LJN-nr. AE 5126); overigens steeds m.b.t. de tot 1 april 2002 geldende versie van het procesreglement, dat sindsdien onder meer op dit punt is gewijzigd.

185 HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 401 m.nt. HJS.

186 Zie hierover § 4.3.3.

en strekking van de betrokken wettelijke regel dus grenzen stellen aan de mogelijkheid, ter invulling daarvan een rechtersregeling vast te stellen.

Een voorbeeld hiervan vormt art. 1:402 BW, inhoudende dat de rechter die het bedrag van een uitkering tot levensonderhoud bepaalt, wijzigt of intrekt, daarbij tevens bepaalt vanaf welke dag dit bedrag verschuldigd is of ophoudt verschuldigd te zijn. Blijkens de wetsgeschiedenis biedt deze bepaling de rechter een grote mate van vrijheid bij het vaststellen van de ingangsdatum van een (gewijzigde) alimentatieverplichting. Met die vrijheid is, naar het oordeel van de Hoge Raad, niet verenigbaar een (jurisprudentiële) regel, inhoudend dat als uitgangspunt geldt dat de ingangsdatum dient te worden vastgesteld op de datum waarop het inleidend verzoekschrift ter griffie van de rechtbank is ingediend.[187] Een rechtersregeling met een dergelijke inhoud zou, naar aan te nemen valt, eveneens met de door de Hoge Raad aldus omschreven strekking van art. 1:402 BW in strijd komen.

Een soortgelijk voorbeeld biedt – wellicht – het rapport Voor-werk II, waarvan de eerste twee aanbevelingen betrekking hebben op de vaststelling van vergoedingen voor buitengerechtelijke kosten. Zoals bleek in § 2.5 heeft de rechter ter zake 'beleidsruimte': hij kan zowel contractueel bedongen buitengerechtelijke kosten als kosten die via de weg van art. 6:96 lid 2 BW worden gevorderd (zo nodig ambtshalve) matigen op grond van art. 242 Rv, respectievelijk art. 6:109 BW.[188] De aanbevelingen uit het rapport Voor-werk II brengen echter mee dat de rechter de vergoeding voor buitengerechtelijke kosten *steeds* dient te matigen (c.q. forfaitair dient vast te stellen), en wel tot twee punten van het toepasselijke liquidatietarief. Niet ondenkbaar acht ik dat deze imperatieve invulling voor alle gevallen van de aan de rechter toegekende matigingsbevoegdheid verder gaat dan de wet toestaat.[189]

Het feit dat de rechter bij toepassing van een bepaalde regel rekening moet houden met alle omstandigheden van het geval, behoeft echter niet per definitie in de weg te staan aan de mogelijkheid tot vaststelling van een rechtersregeling dienaangaande. Rechtersregelingen hebben immers doorgaans betrekking op onderwerpen die zich in de praktijk met (grote) regelmaat voordoen. Bij een groot aantal gelijksoortige zaken zal het in veel gevallen mogelijk zijn, een of meer specifieke omstandigheden te benoemen die – in het 'doorsnee' geval – het meest relevant zijn voor de beslissing. Deze omstandigheden kunnen dan worden 'meegenomen' in een rechtersregeling, terwijl van de overige bijzonderheden van het geval in beginsel geabstraheerd kan worden.[190] Een goed voorbeeld hiervan vormt de kantonrechtersformule.[191]

187 Aldus HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 185.

188 Zie hierover uitgebreider § 2.5.

189 Vgl. in deze zin ook de Conclusie van A-G Huydecoper bij HR 11 juli 2003 (Stichting Vervroegd Uittreden/De Bruin), *NJ* 2003, 566; zie voorts Ruygvoorn & Engelhart 2004, p. 262-263.

190 Vgl. Brenninkmeijer 1989, p. 1627.

191 Zie over deze rechtersregeling § 2.7.

Hoewel de kantonrechter, volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, bij de vaststelling van een ontbindingsvergoeding alle voor zijn billijkheidsoordeel relevante factoren mee dient te wegen,[192] zullen normaal gesproken de duur van het dienstverband, de leeftijd en het salaris van de werknemer en (in voorkomend geval) de mate van verwijtbaarheid aan beide zijden, het meest relevant zijn voor de hoogte van de toe te kennen vergoeding.[193] Dit zijn dan ook de omstandigheden die in de kantonrechtersformule zijn neergelegd als mee te wegen factoren. Het bestaan van een dergelijke rechtersregeling doet echter niet af aan de mogelijkheid (beter geformuleerd: de plicht) van de rechter, bij zijn uiteindelijke beslissing, en dus ook bij de toepassing van deze rechtersregeling, steeds rekening te houden met *alle* bijzonderheden van het individuele geval.[194] Met name kan de aanwezigheid van 'bijzondere omstandigheden' aanleiding zijn voor afwijking van de regeling.[195]

#### *4.4.4.4 'Zelfbinding'?*

Zoals hierboven is uiteengezet, kan in algemene zin een bevoegdheid van de rechter tot vaststelling van rechtersregelingen worden aangenomen. Deze bevoegdheid is, evenals in het verleden de bevoegdheid tot vaststelling van bestuurlijke beleidsregels, te beschouwen als een 'afgeleide' bevoegdheid.[196] Voor beleidsregels bracht dit onder meer met zich dat de vaststelling daarvan in beginsel dient te geschieden door het orgaan dat de oorspronkelijke ('primaire') bestuursbevoegdheid kan uitoefenen. Met andere woorden: een beleidsregel moet berusten op *zelfbinding* door het ter zake bevoegde bestuursorgaan.[197] Gelet op de in het voorgaande reeds gebleken overeenkomsten tussen rechtersregelingen en beleidsregels, lijkt het voor de hand te liggen aan rechtersregelingen eenzelfde eis te stellen.

In het rolrichtlijnen-arrest is een dergelijke voorwaarde echter niet met zoveel woorden terug te vinden. De Hoge Raad spreekt in dit arrest immers slechts van 'door de rechtbank vastgestelde regels omtrent de uitoefening van haar rolbeleid'.[198] Anders dan in het Leidraad-arrest, waarin beleidsregels door de Hoge Raad werden omschreven als de 'door een bestuursorgaan *binnen zijn bestuursbevoegdheid* vastgestelde regels', wordt van de desbetreffende rolrichtlijnen niet gezegd dat deze 'binnen de grenzen van de rechterlijke

192 Zie o.a. HR 1 maart 2002 (TNO/Ter Meulen), *NJ* 2003, 210 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; HR 1 maart 2002 (Guérand/PTT), *NJ* 2003, 211 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; HR 2 november 2001 (Elverding en Kruijff/Wienholts), *NJ* 2001, 667; HR 15 december 2000 (Intramco/Grotenhuis), *NJ* 2001, 251 m.nt. PAS.

193 Vgl. hierover bijv. Loonstra 2001, p. 35-37; Scholtens 1998.

194 Zie hierover bijv. Loth 2001, p. 113-115; Brenninkmeijer 1989, p. 1623-1624.

195 Zie over de mogelijkheden tot afwijking van een rechtersregeling § 4.4.5 en § 6.2.2.

196 Zie § 4.4.4.2 en § 4.4.4.3.

197 Zie hierover § 4.3.4.

198 Zie HR 28 juni 1996 (De Nieuwe Woning/Staat), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS, r.o. 3.2.

bevoegdheid' zijn (of moeten worden) vastgesteld, of bewoordingen van gelijke strekking. De vraag rijst dus of aan rechtersregelingen – althans willen deze tot de in § 4.4.5 te bespreken binding kunnen leiden – niettemin de eis moet worden gesteld, dat deze berusten op zelfbinding door de rechters die de desbetreffende 'rechtsprekende bevoegdheid'[199] kunnen uitoefenen.

*a) Buitengerechtelijke instellingen zijn niet bevoegd*

De veronderstelling dat het bij rechtersregelingen, evenals als bij beleidsregels, moet gaan om zelfbinding door de ter zake bevoegde rechters en dat een zodanige regeling derhalve moet worden vastgesteld door het 'bevoegde orgaan', vindt steun in de houding die de Hoge Raad tot dusver heeft aangenomen ten opzichte van rechtersregelingen die niet van rechters of gerechten zélf, maar van instanties als de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) afkomstig zijn. Tot nu toe is het vaste jurisprudentie dat de van deze vereniging afkomstige 'alimentatienormen'[200] geen recht in de zin van art. 79 RO vormen.[201] In zijn arrest van 1 november 1991[202] onderbouwde de Hoge Raad als volgt waarom er zijns inziens geen reden is de NVvR-alimentatienormen – in navolging van bestuurlijke beleidsregels – onder de reikwijdte van art. 79 RO te brengen:

> "Het middel miskent dat het in het rapport Alimentatienormen niet gaat om regels die (-) zijn vastgesteld door een orgaan van het openbaar bestuur met het oog op de uitoefening van zijn *eigen* beleid, maar om richtlijnen die genoemde Vereniging [i.e. de NVvR – KT], een *privaatrechtelijke instelling*, aanbeveelt ten gebruike door rechterlijke instellingen die zich met de vaststelling van alimentatie bezighouden. Om zodanige richtlijnen onder art. 99 eerste lid onder 2e te begrijpen, bestaat geen grond." [cursiveringen van mij, KT]

Het is uiteraard mogelijk dat de Hoge Raad zich (mede) op dit standpunt stelt, omdat kwalificatie van de alimentatienormen als 'recht' een – waarschijnlijk aanzienlijke – toestroom van zaken tot gevolg zou hebben.[203] Mijns inziens is hier echter het argument dat de NVvR een privaatrechtelijke instelling is, zelfstandig dragend: de NVvR heeft immers geen enkele zeggenschap over de inhoud van de rechtspraak, zodat zij ook moeilijk 'bevoegd' kan worden geacht tot vaststelling van (bindende) rechtersregelingen.

Uit de hier besproken jurisprudentie kan in meer algemene zin worden afgeleid dat een rechtersregeling die *niet* binnen het kader van de rechterlijke macht is vastgesteld, maar door een 'privaatrechtelijke' instelling als de NVvR

---

199 Zie over de vraag aan wie rechtsprekende bevoegdheden toekomen § 5.2.2.

200 Zie over deze rechtersregeling ook § 2.6.

201 Zie onder meer HR 4 oktober 1985, *NJ* 1986, 51; HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 30; HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 365.

202 HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 30.

203 Zie de kritiek op dit punt van Brenninkmeijer 2001b, p. 65.

of de Kring van Kantonrechters, niet als recht in de zin van art. 79 RO zal worden beschouwd. Dit geldt – naast de alimentatienormen – onder meer voor thans bestaande rechtersregelingen als de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters,[204] de verschillende liquidatietarieven[205] en het rapport Voorwerk II.[206] De vraag welk orgaan of welke organen *binnen* de rechterlijke macht bevoegd zijn tot vaststelling van rechtersregelingen, is hiermee overigens nog niet beantwoord. Deze vraag komt in § 5.2 nader aan de orde.

*b) Invloed van de eis van rechterlijke onafhankelijkheid*

De vraag of de vaststelling van rechtersregelingen dient te berusten op zelfbinding, is in het voorgaande benaderd vanuit een vergelijking met beleidsregels. Deze vergelijking wees reeds in de richting van het aanvaarden van een zodanige eis. Wanneer het gaat om de vaststelling van (bindende) regels door *rechters* is echter nog een ander gezichtspunt van belang, en wel een gezichtspunt dat zich met betrekking tot bestuurlijke beleidsregels niet op dezelfde wijze laat gelden. Ik doel hier op de eis dat de rechter in een rechtsstaat onafhankelijk dient te zijn.[207] Van de verschillende vormen van onafhankelijkheid die te onderscheiden zijn, speelt hier met name de onafhankelijkheid ten opzichte van *andere rechters* een rol.[208] Kan de rechter, gelet hierop, wel gebonden worden aan rechtersregelingen die van andere rechters of rechterlijke instellingen afkomstig zijn?[209]

In § 3.2.3 bleek reeds dat de rechter niet alleen ten opzichte van de andere staatsmachten (wetgever en bestuur), maar ook ten opzichte van andere rechters tot op zekere hoogte onafhankelijk dient te zijn. Evenals de rechterlijke onafhankelijkheid in het algemeen houdt deze individuele onafhankelijkheid echter geen onbeperkte vrijheid van de rechter in. De rechter is immers gebonden aan het recht. Dat hij ook ten opzichte van zijn collega-rechters onafhankelijk dient te staan, impliceert dus geenszins dat hij louter volgens zijn persoonlijke rechtsopvattingen recht zou mogen of moeten spreken. De individuele rechter zal zich moeten aansluiten bij de gemeenschappelijke rechtsopvatting van een gerecht of van de gerechten als geheel, zoals die bijvoorbeeld via

204 In gelijke zin Martens 1997, p. 18; Van der Meer & Rensink 1997, p. 13; Buijs & Stroink 1997, p. 34.

205 Zie HR 3 april 1998 (Lindeboom/Beusmans), *NJ* 1998, 571 inzake het liquidatietarief voor de rechtbanken en gerechtshoven (zie over deze uitspraak ook § 5.2.3.5). In gelijke zin HR 15 februari 2002, *NJ* 2002, 197 inzake het liquidatietarief van het Gemeenschappelijk Hof voor de Nederlandse Antillen en Aruba.

206 Het is overigens denkbaar dat de hier genoemde rechtersregelingen op zeker moment door één of meer gerechten als *eigen* rechtersregeling worden overgenomen (zie hierover ook § 5.2.3.4 en § 5.2.3.5). In dat geval zouden zij (mits ook aan de overige voorwaarden is voldaan) m.i. wél als recht in de zin van art. 79 RO kunnen worden aangemerkt.

207 Zie hierover § 3.2.

208 Zie hierover § 3.2.3.

209 Bij dit laatste valt bijvoorbeeld te denken aan rechtersregelingen die door een vergadering van presidenten of sectorvoorzitters zijn vastgesteld (zie hierover § 5.2.3.5).

jurisprudentie wordt ontwikkeld. Wel wordt echter aan de individuele onafhankelijkheid het meest recht gedaan, indien de betrokken rechters in de gelegenheid worden gesteld, te participeren in de totstandkoming van een zodanige gemeenschappelijke rechtsopvatting.[210]

Gelet hierop moet mijns inziens worden aangenomen dat een rechtersregeling als hier bedoeld[211] inderdaad dient te berusten op zelfbinding door de ter zake bevoegde rechters.[212] Niet alleen volgt dit logisch uit het feit dat de bevoegdheid tot vaststelling van een rechtersregeling steeds is 'afgeleid' van een bepaalde rechtsprekende bevoegdheid, ook het vereiste van (individuele) rechterlijke onafhankelijkheid wijst in deze richting.

### 4.4.5 Binding van de rechter aan rechtersregelingen

#### *4.4.5.1 Inleiding*

Een van de belangrijkste aspecten van het rolrichtlijnen-arrest is, zo werd in § 4.2.4 al aangestipt, dat in dit arrest voor het eerst is aanvaard dat een rechtersregeling (althans een rolreglement[213]) de rechter kan binden. Bovendien kan een zodanige regeling onder voorwaarden gelden als recht in de zin van art. 79 RO, waardoor in cassatie de beslissing van de feitenrechter in beginsel tevens aan die rechtersregeling getoetst kan worden.[214]

Het rolrichtlijnen-arrest sluit daarmee ook in dit opzicht geheel aan bij de jurisprudentie inzake beleidsregels. Wanneer beleidsregels afkomstig zijn van het bevoegde bestuursorgaan en behoorlijk bekendgemaakt zijn, binden zij het bestuursorgaan op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[215] In het rolrichtlijnen-arrest volgt de Hoge Raad voor de binding van de rechter aan een rechtersregeling eenzelfde redenering.[216] Het betrokken rolreglement was immers vastgesteld door de Haagse rechtbank en bevatte regels omtrent de uitoefening van de rechtsprekende bevoegdheden (te weten het 'rolbeleid') van die rechtbank. Hoewel de Hoge Raad dit niet met zoveel woorden zegt, ging het hier dus om de in § 4.4.4.4 reeds besproken zelfbinding. Tevens was het reglement behoorlijk bekendgemaakt, aangezien het ter kennis

---

210 Zie § 3.2.3; zie voorts § 5.2.2.

211 Zie over rechtersregelingen die binding verkrijgen via precedentwerking hoofdstuk 8.

212 In deze zin ook Koenraad & Van der Meulen 2001, p. 371; Martens & Ten Kate 2000, p. 1623; Widdershoven 1999, p. 362; Bröring 1998, nr. 15. Zie over de vraag welk orgaan binnen een gerecht bevoegd is tot deze zelfbinding § 5.2.3.4 en § 5.2.3.5.

213 Zie over de vraag in hoeverre het rolrichtlijnen-arrest ook van toepassing is op andere rechtersregelingen dan rolreglementen § 4.5. Vooruitlopend daarop spreek ik hier van binding aan rechtersregelingen in het algemeen.

214 Zie over de wijze waarop deze toetsing in cassatie gestalte kan krijgen § 6.3.

215 Zie hierover eerder § 4.3.5.

216 Zie in gelijke zin inmiddels ook CRvB 17 april 2003, *JB* 2003, 190 m.nt. E.C.H.J. van der Linden m.b.t. de Procesregeling bestuursrecht.

was gebracht van alle leden van de Orde van Advocaten in het arrondissement Den Haag.[217] In dat geval is de rechter, op grond van wat de Hoge Raad aanduidt als 'algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging', gebonden aan de bepalingen van het rolreglement. Niet nader gespecificeerd wordt overigens wat die algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging inhouden. Aan te nemen valt dat het ook in dit verband – in elk geval – gaat om het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel. Deze beginselen spelen derhalve niet alleen een rol bij de fundering van de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen,[218] maar vormen tevens de grondslag voor binding van de rechter daaraan.

*4.4.5.2 Relatie tussen binding en kwalificatie als 'recht'*

Het is van belang goed in het oog te houden, wat precies de relatie is tussen binding van de rechter aan een rechtersregeling enerzijds, en kwalificatie van die regeling als recht in de zin van art. 79 RO anderzijds. De vorm van binding waar het hier om gaat[219] vloeit reeds voort uit een *combinatie* van twee elementen: de vaststelling van een regeling door de ter zake bevoegde rechters (anders gezegd: het feit dat een rechtersregeling berust op 'zelfbinding') en de behoorlijke bekendmaking daarvan. Theoretisch beschouwd staat deze binding dan ook los van de vraag of de desbetreffende rechtersregeling recht in de zin van art. 79 RO vormt. Nu is het wel zo dat de criteria daarvoor min of meer samenvallen: ook in het kader van art. 79 RO moet het, zoals eerder bleek, gaan om zelfbinding en moet de regel behoorlijk bekendgemaakt zijn.[220] Wil een rechtersregeling recht in de zin van art. 79 RO kunnen zijn, dan geldt volgens het rolrichtlijnen-arrest nog wel als extra eis dat deze 'zich naar inhoud en strekking ertoe moet lenen om jegens betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast'. Op de vraag wanneer hieraan precies voldaan is ga ik in § 5.4 nog nader in; op deze plaats merk ik daarover alvast op dat daarbij met name van belang zal zijn of de bewuste regel voor betrokkenen *bindend* is – bijvoorbeeld via de werking van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging. Niet goed denkbaar lijkt dan ook dat een rechtersregeling in een bepaald geval de rechter wél zou binden op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging, maar geen recht in de zin van art. 79 RO zou vormen, of andersom.

De binding aan een rechtersregeling volgt derhalve niet uit de kwalificatie daarvan als recht in de zin van art. 79 RO. Veeleer is het omgekeerde het geval: de ratio achter de uitbreiding van het bereik van art. 79 RO tot rechtersregelin-

217 Zie over het vereiste van 'behoorlijke bekendmaking' uitgebreider § 5.3.
218 Zie daarover § 4.4.3.2en § 4.4.4.2.
219 Zoals in § 1.5 werd aangestipt, is ook denkbaar dat binding aan een rechtersregeling kan ontstaan via een vorm van precedentwerking. Zie over deze mogelijkheid nader hoofdstuk 8.
220 Zie § 4.4.4.4 en § 4.2.4.

gen moet juist gezocht worden in het feit dat een rechtersregeling die aan bepaalde voorwaarden voldoet, op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging bindend is voor de rechter. Het heeft immers pas zin om in cassatie aan een rechtersregeling te toetsen, wanneer een zodanige regeling op een of andere grondslag bindend is. Dit betekent overigens niet, dat ik de bindende werking van een rechtersregeling als *afzonderlijke* voorwaarde voor kwalificatie als recht in de zin van art. 79 RO zou willen zien. Zulks lijkt mij weinig zinvol nu de voorwaarden voor het ontstaan van binding, als gezegd, ook in het kader van art. 79 RO reeds als voorwaarden gelden.[221]

#### *4.4.5.3 Geen absolute binding*

Met betrekking tot beleidsregels is aanvaard dat de binding van het bestuur hieraan niet absoluut is. Uit de aard van beleidsregels (geen 'algemeen verbindende voorschriften') vloeit immers voort, dat hieraan rechtens geen volledige binding kan bestaan en dat in bijzondere omstandigheden van de regel kan (of eigenlijk: moet) worden afgeweken.[222] Bovendien zou een te strikte binding aan beleidsregels in strijd komen met het doel waartoe het bestuur doorgaans over beslissingsruimte beschikt, namelijk teneinde een beslissing te kunnen nemen die is afgestemd op de bijzonderheden van het individuele geval. Het gevolg van dit alles is dat de binding aan beleidsregels in meerdere opzichten beperkt van karakter is.[223]

Rechtersregelingen berusten, evenmin als beleidsregels, op een door de wetgever uitdrukkelijk toegekende wetgevende bevoegdheid.[224] De Hoge Raad spreekt in het rolrichtlijnen-arrest dan ook van 'regels die niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven'. Aangenomen kan daarom worden, dat de binding van de rechter aan rechtersregelingen aan soortgelijke beperkingen onderhevig zal zijn als de binding van het bestuur aan beleidsregels. De precieze omvang van de binding aan rechtersregelingen zal in § 6.2 nog uitgebreider aan de orde komen; op deze plaats gaat het er vooral om, vast te stellen welke beperkingen op dit punt aanwezig kunnen zijn.

Een eerste beperking is in § 4.4.4.3 al uitgebreider aan de orde gekomen. Daar bleek immers dat een rechtersregeling in beginsel slechts kan worden vastgesteld *binnen* de grenzen van de aan de rechter toekomende beslissingsruimte. Deze grenzen worden in de eerste plaats aangegeven door de bewoordingen, doel en strekking van de (wettelijke) regel waarop de rechtersregeling

---

221 Vgl. hetgeen in § 4.3.5 omtrent beleidsregels is opgemerkt.

222 Zie hierover § 4.3.5; vgl. ook de formulering in r.o. 4.6 van HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 m.nt. MS en art. 4:84 Awb.

223 Zie § 4.3.5.

224 Wel kan – analoog aan beleidsregels 'oude stijl' – worden aangenomen dat de rechter over een 'impliciete' bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen beschikt (zie daarover § 4.4.4.2). Dit is echter geen wetgevende bevoegdheid in de hier bedoelde zin.

betrekking heeft, zoals deze uiteindelijk door de (hoogste) rechter worden uitgelegd. Daarnaast kan de mogelijkheid tot vaststelling van een rechtersregeling beperkt worden door ander hoger recht, zoals onder meer jurisprudentierecht, ander ongeschreven recht, EG-recht en bepalingen van de Grondwet of internationale verdragen. Overschrijdt een rechtersregeling deze grenzen, dan is zij in zoverre 'onverbindend'.

Beleidsregels kennen steeds een ('inherente') bevoegdheid tot afwijking in bijzondere gevallen.[225] Hoewel in het rolrichtlijnen-arrest een mogelijkheid voor de rechter om eventueel van de betrokken rolrichtlijnen af te wijken niet aan de orde komt, moet mijns inziens worden aangenomen dat een dergelijke afwijkingsbevoegdheid ten aanzien van rechtersregelingen evenzeer bestaat, ongeacht de vraag of deze mogelijkheid in de regeling expliciet is opgenomen.[226] Ook voor rechtersregelingen geldt immers dat de binding daaraan niet berust op het feit dat de regeling afkomstig is van een orgaan met wetgevende bevoegdheid, maar op de werking van algemene rechtsbeginselen als het rechtszekerheids- en het gelijkheidsbeginsel. Met name het gelijkheidsbeginsel kan voor deze binding echter slechts de grondslag vormen, wanneer de te behandelen gevallen inderdaad in relevante opzichten gelijk zijn.[227] Denkbaar is uiteraard, dat zich in sommige zaken zodanig bijzondere of atypische omstandigheden voordoen dat onverkorte toepassing van een rechtersregeling – hoezeer deze ook in 'normale' gevallen tot een juiste uitkomst leidt – een zeer onrechtvaardig resultaat tot gevolg zou hebben. In een dergelijk geval zal de rechter van de regeling kunnen, beter gezegd: moeten, afwijken.[228] Aldus wordt bovendien recht gedaan aan het feit dat de rechter, ook bij aanwezigheid van een rechtersregeling omtrent een bepaald onderwerp, recht moet spreken met inachtneming van de omstandigheden van het individuele geval.[229]

Een derde beperking waaraan de bindende werking van rechtersregelingen mogelijk onderworpen zal zijn, is gelegen in de personen die door een zodanige regeling kunnen worden gebonden. Bij beleidsregels heeft het feit dat deze niet op een wetgevende bevoegdheid berusten immers tot gevolg, dat het resultaat in beginsel slechts *zelfbinding* van het betrokken bestuursorgaan is: het bestuur is jegens de burger gebonden en niet andersom. Dit doet ver-

225 Zie § 4.3.5.

226 In de praktijk voorzien rechtersregelingen soms wél uitdrukkelijk in deze mogelijkheid; zie bijv. art. 12 van het Uniform reglement voor rekestprocedures in familiezaken van de gerechtshoven (*Stcrt.* 1999, 251). Terlouw 2003, p. 347 verdedigt dat de inherente afwijkingsmogelijkheid steeds uitdrukkelijk vermeld zou moeten worden in een rechtersregeling.

227 Anders gezegd: deze binding bestaat slechts *voorzover* genoemde algemene rechtsbeginselen dit eisen, zoals HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 m.nt. MS (r.o. 4.2 *in fine*) het m.b.t. beleidsregels formuleert.

228 Aldus ook Brenninkmeijer 2001a, p. 58; Koenraad & Van der Meulen 2001, p. 371-372; Widdershoven 1999, p. 362; Snijders 1997b, p. 1796; Terlouw 2003, p. 347. Zie over de mogelijkheden tot afwijking van een rechtersregeling tevens § 6.2.2.

229 Vgl. § 4.4.4.3.

moeden dat bij rechtersregelingen eveneens beperkingen moeten worden gesteld aan de kring van personen die daardoor kunnen worden gebonden.[230]

#### *4.4.5.4 Voorafgaande binding*

Een laatste punt dat hier de aandacht verdient, is dat de binding aan rechtersregelingen die voldoen aan de hier besproken voorwaarden, steeds een *voorafgaande* binding is. Ik doel hiermee op het feit dat de bindende werking van deze regels reeds hierop berust, dat door (een aantal) rechters een keuze is gemaakt ten aanzien van de invulling van de beslissingsruimte die in een bepaalde regel besloten ligt, en het resultaat van deze keuze aan de justitiabelen, of althans hun procesvertegenwoordigers, bekend is gemaakt. Binding op grond van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging ontstaat dan van aanvang af en, in beginsel, onafhankelijk van toepassing door de rechter.[231]

De binding aan dit type rechtersregelingen draagt daarmee in zoverre een ander karakter dan de binding die aan 'gewone' rechterlijke regels (dat wil zeggen de in jurisprudentie gevormde regels) toekomt. Binding aan jurisprudentierecht kan ontstaan via precedentwerking.[232] Of dit inderdaad het geval is, kan (mede) afhangen van de vraag of een bepaalde beslissing nadien door andere beslissingen wordt gevolgd, met andere woorden: precedentwaarde verkrijgt. Binding ontstaat in dat geval niet, althans niet per definitie, op het moment dat een bepaalde jurisprudentiële regel wordt gevormd, maar pas gaandeweg.[233]

Dit specifieke karakter van de binding aan 'art. 79 RO-rechtersregelingen' is met name van belang voor de vraag, hoe de voorwaarden waaronder een rechtersregeling als recht in de zin van art. 79 RO kan gelden en de rechter op de hier besproken wijze kan binden, in concreto moeten worden ingevuld.[234]

### 4.4.6 Parallel tussen rechtersregelingen en beleidsregels?

#### *4.4.6.1 Inleiding*

In de voorgaande paragrafen is, met als uitgangspunt het rolrichtlijnen-arrest, een aantal aspecten van rechtersregelingen behandeld. Hierbij bleek dat rech-

230 Zie daarover § 6.2.3.

231 Deze binding kan wel in die zin afhankelijk van toepassing zijn, dat de (hogere) rechter in een bepaalde zaak tot de conclusie kan komen dat een rechtersregeling de grenzen van de toegekende beslissingsruimte overschrijdt en daarmee 'onverbindend' is (zie daarover ook § 4.4.4.3).

232 Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 7 en 8.

233 Zie over dit laatste geval § 8.4.

234 Zie daarover § 4.6 alsmede hoofdstuk 5.

tersregelingen in verschillende opzichten duidelijke overeenkomsten met (bestuurlijke) beleidsregels vertonen. Bestuur en rechter beschikken beide in veel gevallen over beslissingsruimte, die kan worden onderscheiden in beleidsruimte enerzijds, en interpretatieruimte anderzijds. Hoewel deze ruimte in het algemeen (mede) gegeven is om recht te doen aan de omstandigheden van het individuele geval, dient de invulling daarvan steeds plaats te vinden met inachtneming van algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- en rechtszekerheidsbeginsel. Gelet daarop zijn zowel het bestuur als de rechter in beginsel bevoegd te achten algemene regels – beleidsregels respectievelijk rechtersregelingen – vast te stellen, die aangeven op welke wijze een bepaalde vorm van beslissingsruimte in toekomstige gevallen zal worden ingevuld. Wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan kunnen beleidsregels het bestuur, en rechtersregelingen de rechter, bovendien binden. Voorts heeft de Hoge Raad inmiddels beide soorten regels aangemerkt als recht in de zin van art. 79 RO, waardoor de uitleg en toepassing daarvan ook in cassatie ter discussie kunnen worden gesteld. De ratio hiervan lijkt in beide gevallen dezelfde te zijn: aldus kan door de hoogste rechter worden toegezien op een eenvormige uitleg en toepassing van regels die – gegeven het feit dat zij voor de daarbij betrokkenen bindend zijn – voor de bestuurs-, respectievelijk de rechtspraktijk van (groot) praktisch belang zijn.

Gezien deze overeenkomsten is in het voorgaande, bij de behandeling van een aantal vragen die rijzen met betrekking tot rechtersregelingen, voorshands aansluiting gezocht bij gedachten die ten aanzien van beleidsregels reeds waren ontwikkeld. Zo is bijvoorbeeld de vraag naar de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen beantwoord op basis van een vergelijkbare redenering als in het verleden voor de bevoegdheid tot vaststelling van beleidsregels werd gevolgd.[235] Tussen bestuur en rechter bestaan echter ook verschillen, zoals bijvoorbeeld op het punt van hun positie in het staatsbestel. Thans dient dan ook te worden bezien, in hoeverre deze verschillen wellicht aan een analoge behandeling van rechtersregelingen en beleidsregels in de weg staan.

#### *4.4.6.2 Verschillen tussen bestuur en rechter*

##### *a) Verschillend karakter van bestuurlijke en rechterlijke beslissingsruimte*

In het voorgaande is al aan de orde gekomen dat zowel het bestuur als de rechter in veel gevallen over beslissingsruimte beschikken en dat hiertussen zekere overeenkomsten bestaan.[236] In de literatuur is echter wel betoogd, met name door Köhne, dat bestuurlijke en rechterlijke beslissingsruimte naar hun aard verschillend zijn, zodat een analoge behandeling van beleidsregels en rechtersregelingen niet mogelijk zou zijn.[237]

---

235 Zie § 4.4.4.2.
236 Zie § 4.3.2 en § 4.4.2.
237 Zie in deze zin Köhne 2000, p. 145-149.

Deze opvatting wordt door Köhne als volgt onderbouwd. Met name wanneer het gaat om *beleids*ruimte[238] kan een bestuursorgaan binnen de van de wetgever gekregen ruimte een eigen belangenafweging maken. Hierbij moet niet alleen het belang van de burger tegen wie de beslissing zich richt, maar ook het algemeen belang, waaronder de belangen van derden, worden meegewogen. De belangenafweging door een bestuursorgaan kan daarom mede vanuit een eigen – politieke – visie gemaakt worden. De besluitvormingsprocedure is hier ook op afgestemd: een bestuursorgaan is uiteindelijk democratisch gelegitimeerd omdat het verantwoording aflegt aan een democratisch gekozen instelling, bijvoorbeeld de gemeenteraad. De rechter zou daarentegen, aldus nog steeds Köhne, bij de hantering van zijn ('discretionaire') bevoegdheden in een concreet geval zich slechts door het recht mogen laten leiden. Hierbij is in het algemeen geen plaats voor een 'eigen' belangenafweging door de rechter of voor 'beleid' in de zin van het nastreven van bepaalde (rechts)politieke doeleinden. De rechter is immers ook geen verantwoording schuldig aan democratisch gekozen organen.

Ik meen dat het door Köhne aangegeven verschil tussen bestuurlijke en rechterlijke beleidsruimte in belangrijke mate gerelativeerd moet worden. In de eerste plaats is niet alleen de rechter, maar ook het bestuur bij de invulling van zijn beleidsruimte uiteindelijk gebonden aan het recht. Bestuurlijke vrijheid, en daarmee ook de mogelijkheid tot een 'politieke' belangenafweging, bestaat slechts binnen de door het recht gestelde grenzen.[239] Ten tweede heeft, in gevallen van beleidsruimte, ook de rechter – wederom binnen zekere grenzen – steeds de keuze uit meerdere *rechtens juiste* alternatieven. Hoe deze keuze uitvalt wordt dus niet door het recht zélf, maar door de rechter bepaald. Dit is de reden dat een parallel met beleidsregels kan worden aangenomen: de rechter mag – evenals het bestuur – bij het maken van dergelijke keuzen niet naar willekeur handelen, maar moet juist consistent te werk gaan.[240]

Aan Köhne kan overigens worden toegegeven, dat het voorgaande ten aanzien van interpretatiekwesties mogelijk anders ligt. Daarbij kan immers slechts één oplossing tegelijk als rechtens juist aanvaard worden.[241] Dit gegeven kan een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de mogelijkheid tot voorafgaande (zelf)binding, zoals aanvaard in het rolrichtlijnen-arrest, ook op andere rechtersregelingen dan rolreglementen (met name: 'wetsinterpreterende' rechtersregelingen) kan worden toegepast.[242] Overigens geldt voor wetsinterpreterende beleidsregels evenzeer dat deze, theoretisch gezien, een enigszins andere positie innemen dan andere beleidsregels, omdat de rechter

238 Zie over het onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte § 4.3.2 en § 4.4.2.3.
239 Vgl. § 4.3.2.
240 Zie § 4.4.3.2.
241 Zie § 4.4.2.3.
242 Zie hierover § 4.5.

immers volledig bevoegd is en blijft zijn eigen rechtsoordeel voor dat van het bestuur in de plaats te stellen.[243]

Van een algemene onmogelijkheid tot het aannemen van een parallel tussen rechtersregelingen en beleidsregels is hier derhalve geen sprake. Wel bestaat de mogelijkheid dat rechtersregelingen wellicht niet in *alle* opzichten op dezelfde wijze behandeld kunnen worden als beleidsregels.

*b) Rechter is niet democratisch gelegitimeerd*

Een tweede bezwaar dat uit het zojuist weergegeven betoog van Köhne valt te destilleren is daarin gelegen dat de rechter, anders dan de wetgever of het bestuur, niet democratisch gelegitimeerd is en dus geen belangenafweging van (rechts)politieke aard mag verrichten. Rechtersregelingen die betrekking hebben op andere dan volstrekt 'beleidsneutrale' onderwerpen (zoals bijvoorbeeld de openingstijden van de griffie of de wijze van indiening van stukken) zijn in deze optiek ongeoorloofd.[244]

Ook dit bezwaar acht ik niet volledig overtuigend. Zoals in § 3.3.2.2 naar voren kwam, vervult de rechter in elk geval in het burgerlijk (proces)recht een belangrijke eigen rechtsvormende taak. Weliswaar heeft deze taak ook grenzen: wanneer bijvoorbeeld ten aanzien van een bepaalde kwestie verschillende oplossingen mogelijk zijn, waarbij de keuze mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, dient de rechter terug te treden.[245] Dit doet echter niet af aan het feit dat de rechter, in het kader van zijn rechtsvormende taak, wel degelijk keuzes kan maken waaraan enig, soms zelfs een belangrijk, maatschappelijk of politiek gewicht is verbonden. Het feit dat de rechter niet democratisch gelegitimeerd is, staat hieraan niet in de weg. In het licht van deze stand van zaken lijkt mij de opvatting dat een rechtersregeling geen enkele rechterlijke beleidskeuze mag inhouden, wil zij op een vergelijkbare wijze als een beleidsregel gelding kunnen hebben, te strikt. Terzijde kan hierbij worden opgemerkt, dat een rechtersregeling die de grenzen van de rechtsvormende taak (zoals deze uiteindelijk worden getrokken door de Hoge Raad) te buiten gaat, tevens de grenzen van de aan de rechter toekomende beleidsruimte zal overschrijden. In een zodanig geval is, zo bleek eerder in § 4.4.4.3, de desbetreffende regeling 'onverbindend'.

Wel moet bij het voorgaande worden aangetekend dat rechtsvorming via jurisprudentie in belangrijke mate op een eigen wijze is gelegitimeerd, namelijk doordat zij geschiedt door een onafhankelijke en onpartijdige rechter binnen een met waarborgen omgeven procedure.[246] Deze *'Legitimation durch Verfahren'* ontbreekt bij de vaststelling van rechtersregelingen. Voorzover een

243 Zie § 4.3.5.
244 In deze zin ook De Waard 1998, p. 163-164; Stroink 2001, p. 53-54.
245 Zie § 3.3.2.3.
246 Zie hierover § 3.3.3.4.

rechtersregeling inderdaad rechtsvorming in deze zin inhoudt, zou het ontbreken van een zodanige legitimatie dan ook kunnen meebrengen dat die regeling op het punt van de daaraan toe te kennen binding niet op dezelfde wijze kan worden behandeld als een beleidsregel die door een bestuursorgaan is vastgesteld.[247]

*c) Bestuur wordt gecontroleerd door rechter*

Het handelen van het bestuur staat steeds onder controle van de rechter. Indien door een bestuursorgaan beleidsregels zijn vastgesteld, kan zowel de beleidsregel zélf als de toepassing daarvan in een concreet geval door de rechter getoetst worden. Dat deze toetsing in veel gevallen min of meer beperkt is, doet niet af aan het feit dat het bestuur steeds door een *andere* staatsmacht gecontroleerd kan worden. Zoals in § 4.3.4 al is besproken, stelt de aanwezigheid van een beleidsregel (met name indien het gaat om een 'beleidsmatige' beleidsregel) de rechter daarbij juist beter in staat beslissingen van het bestuur te toetsen. Beleidsregels hebben dus tevens een zekere 'controlefunctie': het optreden van het bestuur wordt niet alleen aan de wet, maar ook aan de beleidsregel zelf getoetst.

De situatie bij rechtersregelingen is in zoverre anders dat, gezien de onafhankelijke positie van de rechter in het staatsbestel, controle door een andere staatsmacht niet aan de orde is. Wel is controle door een *andere rechter*, dat wil zeggen in hoger beroep en/of in cassatie, mogelijk. Evenals bij beleidsregels het geval is, kan deze controle een tweetal vragen betreffen. Bij de toepassing van een rechtersregeling in een concrete zaak kan in de eerste plaats de vraag aan de orde komen of de regeling zélf inhoudelijk juist is en of zij de grenzen van de toegestane (rechterlijke) beleidsruimte niet overschrijdt.[248] Zo kan in een rolreglement bepaald zijn dat bij inschrijving van een nieuwe zaak een volledige originele dagvaarding en herstelexploot moeten worden overgelegd. Wanneer vervolgens de rechter, met toepassing van deze bepaling, inschrijving op de rol weigert, kan de vraag worden opgeworpen of de bewuste regel niet in strijd is met de eisen van een behoorlijke rechtspleging.[249] Een tweede punt dat ter discussie zou kunnen worden gesteld, is of de rechter de desbetreffende regeling op de juiste wijze toepast, met name of zich in casu wellicht bijzondere omstandigheden voordoen die tot afwijking nopen.[250]

De eerste vorm van controle (is een rechtersregeling zélf inhoudelijk juist?) kan strikt genomen ook in eerste aanleg aan de orde worden gesteld.[251] De

247 Zie daarover uitgebreider § 3.3.3.4 en § 4.5.4.

248 Zie over dit laatste aspect uitgebreider § 4.4.4.3.

249 Vgl. HR 16 november 2001 (Ajax/Valk), *NJ* 2002, 401 m.nt. HJS, waarover uitgebreider § 4.4.2.2.

250 Zie over de mogelijkheid tot afwijking van rechtersregelingen nader § 6.2.2.

251 In dat geval kan echter de vraag worden opgeworpen of een rechter in eerste aanleg die ook bij de vaststelling van de rechtersregeling betrokken is geweest, nog wel als 'onpartijdig'

tweede vorm (is een rechtersregeling in het onderhavige geval op correcte wijze toegepast?) kan per definitie pas achteraf, dat wil zeggen bij een hogere rechter plaatsvinden. Een complicatie hierbij wordt gevormd door het feit dat enkele belangrijke rechtersregelingen juist betrekking hebben op beslissingen waartegen geen hoger beroep en beroep in cassatie openstaan. Voorbeelden hiervan zijn rolreglementen en de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters voor ontbindingsprocedures. Tegen rolbeschikkingen staat in veel gevallen geen rechtsmiddel open;[252] ook bij beschikkingen van de kantonrechter omtrent ontbinding van de arbeidsovereenkomst is in beginsel geen hoger beroep of cassatie mogelijk (zie art. 7:685 lid 11).[253] Het gaat hier echter om uitzonderingsgevallen. In het algemeen lijkt mij daarom het feit dat de rechter, in tegenstelling tot het bestuur, niet onder controle staat van een andere staatsmacht, geen reden waarom een analogie met beleidsregels niet mogelijk zou zijn. In controle zal doorgaans voldoende voorzien worden via de mogelijkheid van hoger beroep of cassatie. In dat geval kan de aanwezigheid van een rechtersregeling juist ertoe leiden, dat een intensievere controle mogelijk is op de wijze waarop de (lagere) rechter met zijn beslissingsruimte omgaat.[254]

*d) Tweedimensionale versus driedimensionale verhouding*

Een laatste punt van verschil tussen bestuur en rechter is gelegen in het aantal 'partijen' dat betrokken is bij de vaststelling en toepassing van beleidsregels, respectievelijk rechtersregelingen. Hiermee bedoel ik dat de aanwezigheid van een rechtersregeling steeds meerdere (proces)partijen, met in beginsel tegengestelde belangen, zal raken. Bij beleidsregels is dit niet, of althans niet per definitie, het geval. De toepassing van een beleidsregel door het bestuur zal immers resulteren in een besluit, dat zich in veel gevallen tot slechts één geadresseerde richt zonder dat sprake is van derden-belanghebbenden.[255] Anders gezegd: een rechtersregeling heeft per definitie een 'driedimensionaal' karakter, terwijl beleidsregels in veel gevallen slechts een 'tweedimensionale' werking hebben.

---

in de zin van art. 6 EVRM kan worden beschouwd (in deze zin bijv. De Waard 1998, p. 165). Zie over deze vraag § 6.2.4.

252 Tenzij een zodanige beslissing te kwalificeren is als een (tussen)vonnis en daartegen bovendien door de rechter tussentijds appèl is opengesteld; zie daarover ook § 6.3.6.2.

253 Behoudens wanneer zich een grond voordoet voor doorbreking van dit rechtsmiddelenverbod. Zie hierover Snijders & Wendels 2003, nrs. 315-323; zie over de vraag of een onjuiste toepassing van een rechtersregeling kan leiden tot doorbreking van een rechtsmiddelenverbod § 6.3.6.3.

254 Zie nader § 6.3.4.3.

255 Ook bij beleidsregels kunnen uiteraard derden-belanghebbenden aanwezig zijn. Indien dit het geval is, zal deze omstandigheid eveneens een speciaal gewicht in de schaal leggen (vgl. hierover bijv. Verheij & Lubberdink 1996, p. 111; Bröring 1998, nr. 75).

Ook dit verschilpunt is, naar ik meen, niet van zodanig gewicht dat het in algemene zin in de weg zou staan aan een analoge behandeling van rechtersregelingen en beleidsregels. Wel is denkbaar dat dit verschil in 'perspectief' tot gevolg kan hebben dat beide figuren niet in alle opzichten op dezelfde wijze benaderd kunnen worden en dat op bepaalde punten verschil moet worden gemaakt. Zo zal bij de vraag of een rechtersregeling 'behoorlijk bekendgemaakt' is rekening gehouden moeten worden met het feit dat ook de wederpartij van degene die zich op de regeling beroept, van die regeling op de hoogte moet kunnen zijn geweest,[256] en zullen bij de vraag of van een rechtersregeling kan worden afgeweken ook de belangen van de wederpartij meegewogen moeten worden.[257]

#### *4.4.6.3 Conclusies*

Het voorgaande overziend meen ik dat de in deze paragraaf besproken verschillen tussen rechter en bestuur niet van dien aard zijn, dat de eerder aangenomen parallel tussen beleidsregels en (bepaalde) rechtersregelingen in algemene zin onmogelijk zou zijn. Rechtersregelingen kunnen, zoals een eerste analyse van het rolrichtlijnen-arrest al deed vermoeden, in beginsel inderdaad naar analogie met bestuurlijke beleidsregels behandeld worden.[258] In eerdere paragrafen is dit op een aantal punten reeds gebeurd; daarnaast kan bijvoorbeeld bij de invulling van de voorwaarden waaronder een rechtersregeling als recht in de zin van art. 79 RO beschouwd kan worden, gekeken worden naar de wijze waarop deze voorwaarden bij beleidsregels worden ingevuld.[259] Wel dient hierbij uiteraard steeds rekening gehouden te worden met de eigen aard van de rechterlijke functie.[260] Met name is het de vraag of de binding die aan beleidsregels wordt toegekend, zich altijd even goed verdraagt met het speciale karakter van rechtspraak en rechtsvorming door de rechter.[261]

Een analoge behandeling van beleidsregels en rechtersregelingen is, kortom, slechts mogelijk voorzover de eigen aard van rechtersregelingen zich daartegen niet verzet. Dit laatste zal zich, naast het reeds genoemde punt van binding, bijvoorbeeld kunnen voordoen op het punt van de motivering van beslissingen. Een bestuursorgaan kan namelijk, bij toepassing van een beleidsregel, ter motivering van zijn besluit in beginsel volstaan met verwijzing naar die

256 Zie hierover § 5.3.2.
257 Zie hierover § 6.2.2.2.
258 Zie in gelijke zin Alkema 2000, p. 1058; Martens & Ten Kate 2000, p. 1623, Brenninkmeijer 2001a, p. 60-61; Terlouw 2003, p. 343-344.
259 Zie over de invulling van de voorwaarden waaronder een rechtersregeling als recht in de zin van art. 79 RO kan gelden hoofdstuk 5.
260 Vgl. in dezelfde zin Van der Meulen 1997, p. 298.
261 Zie hierover uitgebreider § 4.5.4 en § 4.5.5.

beleidsregel (zie art. 4:82 Awb).[262] Overeenkomstige toepassing van déze regel op rechterlijke uitspraken ligt mijns inziens niet direct voor de hand. Een behoorlijke motivering is immers onder meer van belang voor de aanvaardbaarheid van de uitspraak voor partijen – ook voor de verliezende partij.[263] Hiermee strookt niet zonder meer dat de rechter zijn beslissing door de enkele verwijzing naar een rechtersregeling zou kunnen motiveren.

## 4.5 Reikwijdte van het rolrichtlijnen-arrest

### 4.5.1 Inleiding

In § 4.4 is, uitgaande van het rolrichtlijnen-arrest, besproken of en wanneer door rechters rechtersregelingen kunnen worden vastgesteld en wat de (juridische) consequenties van die vaststelling kunnen zijn. Hierbij bleek dat rechters, op vergelijkbare wijze als bestuursorganen, kunnen overgaan tot 'zelfbinding': door de vaststelling van een rechtersregeling omtrent de uitoefening van (hun eigen) rechtsprekende bevoegdheden en de behoorlijke bekendmaking daarvan zijn zij vervolgens, althans in beginsel, aan de desbetreffende regeling gebonden. Indien daarnaast is voldaan aan de voorwaarde dat de regeling 'zich ertoe leent als rechtsregel te worden toegepast', zal zij tevens kunnen gelden als 'recht' in de zin van art. 79 RO. Belangrijk is dat het hierbij gaat om een *vooraf-gaande* binding, die reeds ontstaat op het moment dat de regeling door de ter zake bevoegde rechters is vastgesteld en behoorlijk bekendgemaakt is.[264] Hoewel de rechter in bijzondere gevallen van de regeling zal kunnen afwijken,[265] ontstaat hiermee toch een vrij sterke mate van gebondenheid.

De vraag die daarmee beantwoording behoeft is of *iedere* rechtersregeling die aan de aldus uit het rolrichtlijnen-arrest af te leiden voorwaarden voldoet, deze vorm van binding kan opleveren (en bovendien als recht in de zin van art. 79 RO aangemerkt zal kunnen worden). Anders geformuleerd: lenen alle 'bevoegdheden' van de rechter zich voor de hier bedoelde zelfbinding? Het rolrichtlijnen-arrest – waarin de Hoge Raad in ieder geval voor rolreglementen van deze mogelijkheid uitgaat – geeft op deze vraag geen expliciet antwoord. Anders dan in het Leidraad-arrest inzake beleidsregels geeft de Hoge Raad immers geen algemeen geformuleerde regel: de overwegingen zijn toegespitst op 'door de rechtbank vastgestelde regels omtrent de uitoefening van haar

---

262 Tenzij de burger er een beroep op doet dat in casu sprake is van een 'bijzonder geval' dat tot afwijking van de beleidsregel dient te leiden. Alsdan zal het bestuur onder omstandigheden moeten motiveren waarom niet van de beleidsregel wordt afgeweken (vgl. Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 230).

263 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 40 en HR 4 juni 1993 (Vredo/Veenhuis), *NJ* 1993, 659 m.nt. DWFV.

264 Zie § 4.4.5.4.

265 Zie § 4.4.5.3, alsmede § 6.2.2.

rolbeleid'. Open blijft of zelfbinding door de rechter – tevens leidend tot het ontstaan van recht in de zin van art. 79 RO – ook mogelijk en aanvaardbaar is op andere gebieden dan dit rolbeleid, met name ook: op materieelrechtelijk gebied. Dit laatste is in de literatuur omstreden.[266]

In deze paragraaf wordt daarom nader onderzocht wat de reikwijdte is van het rolrichtlijnen-arrest. Deze vraag dient vanuit meerdere invalshoeken te worden bezien. Achtereenvolgens zijn dit de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging (§ 4.5.2), het verschil tussen 'beleidsruimte' en 'interpretatieruimte' (§ 4.5.3) en de taak van de rechter (§ 4.5.4). Na behandeling hiervan wordt een keuze voor afbakening gemaakt (§ 4.5.5).

### 4.5.2 De algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging

Of ook andere rechtersregelingen dan rolreglementen onder het bereik van het rolrichtlijnen-arrest kunnen worden gebracht is, als gezegd, een omstreden kwestie. In de literatuur is in dit kader wel gepleit voor een onderscheid tussen rechtersregelingen met betrekking tot het procesrecht enerzijds en regelingen met betrekking tot het materiële recht anderzijds. Slechts op het eerstgenoemde gebied zou een rechtersregeling de zojuist genoemde rechtsgevolgen (binding en kwalificatie als 'recht') kunnen hebben.[267]

Zoals aan het slot van de vorige paragraaf werd opgemerkt, kan deze vraag vanuit verschillende invalshoeken worden benaderd. Een eerste belangrijk gezichtspunt is te vinden in de 'algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging'.[268] Deze algemene rechtsbeginselen, waarbij hier met name te denken valt aan de beginselen van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en consistentie van (rechterlijke) beslissingen, spelen in dit kader in twee opzichten een belangrijke rol. In de eerste plaats vormen zij een basis voor de bevoegdheid van de rechter om rechtersregelingen vast te stellen. Van rechters mag immers verwacht worden dat zij bij hun beslissingen beginselen als de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid in acht nemen. Zij mogen van de hun toekomende beslissingsruimte daarom niet 'naar willekeur' gebruik maken, maar dienen waar mogelijk te streven naar een consistente invulling daarvan. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren via de vaststelling van een rechtersregeling.[269] Is een dergelijke regeling eenmaal tot stand gekomen, dan kunnen bovendien de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging – en ook dan zal het met

266 Zie bijv. Stroink 2001, p. 53; Köhne 2000, p. 155-156; De Waard 1998, p. 165-166; Bok 1997, p. 238-239.

267 In deze zin – zij het op grond van verschillende argumenten – bijv. Köhne 2000, p. 155-156; De Waard 1998, p. 165-166; Stroink 2001, p. 53; Bok 1997, p. 238-239.

268 Zie hierover ook § 4.4.3.2.

269 Zie § 4.4.4.2.

name gaan om het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel – meebrengen dat de betrokken rechters aan die regeling gebonden zijn.[270]

Belangrijk is dat de genoemde algemene beginselen uiteraard niet slechts betekenis hebben voor het procesrecht. Op het gebied van het materiële recht doen de eisen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zich evenzeer, en waarschijnlijk in nog sterkere mate, gelden.[271] Niet alleen wordt de rechtszekerheid pas werkelijk gediend wanneer beslissingen in inhoudelijke zin voorspelbaar en consistent zijn; bovendien zal een ongelijke behandeling op materieelrechtelijk gebied (bijvoorbeeld bij de vaststelling van ontslagvergoedingen) door justitiabelen in (veel) sterkere mate als onrecht worden ervaren dan een ongelijke behandeling op het processuele vlak. De algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging, die ook voor het rechterlijk optreden van fundamentele betekenis zijn,[272] wijzen derhalve niet in de richting van een begrenzing van de rolrichtlijnen-jurisprudentie tot het gebied van het (rol)procesrecht. Integendeel, bezien vanuit dit perspectief zou de leer van het rolrichtlijnen-arrest ook naar 'materieelrechtelijke' rechtersregelingen als de kantonrechtersformule of de Recofa-aanbevelingen doorgetrokken kunnen worden.

Terzijde kan worden opgemerkt dat een grens tussen procesrecht en materieel recht ook overigens nauwelijks precies te trekken valt. Het soms wel gehanteerde vereiste dat een (bindende) rechtersregeling geen gevolgen voor de materieelrechtelijke positie van partijen mag hebben,[273] voldoet hierbij in elk geval niet als onderscheidend criterium. Ook de uitoefening van procesrechtelijke bevoegdheden door de rechter, al lijken deze bevoegdheden soms nog zo onbeduidend, kan uiteindelijk vérstrekkende gevolgen hebben voor de materieelrechtelijke aanspraken van partijen. Illustratief hiervoor is het eerder genoemde arrest Ajax/Valk.[274] In deze zaak bleken zelfs de eisen die in een rolreglement aan de inschrijving van een zaak op de rol worden gesteld,[275] voor partijen ingrijpende consequenties te kunnen hebben. Indien immers niet aan de door een rolreglement gestelde vereisten wordt voldaan zal de rechter, met een beroep op dit reglement, in beginsel inschrijving van de zaak kunnen weigeren.[276] Met name in appèl en cassatie kan dit desastreuze gevolgen hebben voor de materieelrechtelijke aanspraken van de desbetreffende partij, aangezien een weigering de zaak in te schrijven doorgaans tot gevolg zal hebben dat de uitspraak a quo in kracht van gewijsde gaat.

---

270 Zie § 4.4.5.

271 Aldus ook Snijders 2001, p. 20-21.

272 Vgl. § 4.4.3.2.

273 Vgl. Köhne 1997, p. 188-189; Bok 1997, p. 239.

274 HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 401 m.nt. HJS.

275 Dit wordt ook door de eerder genoemde auteurs beschouwd als een onderwerp dat bij uitstek wél geschikt is voor het hier bedoelde type rechtersregeling; zie bijv. Köhne 2000, p. 155-156; De Waard 1998, p. 163-164; Bok 1997, p. 238.

276 Tenzij, zoals in het hier besproken arrest het geval was, de door het rolreglement gestelde eisen in strijd blijken te zijn met hogere rechtsregels (zie hierover ook § 4.4.4.3).

### 4.5.3 Verschil tussen beleidsruimte en interpretatieruimte

#### *4.5.3.1 Inleiding*

Een tweede punt dat van belang is bij de vraag naar de reikwijdte van het rolrichtlijnen-arrest, is het principiële karakterverschil dat bestaat tussen de twee hoofdvormen van rechterlijke beslissingsruimte. Zoals bleek in § 4.4.2.3 kan de beslissingsruimte van de rechter immers worden onderscheiden in beleidsruimte enerzijds en interpretatieruimte anderzijds (waarbij overigens moet worden aangetekend dat dit onderscheid niet in alle gevallen even duidelijk te maken is, terwijl een en dezelfde regel bovendien beide vormen van beslissingsruimte in zich kan dragen). Indien de rechter beleidsruimte heeft betekent dit dat hij – binnen zekere grenzen – de keuze heeft uit meerdere mogelijkheden, die ieder als rechtens juist kunnen worden beschouwd. De rechter kan bijvoorbeeld de lengte van een termijn naar keuze op vier, vijf of zes weken bepalen. Van interpretatieruimte is daarentegen sprake indien het gaat om vragen waarop (tegelijkertijd) slechts één antwoord als rechtens juist kan worden aanvaard. Een kort geding kan bijvoorbeeld wel of niet gelden als 'eis in de hoofdzaak' in de zin van art. 700 lid 3 Rv. Over het juiste antwoord op deze vraag kan men van mening verschillen, maar het is niet denkbaar dat beide mogelijkheden tegelijkertijd als geldend recht worden aanvaard.

#### *4.5.3.2 Beantwoording van rechtsvragen geschiedt (uiteindelijk) door de hoogste rechter*

Het verschil in karakter tussen beleidsruimte en interpretatieruimte heeft belangrijke consequenties voor de mogelijkheid tot (voorafgaande) zelfbinding. Zoals zojuist werd opgemerkt, gaat het bij interpretatieruimte van de rechter om vragen waarop slechts één rechtens juist antwoord tegelijk kan bestaan. Hoe dit antwoord luidt, zal daarom uiteindelijk door de hoogste rechter – in civiele procedures veelal de Hoge Raad[277] – bepaald kunnen én moeten worden. 'Kunnen', omdat het bij beslissingen omtrent de uitleg van de wet in beginsel steeds gaat om 'rechtsbeslissingen', die door de cassatierechter volledig getoetst kunnen worden. Hij kan hierbij zo nodig zijn eigen uitleg voor die van de lagere rechter in de plaats stellen.[278] 'Moeten', omdat de Hoge Raad als hoogste rechter de aangewezen instantie is om dit soort rechtsvragen uiteindelijk te beslissen.

---

277 Tenzij het uiteraard gaat om een vraag ten aanzien waarvan een supranationale rechter als het HvJ EG of het EHRM bevoegd is. Mutatis mutandis geldt in die gevallen echter hetzelfde als hier ten aanzien van de Hoge Raad als hoogste rechter wordt opgemerkt.

278 Zie hierover ook § 6.3.2.3.

Wanneer de (lagere) rechter beschikt over beleidsruimte ligt dit anders: bij de invulling daarvan bestaan – binnen bepaalde grenzen – altijd meerdere rechtens juiste oplossingen. Het gevolg hiervan is onder meer dat de toetsing hiervan door de cassatierechter (zeer) beperkt is, en ook moet zijn: doel en strekking van de desbetreffende regel brengen in gevallen van beleidsruimte juist met zich, dat de invulling daarvan aan de feitenrechter moet worden overgelaten.[279]

Dit betekent dat de zelfbinding waar het hier om gaat, bij uitstek geschikt is voor gevallen van beleidsruimte. De lagere rechter heeft daarbij immers een eigen keuze uit meerdere alternatieven. Wanneer deze keuze 'in abstracto', voorafgaand aan beslissingen in een concreet geschil, wordt gemaakt en in een (behoorlijk bekendgemaakte) rechtersregeling wordt neergelegd, zal deze vervolgens bindend kunnen zijn voor de betrokken rechters zonder dat dit in botsing komt met de taak van de hogere rechter.[280] Daarentegen zal van binding aan een rechtersregeling omtrent vragen van wetsinterpretatie eigenlijk pas echt sprake kunnen zijn wanneer de hoogste rechter deze regeling inhoudelijk heeft 'bevestigd'.[281] Wel zou eventueel aangenomen kunnen worden dat de rechters die een wetsinterpreterende rechtersregeling hebben vastgesteld, zélf 'voorshands' aan die regeling gebonden zijn, dit behoudens de vrijheid van de hogere rechter om de desbetreffende rechtsvraag alsnog in andere zin te beantwoorden. Op de vraag of een dergelijke vorm van binding wenselijk is ga ik in de volgende paragraaf nader in.

Een tweede consequentie van het karakterverschil tussen beleidsruimte en interpretatieruimte is dat een eventuele kwalificatie van een wetsinterpreterende rechtersregeling als recht in de zin van art. 79 RO in feite geen toegevoegde waarde biedt. Om een beslissing op grond van een wetsinterpreterende rechtersregeling in cassatie ter discussie te kunnen stellen, doet helemaal niet ter zake of die regeling wel of geen recht in de zin van art. 79 RO vormt. In een dergelijk geval kan even goed rechtstreeks over schending van de wettelijke regel, ter interpretatie waarvan zij dient, in cassatie worden geklaagd: déze regel zal immers zonder meer recht in de zin van art. 79 RO vormen.[282]

279 Zie hierover uitgebreider § 4.4.2.5.

280 Zie echter § 6.2.3.3 inzake de verhouding tussen rechters in eerste aanleg en appèlrechters.

281 Daarmee is die regeling, theoretisch beschouwd, overigens wel een ander soort rechtsregel geworden, nl. een 'gewone' jurisprudentiële rechtsregel, die bindt op basis van *precedentwerking* (zie daarover uitgebreid hoofdstuk 7 en 8). Een belangrijk verschil in dit verband bestaat ten aanzien van de kring van personen die gebonden wordt. Bij een precedent dat afkomstig is van de Hoge Raad zijn alle lagere rechters daaraan gebonden (vgl. § 8.3.3); de hier bedoelde (voorafgaande) binding aan een rechtersregeling geldt daarentegen in beginsel slechts voor de rechters die deze regeling hebben vastgesteld (vgl. ook § 6.2.3.3).

282 Vgl. § 6.3.3. Voor wetsinterpreterende beleidsregels geldt overigens hetzelfde; zie daarover § 4.3.5.

*4.5.3.3 Lagere rechter wél gebonden aan wetsinterpreterende rechtersregeling?*

Zoals in de vorige paragraaf is uiteengezet, zal de invulling van interpretatieruimte via een rechtersregeling theoretisch bezien niet op dezelfde wijze tot 'voorafgaande' binding kunnen leiden als de invulling van beleidsruimte. Over rechtsvragen heeft immers uiteindelijk de hoogste rechter het laatste woord. Bij deze constatering kan echter een tweetal kanttekeningen worden geplaatst.

In de eerste plaats bestaat er een tamelijk omvangrijk grensgebied, waar het voorgaande niet of slechts in veel mindere mate opgaat. Dit is ten eerste het geval in situaties waarin geen rechtsmiddelen openstaan (hetgeen zich met name voordoet bij rolbeschikkingen en de ontbindingsprocedure van art. 7:685 BW), en voorts wanneer het gaat om de toepassing van vage normen door de lagere rechter. In het eerste geval vindt vanzelfsprekend in het geheel geen toetsing door de cassatierechter plaats; de lagere rechter *is* hier feitelijk tevens de hoogste rechter. In het tweede geval beperkt de Hoge Raad zich doorgaans tot een 'marginale' controle en laat de interpretatie van een vage norm in het concrete geval voor het overige over aan de feitenrechter. In dat geval heeft de beslissingsruimte van de feitenrechter derhalve *de facto* het karakter van beleidsruimte: zijn beslissing wordt door de hoogste rechter slechts in (zeer) beperkte mate getoetst.[283]

Een tweede belangrijk punt is dat, zelfs wanneer het gaat om een rechtsvraag die de Hoge Raad wél kan en wil beantwoorden, de vaststelling van een wetsinterpreterende regeling door (lagere) rechters zinvol kan zijn. Het kan immers jaren duren totdat een bepaalde vraag tot de hoogste rechter doordringt. Vooral bij nieuwe wetgeving die in een groot aantal gevallen moet worden toegepast,[284] kan hier in de praktijk veelal niet op worden gewacht.[285] De vaststelling van een wetsinterpreterende rechtersregeling biedt dan, zeker wanneer aan die regeling de hier bedoelde binding toekomt, in elk geval een voorlopige oplossing en kan wellicht zelfs bevorderen dat rechters, en daarmee uiteindelijk ook de Hoge Raad, zich over de desbetreffende rechtsvraag expliciet uitspreken. Gebondenheid van de vaststellende rechters ook aan wetsinterpreterende regels zal bovendien in het belang zijn van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid.[286] Juist om deze redenen zijn door

283 Zie § 4.4.2.5.

284 Een goed voorbeeld hiervan biedt de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP), die geleid heeft tot diverse vormen van rechterlijke samenwerking, waaronder de aanbevelingen van de NVvR-werkgroep van rechters-commissarissen in faillissementen (zie daarover § 2.8).

285 Juist om deze redenen heeft de 'Commissie Verbetervoorstellen Civiel' in haar rapport d.d. 22 juni 2004 (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, onder Raad voor de rechtspraak/Publicaties) het voorstel gedaan een 'commissie tot begeleiding van implementatie van wetgeving in rechtspraak' in te stellen, die bij de totstandkoming van nieuwe wetgeving 'richtlijnen' zou moeten opstellen hoe met de nieuwe wetgeving om moet worden gegaan.

286 Vgl. hetgeen eerder in § 4.5.2 is opgemerkt.

de Awb-wetgever wetsinterpreterende *beleidsregels* (die in het verleden werden beschouwd als een principieel ander type regels[287]) gelijkgesteld met de overige soorten beleidsregels.[288] Het bestuur zélf is naar huidig recht aan een wetsinterpreterende beleidsregel op dezelfde wijze gebonden als aan een 'beleidsmatige' beleidsregel, zij het dat het uiteindelijk de rechter is die bepaalt welke wetsuitleg de juiste is.

Verdedigd zou dan ook kunnen worden dat de rechters die een wetsinterpreterende regeling vaststellen, zélf direct aan die regeling gebonden kunnen worden geacht indien ook aan de overige voorwaarden uit het rolrichtlijnen-arrest is voldaan. Hiervoor valt met name in de eerder genoemde categorieën gevallen waarin de cassatierechter niet tot (volledige) toetsing in staat is, wel iets te zeggen.[289] Wel zal ook dan uiteraard blijven gelden dat een hogere rechter altijd nog anders kan oordelen over de desbetreffende rechtsvraag en hij daarbij op geen enkele wijze gebonden is aan de door de lagere rechter voorgestane interpretatie. Het zal hier dus hooguit om een 'voorlopige' binding van de lagere rechter kunnen gaan.[290]

### 4.5.4 De taak van de rechter

Bij de vraag of de leer van het rolrichtlijnen-arrest ook op andere rechtersregelingen dan rolreglementen kan worden toegepast, moet tot slot de taak van de rechter in de beschouwingen betrokken worden. Zoals eerder bleek resulteert een rechtersregeling die aan de gestelde voorwaarden voldoet in een 'voorafgaande' binding: reeds vanaf het moment van vaststelling en bekendmaking zijn de betrokken rechters aan de regeling gebonden.[291] Weliswaar is een rechtersregeling, zoals de Hoge Raad in het rolrichtlijnen-arrest ook benadrukt, geen echt product van wetgeving (zij vormt geen 'algemeen verbindend voorschrift') en zal de rechter dus soms van de regeling mogen afwijken; deze afwijkingsmogelijkheid is echter wel gereserveerd voor bijzondere gevallen.[292] Het gaat hier dus om een vrij sterke vorm van gebondenheid. De vraag is hoe zich dit verhoudt tot de taak van de rechter, zoals deze, mede in relatie tot de taak van de wetgever, moet worden gedefinieerd.

---

287 Zie § 4.3.2.
288 Zie Bröring 1998, nr. 18.
289 In deze zin mogelijk ook Martens 1997, p. 24.
290 Men kan zich daarom afvragen of partijen met een dergelijke binding praktisch gesproken veel opschieten: om deze binding te effectueren zullen zij zich immers tot een hogere rechter moeten wenden, die vervolgens niet aan de rechtersregeling gebonden is. Vgl. hieromtrent ook § 8.5.3.
291 Zie § 4.4.5.4.
292 Zie § 4.4.5.3 en § 6.2.2.2.

In hoofdstuk 3 is reeds uitgebreider ingegaan op de taakverdeling tussen rechter en wetgever,[293] zodat hier volstaan kan worden met een verkorte weergave van hetgeen daar is behandeld. De primaire taak van de rechter is 'rechtspraak', waaronder hier verstaan kan worden: het beslissen in concrete gevallen op basis van rechtsregels.[294] De toepassing van rechtsregels in de aan hem voorgelegde zaken leidt er noodzakelijkerwijs toe dat de rechter in bepaalde gevallen ook (nieuw) recht zal moeten vormen. Deze 'rechtsvormende taak' van de rechter leidt op zichzelf niet tot een botsing met de taken van de wetgever.[295] Wel is de uitoefening door de rechter van zijn rechtsvormende taak nauw verbonden met de beslechting van concrete geschillen. Dit laatste geldt overigens niet zozeer in feitelijke, als wel in normatieve zin.[296] Het feit dat een rechtsregel in het kader van een concrete procedure is gevormd door de (onafhankelijke en onpartijdige) rechter houdt een belangrijke legitimatie in, die ook noodzakelijk is omdat de rechter niet, althans niet op dezelfde wijze, beschikt over de democratische legitimatie van de wetgever. Rechtsvorming en de beslechting van concrete geschillen kunnen daarom beide beschouwd worden als essentialia van de rechterlijke functie. Wanneer de band tussen deze beide elementen wordt verbroken doordat de rechter buiten het kader van rechtspraak tot de vorming van rechtsregels overgaat, treedt hij aldus buiten zijn eigenlijke – rechtsprekende – functie. Afhankelijk van de binding die aan een op deze wijze gevormde regel wordt verbonden, zal dit op meer of minder bezwaren stuiten.[297]

In dit licht bezien is het de vraag of aan een wetsinterpreterende rechtersregeling dezelfde voorafgaande binding mag worden toegekend als aan, bijvoorbeeld, een rolreglement. Wanneer bijvoorbeeld de gezamenlijke voorzieningenrechters in een vergadering bindend kunnen afspreken dat een kort geding of een belastingaanslag als 'eis in de hoofdzaak' in de zin van art. 700 lid 3 Rv heeft te gelden,[298] wordt hierdoor iets nieuws (namelijk een verdere concretisering) aan het bestaande objectieve recht toegevoegd en vindt dus rechtsvorming plaats. Weliswaar gaat het hier om rechtsvorming op een betrekkelijk bescheiden niveau: de rechter gaat niet *'praeter'* of *'contra legem'* maar blijft binnen de bewoordingen van de wet, zoals die naar normaal spraakgebruik moeten worden verstaan. Het is dus niet zozeer de *inhoud* van een dergelijke regeling die leidt tot bezwaren.[299] Het gaat met name om het principiële aspect: wanneer rechters op deze wijze rechtsregels tot stand

293 Zie met name § 3.3.2 en § 3.3.3.
294 Vgl. Kottenhagen 1988, p. 389; Van der Heijden 1984, p. 23; zie hierover uitgebreider § 3.3.3.4.
295 Zie § 3.3.2.2.
296 Rechtsvorming door de rechter zonder aanwezigheid van (de feiten van) een concreet geval is immers in bepaalde gevallen zeer wel mogelijk; zie § 3.3.3.2 en § 3.3.3.3.
297 Zie over dit alles uitgebreider § 3.3.3.4.
298 Zie over deze rechtersregeling ook § 2.3.
299 Vgl. § 3.3.3.4.

kunnen brengen, raakt dit aan de essentie van de rechterlijke functie en is zeer de vraag of de grenzen daarvan niet worden overschreden.

Hét verschil met rolreglementen – waaraan de rechter op grond van het rolrichtlijnen-arrest wél direct gebonden kan raken – is dat de regels die in een rolreglement zijn opgenomen doorgaans geen rechtsvorming in de zojuist bedoelde zin inhouden[300] (anders gezegd: het gaat daarbij niet om regels die ook in jurisprudentie gevormd hadden kunnen worden), maar regels op een 'lager niveau' vormen. In dergelijke regels is door de betrokken rechters immers niet de (nadere) inhoud van het objectieve recht bepaald, maar hebben zij slechts (collectief) de hun volgens het objectieve recht reeds toekomende keuzemogelijkheden – hier aangeduid met de term 'beleidsruimte'[301] – ingevuld. Er zijn bijvoorbeeld standaardtermijnen voor de indiening van processtukken vastgesteld, ter invulling van de in art. 133 lid 1 Rv aan de rechter gegeven beslissingsruimte.[302] In dat geval gaat het niet zozeer om de rechter in zijn rechtsprekende (of rechtsvormende) rol, maar veeleer om de rechter in zijn 'beleidsmatige' rol als organisator van de procedure. Iets soortgelijks geldt voor andere vormen van rechterlijke beleidsruimte, zoals bijvoorbeeld de bepaling van de hoogte van een kostenveroordeling of smartengeld, of de uitoefening van bepaalde wijzigingsbevoegdheden.[303] Ook hiervan wordt wel gezegd dat dit geen 'rechtspraak', in de zin van een oordeel omtrent het objectieve recht voor de rechtsverhouding van partijen, is, maar slechts een keuze die de rechter maakt of een maatregel die hij treft nádat hij zijn oordeel omtrent het objectieve recht heeft gegeven.[304] Wordt door een of meer rechters een dergelijke keuze 'in abstracto' gemaakt, dan is veeleer sprake van de vorming van 'beleid', en doet zich niet eenzelfde spanning ten opzichte van de aard van de rechtsprekende functie voor als wanneer op deze wijze de vorming van een regel van objectief recht zou plaatsvinden. Iets anders is overigens dat, zoals in § 4.4.4.3 al werd opgemerkt, ook bepaalde vormen van beleidsruimte zich niet zullen lenen voor voorafgaande (bindende) invulling via een rechtersregeling. Of dit het geval is, hangt uiteindelijk af van doel en strekking van de regel, ter invulling waarvan de rechtersregeling is bedoeld.[305] Hierop kom ik in de volgende paragraaf nog terug.

300 Althans in overwegende mate; zoals eerder opgemerkt zijn immers mengvormen mogelijk (vgl. § 4.4.2.3).
301 Zie § 4.4.2.3.
302 Vgl. art. 2.7 LRr.
303 Zie hierover ook § 4.4.2.2.
304 Vgl. bijv. Hijma 1989, p. 4; De Waard 1987, p. 17; Asser-Scholten 1974, p. 130-131.
305 Zie voor enkele voorbeelden § 4.4.4.3.

### 4.5.5 Keuze voor afbakening

De vraag of het rolrichtlijnen-arrest ook kan worden toegepast op andere rechtersregelingen dan rolreglementen, en zo ja, waar de grenzen hiervan precies liggen, is niet eenvoudig te beantwoorden. Al naar gelang de gekozen invalshoek dringen verschillende antwoorden zich op. Een benadering waarin de nadruk wordt gelegd op algemene beginselen als rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en consistentie leidt tot een pleidooi voor een ruime toepassing van het rolrichtlijnen-arrest: ook (en wellicht juist) rechtersregelingen die betrekking hebben op materieelrechtelijke onderwerpen als ontslagvergoedingen, kostenveroordelingen of rechtsvragen als de vraag wanneer schulden 'niet te goeder trouw' zijn gemaakt, zullen tot een voorafgaande binding van de rechter moeten kunnen leiden.[306] Worden daarentegen de principiële aspecten van deze vraag benadrukt (treedt de rechter op deze manier niet te zeer buiten zijn rechtsprekende functie?), dan zal de conclusie veeleer zijn dat een voorafgaande binding moet worden afgewezen, in elk geval waar het rechtsvragen betreft: deze zal de rechter pas in het kader van een concreet geschil werkelijk kunnen beantwoorden (waarna eventueel gebondenheid aan een aldus gevormd precedent kan ontstaan).[307] Voor beide benaderingen zijn goede argumenten aan te voeren; uiteindelijk komt het hier dus aan op een keuze.

Mijns inziens dient het bereik van het rolrichtlijnen-arrest aldus te worden afgebakend dat de daarin aanvaarde mogelijkheid tot voorafgaande (zelf)binding slechts geldt voor gevallen van rechterlijke beleidsruimte, en niet voor gevallen van interpretatieruimte.[308] Een 'wetsinterpreterende' rechtersregeling (zoals bijvoorbeeld de invulling van de term 'goede trouw' in art. 288 sub b Fw door de in Recofa verenigde rechters-commissarissen[309]) zal dus niet aanstonds tot binding kunnen leiden, ook niet voor de rechters die de regeling hebben vastgesteld.

Hiervoor is in de eerste plaats redengevend het eerder genoemde feit dat hogere rechters niet gebonden zijn aan een wetsinterpreterende rechtersregeling van lagere rechters en zij de vrijheid behouden om een bepaalde rechtsvraag alsnog in een andere zin te beantwoorden.[310] Gegeven dit uitgangspunt is het dan echter weinig zinvol om de lagere rechter wél gebonden te achten, al zou dit ook 'voorlopig' zijn. De lagere rechter zou hierdoor in voorkomend geval immers gedwongen kunnen zijn, vast te houden aan een door hem uiteindelijk onjuist geachte rechtsopvatting, en daarmee partijen dwingen tot

306 Zie § 4.5.2.
307 Zie § 4.5.4.
308 Zie in min of meer overeenkomstige zin Martens & Ten Kate 2000, p. 1623, die ervan uitgaan dat (slechts) de 'discretionaire bevoegdheden' van de rechter zich lenen voor zelfbinding; vgl. voorts De Waard 1998, p. 165.
309 Zie over deze rechtersregeling § 2.8.
310 Zie hierover § 4.5.3.2.

het instellen van hoger beroep of cassatie.[311] Voorts biedt de kwalificatie als 'recht' in de zin van art. 79 RO voor een wetsinterpreterende rechtersregeling geen toegevoegde waarde, dit in tegenstelling tot rechtersregelingen ter invulling van rechterlijke beleidsruimte.[312]

Belangrijker nog is dat het aanvaarden van (voorafgaande) gebondenheid aan een wetsinterpreterende rechtersregeling mijns inziens in strijd zou komen met dat wat beschouwd moet worden als de essentie van de rechtsprekende taak van de rechter: het beslissen in concrete geschillen onder toepassing van rechtsregels, waarbij de rechter zo nodig de precieze betekenis van die rechtsregels (nader) bepaalt.[313] Hoe zeer 'zelfbinding' aangaande de uitoefening van de hun toekomende beleidsmarges ook gewenst kan zijn,[314] rechters kunnen zichzelf echter niet in zó vergaande mate binden dat zij zich daarmee ook op voorhand de mogelijkheid ontnemen om uiteindelijk, in het kader van een concreet geschil, een bepaalde rechtsvraag nog te beantwoorden. Een andere opvatting zou de kern van de rechtsprekende functie te zeer aantasten, ook als in aanmerking wordt genomen dat een hogere rechter niet gebonden is aan de rechtsopvattingen die in een rechtersregeling van lagere rechters zijn neergelegd en dus alsnog tot een ander oordeel kan komen. Dit principiële argument dient hier zwaarder te wegen dan de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid (die immers, hoe belangrijk ook, geen absolute waarde hebben[315]). Een en ander neemt overigens niet weg dat (ook) de vaststelling van wetsinterpreterende rechtersregelingen door de (lagere) rechter zinvol kan zijn, maar dan veeleer als 'voorzet' tot de uiteindelijke beantwoording van een bepaalde rechtsvraag in de rechtspraak.

Hoewel dus de vaststelling van het hier bedoelde type rechtersregeling met 'voorafgaande' binding beter past bij beleidsruimte dan bij interpretatieruimte van de rechter, is hiermee niet gezegd dat deze mogelijkheid in *alle* gevallen van beleidsruimte aanwezig is. Of dit inderdaad het geval is zal uiteindelijk met name afhangen van doel en strekking van de regel, ter invulling waarvan een rechtersregeling is bedoeld.[316] Dit is echter niet per definitie gekoppeld aan een onderscheid tussen procesrecht en materieel recht, zoals dat in de literatuur wel is bepleit. Ook op het laatste gebied kan zich de situatie voordoen dat rechters dezelfde regel in een groot aantal gelijksoortige zaken moeten toepassen, waardoor het mogelijk wordt ten aanzien daarvan een algemene

311 Om dezelfde reden moet worden aangenomen dat (anders dan bijv. in het Engelse recht het geval is) niet alleen de hoogste rechter mag terugkomen op een bindend precedent, maar dat dit ook aan de lagere rechter is toegestaan (zij het dat het uiteindelijk de hoogste rechter is die het laatste woord daarover heeft); zie hierover § 8.3.5.3.
312 Vgl. § 6.3.3.
313 Zie hierover § 3.3.3.4.
314 Zie § 4.4.4.2.
315 Vgl. § 4.4.3.2.
316 Zie § 4.4.4.3.

(rechters)regeling te formuleren. Te denken valt hier wederom aan de bekende voorbeelden: de vergoeding bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst, vergoedingen voor proceskosten en buitengerechtelijke kosten en de hoogte van smartengelden. Omgekeerd zijn in het procesrecht ook gevallen van beleidsruimte aan te wijzen die juist niet, of althans minder, geschikt zijn voor voorafgaande invulling via een rechtersregeling. Zo zullen de gevolgtrekkingen die de rechter kan maken indien partijen de uit art. 21 en 22 Rv voortvloeiende waarheids- en informatieplichten niet naleven, veelal van de omstandigheden van het geval afhangen, en zal het evenmin goed mogelijk zijn in een algemene (rechters)regeling vast te leggen in welke gevallen bevolen zal worden dat partijen bij een pleidooi in persoon aanwezig dienen te zijn (art. 134 lid 4 Rv).

Tot slot moet nogmaals aangetekend worden dat het onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte van de rechter niet altijd even scherp te maken is, terwijl een rechtersregeling bovendien op beide aspecten van een en dezelfde regel betrekking kan hebben.[317] Het gaat hier dus veeleer om een glijdende schaal, waarop de 'typische' gevallen van beleidsruimte en interpretatieruimte de uitersten vormen. Met name op deze uitersten ziet hetgeen in deze paragraaf is betoogd: typische gevallen van beleidsruimte (zoals bijvoorbeeld de vaststelling van de termijnen voor het indienen van processtukken) lenen zich bij uitstek wél voor de in het rolrichtlijnen-arrest aanvaarde vorm van voorafgaande zelfbinding; typische gevallen van wetsinterpretatie (bijvoorbeeld de beantwoording van de vraag wat onder een 'eis in de hoofdzaak' als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv moet worden verstaan) daarentegen niet. Rechtersregelingen als bijvoorbeeld de verschillende liquidatietarieven, het rapport Voor-werk II of de alimentatienormen zijn op deze schaal wat meer naar het midden te positioneren. Naar ik meen gaat het bij deze regelingen nog in overwegende mate om de invulling van rechterlijke beleidsruimte (waarbij echter deels ook 'rechtsvragen' worden beantwoord[318]), die zich leent voor voorafgaande zelfbinding. Ook liquidatietarieven, het rapport Voor-werk II of de alimentatienormen zouden dan ook, mits aan alle daarvoor geldende vereisten is voldaan,[319] voor het etiket 'recht' in de zin van art. 79 RO in aanmerking kunnen komen. Hierbij zal dan echter, gelet op het meer 'gemengde' karakter van deze regelingen, wel steeds bedacht moeten worden dat zowel de vaststellende rechters zélf als hogere rechters in elk geval

317 Zie eerder § 4.4.2.3.

318 Zo spreekt bijvoorbeeld het rapport Voor-werk II zich tevens uit over de (rechts)vraag waar de grens ligt tussen buitengerechtelijke kosten in de zin van art. 6:96 lid 2 BW en proceskosten als bedoeld in art. 237-240 Rv (zie § 8.3 en § 9.1 van het rapport).

319 Naast de eis van 'behoorlijke bekendmaking' zal in het bijzonder voldaan moeten zijn aan de eis dat de regeling is vastgesteld door een daartoe 'bevoegd orgaan'. Bij de genoemde rechtersregelingen is dat thans niet het geval, nu zij afkomstig zijn van instanties als de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (zie hierover § 4.4.4.4). Niet uitgesloten is echter dat aan deze eis in de toekomst wordt voldaan, indien een of meer van deze regelingen door een gerecht als 'eigen' regeling zouden worden overgenomen (zie hierover § 5.2.3.5).

niet (direct) gebonden zijn aan de elementen van een dergelijke regeling die het antwoord op een rechtsvraag inhouden.

## 4.6 Samenvatting en conclusies

In het rolrichtlijnen-arrest is het toepassingsbereik van art. 79 RO, welke bepaling de competentie van de cassatierechter afbakent, uitgebreid tot regelingen die door rechters, anders dan in het kader van een concrete zaak, zijn vastgesteld (rechtersregelingen). Wanneer een rechtersregeling (a) is vastgesteld door de ter zake bevoegde rechters, ofwel: berust op 'zelfbinding', (b) behoorlijk bekendgemaakt is, en (c) zich naar inhoud en strekking ertoe leent jegens de daarbij betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast, kan deze als 'recht' in de zin van art. 79 RO gelden. Het gevolg van deze kwalificatie is dat in cassatie de beslissing van de lagere rechter (tevens) aan een zodanige rechtersregeling kan worden getoetst.

Het blijkt bij deze mogelijkheid te gaan om rechtersregelingen die aanzienlijke overeenkomsten vertonen met bestuurlijke beleidsregels. Net zoals bestuursorganen bevoegd zijn omtrent de uitoefening van hun (eigen) bestuursbevoegdheden beleidsregels vast te stellen, kunnen rechters algemene regelingen vaststellen waarin zij aangeven hoe in toekomstige gevallen een bepaalde vorm van beslissingsruimte zal worden ingevuld. Wanneer aan bovengenoemde voorwaarden is voldaan, bindt een zodanige rechtersregeling de betrokken rechters via de werking van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging; tevens vormt zij dan recht in de zin van art. 79 RO.

Het feit dat tussen bestuur en rechter ook verschillen kunnen worden aangewezen, met name ten aanzien van hun positie in het staatsbestel, staat aan deze analogie niet in de weg. Wel brengt de eigen aard van de rechterlijke functie met zich, dat rechtersregelingen mogelijk niet op alle punten analoog aan beleidsregels kunnen worden behandeld, of dat bepaalde eisen bij rechtersregelingen op een andere wijze moeten worden ingevuld. Anders gezegd: een analoge behandeling van beleidsregels en rechtersregelingen is slechts mogelijk, voorzover de eigen aard van het laatste soort regels zich daartegen niet verzet.

Hoewel een bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen thans niet uitdrukkelijk in de wet is neergelegd, kan zij niettemin worden aangenomen. Hiertoe kan eenzelfde redenering worden gevolgd als in het verleden, vóór de totstandkoming van de derde tranche van de Awb, ten aanzien van beleidsregels gebruikelijk was. Evenals bestuursorganen mogen rechters immers de hun toegekende beslissingsruimte niet naar willekeur invullen, zonder daarbij rekening houden met hetgeen door andere rechters in soortgelijke gevallen wordt beslist. Algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel – welke beginselen niet alleen voor het bestuur, maar ook voor de rechter van grote betekenis zijn – brengen met zich dat rechters dienen te

streven naar een consistente invulling van beslissingsruimte, bijvoorbeeld via de vaststelling van een rechtersregeling.

De bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen is te beschouwen als een *impliciete* bevoegdheid, die besloten ligt in het feit dat de wetgever aan de rechter een zekere beslissingsruimte heeft gelaten. Het gaat hierbij tevens om een *afgeleide* bevoegdheid, die niet los kan worden gezien van de oorspronkelijke, rechtsprekende, bevoegdheid. De consequentie hiervan is dat de binding aan een dergelijke regel in meerdere opzichten beperkt van aard is: zo mag een rechtersregeling de grenzen van de aan de rechter toekomende beleidsruimte niet overschrijden en heeft de rechter steeds de mogelijkheid, in bijzondere gevallen van een rechtersregeling af te wijken.

De binding aan dit soort rechtersregelingen verschilt bovendien van de binding aan 'gewoon' rechtersrecht (precedenten): zij ontstaat reeds op het moment dat aan de eerder geformuleerde voorwaarden is voldaan, derhalve voorafgaand aan, en onafhankelijk van, enige toepassing door de rechter. Bij de concrete invulling van deze voorwaarden, waarop in het volgende hoofdstuk zal worden ingegaan, dient met dit specifieke karakter rekening gehouden te worden. Het verdient mijns inziens de voorkeur dat aan deze voorwaarden waar mogelijk een formeel karakter wordt toegekend, opdat zo min mogelijk ruimte bestaat voor twijfel over de concrete invulling daarvan.

De uit het rolrichtlijnen-arrest voortvloeiende mogelijkheid tot (zelf)binding van rechters, die tevens zal leiden tot het ontstaan van recht in de zin van art. 79 RO, is niet per definitie beperkt tot rolregelingen. Geconcludeerd is dat ook in (bepaalde) andere gevallen van rechterlijke beleidsruimte, zowel in het procesrecht als in het materiële recht, zelfbinding via een rechtersregeling in beginsel mogelijk moet worden geacht. De interpretatieruimte van de rechter leent zich hier echter minder goed toe, althans bij de huidige stand van zaken op het punt van de functieafbakening tussen rechter en wetgever. Zelfs wanneer over deze afbakening op enig moment anders zou worden gedacht, zal een 'wetsinterpreterende' rechtersregeling overigens hoe dan ook slechts kunnen leiden tot een voorlopige binding van de (lagere) rechter. Hogere rechters in het algemeen, en de Hoge Raad in het bijzonder, kunnen de beantwoording van rechtsvragen immers altijd volledig toetsen en zo nodig hun eigen rechtsopvatting voor die van een lagere rechter in de plaats stellen. De kwalificatie van een wetsinterpreterende rechtersregeling als 'recht in de zin van art. 79 RO' voegt dan ook niets toe aan de reeds bestaande mogelijkheden tot controle in cassatie.

# 5 Voorwaarden voor kwalificatie van een rechtersregeling als 'recht'

## 5.1 INLEIDING

In hoofdstuk 4 is geanalyseerd wat de betekenis is van het zogeheten rolrichtlijnen-arrest[1] voor de mogelijkheid tot vaststelling van en het ontstaan van gebondenheid aan rechtersregelingen. Gebleken is dat een rechtersregeling die berust op 'zelfbinding' door de ter zake bevoegde rechters en die behoorlijk bekendgemaakt is, de rechter kan binden op grond van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging. Indien daarnaast is voldaan aan de eis dat de regeling zich 'naar inhoud en strekking ertoe leent om jegens de daarbij betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast', geldt zij bovendien als recht in de zin van art. 79 RO.

Hoewel de kwalificatie van een rechtersregeling als recht in de zin van art. 79 RO dogmatisch niet als oorzaak, maar veeleer als gevolg van de bindende werking van een dergelijke regeling moet worden gezien, is zij niettemin van belang omdat daardoor controle in cassatie op uitleg en toepassing van die regeling mogelijk wordt. Gelet op dit praktische belang zal daarom in hoofdstuk 5 en 6 nader worden ingegaan op de kwalificatie van rechtersregelingen als recht in de zin van art. 79 RO. In hoofdstuk 6 wordt onderzocht welke gevolgen dit etiket precies heeft voor de gebondenheid aan een als zodanig te beschouwen rechtersregeling, alsmede voor de mogelijkheden tot controle op de toepassing daarvan. Daaraan voorafgaand wordt in dit hoofdstuk onderzocht hoe de in hoofdstuk 4 geformuleerde vereisten waaraan een rechtersregeling moet voldoen teneinde als recht in de zin van art. 79 RO te kunnen gelden, nader ingevuld kunnen worden. Achtereenvolgens komen de volgende vragen aan de orde: welk orgaan is bevoegd tot vaststelling van rechtersregelingen (§ 5.2), wanneer is sprake van een behoorlijke bekendmaking (§ 5.3) en wanneer leent een rechtersregeling zich naar inhoud en strekking voor toepassing als rechtsregel (§ 5.4)?

---

1 HR 28 juni 1996 (De Nieuwe Woning/Staat), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS.

## 5.2 Vaststelling door het daartoe bevoegde orgaan

### 5.2.1 Algemeen

In het vorige hoofdstuk is onder meer besproken of ook voor rechtersregelingen de eis geldt dat deze, om te kunnen gelden als recht in de zin van art. 79 RO, op *zelfbinding* door de rechter moeten berusten. Hoewel een zodanige eis in het rolrichtlijnen-arrest niet met zoveel woorden wordt gesteld, is deze vraag bevestigend beantwoord. Ten eerste kan dit worden afgeleid uit het feit dat de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen – evenals in het verleden de bevoegdheid tot vaststelling van (bestuurlijke) beleidsregels – gezien kan worden als een 'impliciete' bevoegdheid, die voortvloeit uit het feit dat de wetgever aan de rechter een bepaalde beslissingsruimte heeft toegekend.[2] Daarnaast speelde een rol dat de (individuele) rechter niet alleen onafhankelijk dient te zijn ten opzichte van de overige staatsmachten, maar dat hij tevens onafhankelijk is ten opzichte van andere rechters, zowel binnen als buiten het gerecht waarvan hij deel uitmaakt. Hoewel met name de onafhankelijkheid ten opzichte van andere rechters zeker niet onbeperkt is, komt deze vorm van onafhankelijkheid het best tot haar recht door te aanvaarden dat rechtersregelingen inderdaad via zelfbinding tot stand moeten komen.[3]

Het vereiste van zelfbinding komt, in een iets andere formulering, erop neer dat een rechtersregeling – wil deze als recht in de zin van art. 79 RO gekwalificeerd kunnen worden – dient te worden vastgesteld door een daartoe 'bevoegd orgaan'. Wat moet hieronder nu worden verstaan? Met betrekking tot beleidsregels geldt dat een bevoegd orgaan is: het orgaan dat de bestuursbevoegdheid waarop een beleidsregel betrekking heeft, kan uitoefenen. Naar analogie hiermee zou voor rechtersregelingen tot uitgangspunt kunnen worden genomen dat deze moeten worden vastgesteld door het orgaan waaraan de desbetreffende rechtsprekende bevoegdheid[4] toekomt. Dit betekent dat allereerst de vraag zal moeten worden beantwoord, aan wie binnen de rechterlijke organisatie precies rechtsprekende bevoegdheden toekomen: zijn dit de gerechten, de kamers binnen die gerechten of de individuele rechters afzonderlijk (§ 5.2.2)? Vervolgens wordt behandeld welk gremium of welke gremia binnen de rechterlijke organisatie – gegeven het antwoord op de vraag aan wie rechtsprekende bevoegdheden toekomen – in de hier bedoelde zin 'bevoegd' zijn te achten om rechtersregelingen tot stand te brengen (§ 5.2.3).

---

2 Zie § 4.4.4.2.

3 Zie § 4.4.4.4.

4 Ik doel met de term 'rechtsprekende bevoegdheid' uiteraard op de bevoegdheid van de rechter tot het nemen van beslissingen in een geschil tussen partijen en niet op bevoegdheid in de zin van (absolute of relatieve) competentie.

### 5.2.2 Aan wie komen rechtsprekende bevoegdheden toe?

Op de vraag wat binnen de rechterlijke organisatie de organen zijn die met rechtsprekende bevoegdheden zijn toegerust – de gerechten, de kamers binnen die gerechten of de individuele rechters –, geeft de wet zelf geen duidelijk antwoord. Artikel 112 van de Grondwet draagt de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen op aan 'de rechterlijke macht'. In de Wet RO is nader geregeld welke gerechten hiertoe behoren: dit zijn de rechtbanken, de gerechtshoven en de Hoge Raad (art. 2 RO). In het vervolg van de Wet RO worden de competenties van deze gerechten afgebakend: zo nemen de rechtbanken in eerste aanleg kennis van 'alle burgerlijke zaken, behoudens bij de wet bepaalde uitzonderingen' (art. 42 RO), en oordelen de gerechtshoven (onder meer) over de aan hoger beroep onderworpen uitspraken van de rechtbanken binnen hun ressort (art. 60 RO). Uit dit alles zou wellicht opgemaakt kunnen worden dat het inderdaad de gerechten als zodanig zijn die rechtsprekende bevoegdheden bezitten. Dit zou ook aansluiten bij het gangbare spraakgebruik: rechterlijke uitspraken worden immers aangeduid als uitspraken van (bijvoorbeeld) 'Rechtbank Den Haag' of 'Hof Amsterdam'.

Daartegenover kan echter worden gesteld, dat in de wetsgeschiedenis van de (met ingang van 1 januari 2002 herziene) Wet RO met zoveel woorden is opgemerkt dat met de term 'gerecht' in deze wet slechts het organisatorisch geheel wordt bedoeld; het 'orgaan dat rechtspreekt' (aan welk orgaan tevens de rechterlijke onafhankelijkheid toekomt) is hierin 'ingebed'.[5] Hoewel niet nader is uitgewerkt welk orgaan binnen de gerechten dan wél rechtspreekt, lijkt hieruit te kunnen worden afgeleid dat in elk geval de RO-wetgever van mening is geweest dat er een onderscheid is tussen de gerechten en de 'organen die rechtspreken', en dat het derhalve niet de gerechten als zodanig zijn die rechtsprekende bevoegdheden uitoefenen.

Het beeld wordt nog gecompliceerder wanneer we bedenken dat de wet in sommige gevallen de rechtspraak opdraagt aan specifieke kamers van een gerecht: zo bijvoorbeeld aan de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (art. 66 RO) en aan de Pachtkamer van het Hof Arnhem (art. 69 RO). Ook komt het voor dat rechtsprekende taken rechtstreeks aan individuele rechters worden opgedragen, zoals bijvoorbeeld de rechtspraak in kort geding aan de voorzieningenrechter van de rechtbank (art. 254 Rv). Meer in het algemeen spreekt het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering steeds van 'de rechter' (en niet: 'de rechtbank'), die allerlei beslissingen kan nemen. Dit laatste valt echter (mede) te verklaren uit het feit dat de meeste bepalingen ook van toepassing kunnen zijn op de – alleensprekende – kantonrechter.[6]

Voorts kan worden gewezen op het feit dat bijvoorbeeld de waarborgen voor onafhankelijkheid (zoals onder meer de benoeming voor het leven en

5 Aldus *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 323.
6 Zie *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 16.

het feit dat schorsing of ontslag slechts mogelijk zijn door een tot de rechterlijke macht behorend gerecht) toekomen aan de rechters persoonlijk.[7] Op zichzelf wettigt ook dit echter nog niet de conclusie dat daarmee ook de rechtspraak aan rechters strikt persoonlijk is opgedragen: het is immers niet denkbaar dat aan een gerecht waarborgen als een benoeming voor het leven toegekend zouden worden.

Al met al kan dus niet gesproken worden van een consequente visie van de wetgever op de vraag, wie rechtsprekende bevoegdheden uitoefenen: de afzonderlijke rechters, de kamers binnen een gerecht, of de gerechten als geheel. Wel blijkt de wetgever uit te zijn gegaan van een samenhang met de rechterlijke onafhankelijkheid: deze komt toe aan diegene(n) aan wie ook de rechtspraak is opgedragen.

In de literatuur is aan de hier besproken vraag evenmin uitgebreid aandacht besteed. Voorzover dat wel is gebeurd, lopen de standpunten dienaangaande uiteen. Twee benaderingen kunnen onderscheiden worden; in beide neemt de rechterlijke onafhankelijkheid een belangrijke plaats in. De eerste benadering, die door Martens het meest is uitgewerkt,[8] gaat ervan uit dat rechtspraak is opgedragen aan de gerechten. Het zijn de (enkelvoudige of meervoudige) kamers die *namens* het gerecht het geschil beslissen. Een belangrijke consequentie van deze opvatting is dat ook de rechterlijke onafhankelijkheid in de eerste plaats toekomt aan de gerechten, en niet aan de individuele rechter. Dit neemt niet weg dat de individuele rechter wel in zekere mate onafhankelijk dient te zijn ten opzichte van zijn collega's: hij behoeft én behoort zich – in de woorden van Martens – "niet te laten ringeloren door de president of zijn oudere collega's".[9] Deze vorm van functionele onafhankelijkheid van de rechter is in deze visie echter per definitie beperkt en staat er niet aan in de weg dat de rechter bij zijn beslissingen rekening moet houden met onder meer precedenten of vaste beleidslijnen binnen het gerecht. Dit laatste volgt (mede) uit het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel.

Hier tegenover staat dan de opvatting dat de beslissing in een geschil aan rechters persoonlijk is opgedragen, hetgeen onder andere wordt afgeleid uit het feit dat de uitspraak de namen vermeldt van de beslissende rechter of rechters (vgl. art. 230 lid 1 sub g Rv) en door de rechter (bij een meervoudige kamer: door de voorzitter daarvan) dient te worden ondertekend (art. 230 lid 3 Rv).[10] Deze benadering houdt tevens in dat de rechterlijke onafhankelijkheid, óók de onafhankelijkheid ten opzichte van andere rechters, in de eerste plaats berust bij de individuele rechters en pas bij wijze van afgeleide daarvan bij

7 Vgl. Hermans 1998, p. 304 en Ingelse 1996, p. 1666.
8 Zie Martens 1997, p. 13-14. In gelijke zin Kapteyn 1989, p. 1649 en mogelijk ook Brenninkmeijer 1989, p. 1627.
9 Aldus Martens 1997, p. 13.
10 Zie Bovend'Eert 1999, p. 22; Ingelse 1998a, p. 396; Snijders 1997b, p. 1796.

de kamers en het gerecht als geheel.[11] Dit betekent echter niet dat de functionele onafhankelijkheid van de rechter onbeperkt wordt geacht: de rechter is bij zijn beslissing (uiteraard) gebonden aan het recht. Dit houdt onder meer in dat hij niet zonder goede gronden zal mogen afwijken van wat eerder door andere rechters – binnen én buiten zijn eigen gerecht – is beslist.[12]

Zelf zou ik willen aannemen dat – bij de beantwoording van de vraag aan wie rechtsprekende bevoegdheden toekomen en wie (dus) tot zelfbinding moet besluiten – tot uitgangspunt dient te worden genomen dat de beslissing in geschillen opgedragen is aan rechters persoonlijk. Hierbij is in de eerste plaats van belang, dat de uitspraak de namen van de beslissende rechters dient te vermelden. Dit wijst erop dat de wetgever de uitspraak niet slechts gezien heeft als een beslissing van het gerecht, maar (tevens) als een beslissing van *bepaalde* rechters. Daarnaast speelt een rol dat de waarborgen voor onafhankelijkheid toegekend zijn aan de individuele rechter. Ook het wrakingsrecht, een belangrijke waarborg voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid, kan slechts worden uitgeoefend jegens een of meer individueel bepaalde rechters.[13]

Met de opvatting dat rechtsprekende bevoegdheden toekomen aan rechters persoonlijk, hangt samen dat de functionele onafhankelijkheid mijns inziens in de eerste plaats berust bij de afzonderlijke rechters. Zij dienen niet alleen ten opzichte van de wetgevende en de uitvoerende macht, maar ook ten opzichte van elkaar tot op zekere hoogte onafhankelijk te zijn.[14] Zeker deze laatste vorm van onafhankelijkheid heeft echter haar grenzen. De onafhankelijkheid ten opzichte van andere rechters dient er immers slechts toe te waarborgen dat de rechter zorgvuldig en in vrijheid tot zijn beslissing kan komen, zonder bijvoorbeeld door zaken als promotiekansen te worden beïnvloed; het is echter geen vrijbrief voor willekeur of subjectiviteit. De rechter is – het is al eerder benadrukt – bij zijn beslissingen steeds gebonden aan het recht. Hij dient niet alleen de geldende wettelijke regels in acht te nemen, maar ook de rechtsopvattingen zoals die zich binnen de rechterlijke macht als geheel – in de eerste plaats in rechterlijke uitspraken, maar in voorkomend geval ook in rechtersregelingen – hebben uitgekristalliseerd.[15]

Wat betekent dit alles nu precies voor de vaststelling van rechtersregelingen? Aangezien het de individuele rechters zijn die rechtsprekende bevoegdheden uitoefenen, zal zelfbinding via een rechtersregeling in beginsel ook door de gezamenlijke rechters binnen het gerecht moeten geschieden.[16] Dit betekent echter nog niet dat de besluitvorming ter zake slechts unaniem zal kunnen

---

11 Vgl. Hermans 1998, p. 304 en Ingelse 1996, p. 1666.

12 Zie Hermans 1998, p. 304; Snijders 1997b, p. 1796; Ingelse 1996, p. 1666.

13 Het is bijv. niet mogelijk een geheel college te wraken: zie HR 18 december 1998, *NJ* 1999, 271.

14 Zie over de onafhankelijkheid ten opzichte van andere rechters uitgebreider § 3.2.3.

15 Zie § 3.2.3.

16 Zie over de vraag welk orgaan, of welke organen, binnen een gerecht, gelet op dit uitgangspunt, bevoegd zijn tot deze vaststelling hierna § 5.2.3.

plaatsvinden. Zoals in § 3.2.3 al is geconcludeerd, is het uit oogpunt van (individuele) onafhankelijkheid aangewezen dat een rechtersregeling in zoverre berust op zelfbinding dat de betrokken rechters[17] in de gelegenheid worden gesteld, aan de besluitvorming daaromtrent deel te nemen en hun visie in te brengen. Hiermee is de individuele onafhankelijkheid echter tevens in voldoende mate gewaarborgd. Deze vorm van onafhankelijkheid reikt niet zó ver dat een rechter aan een aldus vastgestelde rechtersregeling slechts gebonden kan zijn voorzover hij het met de inhoud daarvan eens is.[18]

### 5.2.3 Welk orgaan is bevoegd tot vaststelling van rechtersregelingen?

#### *5.2.3.1 Inleiding*

Nadat in de vorige paragraaf is geconcludeerd dat het in beginsel de individuele rechters zijn die tot zelfbinding aan een rechtersregeling kunnen overgaan, zal thans worden bezien welk gremium, gelet hierop, het meest geschikt is deze zelfbinding tot stand te brengen. Ik duid dit in het navolgende aan met de term 'bevoegd orgaan', waarmee uiteraard steeds wordt gedoeld op een orgaan dat bevoegd is, de in het rolrichtlijnen-arrest aanvaarde vorm van 'voorafgaande' binding aan een rechtersregeling tot stand te brengen.[19]

Bij de bespreking van deze vraag moet in aanmerking genomen worden dat met ingang van 1 januari 2002 de structuur van de rechterlijke organisatie – zoals deze met name in de Wet RO geregeld is – ingrijpend is gewijzigd. Onder meer is een nieuwe bestuurs- en beheersstructuur voor de gerechten ingevoerd (§ 5.2.3.2 ). De rolrichtlijnen-jurisprudentie van de Hoge Raad dateert echter van vóór deze herzieningsoperatie. Daarom dient bovendien te worden bezien in hoeverre de herziening wellicht consequenties heeft gehad voor de gelding van deze jurisprudentie (§ 5.2.3.3). Vervolgens kan de vraag worden behandeld welk orgaan, of welke organen, binnen de rechterlijke organisatie bevoegd zijn tot vaststelling van rechtersregelingen. Hierbij zal onderscheid gemaakt worden tussen rechtersregelingen die slechts binnen één gerecht gelden (§ 5.2.3.4) en regelingen die na overleg tussen meerdere gerechten worden vastgesteld (§ 5.2.3.5). Het is immers niet op voorhand vanzelfsprekend dat bij beide vormen hetzelfde orgaan bevoegd is tot vaststelling. Ik duid hierbij deze twee soorten aan als *interne*, respectievelijk *externe* rechtersregelingen. Deze termen zien in dit kader slechts op de vraag of een rechtersregeling het resultaat is van interne of externe samenwerking bij de vaststelling,[20] en

17 Zoals in § 3.2.3 reeds opgemerkt, gaat het hierbij slechts om de *op het moment van vaststelling* in functionele zin bij een rechtersregeling betrokken rechters.

18 Zie § 3.2.4.

19 Zie over deze binding uitgebreider § 4.4.5 en § 6.2.

20 Zie over 'interne' en 'externe' rechterlijke samenwerking § 1.2.

niet op de vraag of sprake is van 'externe werking' in de zin van rechtsgevolgen voor derden (bijvoorbeeld procespartijen).

*5.2.3.2 De herziening van de Wet RO*

Gedurende geruime tijd is er gediscussieerd over een modernisering van de rechterlijke organisatie. In de loop van de jaren '90 van de vorige eeuw zijn hierover diverse rapporten uitgebracht, waarvan hier als belangrijkste het rapport van de commissie-Hoekstra uit 1996[21] en dat van de commissie-Leemhuis uit 1998[22] kunnen worden genoemd. Een en ander heeft er uiteindelijk toe geleid dat in juni 2000 door de minister van Justitie twee wetsvoorstellen werden ingediend, die een volledige en ingrijpende herziening van de rechterlijke organisatie ten doel hadden: het wetsvoorstel Organisatie en bestuur gerechten[23] (hierna ook: wetsvoorstel 27 181) en het wetsvoorstel Raad voor de rechtspraak[24] (wetsvoorstel 27 182). Beide voorstellen zijn inmiddels tot wet verheven[25] en zijn op 1 januari 2002 in werking getreden. Als gevolg hiervan is onder meer de Wet RO geheel gewijzigd.

Deze herzieningsoperatie heeft belangrijke wijzigingen in de organisatiestructuur van de gerechten en van de rechterlijke organisatie als geheel tot gevolg gehad. Een volledige bespreking van de herziene Wet RO gaat vanzelfsprekend het bestek van dit onderzoek te buiten.[26] Ter oriëntatie wordt hier slechts de nieuwe organisatiestructuur van de rechterlijke macht kort geschetst, waarbij tevens de belangrijkste verschillen met de oude situatie aangestipt zullen worden.

De oude, oorspronkelijk uit 1827 daterende, Wet RO bevatte nauwelijks een uitgewerkte regeling van de organisatiestructuur binnen de gerechten.[27] In de praktijk werd een onderscheid gemaakt tussen 'bestuur' en 'beheer' van een gerecht.[28] Het *beheer* omvatte onder meer de besteding van de financiële middelen, de zorg voor materiële voorzieningen en aangelegenheden met betrekking tot het ondersteunend personeel. De verantwoordelijkheid voor het beheer berustte bij een 'directeur beheer gerechten', die ondergeschikt was aan de minister van Justitie.[29] Het *bestuur* van een gerecht betrof de organisa-

21 Rapport 'Beheersstructuur van de rechterlijke organisatie', interdepartementaal beleidsonderzoek financieringssysteem en beheersstructuur van de rechterlijke organisatie, 1996.
22 Rapport 'Rechtspraak bij de tijd' van de Adviescommissie toerusting en organisatie zittende magistratuur, Den Haag 1998.
23 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 181, nrs. 1-3.
24 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 182, nrs. 1-3.
25 Zie *Stb.* 2001, 582 en 583.
26 Zie voor uitvoeriger besprekingen van en commentaar op de beide wetsvoorstellen Haak & Ten Kate 2000; Martens & Ten Kate 2000, Bovend'Eert & Kortmann 2000; Bovend'Eert 2001; Van den Haak 2001; zie voorts Bovend'Eert 2003.
27 Zie over de oude organisatiestructuur uitgebreid Van de Klift 2003, p. 90-95.
28 Zie hierover Simons 1996, p. 170-178; Bovend'Eert 1997, p. 229-230.
29 Zie hierover *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 1.

tie van de rechtspraak. Hieronder werden onder meer verstaan de vorming en bezetting van kamers, de verdeling van zaken over deze kamers, opleiding, benoeming en ontslag van rechters en daarnaast meer inhoudelijke zaken als de behandeling van verstekzaken, het beleid inzake comparities en schikkingen of de keuze voor meer of minder motivering van uitspraken.[30] Uitgangspunt van de Wet RO (en het op art. 19 daarvan gebaseerde Reglement I) was een collegiale bestuursstructuur, waarbij een gerecht bestuurd werd door de vergadering van alle rechters (de collegevergadering). In de praktijk werden de taken van deze vergadering overigens meestal uitgeoefend door een dagelijks bestuur of presidium, dat onder leiding van de president stond.[31]

Een van de doelstellingen van de herzieningsoperatie was de invoering van 'integraal management' binnen de gerechten.[32] Dit houdt in dat de gerechten zelf verantwoordelijk zijn geworden voor zowel het beheer als het bestuur van het gerecht. In samenhang hiermee is op landelijk niveau een Raad voor de rechtspraak ingesteld, die voor afstemming en coördinatie tussen de afzonderlijke gerechten zorg dient te dragen en die onder meer taken op het gebied van de begroting en de bedrijfsvoering heeft.[33] Een derde belangrijke wijziging wordt ten slotte gevormd door de 'bestuurlijke onderbrenging' van de kantongerechten bij de rechtbanken in 'sectoren kanton'. De kantongerechten bestaan daarmee niet meer als zelfstandige gerechten.

Binnen de gerechten functioneren thans de volgende organen. Ieder gerecht heeft een *bestuur*, dat ingevolge art. 15 RO bestaat uit de president, de sectorvoorzitters en een 'directeur bedrijfsvoering' (een niet-rechter). Het bestuur is belast met de algemene leiding, de organisatie en de bedrijfsvoering van het gerecht (art. 23 RO). Hieronder vallen onder meer zaken als automatisering, de voorbereiding, vaststelling en uitvoering van de begroting, huisvesting, personeelsaangelegenheden en overige materiële voorzieningen. Voorts is het bestuur verantwoordelijk voor de vorming van enkelvoudige en meervoudige kamers en de bezetting daarvan (art. 6 RO), alsmede voor de verdeling van zaken over de verschillende sectoren (art. 20 lid 2 RO). Het bestuur stelt hieromtrent bij reglement nadere regels vast (art. 19 lid 1 RO). Naast dit alles heeft het bestuur tot taak binnen het gerecht 'de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing' te bevorderen (art. 23 lid 3 RO).

Door het bestuur worden binnen het gerecht ten hoogste vier organisatorische eenheden (sectoren) ingesteld (art. 20 lid 1 RO), waarbinnen de soorten zaken worden behandeld die door het bestuur aan die sector zijn opgedragen. Daarnaast heeft elke rechtbank van rechtswege een sector kanton (art. 47 lid 1

30 Zie Ingelse 1996, p. 1664; Bovend'Eert 1999, p. 229.

31 Dit bestuur of presidium bestond doorgaans uit de president en de sectorvoorzitters, soms aangevuld met coördinerend vice-presidenten. Zie hierover Bovend'Eert 1997, p. 229; Simons 1996, p. 171-172; Ingelse 1996, p. 1667.

32 Zie *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 2.

33 Zie o.a. *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 146 en p. 189-190.

RO). In deze sector worden 'kantonzaken'[34] behandeld en beslist. De dagelijkse leiding van een sector berust bij de sectorvoorzitter (art. 21 lid 1 RO). De binnen een sector werkzame rechterlijke ambtenaren (met uitzondering van de rechters- c.q. raadsheren-plaatsvervangers), rechterlijke ambtenaren in opleiding en gerechtsambtenaren[35] vormen tezamen de *sectorvergadering* (art. 20 lid 3 RO).

Naast de sectorvergaderingen functioneert binnen ieder gerecht een *gerechtsvergadering*. Van deze vergadering – de opvolger van de voormalige collegevergadering – maken ingevolge art. 22 lid 1 RO de 'rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast' (wederom met uitzondering van de rechters- c.q. raadsheren-plaatsvervangers), de gerechtsauditeurs die tevens plaatsvervanger zijn, en de rechterlijke ambtenaren in opleiding deel uit. Voor de volledigheid vermeld ik nog dat de gerechten sinds 1 januari 2002 tevens zijn uitgerust met een ondernemingsraad volgens het regime van de Wet op de ondernemingsraden. Deze zal echter in het navolgende buiten beschouwing blijven.

Op het niveau van de rechterlijke organisatie als geheel voorziet de herziene Wet RO in de instelling van een *Raad voor de rechtspraak* (art. 84 RO). Deze Raad bestaat uit vijf leden, waarvan de meerderheid (drie leden) 'met rechtspraak belaste rechterlijke ambtenaren' zijn. De overige twee leden zijn niet-rechters. De leden van de Raad worden benoemd door de minister van Justitie voor een periode van zes jaar. Met de instelling van een Raad voor de rechtspraak is door de wetgever beoogd een centraal orgaan van de rechterlijke organisatie te creëren,[36] dat zowel voor versterking van de organisatie van de gerechten, als voor afstemming en coördinatie op allerlei gebieden zorg kan dragen.[37] In de eerste plaats is de Raad hiertoe belast met beheerstaken, zoals de voorbereiding en uitvoering van de begroting van de rechterlijke macht, alsmede de ontwikkeling van en het toezicht op de bedrijfsvoering bij de gerechten (vgl. art. 91 RO). Op dit vlak beschikt de Raad over de bevoegdheid om inlichtingen te vragen aan de gerechtsbesturen (art. 36 RO); ook kan de Raad aan de gerechtsbesturen algemene aanwijzingen geven ten aanzien van de bedrijfsvoering (art. 92 RO). In de tweede plaats heeft de Raad tot taak ondersteuning te bieden aan activiteiten van de gerechten die gericht zijn op 'uniforme rechtstoepassing en bevordering van de juridische kwaliteit' (art. 94 RO). Zoals in het navolgende nog uitgebreider aan de orde zal komen, beschikt de Raad voor de rechtspraak op laatstgenoemd gebied echter niet over 'beslissende

34 Welke zaken tot de (absolute) competentie van de sector kanton behoren is te vinden in art. 93 e.v. Rv.

35 Zie voor de definitie van deze begrippen art. 1 RO.

36 Aldus bijv. *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 198-199. Door sommigen wordt overigens betoogd dat de Raad in feite beschouwd moet worden als een orgaan van de *uitvoerende* macht (zie in deze zin Bovend'Eert & Kortmann 2000, p. 1772).

37 Vgl. *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 146 en p. 189-190.

bevoegdheden',[38] en dient hij slechts een ondersteunende en faciliterende rol te spelen.

Tot slot dient hier nog het *College van afgevaardigden* te worden vermeld (art. 90 RO). Dit college bestaat uit achtentwintig leden (deels rechterlijke ambtenaren, deels gerechtsambtenaren), die per ressort worden afgevaardigd.[39] Het College van afgevaardigden heeft tot taak de Raad voor de rechtspraak gevraagd of ongevraagd te adviseren omtrent de uitoefening van diens taken (art. 90 lid 3 RO).

#### 5.2.3.3 *Biedt de herziene Wet RO de mogelijkheid tot zelfbinding via rechtersregelingen?*

Bij de totstandkoming van de herziene Wet RO is de vaststelling van rechtersregelingen niet expliciet aan de orde geweest. Wel is in de loop van de parlementaire behandeling uitgebreid, zij het niet altijd op even heldere wijze, aandacht besteed aan de problematiek van het zogeheten 'rechterlijk beleid'. Onder deze door de wetgever gehanteerde term moet worden verstaan 'het beleid dat rechters kunnen vormen inzake de uitoefening van de bij wet aan hen opgedragen taken'.[40] Hoewel de termen 'rechterlijk beleid' en 'rechtersregeling' niet per se dezelfde inhoud behoeven te hebben,[41] kan in elk geval voorshands worden uitgegaan van een bepaalde overlap tussen deze begrippen. Ook rechtersregelingen hebben immers steeds betrekking op de invulling van een bepaalde, aan de rechter toekomende beslissingsruimte.[42] Hetgeen gedurende de parlementaire behandeling over 'rechterlijk beleid' is opgemerkt, zal derhalve (mede) relevant zijn voor de in deze paragraaf te behandelen vragen.

Die vragen vloeien voort uit het feit dat de rolrichtlijnen-jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin de mogelijkheid van (juridische) zelfbinding via een rechtersregeling voor het eerst is erkend,[43] gevormd is onder de 'oude' Wet RO. Bezien moet daarom worden in hoeverre de herzieningsoperatie voor die mogelijkheid consequenties heeft gehad. Een drietal deelvragen kan in dit verband worden gesteld: (a) biedt de herziene Wet RO überhaupt de mogelijkheid tot vaststelling van rechtersregelingen?; (b) zo ja, is het ook onder de nieuwe wet mogelijk dat (bepaalde) rechtersregelingen de rechter aanstonds binden en recht in de zin van art. 79 RO vormen?; en (c) zo ja, is een zodanige

38 Aldus o.a. *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 190.
39 Zie voor de exacte samenstelling het Besluit College van afgevaardigden (*Stb.* 2001, 615), art. 2-4.
40 Aldus *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 95.
41 De term 'rechterlijk beleid' kan een ruimere betekenis hebben, aangezien hieronder veelal ook het door de rechter in zijn jurisprudentie gevormde 'beleid' wordt begrepen (zie hierover ook § 1.3).
42 Zie § 1.3.
43 Zie hierover hoofdstuk 4, in het bijzonder § 4.2.4.

juridische binding ten aanzien van alle onderwerpen mogelijk, of zijn hieraan beperkingen gesteld?

*a) Mogelijkheid tot vaststelling van rechtersregelingen*

Ingevolge art. 23 lid 3 en art. 94 RO hebben de gerechtsbesturen, respectievelijk de Raad voor de rechtspraak, tot taak de 'juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing' te bevorderen. Alhoewel natuurlijk zeker gezegd kan worden dat rechtersregelingen de uniforme rechtstoepassing – en daarmee tevens de juridische kwaliteit – kunnen bevorderen, blijft in de toelichtende stukken enigszins in het ongewisse of het hierbij ook de bedoeling is dat (binnen dan wel buiten de gerechten) door bepaalde organen rechtersregelingen *vastgesteld* worden. De gerechtsbesturen noch de Raad voor de rechtspraak beschikken immers op het gebied van de uniforme rechtstoepassing over beslissende bevoegdheden, terwijl aan de sector- en de gerechtsvergaderingen op het eerste gezicht in het geheel geen beslissingsbevoegdheid toegekend lijkt te zijn.[44]

Niettemin lijkt uit de terminologie die de wet op enkele plaatsen hanteert, wel te volgen dat over onderwerpen die de uniforme rechtstoepassing betreffen, besluiten kunnen worden genomen. Zo bepaalt art. 20 lid 5 RO, dat gerechtsambtenaren 'niet deelnemen aan een stemming over de juridische kwaliteit en uniforme rechtstoepassing'. Kennelijk is het dus mogelijk dat hierover (althans binnen de sectorvergadering) stemmingen plaatsvinden. Diverse passages uit de parlementaire stukken wijzen er eveneens op dat het mogelijk is 'rechterlijk beleid' door middel van een daartoe strekkend besluit vast te stellen. Zo zijn volgens de Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel 27 181 "de gerechtsvergadering en de sectorvergadering de overlegorganen binnen het gerecht waar het rechterlijk beleid kan worden *gevormd*".[45] Meer in het algemeen zijn met betrekking tot de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing herhaaldelijk termen als 'beleids*vorming*' dan wel 'beleids*vaststelling*' gebezigd.[46] Uit een en ander valt af te leiden dat de wetgever ervan uit is gegaan dat rechterlijk beleid (inderdaad) niet slechts in jurisprudentie, maar ook los daarvan kan worden vastgesteld. Ook onder de herziene Wet RO behoort de vaststelling van rechtersregelingen derhalve tot de mogelijkheden.

*b) Juridische status van rechtersregelingen onder de herziene Wet RO*

Vast staat dus dat ook onder de herziene Wet RO binnen de gerechten in de daartoe geëigende gremia (welke dit zijn komt in § 5.2.3.4 en § 5.2.3.5 aan de orde) 'beleid' kan worden gevormd, anders gezegd: rechtersregelingen kunnen worden vastgesteld. De wetsgeschiedenis verschaft echter weinig helderheid over de beoogde *juridische* status van deze regels. Nergens wordt expliciet

44 Zie over dit alles uitgebreider § 5.2.3.4 en § 5.2.3.5.
45 *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 95-96.
46 Zie bijv. *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 85 en p. 339.

verwezen naar de door de Hoge Raad in het rolrichtlijnen-arrest aanvaarde mogelijkheid dat een rechtersregeling die aan bepaalde voorwaarden voldoet, recht in de zin van art. 79 RO kan vormen. Anderzijds is een en ander ook nergens uitdrukkelijk verworpen, hetgeen toch voor de hand gelegen zou hebben indien de wetgever inderdaad voornemens was geweest af te wijken van de bestaande jurisprudentie. Het stilzwijgen van de wetgever op dit punt zou daarom kunnen worden opgevat als een aanwijzing dat de rolrichtlijnen-jurisprudentie van de Hoge Raad ook ná de herziening van de rechterlijke organisatie in stand blijft.

Daartegenover staat dat op sommige plaatsen de parlementaire stukken de mogelijkheid van 'bindende' rechtersregelingen juist lijken uit te sluiten. In dit verband vraagt vooral de volgende passage uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel 27 182 de aandacht:

> "Naar het oordeel van de Raad [i.e. de Raad van State – KT] mag de instelling van een Raad voor de rechtspraak niet leiden tot vermenging van wetgeving en rechtspraak. Uitgangspunt van de Grondwet is – aldus de Raad van State – dat de rechter regels die door andere, grondwettelijk daartoe bevoegde, autoriteiten zijn gesteld, toepast, uitlegt dan wel de toepassing van die regels door het bestuur controleert. Toekenning van een regelgevende bevoegdheid aan de Raad voor de rechtspraak achtte de Raad van State niet met dit uitgangspunt verenigbaar. In artikel 2.6.2.4 is in overeenstemming hiermee (-) geen regelgevende bevoegdheid op dit terrein aan de Raad voor de rechtspraak toegekend. (-)
> Juist vanuit het oogpunt van de verhouding tussen de staatsmachten (-) achten wij het ongewenst indien op grond van een daartoe in de wet gecreëerde bevoegdheid rechterlijke organen zelf bindende regels gaan vaststellen die zij krachtens hun rechtsprekende taak moeten uitleggen en toepassen."[47]

Zoals in § 5.2.3.5 nog aan de orde zal komen, is het in elk geval niet de bedoeling van de wetgever geweest dat de Raad voor de rechtspraak landelijke (bindende) rechtersregelingen zou kunnen vaststellen. De hier geciteerde passage lijkt echter een stap verder te gaan en in algemene zin de mogelijkheid uit te sluiten dat rechterlijke organen zelf bindende regels vaststellen, die zij vervolgens krachtens hun rechtsprekende taak moeten uitleggen en toepassen. Dit zou immers – aldus de Memorie van Toelichting – een ongewenste vermenging van wetgeving en rechtspraak inhouden. Moet hieruit nu worden afgeleid dat ook rechtersregelingen die door de gerechten zélf worden vastgesteld (zoals bijvoorbeeld rolreglementen), onder de herziene Wet RO niet meer als bindend voor de rechter, alsmede als recht in de zin van art. 79 RO, te beschouwen zijn?

Bij de beantwoording van deze vraag moet vooropgesteld worden dat toekenning van een regelgevende bevoegdheid (d.w.z. de bevoegdheid tot het uitvaardigen van 'algemeen verbindende voorschriften') – in elk geval theoretisch – onderscheiden dient te worden van de mogelijkheid tot *zelf*bin-

47 *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 203.

ding. Een regelgevende bevoegdheid bestaat slechts voorzover deze tot de Grondwet of de (formele) wetgever is te herleiden;[48] de bevoegdheid tot zelfbinding kan daarentegen reeds worden afgeleid uit het feit dat door de wetgever beslissingsruimte is toegekend. Voor beleidsregels is deze gedachte reeds lang aanvaard;[49] voor de vaststelling van rechtersregelingen kan, zoals in hoofdstuk 4 is betoogd, in beginsel een soortgelijke redenering gevolgd worden.[50] Tussen deze verschillende soorten regels bestaat verschil in de mate van binding: beleidsregels en rechtersregelingen leiden tot een zwakkere binding dan regels die op grond van een wetgevende bevoegdheid tot stand zijn gebracht. Een rechtersregeling bindt immers in beginsel slechts de rechters die deze hebben vastgesteld jegens partijen;[51] bovendien bestaat steeds de ('inherente') mogelijkheid tot afwijking van de regeling wanneer zich bijzondere omstandigheden voordoen.[52] De opmerking dat de Raad voor de rechtspraak en, meer in het algemeen, rechterlijke organen geen 'regelgevende' bevoegdheid krijgen, staat er daarom mijns inziens niet aan in de weg dat de mogelijkheid van rechterlijke zelfbinding, zoals aanvaard in het rolrichtlijnen-arrest, gehandhaafd blijft. Het argument dat geen vermenging van wetgeving en rechtspraak mag plaatsvinden is in dezen niet beslissend: een dergelijke redenering miskent immers juist de essentie van de binding aan rechtersregelingen.

De opvatting dat de mogelijkheid tot zelfbinding door de herziene Wet RO niet wordt aangetast, vindt steun in een passage uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij wetsvoorstel 27 182. Op vragen omtrent het risico van 'pseudo-regelgeving' antwoordt de minister daar als volgt:

> "In de tweede plaats merken wij op dat *op het niveau van de gerechten* wel van 'rechterlijke beleidsregels' gesproken kan worden; de door de gerechten (c.q. gerechtsvergaderingen) vastgestelde uniforme procesregelingen kunnen als zodanig worden aangemerkt. (-) In dat verband is van belang dat de rechtspraak heeft aanvaard dat degene die over een *discretionaire bevoegdheid* beschikt, *via het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel zichzelf kan binden* door aan te geven op welke wijze hij voornemens is deze bevoegdheid te hanteren. Voor bestuursorganen is dit gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht, *maar voor rechters geldt mutatis mutandis hetzelfde*. De houding van de regering tegenover deze procedureregelingen is zonder meer positief; zij juicht de totstandkoming daarvan toe."[53] [cursiveringen van mij, KT]

48 Zie hierover De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 330-331; Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 210; zie ook Voermans 2004, p. 20-22.
49 Zie § 4.3.4.
50 Zie § 4.4.4.2.
51 Zie hierover echter ook § 6.2.3.4.
52 Zie hierover § 4.4.5.3 en § 6.2.2.
53 *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 211.

De mogelijkheid dat rechters of gerechten zichzelf binden door middel van regelingen waarin zij aangeven op welke wijze in de toekomst van bepaalde (discretionaire) bevoegdheden gebruik zal worden gemaakt, wordt hier expliciet aanvaard, ja zelfs 'toegejuicht'. Geconcludeerd kan dan ook worden dat de mogelijkheid van rechterlijke zelfbinding inderdaad blijft bestaan. Hieruit volgt voorts dat *ook* de mogelijkheid dat een aldus totstandgekomen rechtersregeling recht in de zin van art. 79 RO oplevert, gehandhaafd blijft. De bindende werking van een rechtersregeling, voortvloeiend uit met name het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel, en de kwalificatie van die regeling als recht in de zin van art. 79 RO zijn immers ten nauwste met elkaar verbonden.[54]

*c) Onderwerpen ten aanzien waarvan zelfbinding mogelijk is*

De laatste vraag die zich aandient, is ten aanzien van welke onderwerpen de herziene Wet RO de mogelijkheid tot zelfbinding via een rechtersregeling biedt. Ook deze vraag is door de wetgever niet expliciet beantwoord. Wij moeten het daarom doen met hetgeen tijdens de totstandkoming van de wet over het 'rechterlijk beleid' is opgemerkt. Met deze term is door de wetgever, zo bleek eerder, immers (mede) gedoeld op de vaststelling van rechtersregelingen.

Naar aanleiding van art. 109 RO, dat een onthoudingsplicht voor de minister van Justitie inhoudt ten aanzien van zowel (kort gezegd) concrete beslissingen als het rechterlijk beleid, is uiteengezet wat onder dit laatste zoal is te verstaan. De Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel 27 182 geeft in dit verband een aantal voorbeelden van zaken die niet alleen tot het exclusieve domein van de rechter behoren (zodat inmenging door de minister daarin niet is toegestaan), maar die bovendien voor rechterlijke *beleidsvorming* in aanmerking komen. Het gaat daarbij in de eerste plaats om typisch procesrechtelijke onderwerpen als de bevoegdheid van de rechter tot het verlenen van uitstellen, het al dan niet gelasten van een comparitie, het aanhouden van pleidooien en het gelasten van een deskundigenbericht of descente. Ook onderwerpen die in feite organisatorisch van aard zijn, maar die (indirect) van invloed kunnen zijn op de rechtsprekende taak van de rechter, zoals de vraag of zaken door een enkelvoudige of een meervoudige kamer moeten worden afgedaan, behoren overigens tot het rechterlijk beleid.[55]

Hoewel de meeste hiervóór genoemde voorbeelden hetzij op zuiver organisatorisch, hetzij op procesrechtelijk gebied liggen, lijkt het niet uitgesloten dat daarnaast materieelrechtelijke onderwerpen tot rechterlijke beleidsvorming aanleiding kunnen geven. Zo is ter toelichting op de taken van de Raad voor de rechtspraak behalve op mogelijkheden tot uniformering van procesrechtelijke voorschriften, herhaaldelijk gewezen op reeds bestaande samenwerkingsvor-

54 Zie eerder § 4.4.5.2.

55 Zie over dit alles *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 463.

men op materieelrechtelijk gebied, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van kostenveroordelingen, alimentaties en schadevergoedingen bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst.[56] Zoals in § 5.2.3.5 nog nader aan de orde zal komen, krijgt overigens de Raad voor de rechtspraak zélf uitdrukkelijk niet de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen (op welk gebied dan ook). De Raad kan ten aanzien van al deze onderwerpen slechts de samenwerking en afstemming tussen de gerechten bevorderen. Niettemin lijkt een en ander erop te wijzen dat 'rechterlijk beleid' in de vorm van een rechtersregeling *ook* op materieelrechtelijk gebied tot de mogelijkheden behoort, al zal zulk beleid niet door de Raad voor de rechtspraak kunnen worden gevormd.

Bij dit alles moet in aanmerking genomen worden dat de primaire voorzieningen die binnen de rechterlijke organisatie bestaan om de rechtseenheid te waarborgen (hoger beroep en cassatie), blijkens de wetsgeschiedenis voorop blijven staan.[57] De activiteiten die de Raad voor de rechtspraak en de gerechten kunnen ondernemen om de uniforme rechtstoepassing te bevorderen zijn slechts bedoeld als aanvulling hierop voor die gevallen waarin de bestaande rechtseenheidsvoorziening niet afdoende is. Met name moet bij dit laatste volgens de wetgever worden gedacht aan de diverse 'discretionaire bevoegdheden' die de rechter op procesrechtelijk én materieelrechtelijk gebied heeft.[58]

Het voorgaande stemt in essentie overeen met de begrenzing die in § 4.5.5 is aangenomen ten aanzien van de mogelijkheid tot rechterlijke zelfbinding. Aldaar is immers betoogd dat de zelfbinding waar het bij rechtersregelingen die recht in de zin van art. 79 RO vormen om gaat, het best past bij gevallen, hetzij op procesrechtelijk, hetzij op materieelrechtelijk gebied, waarin de rechter beschikt over *beleidsruimte*. Wanneer het daarentegen gaat om een vraag van *interpretatie* is deze vorm van gebondenheid minder op haar plaats, onder meer omdat hogere rechters, in het bijzonder de Hoge Raad, steeds de vrijheid hebben een rechtsvraag in bepaalde zin te beantwoorden en zij daarbij op geen enkele wijze gebonden zijn aan een rechtersregeling van de lagere rechter.

### *5.2.3.4 Vaststelling van 'interne' rechtersregelingen*

Nu aangenomen moet worden dat, ter bevordering van de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing, door de gerechten rechtersregelingen (en wel regelingen met de in het rolrichtlijnen-arrest aanvaarde rechtsgevolgen[59]) vastgesteld kunnen worden, kan de vraag aan de orde komen, welke organen hiertoe bevoegd zijn.

In de vorige paragraaf is al gesignaleerd dat de wetsgeschiedenis het nodige aan duidelijkheid te wensen overlaat omtrent de mogelijkheden tot vaststelling

56 Zie bijv. *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 202 en p. 209.
57 Zie *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 201 en p. 143.
58 Zie *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 143.
59 Zie daarover § 4.4.5.

van rechtersregelingen. Dit probleem werkt door ten aanzien van de hier besproken vraag. Nergens in de parlementaire stukken wordt immers zelfs met zoveel woorden gezegd dát bepaalde organen besluiten kunnen nemen met betrekking tot de uniforme rechtstoepassing of het te voeren 'rechterlijk beleid', laat staan dat de vraag beantwoord is, welke organen hiertoe bevoegd zijn. Binnen het gerecht zijn er drie organen die hiervoor in aanmerking komen: het bestuur, de sectorvergaderingen en de gerechtsvergadering.

Volgens art. 23 lid 3 RO heeft het bestuur van het gerecht tot taak de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing te bevorderen. Het bestuur kan ten aanzien van dit onderwerp echter slechts *overleg* voeren met de sectorvergaderingen of de gerechtsvergadering, en beschikt ter zake niet over 'beslissende bevoegdheden'.[60] Het bestuur kan derhalve zeker niet worden beschouwd als bevoegd orgaan voor de vaststelling van rechtersregelingen.

De taken en bevoegdheden van de sectorvergaderingen en de gerechtsvergadering worden in de Wet RO zelf niet nader gespecificeerd. Een uitzondering hierop vormt art. 28 RO. Volgens dit artikel kan een sectorvergadering of de gerechtsvergadering het bestuur – gevraagd of ongevraagd – adviseren over de uitvoering van de in art. 23 lid 3 RO genoemde taak (te weten de bevordering van de uniforme rechtstoepassing). Dit helpt ons echter niet veel verder. Letterlijk gelezen zegt deze bepaling immers slechts, dat een sector- of gerechtsvergadering het bestuur zal kunnen adviseren de uniforme rechtstoepassing te bevorderen; ingevolge art. 23 lid 3 RO bevordert het bestuur op zijn beurt de uniforme rechtstoepassing via overleg met de sectorvergadering(en) of de gerechtsvergadering. Ofwel: de sector- of gerechtsvergadering kan het bestuur adviseren in overleg te treden met de sector- of gerechtsvergadering inzake de uniforme rechtstoepassing. De vraag wie uiteindelijk beslist, is daarmee echter nog niet beantwoord.

Enige opmerkingen die tijdens de parlementaire behandeling zijn gemaakt met betrekking tot de sectorvergaderingen en de gerechtsvergadering, werpen meer licht op de rol van deze organen bij de vaststelling van rechtersregelingen. Ik citeer hier enige relevante passages:

> "De sectoren zijn (-) de eerst aangewezenen om het beleid vorm te geven ten aanzien van de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing van de aan hen toebedeelde bevoegdheden. Het overleg daarover vindt plaats in de sectorvergadering. (-)
> Indien evenwel over een bepaald onderwerp moet worden gestemd, nemen de gerechtsambtenaren niet deel aan die stemming."[61]

> "Het bestuur kan in dat verband wel de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing bevorderen (-), maar heeft op dat gebied geen beslissende bevoegdheden.

60 Zie *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 74, p. 80 en p. 341-342.
61 *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 80.

> In het derde lid [van art. 23 RO – KT] is voorts bepaald dat over de uitvoering van deze bestuurstaak overleg plaatsvindt met de gerechtsvergadering en de sectorvergadering, *de overlegorganen binnen het gerecht waar het rechterlijk beleid kan worden gevormd*."[62] [cursivering van mij, KT]

> "De Raad [voor de rechtspraak – KT] heeft tot taak de gerechten te ondersteunen bij het verrichten van een aantal specifieke activiteiten om de uniforme rechtstoepassing en de juridische kwaliteit te bevorderen; zijn rol is in dit verband faciliterend. Daarbij kan worden gedacht aan de wijze waarop in PVRO-verband door middel van totstandbrenging van uniforme rol- of procesreglementen wordt gestreefd naar uniformering (-). Vaststelling van deze procedureregelingen geschiedt vervolgens door de gerechten zelf. *Gedacht moet daarbij worden aan de betreffende sectorvergadering of de gerechtsvergadering en niet aan het bestuur*."[63] [cursivering van mij, KT]

Uit dit alles kan, naar ik meen, worden afgeleid dat primair de sectorvergadering te beschouwen is als bevoegd orgaan voor de vaststelling van rechtersregelingen. De sectoren zijn immers de eerst aangewezenen om beleid te vormen met betrekking tot de uniforme rechtstoepassing. Wanneer het echter gaat om een onderwerp dat voor het gehele gerecht van belang is, zoals bijvoorbeeld een regeling voor wraking van rechters,[64] zal ook de gerechtsvergadering als zodanig kunnen gelden.[65] Aangezien alle bij een rechtersregeling betrokken rechters deel uitmaken van deze gremia, wordt aldus tevens recht gedaan aan het uitgangspunt dat de vaststelling van een rechtersregeling zoveel mogelijk dient te berusten op zelfbinding door de individuele rechters.[66]

Ter afsluiting van deze paragraaf maak ik nog enige opmerkingen over de procedure voor vaststelling van een rechtersregeling. Het gaat hierbij zowel om de besluitvormingsprocedure binnen het bevoegde orgaan als de totstandkomingsprocedure in algemene zin. Omtrent de procedure binnen de sectorvergadering zijn aan de wet en de wetsgeschiedenis in elk geval enige (bescheiden) aanknopingspunten te ontlenen. Deze kunnen waar nodig naar analogie worden toegepast op de besluitvormingsprocedure binnen de gerechtsvergadering, aangezien aan dit laatste onderwerp door de wetgever in het geheel geen aandacht is besteed.

Blijkens de parlementaire stukken wordt binnen de sectorvergadering gestreefd naar besluitvorming op basis van consensus; indien consensus echter

---

62 *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 95-96.

63 *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 73.

64 Dit voorbeeld van 'sectoroverstijgend beleid' wordt genoemd in *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 90 (aldaar overigens in het kader van de adviestaak van de gerechtsvergadering).

65 De taken en bevoegdheden van de sector- en gerechtsvergaderingen (alsmede hun onderlinge verhouding) kunnen overigens door het bestuur van het gerecht nader worden geregeld in het bestuursreglement als bedoeld in art. 19 lid 1 RO (vgl. *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 67).

66 Zie hierover § 4.4.4.4 en § 5.2.2; in dezelfde zin Martens & Ten Kate 2000, p. 1623.

onverhoopt niet kan worden bereikt dient er gestemd te worden.[67] Gerechtsambtenaren nemen in de sectorvergadering niet deel aan een stemming over de vaststelling van een rechtersregeling, aangezien dit onderwerp betrekking heeft op de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing (vgl. art. 20 lid 5 RO).[68] Voor het overige geldt dat de besluitvormingsprocedures binnen het gerecht, waaronder begrepen de stemverhoudingen in de sector- en gerechtsvergadering, nader dienen te worden geregeld in het reglement dat het bestuur ingevolge art. 19 lid 1 RO dient vast te stellen.[69] Zoals in § 5.2.2 al is uiteengezet staan de rechterlijke onafhankelijkheid, en de (mede) daarmee verband houdende eis dat rechtersregelingen dienen te berusten op zelfbinding, er hierbij niet aan in de weg dat *binnen* de tot zelfbinding bevoegde organen de besluitvorming ook bij meerderheid zal kunnen plaatsvinden.[70]

De overige aspecten van de totstandkomingsprocedure zijn door de wetgever helaas geheel in het midden gelaten, terwijl ook de jurisprudentie van de Hoge Raad daaromtrent vooralsnog geen of weinig duidelijkheid biedt. Zo kan bijvoorbeeld de vraag gesteld worden of voorstellen voor rechtersregelingen openbaar dienen te worden gemaakt, althans of daarover overleg met bepaalde belanghebbenden of hun vertegenwoordigers dient plaats te vinden.[71] Verder kan men zich afvragen op welke wijze rechtersregelingen gepubliceerd moeten worden.[72] Hoewel op dit soort vragen wel antwoorden zijn te formuleren – bijvoorbeeld door analoge toepassing van regels die voor bestuurlijke beleidsregels zijn ontwikkeld[73] –, zijn dit uiteindelijk zaken waarin de wetgever zou dienen te voorzien.[74]

---

67 *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 339.

68 Nu gerechtsambtenaren (tenzij op uitnodiging) geen deel uitmaken van de gerechtsvergadering (vgl. art. 22 lid 1 RO) bestaat geen behoefte aan analoge toepassing van art. 20 lid 5 RO op de besluitvorming aldaar.

69 Zie *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 339. In de inmiddels tot stand gekomen bestuursreglementen is in de meeste gevallen de regeling van de besluitvormingsprocedure binnen de sectorvergadering overgelaten aan de sectoren; slechts de bestuursreglementen van de rechtbanken te Den Haag, Haarlem en Utrecht, alsmede van het Hof Arnhem bevatten hieromtrent regels. De besluitvormingsprocedure binnen de gerechtsvergadering is wel in alle bestuursreglementen (met uitzondering van het reglement van de Rechtbank Arnhem) geregeld.

70 Ten aanzien van de besluitvorming binnen de gerechtsvergadering is door alle gerechten in hun bestuursreglement bepaald dat deze bij meerderheid plaatsvindt (waarbij in de meeste gevallen een quorum van de helft van het aantal leden vereist is; bij de Rotterdamse rechtbank geldt een quorum van één derde, terwijl bij de rechtbanken te Assen, Den Haag, Haarlem, Den Bosch, Utrecht en Zwolle in het geheel geen quorum is vereist). Voorzover de besluitvorming binnen de sectorvergaderingen in bestuursreglementen is geregeld (zie daarover ook de vorige noot) geldt ook daarbij dat besluitvorming bij meerderheid plaatsvindt.

71 Zie hierover Martens & Ten Kate 2000, p. 1623; Widdershoven 1999, p. 362; Köhne 1997, p. 189-190.

72 Zie hierover ook § 5.3.

73 Zie hierover § 4.4.6.3.

74 Vgl. § 5.5 en § 9.4.

### *5.2.3.5 Vaststelling van 'externe' rechtersregelingen*

In de vorige paragraaf is besproken welk orgaan binnen een gerecht bevoegd is tot de vaststelling van rechtersregelingen. Geconcludeerd is dat dit – in beginsel – de sectorvergadering is. Rechtersregelingen worden in de praktijk echter steeds vaker na overleg tussen meerdere gerechten vastgesteld, hetzij op regionaal, hetzij op landelijk niveau. Bekende voorbeelden hiervan zijn onder meer de verschillende landelijke rolreglementen, de alimentatienormen van de NVvR en de 'Aanbevelingen' van de Kring van Kantonrechters.[75] Deze ontwikkeling roept de vraag op, welk orgaan bij dergelijke 'externe' rechtersregelingen bevoegd is tot vaststelling.

Vooropgesteld kan worden dat privaatrechtelijke instellingen als de NVvR of de Kring van Kantonrechters niet als zodanig kunnen gelden.[76] Deze kunnen hier dus verder buiten beschouwing blijven.[77] Ook binnen de rechterlijke organisatie zijn echter diverse gremia aan te wijzen die wellicht als bevoegd orgaan voor de vaststelling van externe rechtersregelingen in aanmerking zouden komen. In dit verband kan in de eerste plaats gedacht worden aan de Raad voor de rechtspraak, die met de inwerkingtreding van de herziene Wet RO is ingesteld. De Raad voor de rechtspraak is een landelijk orgaan van de rechterlijke organisatie en heeft – naast zijn primaire taken op het beheersmatige en budgettaire vlak, die hier verder buiten beschouwing kunnen blijven – een taak met betrekking tot de uniforme rechtstoepassing en bevordering van de juridische kwaliteit (art. 94 RO). Gedacht kan voorts worden aan het College van afgevaardigden (art. 90 RO), dat dient op te treden als 'intermediair' tussen de Raad voor de rechtspraak en de gerechten.[78] Naast deze twee nieuwe organen zullen uiteraard reeds bestaande (overleg)organen als de landelijke vergaderingen van presidenten of sectorvoorzitters[79] blijven functioneren. Ook ten aanzien van deze gremia dient dus de vraag te worden beantwoord of zij beschouwd kunnen worden als 'bevoegd orgaan' voor de vaststelling van externe rechtersregelingen.

---

75 Zie hierover § 2.6 en § 2.7.

76 Aldus (m.b.t. de NVvR-alimentatienormen) expliciet HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 30; zie hierover uitgebreider § 4.4.4.4.

77 Wel is uiteraard denkbaar dat dergelijke rechtersregelingen door één of meer gerechten als *eigen* rechtersregeling worden overgenomen. Zo vermeldt bijv. de Rechtbank Amsterdam in haar 'Parnaskompas', houdende informatie voor de advocatuur (zie over deze rechtersregeling ook § 2.9, sub b): 'De rechtbank hanteert vanaf 1 april 2001 de richtlijnen voor het berekenen van buitengerechtelijke kosten zoals opgenomen in het rapport "Voorwerk II" van de NVvR'. In een dergelijk geval zullen de in § 5.2.3.4 aangeduide organen bevoegd zijn tot deze vaststelling.

78 Zie de Nota van toelichting bij het Besluit College van afgevaardigden, *Stb.* 2000, 615 (p. 5).

79 Zie hierover ook § 1.2.

*a) De Raad voor de rechtspraak*

Ingevolge art. 94 RO heeft de Raad voor de rechtspraak tot taak ondersteuning te bieden aan activiteiten van de gerechten die gericht zijn op uniforme rechtstoepassing en bevordering van de juridische kwaliteit. Blijkens de Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel 27 182 is het hierbij de bedoeling dat de Raad enerzijds als landelijk orgaan 'de gerechten behulpzaam zal zijn bij de voorbereiding en totstandkoming van gedachtevorming omtrent de toepassing van rechterlijke bevoegdheden', en anderzijds 'ook zelf initiatieven kan nemen om de uniforme rechtstoepassing en de juridische kwaliteit te stimuleren'.[80] De Raad kan bijvoorbeeld 'knelpunten of algemene tendenzen signaleren of studie laten verrichten naar lastige juridische vraagstukken'.[81]

De wetgever heeft beoogd op dit punt aansluiting te zoeken bij de bestaande praktijk van (externe) rechterlijke samenwerking, met name bij de projecten die in het kader van het voormalige Programma Versterking Rechterlijke Organisatie (PVRO)[82] hebben plaatsgevonden.[83] De Raad voor de rechtspraak kan, voortbouwend hierop, een rol spelen bij het bevorderen van (verder) overleg en samenwerking tussen de gerechten, teneinde te komen tot gemeenschappelijke gedragslijnen. Het is hierbij de bedoeling dat de inbreng van de rechters en gerechten zelf 'dominant' is. Voorstellen voor dergelijke gemeenschappelijke gedragslijnen kunnen bijvoorbeeld in projectverband worden voorbereid, waarbij aanzienlijke inbreng vanuit de gerechten mogelijk is. Waarschijnlijk zullen ook bestaande overlegorganen als de landelijke vergaderingen van presidenten of sectorvoorzitters hierbij een rol kunnen spelen, al vermelden de parlementaire stukken dat de communicatie tussen de Raad en de gerechten niet uitsluitend via de presidenten zal plaatsvinden.[84]

De rol van de Raad voor de rechtspraak op het terrein van de uniforme rechtstoepassing en de bevordering van de juridische kwaliteit is nadrukkelijk slechts een ondersteunende en faciliterende. Tijdens de parlementaire behandeling is er herhaaldelijk op gewezen dat de Raad voor de rechtspraak op dit gebied geen beslissende bevoegdheden[85] krijgt: zijn activiteiten zullen niet leiden tot 'beslissingen met rechtsgevolg', maar kunnen hoogstens uitmonden in 'gezaghebbende publicaties die de gerechten praktische handleidingen bieden bij de toepassing van bepaalde regels'.[86] Hiermee is door de wetgever duidelijk afstand genomen van het reeds genoemde rapport 'Rechtspraak bij

80 Aldus *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 202.
81 Aldus o.a. *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 210.
82 Het Programma Versterking Rechterlijke Organisatie berustte op een convenant van 6 september 1999 (*Stcrt.* 1999, nr. 171, p. 5 e.v.). In het kader van dit programma werden onder meer het landelijk rolreglement, de landelijke procesregeling bestuursprocesrecht en het landelijk procesreglement echtscheidingsprocedure tot stand gebracht.
83 Zie *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 209-210.
84 Zie hierover *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 204-205.
85 *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 151, p. 190 en p. 203.
86 Aldus bijv. *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 203.

de Tijd' van de commissie-Leemhuis. Hierin was onder meer voorgesteld de Raad voor de rechtspraak uit te rusten met de bevoegdheid bindende 'richtlijnen' en 'beleidsregels' vast te stellen.[87] Gezien de grotendeels afwijzende reacties op dit onderdeel van het rapport,[88] verbaast het overigens niet dat deze voorstellen uiteindelijk niet gevolgd zijn.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de Raad voor de rechtspraak zélf in elk geval niet kan worden beschouwd als bevoegd orgaan voor de vaststelling van externe rechtersregelingen. Hetzelfde zal gelden voor eventuele door de Raad in te stellen overlegorganen of projectgroepen. De herziene Wet RO sluit evenwel de mogelijkheid niet uit dat eventuele 'gezaghebbende publicaties' die, als gevolg van activiteiten van de Raad voor de rechtspraak, op landelijk niveau tot stand worden gebracht, vervolgens door alle gerechten afzonderlijk worden overgenomen en in de vorm van een *eigen* rechtersregeling worden vastgesteld. Deze mogelijkheid wordt bevestigd door de volgende passage uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij wetsvoorstel 27 182:

> "De Raad heeft tot taak de gerechten te ondersteunen bij het verrichten van een aantal specifieke activiteiten om de uniforme rechtstoepassing te bevorderen; zijn rol is in dit verband faciliterend. Daarbij kan worden gedacht aan de wijze waarop in PVRO-verband door middel van totstandbrenging van uniforme rol- of procesreglementen wordt gestreefd naar uniformering van de wijze waarop de rechter procesrechtelijke bevoegdheden uitoefent. *Vaststelling van deze procedureregelingen – naar landelijk model – geschiedt uiteindelijk door de gerechten zelf*, bijvoorbeeld door de gerechtsvergadering."[89] [cursivering van mij, KT]

Wanneer een landelijke rechtersregeling aldus door de gerechten zelf wordt vastgesteld, zijn uiteraard dezelfde organen bevoegd als voor de vaststelling van een interne rechtersregeling. Dit zijn de sectorvergaderingen en (in bepaalde gevallen) de gerechtsvergadering.[90]

*b) Het College van afgevaardigden*

Het College van afgevaardigden is – evenals de Raad voor de rechtspraak – een nieuw orgaan dat bij de herziening van de rechterlijke organisatie is ingesteld (zie art. 90 RO). De samenstelling van het College wordt nader geregeld door het Besluit College van afgevaardigden[91] (hierna: het Besluit). Het College bestaat uit achtentwintig leden, die per ressort worden afgevaar-

87 Zie Adviescommissie toerusting en organisatie zittende magistratuur, rapport Rechtspraak bij de tijd, 1998, p. 30-31.

88 Zie bijv. De Werd 1998b, p. 4-5; Ingelse 1998b, p. 12-14; Brenninkmeijer 1998, p. 393-394; De Winter 1998, p. 658-660; Loth 1998, p. 757-764.

89 *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 165.

90 Zie hierover uitgebreider § 5.2.3.4.

91 Besluit van 10 december 2001, houdende regels omtrent de samenstelling en de inrichting van het College van afgevaardigden en de afvaardiging van de leden, *Stb.* 2001, 615.

digd. Hiervan zijn dertien leden rechterlijk ambtenaar, dertien leden gerechtsambtenaar en twee leden rechterlijk ambtenaar in opleiding (art. 2 Besluit). De leden worden per ressort aangewezen door een commissie, bestaande uit een rechterlijk ambtenaar en een gerechtsambtenaar van elke rechtbank en elk appèlgerecht binnen het ressort (art. 3 Besluit). Het College van afgevaardigden heeft tot taak de Raad voor de rechtspraak – gevraagd of ongevraagd – te adviseren omtrent de uitoefening van diens taken (art. 90 lid 3 RO). Het College dient daarbij te toetsen of de Raad de rechterlijke onafhankelijkheid respecteert.[92]

Hoewel in de literatuur wel is gesuggereerd dat het College van afgevaardigden bevoegd zou (moeten) zijn om zelfbinding van de gerechten tot stand te brengen,[93] is dit hoogstwaarschijnlijk niet de bedoeling van de wetgever geweest. Het College heeft immers slechts een adviserende taak *jegens de Raad voor de rechtspraak.* Daar komt bij dat – indien al zou moeten worden aangenomen dat een gezelschap van vertegenwoordigers bevoegd is namens de gerechten zelfbinding tot stand te brengen[94] – het College van afgevaardigden daartoe zeker niet het meest geëigende gremium is. Het College bestaat immers niet uit afgevaardigden van *alle* gerechten (vgl. art. 2 lid 2 Besluit). Bovendien is een aanzienlijk deel van de leden (dertien van de achtentwintig) geen rechterlijk ambtenaar, maar gerechtsambtenaar. Waar de wetgever gerechtsambtenaren van de besluitvorming inzake uniforme rechtstoepassing *binnen* de gerechten uitdrukkelijk heeft uitgesloten (zie art. 20 lid 5 RO), kan worden aangenomen dat zulks op landelijk niveau evenzeer zijn bedoeling is geweest.

*c) Overige vertegenwoordigende organen*

Het is niet ongebruikelijk dat 'externe' rechtersregelingen (rechtersregelingen die bestemd zijn voor meer dan één gerecht) worden vastgesteld door vertegenwoordigers van de betrokken gerechten, bijvoorbeeld door de (landelijke of regionale) vergaderingen van presidenten of sectorvoorzitters.[95] Zijn dit soort vertegenwoordigende vergaderingen echter ook *bevoegd* tot vaststelling in de hier bedoelde zin?

Bij de totstandkoming van de herziene Wet RO is niet of nauwelijks ingegaan op de rol van dergelijke gremia bij de vastlegging van 'rechterlijk beleid' in rechtersregelingen. Het is dus – anders dan voor met name de Raad voor de rechtspraak geldt – in elk geval niet zo, dat de wetgever zich hier uitdrukkelijk tegen heeft gekeerd. De positie van presidenten- en voorzittersvergade-

92 Aldus de Nota van toelichting bij het Besluit College van afgevaardigden, *Stb.* 2001, 615 (p. 5).

93 In deze zin Martens & Ten Kate 2000, p. 1623.

94 Zie over deze vraag nader onder (c) van deze paragraaf.

95 Een voorbeeld is de 'beslagsyllabus' die door de vergadering van rechtbankpresidenten werd vastgesteld, waarin onder meer afspraken waren gemaakt m.b.t het kort geding en de belastingaanslag als 'eis in de hoofdzaak' in de zin van art. 700 lid 3 Rv. Zie over deze rechtersregeling ook § 2.3.

ringen verschilt voorts in zoverre van die van de Raad voor de rechtspraak en het College van afgevaardigden, dat hierin (doorgaans) alle betrokken gerechten vertegenwoordigd zijn, namelijk door de president of de desbetreffende sectorvoorzitter. De argumenten die in het voorgaande tegen de Raad voor de rechtspraak en het College van afgevaardigden als bevoegde organen zijn aangevoerd, gaan dus ten aanzien van de vergaderingen van presidenten of sectorvoorzitters niet op.

Niettemin meen ik, dat ook deze gremia niet als bevoegd orgaan voor de vaststelling van externe rechtersregelingen dienen te worden beschouwd.[96] In de eerste plaats sluit dit aan bij hetgeen voor bestuurlijke beleidsregels geldt. Deze regels kunnen in beginsel slechts worden vastgesteld door het orgaan dat over de desbetreffende bestuursbevoegdheid beschikt. Thans is dit vastgelegd in art. 4:81 Awb, maar ook voordien werd dit reeds aangenomen.[97] Vaststelling van beleidsregels door een ander orgaan is slechts mogelijk indien en voorzover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald (art. 4:81 lid 2 Awb). Voor de hier besproken soort rechtersregelingen zou dit mijns inziens eveneens moeten worden aangenomen, nu ook de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen een bevoegdheid is die is *afgeleid* van een andere (namelijk een rechtsprekende) bevoegdheid.[98] Dit neemt niet weg dat de wetgever daarnaast aan bijvoorbeeld vergaderingen van presidenten, sectorvoorzitters of andere vertegenwoordigers expliciet de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen zou kunnen toekennen. Vooralsnog is dit, in de Wet RO of elders, echter niet het geval.

Daar komt bij dat vaststelling van een rechtersregeling door vertegenwoordigers (bijvoorbeeld de presidenten van gerechten) op wel zeer gespannen voet komt te staan met het uitgangspunt dat vaststelling dient te berusten op zelfbinding door alle betrokken rechters, teneinde de (individuele) onafhankelijkheid in voldoende mate te waarborgen.[99] Weliswaar brengt deze vorm van onafhankelijkheid niet mee, dat de hier bedoelde zelfbinding slechts door middel van een unaniem besluit kan geschieden.[100] Indien een door een vergadering van vertegenwoordigers of afgevaardigden vastgestelde rechtersregeling recht in de zin van art. 79 RO zou kunnen opleveren, zou dit echter betekenen dat individuele rechters worden gebonden aan besluiten van andere rechters, *zonder* dat de mogelijkheid heeft bestaan daarop invloed uit te oefe-

96 Ik deel in zoverre dus niet de visie van Martens 1997, p. 18 (i.h.b. noot 39), die van mening is dat "elk gerecht via delegatie zelfbinding tot stand kan brengen aan de met stemmen genomen besluiten van een vergadering waarin namens hem werd deelgenomen door één of meer daartoe, door of namens het tot zelfbinding bevoegde orgaan van dat gerecht aangewezen, vertegenwoordigers."

97 Zie hierover § 4.3.4.

98 Zie § 4.4.4.2.

99 Zie § 5.2.2.

100 Zie § 5.2.2.

nen. Hierin is mijns inziens een essentieel verschil gelegen met de vaststelling van een rechtersregeling door een sector- of gerechtsvergadering.

De consequentie van deze opvatting is uiteraard dat de totstandkoming van externe rechtersregelingen niet altijd even eenvoudig zal zijn. Naarmate een regeling voor meer gerechten bedoeld is, zullen de praktische problemen toenemen. Het is echter, gelet op de praktische haalbaarheid van externe rechtersregelingen, vanzelfsprekend mogelijk dat afgevaardigden van de gerechten of een door die gerechten ingestelde werkgroep een voorstel voor een regeling uitwerken, dat vervolgens door alle betrokken colleges afzonderlijk (hetzij via de gerechtsvergadering, hetzij via de sectorvergadering) aanvaard moet worden. Ik verwijs naar hetgeen hierboven al is opgemerkt met betrekking tot de vaststelling van rechtersregelingen die van de Raad voor de rechtspraak, dan wel van een door de Raad ingestelde projectgroep, afkomstig zijn.

De hier geschetste werkwijze is de praktijk reeds gevolgd bij de totstandkoming van een aantal landelijke rechtersregelingen.[101] Zo is bijvoorbeeld het Landelijk rolreglement voor de rechtbanken in eerste instantie opgesteld door een 'projectteam', in samenwerking met de voorzitters van de civiele sectoren van de rechtbanken. Hierbij heeft tevens externe afstemming met onder meer verschillende praktijkjuristen en de Orde van Advocaten plaatsgevonden. Eerst daarna is het reglement door de collegevergaderingen van de afzonderlijke gerechten vastgesteld.[102] Een dergelijke procedure is enerzijds wel omslachtiger dan rechtstreekse vaststelling van een rechtersregeling door bijvoorbeeld de presidentenvergadering; anderzijds komt aldus de rechterlijke onafhankelijkheid beter tot haar recht én ontstaat waarschijnlijk ook een groter feitelijk draagvlak onder de rechters die geacht worden de regeling toe te passen.

Ter afsluiting van deze paragraaf moet gewezen worden op twee uitspraken van de Hoge Raad die in dit kader van belang zijn. Allereerst is dit het arrest Lindeboom/Beusmans,[103] dat betrekking heeft op het liquidatietarief van de rechtbanken en gerechtshoven. Zoals in § 2.4 al is aangegeven, is dit tarief niet slechts het resultaat van overleg tussen de NVvR en de NOvA (beide privaatrechtelijke instellingen, dus zeker geen 'bevoegde organen'), maar is het tevens vastgesteld door de vergaderingen van rechtbank- en appèlpresidenten. Niettemin is in het arrest Lindeboom/Beusmans door de Hoge Raad uitgemaakt dat dit tarief géén recht in de zin van art. 79 RO is. Kan hieruit nu worden afgeleid dat een gremium van vertegenwoordigers of afgevaardigden

101 Bijvoorbeeld bij de Procesregeling bestuursrecht (*Stcrt.* 2003, nr. 206), het Procesreglement scheidingsprocedure (*Stcrt.* 2004, nr. 58), het Procesreglement alimentatieprocedure (*Stcrt.* 2004, nr. 58) en het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken (*Stcrt.* 2001, nr. 249).

102 Vgl. de considerans van het landelijk rolreglement, *Stcrt.* 2001, nr. 249. Zie over de totstandkoming van het reglement ook Uniken Venema 2001, p. 141-143; Leijten 2000, p. 31.

103 HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571.

van de betrokken gerechten (in casu: de presidentenvergaderingen) inderdaad niet kan worden beschouwd als bevoegd orgaan voor de vaststelling van rechtersregelingen? Waarschijnlijk is dit een (te) gewaagde conclusie. In elk geval wordt in het arrest Lindeboom/Beusmans niet met zoveel worden gezegd,[104] dat het onderhavige liquidatietarief niet afkomstig is van een bevoegd orgaan en *om die reden* geen recht in de zin van art. 79 RO kan vormen. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de alimentatienormen van de NVvR, ten aanzien waarvan de Hoge Raad wél uitdrukkelijk heeft beslist dat deze, nu zij afkomstig zijn van een privaatrechtelijke instelling, niet onder het recht in de zin van art. 79 RO vallen.[105] Het is ten aanzien van het liquidatietarief evenzeer mogelijk dat de Hoge Raad dit buiten de deur van art. 79 RO heeft willen houden teneinde een te grote toestroom van zaken tegen te gaan.[106]

Meer duidelijkheid over de vraag of een (landelijke) vergadering van sectorvoorzitters of presidenten kan gelden als bevoegd orgaan, biedt een arrest van 3 december 2002 van de strafkamer van de Hoge Raad.[107] In deze zaak werd in cassatie geklaagd over een onjuiste toepassing door het hof van de 'oriëntatiepunten' voor de straftoemeting, zoals vastgesteld door de voorzitters van de strafsectoren van de rechtbanken en gerechtshoven.[108] De Hoge Raad overwoog hieromtrent:

> "De klacht berust kennelijk op het uitgangspunt dat vorenbedoelde oriëntatiepunten recht zijn in de zin van art. 79 RO. Dit uitgangspunt is echter onjuist reeds omdat de bedoelde oriëntatiepunten niet afkomstig zijn van een instantie die de bevoegdheid heeft rechters te binden wat betreft het gebruik dat zij maken van de hun door de wetgever gelaten ruimte."[109]

Deze uitspraak biedt steun voor de hier verdedigde opvatting dat een vergadering van vertegenwoordigers, zoals een landelijke vergadering van presidenten of sectorvoorzitters, niet kan gelden als 'bevoegd orgaan' in de zin van de rolrichtlijnenjurisprudentie.

---

104 Wél in de Conclusie van A-G Bakels (sub 2.4), die echter voorbijgaat aan de vraag of het feit dat het liquidatietarief (ook) door de presidentenvergaderingen is vastgesteld, hierbij van enige invloed is.

105 Zie HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 30, waarover ook § 4.4.4.4.

106 Zie in deze zin de Conclusie van A-G Bakels bij het arrest (sub 2.14), die onder meer opmerkt: "Ik wil er geen doekjes om winden dat bij het bereiken van deze conclusie heeft meegewogen dat vermeden dient te worden dat de Hoge Raad wordt overstroomd met een vloedgolf van klachten over kostenberekeningen. Dit risico dient niet te worden onderschat omdat op menige kostenberekening wel iets is aan te merken, nu dit een als hinderlijk ervaren sluitpost bij het concipiëren pleegt te zijn."

107 HR 3 december 2002, *NJ* 2003, 570.

108 De oriëntatiepunten zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl (onder Reglementen). Zie over deze oriëntatiepunten ook Duker 2003, p. 99-103.

109 HR 3 december 2002, *NJ* 2003, 570 (r.o. 3.2.4).

*5.2.3.6 Conclusies*

In de voorgaande paragrafen is de vraag aan de orde gekomen welk orgaan, dan wel welke organen binnen de rechterlijke organisatie bevoegd zijn rechtersregelingen (met de status van recht in de zin van art. 79 RO) vast te stellen. Gebleken is hierbij in de eerste plaats dat bij de herziening van de rechterlijke organisatie onvoldoende aandacht is besteed aan de problematiek van (bindende) rechtersregelingen. Dit is te betreuren, aangezien de herzieningsoperatie nu juist een uitgelezen kans bood de vaststelling van dit soort regels beter – en vooral: duidelijker – te regelen dan thans het geval is.[110]

Hoewel de parlementaire geschiedenis van de herziene Wet RO derhalve op dit punt het een en ander aan duidelijkheid te wensen overlaat, moet worden aangenomen dat binnen de gerechten in eerste instantie de sectorvergaderingen de bevoegde organen zijn om rechtersregelingen tot stand te brengen. Wanneer een rechtersregeling voor het gehele gerecht van belang is, zal deze ook door de gerechtsvergadering kunnen worden vastgesteld. Een en ander is in overeenstemming met het gekozen uitgangspunt dat rechtersregelingen dienen te berusten op zelfbinding door de betrokken rechters.

Op extern niveau is met de instelling van een Raad voor de rechtspraak niet een orgaan gecreëerd dat tot vaststelling van bindende rechtersregelingen bevoegd is. De Raad kan wel een rol spelen bij het stimuleren en coördineren van (landelijke) rechterlijke samenwerking. Het feit dat de gezamenlijke activiteiten van de Raad en de gerechten op dit terrein niet kunnen leiden tot beslissingen met rechtsgevolg sluit echter geenszins uit dat de resultaten hiervan (in de terminologie van de wetgever: 'gezaghebbende publicaties') door de gerechten afzonderlijk als *eigen* regeling worden overgenomen. Dit is zelfs de enige manier waarop een externe rechtersregeling de status van recht in de zin van art. 79 RO zal kunnen verwerven. Niet alleen de Raad voor de rechtspraak, ook andere vertegenwoordigende organen als het College van afgevaardigden of de vergaderingen van presidenten, dan wel sectorvoorzitters, kunnen immers niet worden beschouwd als bevoegd orgaan voor de vaststelling van (bindende) rechtersregelingen. Gelet op de praktische haalbaarheid is het uiteraard mogelijk, en waarschijnlijk zelfs aan te bevelen, dat een dergelijke rechtersregeling wordt voorbereid door een werkgroep of een aantal afgevaardigden van de gerechten (bijvoorbeeld alle voorzitters van de betrokken sectoren). Vervolgens kan de regeling worden vastgesteld door (de bevoegde organen van) de afzonderlijke gerechten.

110 In gelijke zin Martens & Ten Kate 2000, p. 1622-1623.

## 5.3 BEHOORLIJKE BEKENDMAKING

### 5.3.1 Algemeen

De tweede voorwaarde waaraan een rechtersregeling moet voldoen teneinde als recht in de zin van art. 79 RO te kunnen worden aangemerkt, is dat deze 'behoorlijk bekendgemaakt' is. In het Leidraad-arrest heeft de Hoge Raad (in casu met betrekking tot een beleidsregel, maar de desbetreffende overweging leent zich ook voor toepassing bij rechtersregelingen) in algemene zin aangegeven wanneer zulks het geval is. Als behoorlijke bekendmaking geldt

> "de plaatsing in de Staatscourant of in een ander vanwege de overheid algemeen verkrijgbaar gesteld publikatieblad, dan wel een andere door of met goedvinden dan wel medeweten van de overheid gedane bekendmaking op zodanige wijze dat verzekerd is dat de regels voor betrokkenen kenbaar en toegankelijk zijn."[111]

Er zijn derhalve twee mogelijkheden om aan de bekendmakingseis te voldoen. Ten eerste kan bekendmaking geschieden via een van overheidswege algemeen verkrijgbaar gesteld publicatieblad, zoals bijvoorbeeld de Staatscourant. Publicatie in de Staatscourant (of een vergelijkbaar medium) is echter niet steeds noodzakelijk. Het alternatief hiervoor is een andere wijze van bekendmaking die door of met goedvinden dan wel medeweten van de overheid plaatsvindt, mits verzekerd is dat de regels *voor betrokkenen* (dus niet per se: voor eenieder) kenbaar en toegankelijk zijn. Een voorbeeld van dit laatste is de losbladige uitgave van de Vreemdelingencirculaire – een beleidsregel – door (voorheen) de Staatsuitgeverij: deze uitgave geschiedt vanwege het Ministerie van Justitie en is, weliswaar tegen betaling, algemeen verkrijgbaar. Mitsdien zijn de in de Vreemdelingencirculaire neergelegde regels 'voor betrokkenen kenbaar en toegankelijk'.[112]

Ten aanzien van de publicatie van een rechtersregeling in de Staatscourant of in een daarmee vergelijkbaar medium gelden geen nadere eisen; bovendien zal steeds duidelijk zijn of zulks al dan niet is geschied. Deze wijze van bekendmaking blijft hier dan ook verder buiten beschouwing. In de volgende paragrafen zal nader worden ingegaan op de vraag wanneer een rechtersregeling *op andere wijze* behoorlijk bekendgemaakt is. Zoals in de vorige alinea al is opgemerkt, is dit slechts het geval wanneer aan twee nadere vereisten is voldaan: (a) verzekerd dient te zijn dat de desbetreffende regeling voor betrokkenen kenbaar en toegankelijk is; en (b) de bekendmaking moet met goedvin-

111 Zie HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 m.nt. MS, r.o. 4.7.

112 Aldus HR 29 juni 1990, *NJ* 1991, 120, r.o. 3.4.1. Hetzelfde geldt wanneer publicatie plaatsvindt in een door een particuliere uitgever verzorgde uitgave: zie HR 12 oktober 2001 (Staat/Siemons), *NJ* 2001, 636.

den dan wel medeweten van de overheid (in het geval van een rechtersregeling: de betrokken rechters of gerechten) zijn geschied.

### 5.3.2 'Voor betrokkenen kenbaar en toegankelijk'

Tot dusver heeft de Hoge Raad zich slechts twee keer uitgelaten over de vraag wanneer een rechtersregeling die anders dan via de Staatscourant bekendgemaakt was, als voor betrokken 'kenbaar en toegankelijk' geldt. In beide gevallen ging het om het rolreglement van een rechtbank. De Hoge Raad achtte het voldoende dat de desbetreffende reglementen, door publicatie in het plaatselijke Baliebulletin en/of door toezending, ter kennis van alle advocaten in het betrokken arrondissement waren gebracht.[113]

Ten aanzien van de bekendmaking van rolreglementen lijkt de Hoge Raad zich derhalve niet al te veeleisend op te stellen. De vraag kan echter gesteld worden of voor andere rechtersregelingen ook zonder meer mag worden aangenomen dat toezending aan alle advocaten geldt als een behoorlijke wijze van bekendmaking. Van rolreglementen kan immers gezegd worden dat deze zich met name richten tot advocaten, c.q. procureurs; door bekendmaking aan deze groep is de regeling inderdaad voor betrokkenen kenbaar. Bij rechtersregelingen die betrekking hebben op andere – met name: materieelrechtelijke – onderwerpen zijn echter veeleer de (potentiële) partijen zelf als 'betrokkenen' te beschouwen. Houdt de eis van behoorlijke bekendmaking dan in dat ook zij van die rechtersregeling kennis moeten kunnen nemen?

Bij de beantwoording van deze vraag dient mijns inziens onderscheid gemaakt te worden tussen procedures waarin wél en procedures waarin geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt. In gevallen waarin procesvertegenwoordiging verplicht is, lijkt het mij inderdaad voldoende wanneer een rechtersregeling voor de advocaten van partijen kenbaar is. Hierin kan bijvoorbeeld voorzien worden door toezending of door publicatie in een of meer vaktijdschriften. Is procesvertegenwoordiging niet verplicht – bijvoorbeeld wanneer een regeling betrekking heeft op een onderwerp dat behoort tot de bevoegdheid van de kantonrechter (zoals de kantonrechtersformule) of de bestuursrechter – dan dient bekendmaking op ruimere schaal plaats te vinden. In de eerste plaats kan dan worden gedacht aan de mogelijkheid van publicatie in de Staatscourant. Het is uiteraard een fictie dat partijen daarmee werkelijk op de hoogte zouden zijn van het bestaan van de desbetreffende rechtersregeling, maar een zodanige eis wordt door de Hoge Raad ook niet gesteld. Een alternatief hiervoor zou kunnen zijn de publicatie via de website van de rechterlijke macht (www.rechtspraak.nl). Het komt mij voor dat de (reële) kenbaarheid en toegankelijkheid van een rechtersregeling voor partijen, ook wanneer zij

113 Zie HR 28 juni 1996 (De Nieuwe Woning/Staat), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS (r.o. 3.2 *in fine*); HR 4 april 1997 (Van Schaik/Verboom), *NJ* 1998, 220 m.nt. HJS (r.o. 3.4).

zich niet door een professionele procesvertegenwoordiger laten bijstaan, daardoor voldoende verzekerd is, waarschijnlijk zelfs beter dan bij een publicatie via de Staatscourant.

De huidige praktijk op het punt van bekendmaking van rechtersregelingen voldoet in een toenemend aantal gevallen reeds aan de hier geformuleerde eisen, althans wanneer inderdaad tot bekendmaking van een rechtersregeling wordt overgegaan.[114] Met name rolreglementen (landelijke, maar ook plaatselijke) worden de laatste jaren doorgaans in de Staatscourant gepubliceerd.[115] Deze reglementen worden tegenwoordig meestal tevens bekendgemaakt via de website www.rechtspraak.nl. Ook andere landelijke rechtersregelingen als de NVvR-alimentatienormen, de verschillende liquidatietarieven, en de NVvR-aanbevelingen inzake buitengerechtelijke kosten (neergelegd in het rapport Voor-werk II), zijn op ruime schaal, onder andere via www.rechtspraak.nl en de vakliteratuur bekendgemaakt, zodat ten aanzien daarvan in elk geval aan de publicatie-eis voldaan is.[116] Voor de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters (waarin onder meer de kantonrechtersformule is opgenomen) geldt eveneens dat deze in meerdere juridische tijdschriften zijn gepubliceerd. Gelet op het feit dat deze Aanbevelingen ook bestemd zijn voor justitiabelen die zonder advocaat of gemachtigde procederen, kan mijns inziens echter niet zonder meer worden aangenomen dat deze rechtersregeling hiermee voor (alle) betrokkenen 'kenbaar en toegankelijk' is.

Voor nadere invulling van het criterium 'voor betrokkenen kenbaar en toegankelijk' kan, behalve naar de – vooralsnog dus schaarse – jurisprudentie over rechtersregelingen, worden gekeken naar de jurisprudentie die ten aanzien van bestuurlijke beleidsregels is gevormd. Daarbij valt op dat door de Hoge Raad met betrekking tot beleidsregels soms eveneens (zeer) snel wordt aangenomen dat deze voor betrokkenen kenbaar en toegankelijk zijn. Zo is in het verleden een uitlating van de Minister van Verkeer en Waterstaat omtrent de toepassing van een korting op de 'verontreinigingsheffing rijkswateren', gedaan in antwoord op schriftelijke kamervragen, door de Hoge Raad aangemerkt als recht in de zin van art. 79 RO, onder meer omdat de desbetreffende uitlating was opgenomen in de Kamerstukken en derhalve 'behoorlijk bekendgemaakt' was.[117] Ook het zogeheten 'driejarenbeleid' met betrekking tot de toelating van vreemdelingen kon naar het oordeel van de Hoge Raad als recht

114 Dit gebeurt echter lang niet altijd: in bepaalde gevallen zal men een rechtersregeling juist 'intern' willen houden, bijvoorbeeld omdat binding daaraan (nog) niet beoogd is. Zie hierover ook § 5.3.3.

115 Zie voor enkele voorbeelden § 2.2.

116 Waarbij opgemerkt moet worden dat de genoemde rechtersregelingen reeds om een andere reden (hoogstwaarschijnlijk) niet als recht in de zin van art. 79 RO kunnen gelden, namelijk omdat deze niet afkomstig zijn van een 'bevoegd orgaan'. Zie hierover ook § 4.4.4.4.

117 HR 13 maart 1996, *AB* 1996, 211 m.nt. ThGD.

in de zin van art. 79 RO worden beschouwd.[118] Nu dit beleid kenbaar was uit het antwoord van de Staatssecretaris van Justitie op kamervragen, welk antwoord gepubliceerd was in de Kamerstukken (Aanhangsel bij de Handelingen), was immers sprake van een behoorlijk bekendgemaakte regel.[119] Opmerkelijk is overigens wel dat in casu het parket bij de Hoge Raad de vindplaats in de Kamerstukken van deze – volgens de Hoge Raad: 'behoorlijk bekendgemaakte' – regeling niet had weten te achterhalen.[120]

Het is de vraag of een dergelijke ruime interpretatie van het bekendmakingsvereiste ook voor rechtersregelingen aanvaardbaar is. De toepassing van een rechtersregeling door de rechter raakt immers niet alleen de partij die – bijvoorbeeld omdat die regeling voor hem gunstig is – daarop een beroep wil doen, maar ook diens wederpartij. Het beginsel van *'equality of arms'*, dat voortvloeit uit art. 6 EVRM, houdt onder meer in dat iedere partij een redelijke mogelijkheid behoort te hebben zijn zaak te bepleiten voor de rechter, in omstandigheden die niet wezenlijk nadeliger zijn dan die van zijn wederpartij.[121] Gelet op deze eis dient een rechtersregeling daarom tenminste op zodanige wijze bekendgemaakt te zijn, dat deze *ook* voor de wederpartij daadwerkelijk (en zonder al te grote moeite) kenbaar en toegankelijk is. Een incidentele, min of meer 'toevallige' publicatie lijkt mij daartoe niet voldoende. Zo kan niet worden gezegd dat wanneer één partij (bijvoorbeeld omdat zij een *'repeat player'* is of wordt bijgestaan door een advocaat die als rechter-plaatsvervanger bij het desbetreffende gerecht fungeert) bekend is met een bepaalde rechtersregeling, van een 'behoorlijke bekendmaking' in de hier bedoelde zin sprake is, met als gevolg dat deze partij zich op de regeling zou kunnen beroepen. In de hiervóór genoemde voorbeelden lag de situatie in zoverre anders dat het daar steeds ging om begunstigend beleid van het bestuur ten opzichte van de betrokken burger(s), waarbij geen belangen van derden in het geding waren. In dergelijke gevallen is het uiteraard minder bezwaarlijk om snel aan te nemen dat een regeling in voldoende mate bekend is gemaakt: dit heeft tot gevolg dat het bestuur aan die regeling gebonden is en tevens dat sprake is van recht in de zin van art. 79 RO. Hierdoor wordt voorzien in een maximale rechtsbescherming voor de burger (deze kan zich aldus op een voor hem gunstige beleidsregel beroepen), terwijl het bestuur geacht kan worden van zijn eigen beleidsregels op de hoogte te zijn en dus niet benadeeld wordt.

---

118 HR 25 oktober 1996 (A./Staat), *NJ* 1998, 254 m.nt. MS.

119 In beide hier genoemde gevallen is overigens twijfelachtig of dergelijke uitlatingen van bewindspersonen zich naar inhoud en strekking wel lenen voor toepassing als 'rechtsregel'. Zie hierover ook § 5.4.2.5.

120 Zie de Conclusie van A-G Strikwerda, sub 8; zie ook de noot van Scheltema onder het arrest (sub 2).

121 Zie voor deze vaste jurisprudentie onder meer EHRM 18 februari 1997 (Nideröst-Huber/Zwitserland), *NJ* 1998, 590; EHRM 14 juni 2001 (Kress/Frankrijk), *NJ* 2001, 592; EHRM 26 februari 2002 (Fretté/Frankrijk), *NJ* 2002, 553 m.nt. SW. Zie hierover ook § 5.3.4.3.

### 5.3.3 'Met goedvinden dan wel medeweten'

Uit het Leidraad-arrest valt af te leiden, zo bleek in § 5.3.1, dat voor de behoorlijke bekendmaking van een (beleids)regel op andere wijze dan via de Staatscourant niet alleen vereist is dat de regeling daarmee voor betrokkenen voldoende kenbaar en toegankelijk is, maar bovendien dat deze bekendmaking *met goedvinden dan wel medeweten van de overheid* heeft plaatsgevonden. Ofschoon dit laatste vereiste in de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van rolrichtlijnen niet met zoveel woorden is terug te vinden, meen ik dat een dergelijke eis ook aan de bekendmaking van rechtersregelingen dient te worden gesteld. In plaats van over bekendmaking 'met goedvinden of medeweten' van de betrokken rechters of gerechten, lijkt het mij overigens beter uitsluitend te spreken van bekendmaking 'met hun goedvinden'. Van een bekendmaking 'met medeweten' van betrokkenen kan immers al zeer spoedig sprake zijn, zoals in het geval dat een derde (bijvoorbeeld een advocaat) die toevallig op de hoogte is van het bestaan van een bepaalde rechtersregeling, het betrokken gerecht laat weten deze regeling ter publicatie aan te zullen bieden aan een juridisch tijdschrift. Zoals hierna uiteen zal worden gezet, dienen voor het ontstaan van de hier bedoelde vorm van binding aan een rechtersregeling evenwel strengere eisen te worden gesteld aan de instemming van betrokkenen met de bekendmaking daarvan.

Het belang van de eis dat bekendmaking van een rechtersregeling dient plaats te vinden 'met goedvinden' van de betrokken rechters of gerechten is gelegen in het volgende. De situatie kan zich voordoen dat een gerecht ten aanzien van een bepaald onderwerp intern reeds een rechtersregeling heeft vastgesteld, waarin een te volgen gedrags- of beslissingslijn is neergelegd, maar deze regeling (nog) niet extern bekend wil maken. Hiervoor kunnen – mijns inziens legitieme – redenen aanwezig zijn, bijvoorbeeld dat de regeling inhoudelijk nog niet voldoende uitgekristalliseerd is.[122] Daarnaast is denkbaar dat een rechtersregeling door de betrokkenen uitdrukkelijk als niet-bindend bedoeld is. In dit soort gevallen zou het niet wenselijk zijn dat het desbetreffende gerecht niettemin aan zijn rechtersregeling gehouden kan worden op grond van het enkele feit dat deze regeling – mogelijk zelfs min of meer bij toeval – bij (een der) partijen bekend is. Bekendmaking van een rechtersregeling kan immers, wanneer ook aan de overige eisen is voldaan, tot gevolg hebben dat deze regeling 'recht' in de zin van art. 79 RO vormt én dat de rechter hieraan in beginsel gebonden is via de werking van algemene beginselen van behoorlij-

122 Vgl. ook Brenninkmeijer 1998, p. 394; Hofhuis 2003, p. 112; zie in tegengestelde zin Terlouw 2003, p. 352, die meent dat iedere (inhoudelijke) afspraak moet worden gepubliceerd. Bij bestuursorganen is het overigens eveneens mogelijk dat beleid dat nog in ontwikkeling is, voorlopig intern gehouden wordt en niet in een beleidsregel wordt neergelegd (zie hierover Bröring 1998, nr. 21).

ke rechtspleging.[123] Deze rechtsgevolgen zijn, meen ik, alleen aanvaardbaar te achten indien bij de betrokken rechters tevens de wil aanwezig is geweest zich aan de rechtersregeling te committeren, welke wil zal moeten blijken uit het feit dat deze regeling met goedvinden van betrokkenen is gepubliceerd.

Het voorgaande zou ook aldus geformuleerd kunnen worden, dat de bekendmaking van een rechtersregeling beschouwd kan worden als een rechtshandeling. De rechtsgevolgen die hieraan zijn verbonden – met name: het ontstaan van (zelf)binding aan de regeling – moeten door de betrokken rechters of gerechten beoogd zijn. Om deze rechtsgevolgen te doen intreden, is dus een daarop gerichte wil vereist. Deze wil kan, als gezegd, (slechts) worden afgeleid uit het feit dat de betrokken rechters of gerechten, zélf tot publicatie van een rechtersregeling besluiten. Aangenomen kan hierbij overigens worden dat hetzelfde orgaan dat bevoegd is tot vaststelling van een rechtersregeling,[124] ook zal kunnen besluiten, tot bekendmaking van die regeling over te gaan.

Wanneer de bekendmaking van een rechtersregeling wordt gezien als een rechtshandeling, wordt tevens duidelijk dat een bekendmaking *onder voorbehoud,* zonder dat dit leidt tot rechtsgevolgen (in het bijzonder: binding), mogelijk moet worden geacht. Indien de bekendmaking van een rechtersregeling vergezeld gaat van een mededeling als "aan deze publicatie kunnen geen rechten worden ontleend", is immers duidelijk dat een op rechtsgevolg gerichte wil bij de betrokken rechters niet aanwezig is geweest. In dat geval kan overigens ook geen sprake zijn van gerechtvaardigd vertrouwen van justitiabelen ten aanzien van de regeling. Een belangrijke grondslag voor binding – het vertrouwensbeginsel – speelt dan geen rol. Ook daaruit volgt dat door bekendmaking op een zodanige wijze niet de hier bedoelde vorm van binding zal kunnen ontstaan.

Met het oog op de gewenste zekerheid omtrent de juridische status van een rechtersregeling, zou ik hierbij overigens wel de eis willen stellen dat een dergelijk voorbehoud ondubbelzinnig wordt gemaakt. Voor 'uitleg' van een rechtersregeling, in die zin dat uit (bijvoorbeeld) de benaming van de gehele regeling ('aanbeveling', 'richtlijn', etc.) of de bewoordingen van afzonderlijke bepalingen daaruit, zou moeten worden afgeleid of de wil tot zelfbinding al dan niet aanwezig is geweest, en of zulks ook voor procespartijen duidelijk moet zijn geweest, dient in dit verband geen plaats te zijn. Dit zou te zeer afbreuk doen aan het karakter van het hier besproken type rechtersregeling. Zoals al eerder aan de orde kwam, gaat het bij rechtersregelingen die recht in de zin van art. 79 RO vormen immers om *voorafgaande* zelfbinding, zodat

123 Zie hierover § 4.4.5.

124 Zie over de vraag wat het bevoegd orgaan is voor vaststelling van een rechtersregeling § 5.2.3.4 en § 5.2.3.5.

de criteria voor het ontstaan daarvan zo veel mogelijk formeel van aard dienen te zijn.[125]

Aldus kunnen rechters of gerechten een rechtersregeling waaraan zij zich (nog) niet willen binden, bekendmaken zonder het risico te lopen door partijen aan deze regeling te worden gehouden. Dit heeft als voordeel dat partijen, ook al wordt hen hiermee uiteraard niet de zekerheid geboden dat de rechter conform de regeling zal beslissen, beter kunnen inschatten van welke rechtsopvatting de rechter vermoedelijk zal uitgaan en welke argumenten zij daarvoor of daartegen het beste kunnen aanvoeren.[126] Daarnaast kan de publicatie van een rechtersregeling het debat in het juridische forum over de inhoud van die regeling bevorderen, hetgeen de inhoudelijke kwaliteit van de regeling alleen maar ten goede zal kunnen komen. Wanneer inderdaad de eis wordt gesteld dat een voorbehoud – indien dit door de betrokken rechters wenselijk wordt geacht – ondubbelzinnig dient te worden gemaakt, acht ik de kans bovendien gering dat hierdoor onduidelijkheid ontstaat omtrent de status van een dergelijke regeling.

Terzijde wijs ik erop dat ook in dit verband een parallel tussen rechtersregelingen en beleidsregels kan worden gesignaleerd. Onder het regime van de Awb is pas sprake van een beleidsregel wanneer deze in een *besluit* is neergelegd, dat wil zeggen in een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling (zie art. 1:3 lid 4 jo. lid 1 Awb). Het begrip rechtshandeling impliceert dat sprake zal moeten zijn van een door het bestuursorgaan beoogd rechtsgevolg. Daarbij kan als rechtsgevolg met name worden gedacht aan zelfbinding.[127] Ook bij beleidsregels moet de wil van het bestuursorgaan derhalve gericht zijn op het doen ontstaan daarvan. Hieruit vloeit bovendien voort dat er voor het bestuur geen verplichting bestaat om tot (vastlegging in een beleidsregel en) bekendmaking van intern gehanteerd beleid over te gaan. Van een dergelijke verplichting is bij de totstandkoming van de derde tranche van de Awb zelfs uitdrukkelijk afgezien.[128] De vraag of thans ten aanzien van rechtersregelingen rechtens een verplichting tot bekendmaking bestaat – een verplichting die met name zou kunnen voortvloeien uit art. 6 EVRM – wordt besproken in § 5.3.4.

Met het voorgaande dient zich tot slot de vraag aan, hoe kan worden vastgesteld dat de bekendmaking van een rechtersregeling inderdaad 'met goedvinden' van betrokkenen heeft plaatsgevonden. In de eerste plaats is het uiteraard mogelijk dat bij de bekendmaking van een rechtersregeling, dan wel in de

125 Zie eerder § 4.4.5.4 en § 4.6.

126 Zie ook De Waard 1998, p. 164; de Conclusie van A-G Bakels (sub 2.35) voor HR 26 februari 1999 (Ajax/Reule), *NJ* 1999, 717 m.nt. HJS; Van der Meulen 1997, p. 299. In tegengestelde zin Martens 1997, p. 24, die de publicatie van niet-bindende rechtersregelingen 'geboden noch wenselijk' acht.

127 Zie hierover Bröring 1998, nrs. 17 en 21.

128 Zie hierover Bröring 1998, nr. 21, alsmede De Waard 1997, p. 124-125.

regeling zelf, met zoveel woorden wordt vermeld dat het bevoegde orgaan tot (vaststelling en) bekendmaking van de desbetreffende regeling heeft besloten.[129] Bij gebreke van een dergelijke uitdrukkelijke vermelding zal uit de wijze van bekendmaking moeten worden afgeleid, of deze geacht kan worden met goedvinden van de betrokken rechters of gerechten te zijn geschied.

In elk geval kunnen als zodanig worden beschouwd een publicatie op de website van de rechterlijke macht www.rechtspraak.nl (waarbij ik er, zoals opgemerkt in § 5.3.2, van uitga dat bekendmaking via dit medium tevens ertoe leidt dat de aldaar gepubliceerde rechtersregeling voor betrokkenen kenbaar en toegankelijk is), alsmede publicatie in het tijdschrift Trema (het tijdschrift van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, dat de ondertitel 'Tijdschrift voor de rechterlijke macht' draagt). De bekendmaking in andere juridische vakbladen zal normaal gesproken ook met goedvinden van de rechterlijke macht geschieden. Wel dient bij al deze publicatievormen tevens verzekerd te zijn dat de desbetreffende rechtersregeling aldus voor betrokkenen kenbaar en toegankelijk is. Zoals in de vorige paragraaf al is uiteengezet, zal dit doorgaans het geval zijn.[130]

### 5.3.4 Invloed van art. 6 EVRM: een verplichting tot bekendmaking van rechtersregelingen?

#### *5.3.4.1 Inleiding*

Hoewel rechtersregelingen – met name wanneer zij op landelijk niveau tot stand komen – steeds vaker en op ruime schaal gepubliceerd worden, vindt bekendmaking nog steeds in veel gevallen in het geheel niet, of althans niet buiten de kring van de betrokken rechters of gerechten, plaats.[131] In de voorgaande paragraaf is al uiteengezet dat hiervoor verschillende redenen aanwezig kunnen zijn, bijvoorbeeld dat het in een rechtersregeling neergelegde beleid nog niet voldoende uitgekristalliseerd is en men aldus (voorlopig) binding aan die regeling wil voorkomen. Hoewel voor dit laatste probleem een oplossing gevonden zou kunnen worden in het 'onder voorbehoud' bekendmaken

129 In de praktijk wordt in rechtersregelingen soms al aangegeven hoe en wanneer deze zijn vastgesteld. Zo luidt bijvoorbeeld de laatste zin van het rolreglement van het Hof Amsterdam (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl/Gerechtshof Amsterdam/Reglementen): "Dit reglement is vastgesteld door de vergadering van het gerechtshof te Amsterdam op 28 december 2001 en treedt in werking op 1 januari 2002".

130 Zoals is aangegeven in § 5.3.2 dient een uitzondering gemaakt te worden voor rechtersregelingen van kantonrechters (en bestuursrechters): gelet op het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging in procedures voor de kantonrechter kan daarbij mijns inziens niet volstaan worden met publicatie in vaktijdschriften.

131 Het is uiteraard moeilijk voorbeelden te geven van rechtersregelingen die *niet* bekendgemaakt zijn. Zie voor enige empirische gegevens op het gebied van het bestuursrecht Ten Berge e.a. 1996, hoofdstuk 6; zie ook § 2.9.

van een rechtersregeling, zijn er mijns inziens inderdaad situaties denkbaar, waarin het legitiem is een rechtersregeling (nog) niet bekend te maken.[132]

De vraag rijst echter of rechtersregelingen niet in *alle* gevallen, ook wanneer zij uitdrukkelijk als niet-bindend bedoeld zijn, bekendgemaakt zouden moeten worden. In het bijzonder is de vraag of een dergelijke verplichting tot bekendmaking kan worden afgeleid uit art. 6 EVRM, dat eenieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht geeft op een 'eerlijke behandeling' van zijn zaak (*'fair trial'*). Dit recht op een eerlijke behandeling kent een aantal aspecten, waarvan in dit verband met name relevant zijn het *'right to adversarial proceedings'* (§ 5.3.4.2) en het vereiste van *'equality of arms'* (§ 5.3.4.3).

*5.3.4.2 'Right to adversarial proceedings'*

Blijkens de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens houdt het *right to adversarial proceedings* in dat partijen het recht hebben om kennis te nemen van, en zich uit te laten over, '*all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision*'.[133] Dit betekent bijvoorbeeld dat partijen in de cassatiefase in de gelegenheid gesteld moeten worden te reageren op de conclusie die door de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad wordt genomen.[134] In twee zaken tegen Nederland is een en ander door het EHRM als volgt onderbouwd:

> "(G)reat importance must be attached tot the part played in the proceedings before the Supreme Court by the member of the Procurator-General's department and more particularly to the content and effects of his submissions. These contain an opinion which derives its authority from that of the Procurator-General's department itself. Although it is objective and reasoned in law, the opinion is nevertheless intended tot advise and accordingly influence the Supreme Court."[135]

Hoewel de conclusie van de Procureur-Generaal te beschouwen is als een onafhankelijk en objectief advies, dient deze wel ertoe het uiteindelijke oordeel van de rechter te beïnvloeden. Bovendien komt aan de Procureur-Generaal

132 In deze zin ook Brenninkmeijer 1998, p. 394; Hofhuis 2003, p. 112; anders: Terlouw 2003, p. 352, die meent dat iedere (inhoudelijke) afspraak moet worden gepubliceerd.

133 Zie onder meer: EHRM 20 februari 1996 (Lobo Machado/Portugal), *Reports* 1996-I, p. 195 e.v.; EHRM 20 februari 1996 (Vermeulen/België), *Reports* 1996-I, p. 224 e.v.; EHRM 18 februari 1997 (Nideröst-Huber/Zwitserland), *NJ* 1998, 590; EHRM 27 maart 1998 (J.J./Nederland), *NJ* 1999, 110 m.nt. DA onder *NJ* 1999, 111; EHRM 27 maart 1998 (K.d.B/Nederland), *NJ* 1999, 111 m.nt. DA; EHRM 14 juni 2001 (Kress/Frankrijk), *NJ* 2001, 592; EHRM 26 februari 2002 (Fretté/Frankrijk), *NJ* 2002, 553 m.nt. SW.

134 Zie EHRM 30 oktober 1991 (Borgers/België), *NJ* 1992, 73 m.nt. EAA en ThWvV, alsmede de in de vorige noot genoemde arresten.

135 Aldus EHRM 27 maart 1998 (J.J./Nederland), *NJ* 1999, 110 m.nt. DA onder *NJ* 1999, 111 (r.o. 42).

bij de Hoge Raad, en daarmee aan zijn conclusies, een bepaald gezag toe. Daarom moeten partijen de mogelijkheid hebben op de conclusie te reageren.[136]

In een Zwitserse zaak werd eveneens bij het EHRM geklaagd over een schending van het *right to adversarial proceedings*.[137] In casu had het Kantonsgericht tegen de beslissing waarvan hoger beroep was ingesteld, de stukken van de zaak doorgezonden naar het federale hof, vergezeld van een zogeheten '*Stellungnahme zur Berufung*': een voorblad met opmerkingen waarin uiteen werd gezet waarom naar de mening van het Kantonsgericht het beroep zou moeten worden verworpen. Deze '*Stellungnahme*' was echter niet in afschrift aan partijen toegezonden, zodat zij niet in de gelegenheid waren geweest zich daarover uit te laten. Het EHRM oordeelde dat art. 6 EVRM inderdaad was geschonden:

> "The Court notes that even though the observations ran only to one page they nevertheless constituted a reasoned opinion on the merits of the appeal, and explicitly called for it to be dismissed. As the Delegate of the Commission observed, they were therefore manifestly aimed at influencing the Federal Court's decision. (-) In any event, as the observations came from an independant tribunal which, furthermore, had a thorough knowledge of the file, it is unlikely that the Federal Court would have paid them no heed."[138]

Ook uit deze uitspraak blijkt dat voornamelijk van belang is in hoeverre een van een andere instantie afkomstig advies of opinie geacht kan worden het oordeel van de beslissende rechter(s) te beïnvloeden, bijvoorbeeld omdat dit advies gebaseerd is op een grondige kennis van het dossier. Is dat aannemelijk, dan dienen partijen van het desbetreffende advies ten eerste op de hoogte te worden gesteld, en ten tweede de mogelijkheid te krijgen daarop te reageren.

Kan nu uit deze jurisprudentie van het EHRM worden afgeleid dat art. 6 EVRM ook de eis stelt dat partijen zich over de resultaten van rechterlijk overleg (neergelegd in rechtersregelingen) moeten kunnen uitlaten, zelfs wanneer deze door de betrokken rechters zélf niet als bindend bedoeld zijn? Dit zou immers meebrengen dat ook dergelijke regelingen steeds bekend moeten worden gemaakt.

Een belangrijk verschil met de zojuist besproken gevallen is dat het daarin steeds een opinie of advies betrof dat toegespitst was op het oordeel in een *concrete* zaak, waarbij ook de feitelijke omstandigheden van die zaak in het advies betrokken waren. Om deze reden moeten partijen in de gelegenheid gesteld worden zich erover uit te laten: dergelijke adviezen geven immers aan

136 Zie thans art. 44 lid 3 Rv.
137 EHRM 18 februari 1997 (Nideröst-Huber/Zwitserland), *NJ* 1998, 590.
138 EHRM 18 februari 1997 (Nideröst-Huber/Zwitserland), *NJ* 1998, 590 (r.o. 26).

tot welke beslissing de rechter in het concrete geval zou moeten komen. Rechtersregelingen zijn daarentegen in algemene termen geformuleerd, en geven niet altijd zonder meer aan hoe de uiteindelijke beslissing van de rechter dient te luiden. De rechter moet de regeling immers nog toepassen op de feiten van het concrete geval (waarbij hij, onder omstandigheden, ook van de regeling zal kunnen afwijken[139]). Daarnaast zijn sommige rechtersregelingen door de betrokkenen uitdrukkelijk als niet-bindend bedoeld. Juist tegenover een dergelijke regeling zal de rechter bij zijn uiteindelijke beslissing vrij kunnen (en moeten) staan.[140] Het niet publiceren daarvan komt naar mijn mening dan ook niet in strijd met het in art. 6 EVRM neergelegde *right to adversarial proceedings*.[141] Anders zou dit kunnen liggen wanneer een rechtersregeling door de betrokken rechters wél als bindend is bedoeld (bijvoorbeeld wanneer binnen een gerecht is afgesproken een bepaalde rechtersregeling voortaan toe te passen). In dat geval is immers, net zoals in de hierboven besproken gevallen, sprake van een regeling die geacht kan worden de beslissing van de rechter (tot op zekere hoogte) te beïnvloeden. Niet uitgesloten acht ik dat het *right to adversarial proceedings* dan meebrengt dat partijen in de gelegenheid moeten zijn zich over de rechtersregeling in kwestie uit te laten, zodat een dergelijke regeling bekendgemaakt dient te worden. Geheel zeker is dit echter niet nu, zoals eerder opgemerkt, een rechtersregeling in zoverre verschilt van de hiervóór besproken opinies of adviezen dat een rechtersregeling nog niet is toegespitst op (de feiten van) het concrete geval, maar juist een algemene strekking heeft.

#### *5.3.4.3 'Equality of arms'*

Een tweede aspect van het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijke behandeling dat voor de hier gestelde vraag van belang is, is het vereiste van *equality of arms*. Deze eis houdt in dat

> "each party [is] to be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage *vis-à-vis* his opponent."[142]

Over de vraag in hoeverre het vereiste van *equality of arms* dwingt tot bekendmaking van rechtersregelingen kan ik betrekkelijk kort zijn. Indien een rechtersregeling in het geheel niet bekendgemaakt wordt, zal geen sprake zijn van strijd met deze eis. Beide partijen worden dan immers op gelijke voet behan-

---

139 Zie § 4.4.5.3 en § 6.2.2.
140 Vgl. Martens 1997, p. 22.
141 In gelijke zin Martens 1997, p. 22.
142 Zie voor deze vaste jurisprudentie onder meer EHRM 18 februari 1997 (Nideröst-Huber/Zwitserland), *NJ* 1998, 590; EHRM 14 juni 2001 (Kress/Frankrijk), *NJ* 2001, 592; EHRM 26 februari 2002 (Fretté/Frankrijk), *NJ* 2002, 553 m.nt. SW.

deld. Dit blijkt ook uit de in de vorige paragraaf aangehaalde uitspraak van het EHRM in de zaak Nideröst-Huber/Zwitserland:[143] hoewel in deze zaak ten onrechte de *'Stellungnahme zur Berufung'* van de lagere rechter niet aan Nideröst-Huber was toegezonden, oordeelde het EHRM dat het vereiste van *equality of arms* niet was geschonden omdat voor de wederpartij hetzelfde gold.[144]

Het vereiste van *equality of arms* speelt wél een rol wanneer een rechtersregeling slechts aan *bepaalde* partijen of belanghebbenden bekend wordt gemaakt. Uit de – ongepubliceerde – enquête die ter gelegenheid van een studieweekend van de gerechtshoven in 1997 werd gehouden onder de Nederlandse gerechten,[145] kwam naar voren dat het soms voorkomt dat bijvoorbeeld een (inhoudelijke) afspraak binnen een strafsector wel aan het Openbaar Ministerie en de reclassering, maar niet aan de balie bekendgemaakt wordt, of dat afspraken van een belastingsector uitsluitend aan de belastingdienst worden medegedeeld. Het spreekt voor zich dat een zodanige wijze van bekendmaking niet voldoet om de regeling als recht in de zin van art. 79 RO aan te kunnen merken. Ook afgezien daarvan zal een en ander echter al spoedig in strijd komen met de eis van *equality of arms.*[146]

Ook in ander verband kan het vereiste van *equality of arms* overigens de eisen die worden gesteld aan de bekendmaking van rechtersregelingen beïnvloeden. Wil een rechtersregeling als recht in de zin van art. 79 RO gekwalificeerd kunnen worden, dan zal deze volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad 'behoorlijk bekendgemaakt' moeten zijn.[147] Hiervoor is onder andere vereist dat de desbetreffende regeling voor betrokkenen 'kenbaar en toegankelijk' is.[148] Zoals al werd besproken in § 5.3.2 mag, gelet op de eis van *equality of arms*, niet al te spoedig worden aangenomen dat hieraan is voldaan. Op zijn minst moet worden geëist dat een rechtersregeling niet alleen voor de partij die daarop een beroep wenst te doen, maar ook voor haar wederpartij(en) daadwerkelijk kenbaar en toegankelijk is geweest.

Kortom: een verplichting tot bekendmaking van rechtersregelingen kan uit het vereiste van *equality of arms* niet afgeleid worden; áls een rechtersregeling echter eenmaal wordt bekendgemaakt, dan beïnvloedt dit vereiste wel de wijze waarop die bekendmaking dient te geschieden.

---

143 EHRM 18 februari 1997 (Nideröst-Huber/Zwitserland), *NJ* 1998, 590 (r.o. 23).

144 Wel achtte het EHRM, zoals in § 5.3.4.2 reeds bleek, een en ander in strijd met het *right to adversarial proceedings*.

145 Zie hierover § 1.2.

146 Aldus ook Snijders 1997b, p. 1797.

147 Zie HR 28 juni 1996 (De Nieuwe Woning/Staat), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS (r.o. 3.2 *in fine*); HR 4 april 1997 (Van Schaik/Verboom), *NJ* 1998, 220 m.nt. HJS (r.o. 3.4).

148 Zie § 5.3.1.

### 5.3.5 Conclusies

In deze paragraaf is besproken wanneer een rechtersregeling 'behoorlijk bekendgemaakt' is, zodat deze als recht in de zin van art. 79 RO zal kunnen gelden. Hoewel de Hoge Raad zich over de bekendmaking van rechtersregelingen tot nu toe slechts in twee gevallen heeft uitgelaten, kunnen aan zijn jurisprudentie omtrent de bekendmaking van beleidsregels wel enige algemene vereisten worden ontleend. Van een behoorlijke bekendmaking is steeds sprake, indien een rechtersregeling is gepubliceerd in de Staatscourant of een ander vanwege de overheid algemeen verkrijgbaar gesteld publicatieblad. Ook een bekendmaking op andere wijze kan gelden als behoorlijke bekendmaking, mits daarbij verzekerd is dat de regeling voor de betrokkenen kenbaar en toegankelijk is én deze bekendmaking geschiedt met goedvinden van de betrokken rechters of gerechten.

Hierbij zal als minimum moeten worden aangenomen dat bekendmaking van een rechtersregeling op zodanige wijze moet plaatsvinden, dat verzekerd is dat de regeling voor *alle* betrokken partijen kenbaar en toegankelijk is. Wanneer aan deze minimumeis voldaan is, zal voornamelijk afhangen van de vraag tot wat voor type partijen een rechtersregeling zich richt. Bij rolreglementen is bekendmaking aan de betrokken procureurs en advocaten (bijvoorbeeld door rechtstreekse toezending) in het algemeen voldoende te achten. Bij andersoortige rechtersregelingen zal bekendmaking onder advocaten eveneens afdoende zijn wanneer de regeling betrekking heeft op onderwerpen waarbij procesvertegenwoordiging verplicht is. In de overige gevallen (met name: bij onderwerpen die behoren tot de competentie van de kantonrechter of de bestuursrechter) lijkt publicatie op ruimere schaal, bijvoorbeeld via de Staatscourant en/of de website van de rechterlijke macht (www.rechtspraak.nl) de aangewezen weg.

De eis dat bekendmaking van een rechtersregeling op initiatief van, althans met goedvinden van de betrokken rechters dient te geschieden, impliceert dat deze bekendmaking kan worden gezien als een rechtshandeling. Bekendmaking van een rechtersregeling kan als rechtsgevolg hebben dat (zelf)binding van de betrokken rechters aan de regeling ontstaat, alsmede dat deze moet worden aangemerkt als recht in de zin van art. 79 RO. Deze rechtsgevolgen zijn alleen aanvaardbaar te achten indien bij de betrokken rechters ook een daarop gerichte wil aanwezig is geweest. Dit betekent tevens dat een bekendmaking onder (ondubbelzinnig) voorbehoud, zonder dat dit leidt tot het ontstaan van zelfbinding en recht in de zin van art. 79 RO, mogelijk moet worden geacht. Een algemene verplichting tot bekendmaking van rechtersregelingen bestaat hierbij naar huidig recht overigens niet.

Het verdient tot slot opmerking dat het bij de huidige stand van zaken van de beoordeling van de omstandigheden van het geval zal (kunnen) afhangen of een rechtersregeling inderdaad aan de eis van behoorlijke bekendmaking voldoet. Dit is uiteraard niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Voor de

toekomst zou het daarom aanbeveling verdienen dat op enig moment in de wet geregeld wordt op welke wijze en via welke kanalen een rechtersregeling bekendgemaakt dient te worden. De huidige criteria, die per geval verschillend kunnen worden ingevuld, zouden daarmee kunnen vervallen. Dit biedt het voordeel dat direct (en vooraf) kan worden vastgesteld of een rechtersregeling voldoet aan de bekendmakingseis.

## 5.4 ZICH NAAR INHOUD EN STREKKING LENEN VOOR TOEPASSING ALS RECHTSREGEL

### 5.4.1 Algemeen

Het laatste door de Hoge Raad gestelde vereiste waaraan een rechtersregeling moet voldoen om als recht in de zin van art. 79 RO te kunnen gelden, is dat deze zich 'naar inhoud en strekking ertoe leent, jegens de daarbij betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast'. De formulering is mogelijk geïnspireerd door een artikel van De Savornin Lohman.[149] Hij schrijft hierin onder meer:

> "Wanneer het bestuur naar buiten toe regels uitvaardigt op een terrein dat de wetgever open heeft gelaten, hangt het van *inhoud en strekking* van die regels af of zij in de maatschappij *fungeren als rechtsregels*. Indien zij in de dagelijkse omgang tussen overheid en burgers als zodanig worden gehanteerd, is er geen goede reden om dit anders te laten zijn wanneer het tot een proces komt." [cursiveringen van mij, KT]

De Savornin Lohman doelt in deze passage op beleidsregels, die in veel gevallen niet alleen op 'officieel' aandoende wijze gepubliceerd worden, maar er meestal ook niet anders uitgezien zouden hebben indien zij niet van het bestuur, maar van de wetgever afkomstig waren geweest. Zijn betoog komt erop neer dat wanneer bepaalde (beleids)regels zodanig op wetgeving (in materiële zin) lijken dat zij in de maatschappij een vergelijkbare werking en functie hebben, zij ook in rechte, in het bijzonder bij de toepassing van art. 79 RO,[150] daarmee gelijkgesteld dienen te worden. Zoals bekend is de Hoge Raad in de 'beleidsregel'-arresten uit 1990 hiertoe inderdaad expliciet overgegaan.[151]

---

149 De Savornin Lohman 1978, p. 17-18.

150 De Savornin Lohman bepleit daarnaast gelijkstelling in het kader van art. 48 (oud, thans art. 25) Rv. In het Leidraad-arrest heeft de Hoge Raad daaromtrent anders geoordeeld: de rechter is *niet* gehouden tot ambtshalve toepassing van de door een bestuursorgaan vastgestelde beleidsregels (zie HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 m.nt. MS, r.o. 4.8; zie ook § 4.2.3). Zie over de vraag of zulks voor rechtersregelingen eveneens heeft te gelden § 6.4.

151 Zie § 4.2.3.

### 5.4.2 Invulling van het criterium

#### *5.4.2.1 Inleiding*

Het criterium 'zich naar inhoud en strekking lenen voor toepassing als rechtsregel' is een weinig helder criterium. Er lijkt zelfs een zekere cirkelredenering achter schuil te gaan: een bepaalde regel (hier: een rechtersregeling) is 'recht' in de zin van art. 79 RO, en leent zich daarmee in elk geval in cassatie voor toepassing als rechtsregel, wanneer deze 'zich leent voor toepassing als rechtsregel'.[152] Echt verhelderend is de formulering dus niet. Door de Hoge Raad is tot nu toe in geen enkele uitspraak nader uiteengezet waarom een regel al dan niet aan deze eis voldeed; in de literatuur zijn hieromtrent in het algemeen evenmin uitvoerige beschouwingen te vinden. Niettemin kunnen enige gezichtspunten worden geformuleerd die bij de invulling van dit vereiste een rol kunnen spelen.

#### *5.4.2.2 Algemene regel*

In de eerste plaats kan uit de eis dat een bepaalde regel, wil deze als recht in de zin van art. 79 RO kunnen gelden, 'zich naar inhoud en strekking ertoe moet lenen jegens de daarbij betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast', worden afgeleid dat het moet gaan om een *algemeen geformuleerde regel*, die in meer dan één geval kan worden toegepast. Een belangrijk kenmerk van rechtsregels is immers dat deze een algemene werking hebben en voor meerdere gevallen gelding hebben.[153]

Van een algemene regel in deze zin lijkt echter al snel sprake te zijn: de Hoge Raad heeft in het verleden bijvoorbeeld de 'Financieringsregeling Welzijnsovereenkomst', een ministeriële regeling die slechts tot de vier grote gemeenten was gericht, als recht in de zin van art. 79 RO aangemerkt.[154] Niet noodzakelijk is in het kader van art. 79 RO derhalve dat de kring van (potentiële) geadresseerden van een regeling onbepaald is. Ook een rechtersregeling die zich slechts tot een beperkte groep personen richt – zoals bijvoorbeeld een rolreglement van één enkele rechtbank, dat behalve voor de rechter in feite slechts voor de procureurs in het desbetreffende arrondissement is bestemd – zal zich in dit opzicht kunnen lenen voor toepassing als rechtsregel. De eis dat het om een algemene regel moet gaan heeft dus slechts een (zeer) beperkt onderscheidend vermogen.

---

152 Zie ook de noot van Van der Burg onder HR 29 juni 1990, *NJ* 1991, 120, *AB* 1990, 561, die opmerkt dat deze eis "eerder een herformulering van de vraag dan een antwoord" inhoudt.

153 Vgl. Poortinga 2001, p. 15-16.

154 HR 5 februari 1993 (Gem. Rotterdam/Staat), *AB* 1993, 239 m.nt. FHvdB.

*5.4.2.3 Naar buiten toe werkende regel*

Een tweede gezichtspunt voor de invulling van het hier besproken vereiste kan gevonden worden in de historische context van art. 79 RO.[155] In de periode dat art. 79 (toen overigens nog art. 99) RO nog van 'wet' in plaats van 'recht' sprak, moest het daarbij gaan om 'naar buiten toe werkende, tot een ieder gerichte algemene regelingen'.[156] Na de wetswijziging van 1963, waarbij de cassatiegrond 'schending van de wet' werd verruimd tot 'schending van het recht', is de Hoge Raad als eis gaan stellen dat sprake is van 'naar buiten werkende, voor de bij die regeling betrokkenen bindende voorschriften'.[157] Sinds de in 1990 gewezen arresten inzake beleidsregels als recht in de zin van art. 79 RO[158] is deze formulering vervangen door de zinsnede 'zich naar inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast'.

Hoewel de formuleringen verschillen is de achterliggende ratio van art. 79 RO min of meer dezelfde gebleven, namelijk dat de controle van de cassatierechter zich (uitsluitend) dient uit te strekken tot die regelingen die niet slechts een 'interne' betekenis (bijvoorbeeld binnen een bestuursorgaan), maar tevens een bepaalde *externe werking* hebben. Uit de vervanging van de formulering 'tot een ieder gerichte regel' door het criterium 'naar buiten werkende, voor *betrokkenen* bindende' voorschriften blijkt dat het, zoals in § 5.4.2.2 al werd aangestipt, niet noodzakelijk is dat deze externe werking 'algemeen' is in die zin dat zij zich in potentie uitstrekt tot álle rechtssubjecten.

Wanneer kan nu worden aangenomen dat een (rechters)regeling de hier bedoelde externe werking heeft, zodat zij zich in zoverre leent voor toepassing als rechtsregel? Een eerste voorwaarde hiervoor zal zijn dat de desbetreffende regeling gepubliceerd is, ook buiten de kring van de betrokken rechters of gerechten. In dit opzicht is derhalve sprake van een overlap met het in § 5.3 besproken vereiste van behoorlijke bekendmaking. Bekendmaking is echter niet, althans niet in alle gevallen, voldoende om externe werking (en daarmee: toepasbaarheid als rechtsregel) te kunnen aannemen. Er bestaan namelijk ook rechtersregelingen die, zelfs wanneer zij bekendgemaakt zouden zijn, een louter interne betekenis binnen een of meer gerechten hebben, waarmee ik bedoel dat zij uitsluitend gericht zijn tot de betrokken rechters en naar hun aard niet ertoe strekken de (procesrechtelijke of materieelrechtelijke) rechtspositie van partijen (mede) te beïnvloeden.[159]

155 Zie voor een korte weergave hiervan § 4.2.
156 Zie bijv. HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, 647 en 650.
157 Zie bijv. HR 25 april 1969 (Pluvier), *NJ* 1969, 303 m.nt. D.J.V., alsmede HR 29 juni 1979 (Stein/Gem. Meeden), *NJ* 1981, 562 m.nt. MS.
158 HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 m.nt. MS; HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119 m.nt. ThWvV en MS; HR 29 juni 1990, *NJ* 1991, 120.
159 Vgl. over interne en externe werking van beleidsregels Van Ommeren 1996, p. 268-285.

Zo zal een rechtersregeling waarin wordt geregeld op welke wijze zaken die tot de competentie van een bepaalde sector van een rechtbank behoren, over de binnen die sector functionerende kamers worden verdeeld,[160] geen 'externe werking' hebben, anders gezegd: zich niet ertoe lenen om *jegens partijen* als rechtsregel te worden toegepast. Wanneer een dergelijke regeling niet of onjuist wordt toegepast (de zaak wordt bijvoorbeeld aan een andere kamer binnen dezelfde sector toebedeeld), is immers niet goed denkbaar dat een der partijen in cassatie met succes een beroep op deze regeling zou kunnen doen, met als gevolg dat de bestreden uitspraak wegens 'schending van het recht' (te weten de bewuste rechtersregeling) zou moeten worden vernietigd.

Een soortgelijk voorbeeld vormt de 'Persrichtlijn voor de Rechtspraak 2003',[161] waarin onder meer is aangegeven in welke gevallen en op welke wijze het maken van geluids-, film- of foto-opnamen in de rechtszaal zal worden toegestaan. Voor deze rechtersregeling geldt eveneens dat niet goed voorstelbaar is dat een der partijen, in het kader van hoger beroep of beroep in cassatie tegen een bepaalde uitspraak, met succes een beroep zou kunnen doen op de eventuele schending van de Persrichtlijn door de (lagere) rechter. Hooguit zou een onjuiste toepassing van de Persrichtlijn op een meer indirecte wijze een rol kunnen spelen, bijvoorbeeld in het kader van de vraag of art. 6 EVRM (in het bijzonder de eis van openbaarheid van de rechtspleging) is geschonden. Niettemin kan ook van deze rechtersregeling worden gezegd dat zij zich niet ertoe leent, rechtstreeks als rechtsregel te worden toegepast jegens de partijen in een bepaalde procedure.

Overigens komt het mij voor dat het bij de hier genoemde voorbeelden om uitzonderingsgevallen gaat. Verreweg de meeste rechtersregelingen hebben immers niet uitsluitend een interne betekenis maar hebben, nu zij uit de aard der zaak steeds betrekking hebben op de wijze van behandeling of beslissing van zaken,[162] juist (mede) de strekking, de procesrechtelijke of materieelrechtelijke rechtspositie van partijen te beïnvloeden.[163] Het zal zich dus slechts zelden voordoen dat een rechtersregeling op déze grond – wegens het ontbreken van externe werking – buiten het kader van art. 79 RO komt te vallen.

#### *5.4.2.4 Bindende regel*

Een verder gezichtspunt waaraan bij de invulling van het vereiste 'zich naar inhoud en strekking lenen voor toepassing als rechtsregel' kan worden gedacht

160 Een rechtersregeling met een zodanige inhoud zal waarschijnlijk worden vastgesteld bij of krachtens het reglement dat het gerechtsbestuur ingevolge art. 19 lid 1 RO dient vast te stellen. Zo bepaalt bijv. het 'Reglement als bedoeld in artikel 4.3 bestuursreglement rechtbank Maastricht' (*Stcrt.* 2002, nr. 93), dat de voorzitters van de verschillende sectoren het aantal, de samenstelling en het rooster van de kamers binnen hun sector bepalen.

161 Gepubliceerd op www.rechtspraak.nl (onder 'Reglementen').

162 Zie ook § 1.3.

163 Vgl. de in hoofdstuk 2 besproken voorbeelden van rechtersregelingen.

is het volgende. Het karakter van een regeling als *recht*sregel wordt – naast de eerder besproken algemene en externe werking daarvan[164] – in belangrijke mate bepaald door feit dat deze regeling (voor betrokkenen) in juridische zin *bindend* is.[165] In § 4.4.5.2 is al gebleken dat een rechtersregeling die is vastgesteld door het daartoe bevoegde orgaan én behoorlijk bekendgemaakt is, reeds vanwege de combinatie van deze twee elementen de rechter ten opzichte van partijen kan binden, en wel op grond van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging. Het gaat hierbij strikt genomen om een zwakkere binding dan aan de wet bestaat: van rechtersregelingen kan bijvoorbeeld in bijzondere omstandigheden steeds worden afgeweken.[166] De aard van deze (beperktere) gebondenheid doet echter aan de mogelijkheid tot 'toepassing als rechtsregel' niet af.[167] In dit opzicht mist het vereiste 'zich lenen voor toepassing als rechtsregel' derhalve zelfstandige waarde: het berusten op zelfbinding en een behoorlijke bekendmaking vormen immers al afzonderlijke voorwaarden voor kwalificatie van een rechtersregeling als recht in de zin van art. 79 RO.

Bij het voorgaande moet overigens worden opgemerkt, dat de mogelijkheid tot (voorafgaande) zelfbinding niet in alle gevallen kan worden aangenomen. Wanneer het gaat om de beantwoording van rechtsvragen is naar mijn mening een dergelijke vorm van binding niet goed mogelijk, zodat een wetsinterpreterende rechtersregeling ook niet als recht in de zin van art. 79 RO aangemerkt zal kunnen worden.[168] Anders dan in de literatuur wel is betoogd,[169] berust dit echter niet op de grond dat dergelijke regelingen zich niet zouden lenen voor toepassing als rechtsregel. Integendeel: ook een wetsinterpreterende rechtersregeling, bijvoorbeeld inhoudend 'een kort geding kan gelden als een eis in de hoofdzaak als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv'[170] leent zich (objectief bezien) zeer wel voor toepassing als rechtsregel – eigenlijk beter dan de wet zelf, die op dit punt immers voor meerdere uitleg vatbaar bleek.

### *5.4.2.5 Formulering van de regel*

Bij de invulling van het criterium 'zich naar inhoud en strekking lenen voor toepassing als rechtsregel' kan tot slot gekeken worden naar de wijze waarop een bepaalde regeling is geformuleerd. Denkbaar is immers dat een al te vrijblijvend of globaal geformuleerde rechtersregeling niet zal voldoen aan

164 Zie § 5.4.2.2 en § 5.4.2.3.
165 Vgl. Poortinga 2001, p. 15.
166 Zie § 4.4.5.3 en § 6.2.2.
167 Zoals HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 m.nt. MS (r.o. 4.6) het voor beleidsregels formuleert.
168 Zie § 4.5.5.
169 Aldus bijv. Bok 1997, p. 238-239.
170 Vgl. HR 26 februari 1999 (Ajax/Reule), *NJ* 1999, 717 m.nt. HJS; zie over dit arrest ook § 6.3.3.

de eis dat zij zich naar inhoud en strekking leent voor toepassing als rechtsregel.[171]

Als (mogelijk) voorbeeld hiervan kan de 'kantonrechtersformule', onderdeel van de Aanbevelingen voor procedures ex art. 7:685 BW van de Kring van Kantonrechters,[172] worden genoemd. Deze formule houdt in dat een toe te kennen vergoeding bij de ontbinding van een arbeidsovereenkomst wordt berekend volgens de formule A x B x C. De factoren A en B hierin zijn objectief vast te stellen: A staat voor het gewogen aantal dienstjaren en B voor (kort gezegd) het bruto maandsalaris. De C-factor kan echter – met het oog op de bijzondere omstandigheden van het geval – door de rechter zelf worden ingevuld. Vanwege dit in beginsel onbepaalde karakter van de C-factor zou wellicht betoogd kunnen worden dat deze formule zich niet leent voor toepassing als rechtsregel. In de praktijk blijkt een correctiefactor hoger dan 2 echter (grote) uitzondering te zijn,[173] zodat niet gezegd kan worden dat de formule geen enkele normerende invloed heeft bij de vaststelling van ontbindingsvergoedingen en zich dus in het geheel niet leent voor toepassing als rechtsregel.

Ook indien een rechtersregeling slechts een aantal gezichtspunten of relevante omstandigheden voor het gebruik van een bepaalde bevoegdheid of de toepassing van een bepaalde regel inhoudt, kan de vraag gesteld worden of deze aan het hier besproken criterium voldoet. Naar mijn idee zal deze vraag echter niet te snel ontkennend mogen worden beantwoord. Ook vele wettelijke of jurisprudentiële regels zijn vaag of bestaan slechts uit een lijst van gezichtspunten. Moeilijk vol te houden is echter dat het hierbij niet om rechtsregels kan gaan.[174] Wel laten dergelijke rechtsregels meer ruimte voor invulling, maar dat is iets anders. Voorzover zij grenzen aangeven waar de rechter niet buiten mag treden, of gezichtspunten opsommen die hij bij zijn beslissing in acht dient te nemen, kan wel degelijk worden gesproken van rechtsregels.

Enigszins terzijde moet hierbij opgemerkt worden dat met betrekking tot beleidsregels door de Hoge Raad in het verleden eveneens werd aangenomen dat deze geen recht in de zin van art. 79 RO opleveren wanneer daarin slechts een (globale) aanduiding van het te voeren beleid is opgenomen.[175] Enkele meer recente arresten lijken op dat punt een opvallende koerswijziging in te houden. In twee gevallen heeft de Hoge Raad namelijk uitlatingen van een minister respectievelijk een staatssecretaris, die gedaan werden naar aanleiding van vragen uit de Tweede Kamer, aangemerkt als recht in de zin van art. 79 RO.[176]

---

171 Aldus ook Snijders 2001, p. 27. Vgl. ook Köhne 2000, p. 136.
172 Zie over deze rechtersregeling ook § 2.7.
173 Zie bijv. de overzichten gegeven door Scholtens 2003a en b en 2004a en b.
174 Vgl. Korthals Altes 1981, p. 58.
175 Vgl. HR 25 april 1969 (Pluvier), *NJ* 1969, 303 m.nt. D.J.V..
176 Zie HR 13 maart 1996, *AB* 1996, 211 m.nt. ThGD en HR 25 oktober 1996 (A./Staat), *NJ* 1998, 254 m.nt. MS. Zie hierover ook § 5.3.2 in verband met het bekendmakingsvereiste.

Bij deze uitspraken kunnen vraagtekens worden geplaatst. In feite kan immers bezwaarlijk gezegd worden dat dergelijke uitlatingen van bewindspersonen, die naar hun aard nauwelijks een uitgewerkte regeling kunnen inhouden, zich lenen voor (herhaalde) toepassing als rechtsregel.[177] De situatie zal zich echter niet snel voordoen dat een uitlating die een bepaalde *rechter* in het openbaar doet met betrekking tot zijn 'beleid' (dan wel zijn opvatting over een bepaalde kwestie), op deze wijze als 'recht' wordt aangemerkt. De twee hier genoemde arresten zijn daarom in zoverre minder relevant voor de beoordeling van rechtersregelingen.

*5.4.2.6 Benaming niet beslissend*

Bij een beoordeling aan de hand van de hiervóór genoemde gezichtspunten of een rechtersregeling zich naar inhoud en strekking leent voor toepassing als rechtsregel, dient de benaming van de regeling niet beslissend te zijn. Zo zijn rechtersregelingen als de alimentatienormen, het liquidatietarief of het rapport Voor-werk II door de opstellers ervan gepresenteerd als 'aanbevelingen' of 'richtlijnen'. Het is natuurlijk zo dat al deze regelingen afkomstig zijn van de NVvR en dus reeds daarom niet voldoen aan de eisen voor recht in de zin van art. 79 RO.[178] Mogelijk is dat tevens de reden voor de gekozen benaming: aan te nemen valt dat de NVvR zich ook bewust is van het feit dat zij rechters of rechterlijke instellingen niet kan binden. Indien echter dergelijke rechtersregelingen onder dezelfde benaming door (bijvoorbeeld) alle rechtbanken zouden worden overgenomen als eigen regeling, zouden zij zich dan louter vanwege de benaming niet lenen voor toepassing als rechtsregel?

Wanneer we kijken naar de formulering en vormgeving zien we in al deze gevallen regelingen die een sterke gelijkenis vertonen met 'echte' wetgeving. Ik doel hierbij met name op de mate van uitwerking en de onvoorwaardelijke formulering, die weinig of geen ruimte voor de rechter overlaat.[179] Zo luidt bijvoorbeeld de eerste aanbeveling uit het rapport Voor-werk II:[180]

> "Een vordering ter zake van bedongen buitengerechtelijke kosten, waaromtrent onweersproken wordt gesteld dan wel na betwisting wordt bewezen dat kosten zijn gemaakt, wordt – zonodig met toepassing van art. 57ab Rv[181] – forfaitair gematigd tot twee punten van het toepasselijke liquidatietarief in eerste aanleg

177 Vgl. de noot van Drupsteen onder HR 13 maart 1996, *AB* 1996, 211.

178 De NVvR is immers niet te beschouwen als een bevoegd orgaan voor de vaststelling van rechtersregelingen. Zie hierover ook § 4.4.4.4.

179 Behoudens de ('inherente') mogelijkheid tot afwijking in bijzondere gevallen. Zie daarover § 4.4.5.3 en § 6.2.2.

180 Zie over dit rapport van de NVvR, dat 'aanbevelingen' bevat inzake de vergoeding van (bedongen en niet-bedongen) buitengerechtelijke kosten, uitgebreider § 2.5.

181 Art. 57ab (oud, thans art. 242) Rv behelst de bevoegdheid van de rechter tot matiging van (bedongen) buitengerechtelijke kosten.

> met een maximum van 15% van de hoofdsom, te vermeerderen met de tot aan de dagvaarding vervallen rente voorzover deze in een bedrag is uitgedrukt (-), een en ander tenzij de schuldeiser gemotiveerd stelt en zo nodig bewijst dat de werkelijk gemaakte kosten hoger zijn dan het forfaitaire bedrag als hiervoor bedoeld en deze redelijk zijn."

Veel uitgewerkter en concreter kan een regel bijna niet zijn. Een 'aanbeveling' als deze leent zich naar inhoud en strekking wel degelijk voor toepassing als rechtsregel en kan niet enkel vanwege de benaming buiten het bereik van art. 79 RO vallen. Onjuist is dan ook de redenering die soms – ook door de Hoge Raad – wel gevolgd wordt: bepaalde rechtersregelingen, zoals de alimentatienormen of de liquidatietarieven, zijn geen recht in de zin van art. 79 RO *omdat* het slechts (niet-bindende) aanbevelingen zijn.[182] Deze redenering komt, teruggebracht tot de kern, neer op: 'ze binden niet omdat ze niet binden'. Afgezien van het feit dat dit een cirkelredenering is, wordt aldus voorbijgegaan aan het feit dat binding aan een rechtersregeling rechtens reeds kan ontstaan door vaststelling door het bevoegde orgaan, in combinatie met een behoorlijke bekendmaking die heeft plaatsgevonden met goedvinden van de betrokken rechters of gerechten.[183]

Wel moet hierbij worden aangetekend, dat een bekendmaking 'onder voorbehoud' zal kunnen verhinderen dat een rechtersregeling (indien deze ook aan de overige eisen daarvoor voldoet) de rechter bindt en als recht in de zin van art. 79 RO kan worden aangemerkt.[184] In die zin kan de bedoeling van de opstellers van een rechtersregeling wel degelijk invloed hebben op het ontstaan van binding daaraan. Aan het hier bedoelde voorbehoud zal mijns inziens echter de eis gesteld moeten worden, dat dit ondubbelzinnig wordt gemaakt. Ook hierbij is de benaming van de regeling niet beslissend. In feite zou dit alles overigens ook reeds uit het rolrichtlijnen-arrest kunnen worden afgeleid: de benaming van de desbetreffende rechtersregeling – rol*richtlijn* en niet bijvoorbeeld rol*reglement* – stond immers geenszins in de weg aan kwalificatie daarvan als recht in de zin van art. 79 RO.

#### *5.4.2.7 Gedeeltelijk toepasbaar als rechtsregel*

Tot slot verdient opmerking dat het waarschijnlijk ook mogelijk zal zijn, dat een rechtersregeling slechts gedeeltelijk voor toepassing als rechtsregel in aanmerking komt. Dit kan worden afgeleid uit een arrest van de Hoge Raad inzake de Vreemdelingencirculaire:[185] de hierin vervatte regels vormen recht in de zin van art. 79 RO *voorzover* zij zich naar hun inhoud en strekking lenen

---

182 Zie bijv. HR 3 april 1998 (Lindeboom/Beusmans), *NJ* 1998, 571 (r.o. 3.3) en – impliciet – HR 1 december 1995, *NJ* 1996, 272.

183 Zie § 4.4.5.3.

184 Zie hierover § 5.3.3.

185 Zie HR 29 juni 1990, *NJ* 1991, 120 (r.o. 3.4.1).

voor toepassing als rechtsregel. Dit impliceert dat niet alleen van geval tot geval, maar mogelijk zelfs binnen een bepaalde rechtersregeling beoordeeld zal moeten worden of aan het in deze paragraaf besproken vereiste is voldaan.

### 5.4.3 Conclusies

Bij de beoordeling of een rechtersregeling zich naar inhoud en strekking leent voor toepassing als rechtsregel kunnen verschillende gezichtspunten een rol spelen: (a) de algemene werking; (b) de externe werking; (c) de bindende werking; en (d) de formulering en mate van concretisering van een regeling (zij mag niet een volledig onbepaald of vrijblijvend karakter hebben). Al deze gezichtspunten hebben evenwel weinig tot geen zelfstandige waarde: de hantering hiervan zal slechts zelden leiden tot het oordeel dat een rechtersregeling zich *niet* ertoe leent, jegens betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast. Van een voldoende algemene werking blijkt al zeer snel sprake te zijn. Externe werking zal bij een gepubliceerde rechtersregeling slechts in uitzonderingsgevallen ontbreken, aangezien dergelijke regelingen vrijwel steeds de strekking hebben, de rechtspositie van partijen (mede) te beïnvloeden. De bindende werking van een rechtersregeling kan ontstaan op grond van het feit dat de regeling berust op zelfbinding en behoorlijk bekendgemaakt is; beide voorwaarden vormen echter al afzonderlijke eisen voor kwalificatie van een rechtersregeling als recht in de zin van art. 79 RO. Ook de zelfstandige betekenis van het onder (d) genoemde gezichtspunt is (zeer) gering: niet spoedig kan op deze grond worden aangenomen dat een rechtersregeling, althans een bepaling daaruit, zich in het geheel niet leent voor toepassing als rechtsregel.

Net zoals dat bij de bekendmakingseis het geval was, zal ook ten aanzien van de 'toepasbaarheid als rechtsregel' uiteindelijk van geval tot geval beoordeeld moeten worden of hieraan voldaan is. De benaming van een rechtersregeling is in dit verband niet beslissend; het gaat om de inhoud en strekking van de regeling. Het is hierbij bovendien denkbaar – zo kan althans uit de jurisprudentie met betrekking tot beleidsregels worden afgeleid – dat een rechtersregeling zich slechts gedeeltelijk leent voor toepassing als rechtsregel. Een en ander betekent dat het in deze paragraaf besproken criterium in feite noodzaakt tot een inhoudelijk onderzoek van de desbetreffende regeling, alvorens de vraag kan worden beantwoord of deze wel of geen recht in de zin van art. 79 RO vormt. Mede gelet op de geringe zelfstandige waarde ervan is dan ook de vraag of de eis van het 'zich naar inhoud en strekking lenen voor toepassing als rechtsregel' niet beter zou kunnen vervallen.

## 5.5 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

In dit hoofdstuk is onderzocht hoe de voorwaarden voor kwalificatie als 'recht' in de zin van art. 79 RO ten aanzien van rechtersregelingen nader ingevuld kunnen worden. Gebleken is daarbij dat de invulling van deze voorwaarden niet steeds eenduidig is. Vooral de eis van 'toepasbaarheid als rechtsregel' is in dit verband problematisch, aangezien deze min of meer dwingt tot een inhoudelijke toetsing van een rechtersregeling, die uiteindelijk pas in cassatie definitief zal kunnen plaatsvinden. Tot dat moment zal echter onduidelijkheid kunnen bestaan over de status van die regeling. Ook het antwoord op de vraag of een rechtersregeling 'behoorlijk bekendgemaakt' is, zal bij de huidige stand van zaken (deels) afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval.

Deze situatie is onwenselijk, gelet op het karakter van de binding aan rechtersregelingen die tot het 'recht' van art. 79 RO behoren. Dit type rechtersregeling wordt immers gekenmerkt door een binding die reeds *voorafgaand* aan toepassing daarvan door de rechter ontstaat. Daarbij past dat de bijbehorende criteria formeel van aard zijn en zo weinig mogelijk ruimte laten voor twijfel over de concrete invulling daarvan.[186]

Het zou dan ook aanbeveling verdienen dat, althans op termijn, de wetgever een aantal zaken met betrekking tot rechtersregelingen in de wet regelt.[187] Ten aanzien van bestuurlijke beleidsregels is dit immers uiteindelijk ook gebeurd. Dit is te meer de aangewezen weg, nu de vragen die in dit verband spelen (deels) keuzes van rechtspolitieke aard vergen, die uiteindelijk niet door de rechter gemaakt zullen kunnen worden.[188] De herziening van de Wet RO is in dit opzicht zeker een gemiste kans te noemen. Tal van belangrijke vragen zijn hierbij immers in het midden gebleven. Ik noem hier de vraag welk orgaan precies bevoegd is tot vaststelling van rechtersregelingen, de wijze waarop de besluitvorming daaromtrent dient plaats te vinden, de afbakening van onderwerpen die zich lenen voor (bindende) rechtersregelingen en de wijze waarop publicatie dient plaats te vinden.

In een toekomstige wettelijke regeling zouden voorts de juridische status van (bepaalde) rechtersregelingen en de voorwaarden voor het bereiken van die status kunnen worden vastgelegd. Hierbij kunnen in eerste instantie de door de Hoge Raad reeds ontwikkelde criteria waaronder een rechtersregeling recht in de zin van art. 79 RO kan vormen, tot uitgangspunt worden genomen. De wetgever zou echter ook een stapje verder kunnen gaan en de criteria waarvan de invulling in de huidige situatie problematisch is, verder kunnen 'formaliseren'.

Ik denk hierbij met name aan de eis van behoorlijke bekendmaking en de eis dat een rechtersregeling zich naar inhoud en strekking moet lenen voor

186 Zie ook hetgeen hierover in § 4.6 is opgemerkt.
187 Ook Terlouw 2003, p. 351-352, pleit voor een wettelijke regeling.
188 Aldus ook Martens & Ten Kate 2000, p. 1623.

toepassing als rechtsregel. De bekendmakingseis zou in die zin geformaliseerd kunnen worden, dat in de wet wordt vastgelegd op welke wijze – via welk medium of welke media, en op welke termijn – een rechtersregeling bekendgemaakt dient te worden, wil deze tot binding kunnen leiden. Naast plaatsing in de Staatscourant (die ook nu reeds als behoorlijke bekendmaking geldt) zou hierbij gedacht kunnen worden aan publicatie via de website www.rechtspraak.nl. De eis dat een rechtersregeling 'toepasbaar als rechtsregel' moet zijn, zou gezien de (zeer) geringe zelfstandige waarde daarvan, wellicht zelfs geheel kunnen vervallen.

Tot slot kan geconcludeerd worden dat vooralsnog een aanzienlijk deel van de thans bestaande rechtersregelingen niet voor het etiket 'recht in de zin van art. 79 RO' in aanmerking zal komen. Dit wordt in de eerste plaats veroorzaakt door het feit dat in veel gevallen rechtersregelingen niet – althans niet op 'behoorlijke wijze' – bekendgemaakt worden. Van de rechtersregelingen die aan deze eis wél voldoen zijn de meeste afkomstig van privaatrechtelijke instellingen als de Kring van Kantonrechters of de NVvR, die beide niet als bevoegd orgaan voor vaststelling kunnen worden beschouwd. Vooralsnog lijken dus met name de verschillende (landelijke en plaatselijke) rolreglementen aan alle eisen voor recht in de zin van art. 79 RO te voldoen. Zeker niet uitgesloten is echter dat in de toekomst meer rechtersregelingen aan deze eisen zullen voldoen. Zoals in § 4.4.5 al is betoogd, moet immers ook met betrekking tot andere vormen van rechterlijke beleidsruimte zelfbinding door rechters in beginsel mogelijk worden geacht. Denkbaar is derhalve dat bestaande rechtersregelingen als het liquidatietarief of het rapport Voor-werk II – bijvoorbeeld op initiatief van de Raad voor de rechtspraak – op enig moment door de afzonderlijke gerechten zelf (althans door het bevoegde orgaan binnen die gerechten) worden vastgesteld. Alsdan zullen ook deze regelingen als bindend voor de rechter en als recht in de zin van art. 79 RO kunnen worden beschouwd.

# 6 Gevolgen van kwalificatie van een rechtersregeling als 'recht'

## 6.1 INLEIDING

In de voorgaande twee hoofdstukken is onderzocht aan welke vereisten een rechtersregeling moet voldoen, wil zij als 'recht' in de zin van art. 79 RO kunnen gelden. Gebleken is daarbij dat een rechtersregeling die voldoet aan de geformuleerde eisen, steeds een bepaalde binding voor de rechter zal opleveren. Als gevolg van de kwalificatie als recht in de zin van art. 79 RO verkrijgt bovendien de cassatierechter in beginsel de mogelijkheid, controle uit te oefenen op uitleg en toepassing van als zodanig te beschouwen rechtersregelingen. Een belangrijke consequentie van dit laatste is dat de binding aan de hier bedoelde rechtersregelingen niet slechts op theoretisch niveau bestaat, maar ook – althans in bepaalde gevallen – door procespartijen geëffectueerd zal kunnen worden.

In het voorliggende hoofdstuk staat de bindende werking van rechtersregelingen die tot het recht van art. 79 RO behoren centraal. Deze binding zal zowel uit theoretisch als uit praktisch oogpunt worden bezien. Allereerst worden enkele algemene aspecten van de binding aan dit type rechtersregeling behandeld, waarbij in het bijzonder de mogelijkheden tot afwijking van een rechtersregeling en de kring van daaraan gebonden personen aan de orde komen (§ 6.2). Vervolgens wordt onderzocht, in hoeverre de binding die een zodanige rechtersregeling oplevert, voor procespartijen ook werkelijk 'afdwingbaar' is. Hierbij ligt het accent op de toetsingsmogelijkheden die de cassatierechter heeft ten aanzien van de toepassing van deze rechtersregelingen door de lagere rechter (§ 6.3). Tot slot zal in het kort worden ingegaan op de vraag of de kwalificatie van een rechtersregeling als recht in de zin van art. 79 RO, tevens meebrengt dat deze als 'rechtsgrond' in de zin van art. 25 (voorheen art. 48) Rv heeft te gelden (§ 6.4).

Bij dit alles moet overigens bedacht worden, dat slechts een relatief klein deel van de thans bestaande rechtersregelingen aan alle eisen voor het predikaat 'recht', als bedoeld in art. 79 RO, lijkt te voldoen. Zoals aan het slot van hoofdstuk 5 al is geconstateerd, gaat het vooralsnog vrijwel uitsluitend om de diverse (landelijke en plaatselijke) rol- of procesreglementen. Niet uitgesloten is echter dat in de toekomst ook andere rechtersregelingen, bijvoorbeeld ten aanzien van materieelrechtelijke onderwerpen als alimentaties of vergoedingen voor proceskosten en buitengerechtelijke kosten, onder het bereik van art. 79 RO kunnen komen te vallen.

## 6.2 BINDENDE WERKING

### 6.2.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 bleek reeds dat een rechtersregeling omtrent de invulling van een bepaalde vorm van (rechterlijke) beleidsruimte die (a) berust op zelfbinding door de ter zake bevoegde rechters, en (b) behoorlijk bekend is gemaakt, de rechter bindt op grond van 'algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging'. Bij deze beginselen valt in het bijzonder aan het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel te denken.[1] Deze binding staat strikt genomen los van de vraag of een zodanige rechtersregeling tevens recht in de zin van art. 79 RO oplevert. Wel is het zo, dat de eisen voor binding op grond van algemene rechtsbeginselen en voor kwalificatie van een rechtersregeling als recht in de zin van art. 79 RO, (vrijwel) volledig samenvallen.[2] De *omvang* van de binding waarin een rechtersregeling resulteert, wordt echter niet zozeer bepaald door de kwalificatie als recht in de zin van art. 79 RO, als wel door het specifieke karakter van een dergelijke regeling. Dit karakter wordt in het bijzonder bepaald door het feit dat rechtersregelingen niet berusten op een door de wetgever uitdrukkelijk aan de rechter toegekende wetgevende bevoegdheid, terwijl zij evenmin te beschouwen zijn als regels van jurisprudentierecht. Het gaat bij dit soort regelingen derhalve om regels van een lagere orde. Dit brengt met zich dat de binding aan rechtersregelingen in meerdere opzichten beperkt van aard is.[3]

Een eerste beperking is gelegen in het feit dat een rechtersregeling in beginsel dient te worden vastgesteld *binnen* de grenzen van de aan de rechter toekomende beslissingsruimte. Dit punt is in § 4.4.4.3 reeds besproken, zodat op deze plaats volstaan kan worden met een verwijzing daarnaar. In de tweede plaats zal de rechter in bepaalde gevallen van een (hem bindende) rechtersregeling kunnen *afwijken*. Deze bevoegdheid tot afwijking komt uitgebreider aan de orde in § 6.2.2. Een derde belangrijk punt is dat het bij de hier besproken rechtersregelingen in beginsel gaat om *zelfbinding* van bepaalde rechters jegens partijen. Dit doet de vraag rijzen in hoeverre ook anderen (andere rechters, en eventueel zelfs de procespartijen) aan een dergelijke regeling 'gebonden' kunnen zijn. Deze vragen vormen het onderwerp van § 6.2.3. Het feit dat de hier besproken rechtersregelingen berusten op zelfbinding, doet bovendien de vraag rijzen of een rechter die zich aan een rechtersregeling gebonden heeft, nog wel onpartijdig (in de zin van art. 6 EVRM) is indien hij een dergelijke regeling vervolgens in een concrete zaak moet toepassen. Op deze vraag wordt in § 6.2.4 ingegaan.

---

1 Zie § 4.4.5.
2 Zie § 4.4.5.2.
3 Zie § 4.4.5.3.

### 6.2.2 Mogelijkheden tot afwijking van een rechtersregeling

#### *6.2.2.1 Inleiding*

In § 4.4.5.3 is uiteengezet dat de rechter in bijzondere gevallen steeds van een rechtersregeling dient te kunnen afwijken. Dit hangt samen met het feit dat de binding aan de hier bedoelde rechtersregelingen (uitsluitend) berust op de werking van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging als het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel. Dergelijke beginselen hebben echter geen absolute gelding.[4] Met name het gelijkheidsbeginsel kan voor binding bovendien slechts de grondslag vormen, wanneer de te behandelen gevallen inderdaad in relevante opzichten gelijk zijn. Doen zich in een zaak zodanige bijzondere omstandigheden voor dat daarvan geen sprake meer is, dan zal de rechter van een rechtersregeling kunnen (en daarmee in feite ook moeten) afwijken. Deze mogelijkheid tot afwijking bestaat ongeacht de vraag, of hierin in de desbetreffende rechtersregeling expliciet is voorzien. In navolging van de bij beleidsregels gebruikelijke terminologie zou dit ook aldus geformuleerd kunnen worden, dat de rechter over een 'inherente' bevoegdheid tot afwijking[5] van een rechtersregeling beschikt.

#### *6.2.2.2 Wanneer is sprake van een 'bijzonder geval'?*

De vraag is uiteraard, wanneer sprake is van een zodanig 'bijzonder' geval dat afwijking van een rechtersregeling gerechtvaardigd is. Aangezien zich uiteenlopende situaties laten denken waarin dit het geval zal kunnen zijn, is deze vraag eigenlijk niet goed in algemene termen te beantwoorden. Wel kan in algemene zin worden opgemerkt, dat de hier bedoelde rechtersregelingen doorgaans betrekking hebben op onderwerpen die in de praktijk veelvuldig aan de orde komen. Bij de vaststelling van een rechtersregeling zal dan de gemiddelde, 'doorsnee'-casus tot uitgangspunt worden genomen.[6] In een geval dat om de een of andere reden afwijkt van dit gemiddelde (met als gevolg dat onverkorte toepassing van de desbetreffende rechtersregeling tot een onjuist of onrechtvaardig resultaat zou leiden) zal de rechter een rechtersregeling terzijde kunnen stellen.

Een voorbeeld: het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken stelt voor het verrichten van proceshandelingen bepaalde, vrij korte, termijnen. Zo bedraagt de termijn voor het indienen van conclusies of akten zes weken, en na een tussenvonnis of in een incident zelfs slechts vier, respectievelijk twee weken (art. 2.7 LRr). In standaardzaken zullen deze termijnen, mede gezien de eigen verantwoordelijkheid die de rechter heeft voor het

4 Zie § 4.4.3.2.
5 Zie voor deze term Van Kreveld 1983, p. 195-196; zie daarover ook § 4.3.5.
6 Vgl. § 4.4.4.3.

bewaken van de voortgang van de procedure (vgl. art. 20 Rv en art. 6 EVRM), zeker aanvaardbaar zijn. Denkbaar is evenwel dat in gecompliceerdere zaken, waarin bijvoorbeeld door partijen omvangrijke producties worden ingebracht, deze termijnen (veel) te kort zullen zijn om daarop in het volgende processtuk adequaat te kunnen reageren. In een dergelijk geval zal de rechter van de in het landelijk rolreglement bepaalde termijnen moeten kunnen afwijken, niettegenstaande het feit dat in het reglement zélf in deze mogelijkheid niet expliciet is voorzien.[7]

Als tweede voorbeeld kan gewezen worden op de kantonrechtersformule.[8] Hoewel de kantonrechter bij vaststelling van een vergoeding ex art. 7:685 lid 8 BW *alle* voor zijn billijkheidsoordeel relevante factoren dient mee te wegen,[9] zullen doorgaans met name de duur van het dienstverband en leeftijd en salaris van de betrokken werknemer relevant zijn voor de hoogte van de toe te kennen vergoeding. Dit zijn dan ook de factoren die volgens de kantonrechtersformule in beginsel bepalend zijn voor de hoogte van de ontbindingsvergoeding.[10] Zeer wel denkbaar is echter dat in sommige gevallen ook andere factoren van invloed dienen te zijn op deze vergoeding, of dat aan de in de kantonrechtersformule opgenomen factoren een ander gewicht dient te worden toegekend, zodat geheel of gedeeltelijk van de formule moet worden afgeweken.[11]

Een illustratie van het voorgaande biedt een uitspraak van de kantonrechter te Nijmegen.[12] In deze zaak was de betrokken werkneemster weliswaar pas anderhalf jaar in dienst bij haar werkgever, maar had zij een vijftienjarig dienstverband bij een andere werkgever opgegeven om haar huidige functie te kunnen aanvaarden. Naar de mening van de kantonrechter kon bovendien

---

7 Art. 1.3 LRr biedt slechts de mogelijkheid dat de rechter op een vóór de eerste roldatum gedaan eenstemmig verzoek van partijen een van het reglement afwijkende procesvoering toestaat.

8 Opgemerkt zij overigens dat de kantonrechtersformule, gelet op de herkomst daarvan, waarschijnlijk niet als recht in de zin van art. 79 RO valt te beschouwen (zie daarover § 4.4.4.4) en dus eigenlijk niet tot het in dit hoofdstuk behandelde type rechtersregelingen behoort.

9 Zie recentelijk o.a. HR 1 maart 2002 (TNO/Ter Meulen), *NJ* 2003, 210 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; HR 1 maart 2002 (Guérand/PTT), *NJ* 2003, 211 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; HR 2 november 2001 (Elverding en Kruijff/Wienholts), *NJ* 2001, 667; HR 15 december 2000 (Intramco/Grotenhuis), *NJ* 2001, 251 m.nt. PAS.

10 Zie hierover § 2.7. Zie voorts Loonstra 2001, p. 35-37; Scholtens 1998.

11 Hierbij verdient opmerking dat in de kantonrechtersformule zélf al een zekere mogelijkheid tot afwijking opgenomen, nu de correctie- of C-factor daarin variabel is en met het oog op de bijzondere omstandigheden van het geval kan worden aangepast. Gezien het feit dat als uitgangspunt een C-factor van 1 geldt, terwijl een C-factor groter dan 2 blijkens de (gepubliceerde) jurisprudentie uitzonderlijk is (waarover § 2.7), kan echter worden aangenomen dat de ruimte die de kantonrechtersformule zélf biedt voor afwijking niet onbeperkt is, en dat in bepaalde gevallen wel degelijk gesproken kan worden van afwijking van de formule.

12 Ktr. Nijmegen 9 februari 2001, *NJ* 2001, 244.

in casu de werkgever een zeer ernstig verwijt gemaakt worden van de opgetreden verstoring van de arbeidsrelatie. Ten aanzien van de hoogte van de aan de werkneemster toe te kennen vergoeding overwoog de kantonrechter daarom:

> "De korte duur van het dienstverband is in dit geval een contra-indicatie voor het berekenen van de vergoeding conform de z.g. kantonrechtersformule. Mede gezien hetgeen hierboven is overwogen met betrekking tot de omstandigheden van partijen [te weten het ernstige verwijt dat aan de werkgever was te maken ter zake van de verstoring van de arbeidsrelatie – KT] zou dat tot een zeer onrechtvaardige uitkomst leiden, zelfs bij hantering van een hoge correctiefactor. Daarom zal de kantonrechter die vergoeding vaststellen aan de hand van de normen van redelijkheid en billijkheid."

Deze uitspraak laat zien dat zich inderdaad omstandigheden kunnen voordoen waaronder een rechtersregeling die in algemene zin juist is, niet behoort te worden toegepast, bijvoorbeeld omdat dat tot een zeer onrechtvaardige uitkomst zou leiden.[13] Afwijking ligt alsdan in de rede en de kantonrechter gaat hier dan ook – terecht – toe over.

Niettemin zal van een rechtersregeling niet té spoedig afgeweken mogen worden. Hierbij speelt in de eerste plaats een rol dat een rechtersregeling altijd ten minste twee (proces)partijen zal raken, met in beginsel tegengestelde belangen. Afwijking van een rechtersregeling in het voordeel van de ene partij zal welhaast per definitie nadelig zijn voor de andere partij, terwijl die andere partij er in beginsel evenzeer op heeft mogen vertrouwen dat de desbetreffende rechtersregeling in beginsel zal worden toegepast.[14] Belangrijker nog is dat een (te) lichtvaardig gebruik van de mogelijkheid tot afwijking ook in algemene zin ernstig afbreuk zou doen aan de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid die een rechtersregeling juist beoogt te bevorderen. In deze zin oordeelde ook het Hof Amsterdam in een geval waarin door appellanten, oorspronkelijk gedaagden, in eerste aanleg niet tijdig van antwoord was gediend en de rolrechter daarom ingevolge art. 1.7 LRr hun recht om te antwoorden vervallen had verklaard. Op het betoog dat de rolrechter, onder afwijking van het rolreglement, op deze beslissing had moeten terugkomen overwoog het hof onder meer:

> "Anders dan appellanten betogen is het algemene belang ermee gediend dat wordt vastgehouden aan het Rolreglement. Dat is een zwaarwegend belang, onder meer

13 Zie voor een soortgelijk voorbeeld Ktr. Rotterdam 7 maart 2003, *Prg.* 2004, 6222 (afwijking van het gebruikelijke (liquidatie)tarief omdat dit tot een te laag bedrag zou leiden nu gedaagde buiten zijn schuld in rechte is betrokken; vergoeding voor gemaakte proceskosten naar redelijkheid en billijkheid vastgesteld).

14 Vgl. § 6.2.3.4.

> omdat daarmee wordt bevorderd dat procedureel gelijke gevallen gelijk worden behandeld en dat tevoren zekerheid bestaat over de procedurele behandeling ter rolle. (-)
> Handhaving van het Rolreglement is geboden om vorenbedoelde redenen van algemeen belang en niet (alleen) om voortvarend procederen te verzekeren of om het belang van de individuele partijen te dienen. Daarom is het feit dat bij inwilliging van het verzoek geen vertraging in de procedure zou zijn opgetreden noch het feit dat [de wederpartij] geen bezwaar had tegen die inwilliging, doorslaggevend."[15]

Deze overwegingen lijken mij juist. Rechtersregelingen in het algemeen, en rolreglementen in het bijzonder, worden (mede) vastgesteld teneinde de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid op een bepaald terrein te bevorderen.[16] Deze doelstelling zou niet bereikt worden indien de rechter zonder dwingende redenen van een rechtersregeling zou kunnen afwijken, bijvoorbeeld enkel omdat de wederpartij geen bezwaar heeft tegen afwijking of daardoor niet benadeeld wordt.[17]

Met de bevoegdheid tot afwijking van een rechtersregeling zal dus terughoudend moeten worden omgegaan: zij dient gereserveerd te blijven voor echt bijzondere omstandigheden.[18] Indien ook in 'normale' gevallen afwijking werkelijk noodzakelijk is, bijvoorbeeld omdat de toepassing van een rechtersregeling leidt tot onbillijke resultaten, dan zal de conclusie eigenlijk moeten zijn dat de regeling zélf niet juist is en dus aanpassing behoeft.

#### *6.2.2.3 Motiveringseisen bij afwijking*

Hoewel de rechter, zoals in de voorgaande paragraaf bleek, in bijzondere gevallen de mogelijkheid heeft tot afwijking van een rechtersregeling, zal hierbij de eis gesteld moeten worden dat deze afwijking afdoende wordt gemotiveerd.[19] Iedere rechterlijke beslissing behoort immers zodanig te wor-

---

15 Hof Amsterdam 7 juni 2001, *JBPr* 2003, 45 m.nt. K. Teuben onder *JBPr* 2003, 50.

16 Vgl. § 4.4.3.2.

17 Zie voor een enigszins andere opvatting Ktr. Deventer 19 februari 2004, LJN-nr. AO 9060, die het niet-naleven van de termijn voor het nemen van de conclusie van antwoord door gedaagde sauveerde en haar alsnog een nadere termijn voor antwoord gunde, omdat (onder meer) het belang van eiseres zich daartegen niet verzette. Hierbij zal echter een belangrijke rol hebben gespeeld dat het in casu ging om een partij die in persoon procedeerde.

18 Vgl. in deze zin ook Hof 's-Gravenhage 25 september 2002, *NJ* 2003, 128 (slechts in bijzondere omstandigheden bestaat aanleiding voor afwijking van het liquidatietarief); Rb. Breda 15 november 2002, *NJ* 2003, 57 (geen omstandigheden aanwezig die het kennelijk onredelijk doen zijn, aan het liquidatietarief vast te houden); Hof 's-Gravenhage 5 juni 2002, LJN-nr. AE 5126 (niet aannemelijk dat in dit specifieke geval van het procesreglement zou moeten worden afgeweken; aangevoerde omstandigheden zijn daartoe onvoldoende).

19 In deze zin ook Terlouw 2003, p. 347; Brenninkmeijer 2001a, p. 60; Widdershoven 1999, p. 362; Ingelse & Mölenberg 2000, p. 1145; Snijders 1997b, p. 1796-1797; Cleiren 1997, p. 33. Kritisch over een motiveringsplicht bij afwijking is Jessurun d'Oliveira 1999b, p. 383-384,

den gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, teneinde de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar te maken.[20] De rechter zal bij zijn beslissing dus moeten aangeven welke bijzondere omstandigheden of andere redenen zijns inziens afwijking van een bepaalde rechtersregeling rechtvaardigen.[21] Dit is niet slechts van belang voor de betrokken partijen zelf of (in geval van hoger beroep of cassatie) de hogere rechter, maar ook voor de rechtsontwikkeling: toekomstige gevallen hebben er baat bij indien duidelijk wordt gemaakt waarom in bepaalde omstandigheden een rechtersregeling wel of niet wordt toegepast. Hoe ver deze motiveringseis in het concrete geval gaat is overigens niet in algemene zin te zeggen, maar hangt (onder meer) af van het tussen partijen gevoerde debat.[22]

Om de zojuist genoemde redenen kan ook een omgekeerde motiveringseis worden bepleit: indien door een partij (onderbouwd) wordt betoogd dat in casu van een rechtersregeling afgeweken dient te worden, zou van de rechter kunnen worden verlangd dat hij motiveert waarom hij desondanks *niet* van de regeling afwijkt.[23] Nu het volgen van een rechtersregeling echter de hoofdregel is, zal de motivering bij niet-afwijking in de meeste gevallen niet zeer uitvoerig behoeven te zijn (nog daargelaten dat dit praktisch gezien veelal ook niet van de rechter gevergd zal kunnen worden). Onder omstandigheden kan echter een uitgebreidere motivering op haar plaats zijn, met name indien hetgeen door partijen is aangevoerd daartoe aanleiding geeft.[24]

In beide hier genoemde gevallen (afwijking van een rechtersregeling, respectievelijk niet-afwijking daarvan ondanks een daartoe strekkend beroep) is bovendien denkbaar dat deze verplichting tot motivering uiteindelijk in cassatie getoetst zal kunnen worden. Ik kom hierop terug in § 6.3.5.

---

die meent dat een toch al overbelaste rechter wel 'bijzonder ongelukkig' moet zijn, wil hij de moeite nemen voor een speciaal gemotiveerde uitspraak.

20 Zie in deze zin met name HR 4 juni 1993 (Vredo/Veenhuis), *NJ* 1993, 659 m.nt. DWFV.

21 Het gaat bij deze motiveringseis overigens om een soortgelijke eis als geldt bij het afwijken van of het terugkomen op eerdere rechtspraak (precedenten): ook afwijken daarvan is toegestaan, mits dit gemotiveerd gebeurt (zie hierover § 7.5.4 en § 8.3.5.4).

22 Zie § 6.3.2.2.

23 In deze zin m.b.t. het liquidatietarief ook Ingelse & Mölenberg 2000, p. 1145. Een soortgelijke motiveringseis is overigens bij bestuurlijke beleidsregels eveneens terug te vinden: hoewel het bestuur bij handelen conform een beleidsregel in beginsel ter motivering zal kunnen volstaan met verwijzing naar die beleidsregel (zie art. 4:82 Awb), ligt dit anders wanneer de burger er een beroep op doet dat in casu sprake is van een 'bijzonder geval', dat tot afwijking van de beleidsregel dient te leiden. Alsdan zal het bestuur moeten motiveren waarom niet van de beleidsregel wordt afgeweken (zie Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 230; De Waard 1997, p. 122-123).

24 Vgl. § 6.3.2.2.

### 6.2.3 Personen die aan een rechtersregeling gebonden zijn

#### *6.2.3.1 Inleiding*

Zoals in de voorgaande hoofdstukken bleek, zal het bij rechtersregelingen die tot het recht in de zin van art. 79 RO behoren steeds gaan om *zelfbinding* door bepaalde rechters.[25] Dit betekent dat primair de rechters die de desbetreffende regeling hebben vastgesteld, op grond van het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel jegens partijen gehouden zijn deze regeling (in beginsel) na te leven. De vraag die thans bespreking behoeft is of, en zo ja, in hoeverre een dergelijke rechtersregeling ook voor *anderen* (in het bijzonder: andere rechters en/of partijen) een zekere mate van binding kan opleveren, in die zin dat zij eveneens gehouden kunnen zijn een rechtersregeling toe te passen of na te leven. Wat hebben bijvoorbeeld de gerechtshoven te maken met het landelijk rolreglement voor de rechtbanken? En kan de rechter in bepaalde gevallen ook van procespartijen verlangen, dat zij zich aan een rechtersregeling houden? Kortom: wie is precies jegens wie aan een (als recht in de zin van art. 79 RO te beschouwen) rechtersregeling gebonden?

#### *6.2.3.2 Binding van rechters die een rechtersregeling (mede) hebben vastgesteld*

De binding van rechters die een rechtersregeling (mede) hebben vastgesteld is in het voorgaande al meerdere malen aan de orde gekomen.[26] Ik kan hier dan ook volstaan met enkele korte opmerkingen hierover. Deze vorm van binding ontstaat primair ten opzichte van (potentiële) *partijen*, als gevolg van de werking van het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel. De keerzijde hiervan is dat partijen dan ook in beginsel aanspraak kunnen maken op naleving van een rechtersregeling door de rechter. Of deze aanspraak steeds in rechte geëffectueerd kan worden is overigens een andere vraag. In de praktijk zal dit niet in alle gevallen mogelijk blijken te zijn.[27]

Een vraag die hierbij afzonderlijk aandacht behoeft, is of de hier bedoelde binding ook bestaat jegens andere bij een rechtersregeling betrokken *rechters* – bijvoorbeeld andere rechters binnen het eigen gerecht. Kan bijvoorbeeld de president van een rechtbank een rechter die zich (structureel) niet aan een rechtersregeling houdt, dan wel zonder enige motivering daarvan afwijkt, hierop aanspreken én (direct of indirect) naleving afdwingen?

Onder de oude Wet RO, zoals die tot 1 januari 2002 gold, kon een rechter ten aanzien van de door hem te nemen beslissingen geen concrete aanwijzingen

25 Zie met name § 4.4.4.4.
26 Zie met name § 4.4.5.
27 Zie over complicaties die zich hierbij kunnen voordoen met name § 6.3.6.

van andere rechters krijgen, ook niet van de president van zijn gerecht.[28] De herziening van de rechterlijke organisatie[29] heeft op dit punt geen wezenlijke veranderingen gebracht. In art. 24 lid 1 van de herziene Wet RO is weliswaar een bevoegdheid voor het gerechtsbestuur tot het geven van 'algemene en bijzondere aanwijzingen' opgenomen, maar deze bevoegdheid betreft uitsluitend onderwerpen die tot de bedrijfsvoering van het gerecht (zoals gedefinieerd in art. 23 lid 1 RO) kunnen worden gerekend. In het tweede lid van art. 24 RO wordt expliciet bepaald dat het bestuur bij het geven van aanwijzingen niet mag treden in (kort gezegd) de behandeling en beslissing van een concrete zaak of van categorieën van zaken. Het is dus niet mogelijk dat een bepaalde autoriteit binnen het gerecht (in dit verband: het gerechtsbestuur) een rechter rechtstreeks opdraagt zaken op een bepaalde wijze, conform een geldende rechtersregeling, te beslissen.

Wél kan de president van een rechtbank of gerechtshof, op grond van art. 46c lid 1 jo. art. 46d lid 1van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra), aan rechters binnen zijn gerecht de disciplinaire maatregel van schriftelijke waarschuwing opleggen, indien zij "de waardigheid van hun ambt, hun ambtsbezigheden of ambtsplichten verwaarlozen". Voorts kan de Hoge Raad een rechter ontslaan (onder andere) wegens 'handelen of nalaten dat ernstig nadeel toebrengt aan de goede gang van zaken bij de rechtspraak of het in haar te stellen vertrouwen' (zie art. 46c lid 2 jo. art. 46d lid 2 Wrra). Zou nu gesteld kunnen worden dat een rechter die zich (stelselmatig en doelbewust) niets van een rechtersregeling aantrekt, daarmee ernstige schade toebrengt aan de goede gang van zaken bij de rechtspraak en het daarin te stellen vertrouwen, of althans zijn ambtsbezigheden of ambtsplichten verwaarloost?[30]

Een dergelijke redenering lijkt mij al snel in strijd te komen met de strekking van de rechterlijke onafhankelijkheid. De (functionele) onafhankelijkheid van de rechter houdt immers onder meer in dat de rechter zijn beslissing dient te kunnen baseren op zijn eigen, vrije oordeelsvorming omtrent de feiten én de rechtsgronden.[31] Dit is de reden dat de rechter geen concrete aanwijzingen van anderen kan krijgen ten aanzien van de door hem in een bepaalde zaak te nemen beslissing. Indien evenwel een rechter wegens bepaalde concrete beslissingen, hoezeer ook rechtens onjuist, ontslagen zou kunnen worden, zou hij – zij het indirect – eveneens gedwongen kunnen worden, op een bepaalde wijze te beslissen. Weliswaar is de rechter nooit volledig vrij bij zijn beslissing: hij is daarbij immers in beginsel gebonden aan de geldende rechtsregels (met inbegrip van bepaalde rechtersregelingen), hetgeen als zodanig niet in strijd

28 Zie Bovend'Eert 1999, p. 10. In deze zin ook Rb. Leeuwarden 24 juli 2000, *NJ* 2000, 696: "Een president van een rechtbank heeft geen enkele aanwijzingsbevoegdheid dan wel zeggenschap bij het nemen van beslissingen door rechters van die rechtbank."

29 Zie hierover uitgebreider § 5.2.3.2.

30 In deze zin mogelijk Brenninkmeijer 2001a, p. 69.

31 Zie § 3.2.2.

komt met de rechterlijke onafhankelijkheid.[32] De dreiging van disciplinaire maatregelen of zelfs ontslag bij niet-inachtneming van de geldende rechtsregels lijkt mij, behoudens wellicht exceptionele gevallen, echter een stap te ver. De rechter zou zich daardoor mogelijk niet vrij meer achten, te bezien of een geldende rechtsregel in een bepaald geval wellicht aanpassing, nuancering of afwijking behoeft, hetgeen sterk afbreuk zou doen aan de hiervóór omschreven strekking van de rechterlijke onafhankelijkheid.

Bij het voorgaande kan voorts opgemerkt worden dat rechtersregelingen primair in het belang van (potentiële) partijen worden vastgesteld, en niet zozeer in het belang van de gerechten.[33] Dit in aanmerking nemend acht ik het voldoende dat de partijen, op grond van de werking van algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel, aanspraak hebben op naleving van een rechtersregeling door de rechter. In bepaalde gevallen, zij het zeker niet altijd, zal deze aanspraak ook daadwerkelijk in rechte, bij een hogere rechter, kunnen worden geëffectueerd.[34]

Geconcludeerd kan worden dat, formeel gezien, de andere rechters binnen een gerecht, noch de president daarvan, door middel van bepaalde sancties kunnen bewerkstelligen dat een rechter zich aan een rechtersregeling houdt. Dit neemt uiteraard niet weg dat een bepaalde mate van 'informele' binding aan rechtersregelingen, met name binnen het eigen gerecht, in veel gevallen wél zal bestaan.[35]

#### *6.2.3.3 Binding van andere rechters*

Een volgende vraag die bespreking behoeft, is of een rechtersregeling ook voor *andere* rechters dan degenen die bij de vaststelling daarvan betrokken zijn geweest, een bepaalde vorm van binding kan opleveren. In het bijzonder de positie van de hogere rechter vraagt in dit verband de aandacht. Kan de appèl- of cassatierechter 'gebonden' zijn aan een rechtersregeling die is vastgesteld door de rechters in eerste aanleg, in die zin dat hij is gehouden tot toepassing daarvan?

Bij de beantwoording van deze vraag moet onderscheiden worden tussen twee theoretisch denkbare vormen van gebondenheid. Ten eerste zou de hogere rechter gehouden kunnen zijn, een rechtersregeling van de lagere rechter bij zijn eigen beslissingen toe te passen. Ik duid dit hier aan met 'directe' of

---

32 Zie § 3.2.3 en § 3.2.4.

33 Al kunnen bij de vaststelling van rechtersregelingen, met name op het procedurele vlak, ook interne efficiency-overwegingen een (belangrijke) rol spelen (vgl. in deze zin *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 202).

34 Zie hierover § 6.3.

35 Vgl. hetgeen hierover in § 1.4 is opgemerkt; zie ook Terlouw 2003, p. 293-302. Ook is denkbaar dat het feit dat een rechter zich niet aan een bepaalde rechtersregeling wenst te conformeren, in evaluatie- of functioneringsgesprekken met die rechter aan de orde wordt gesteld (vgl. hierover Allewijn & Brenninkmeijer, p. 264-265).

'rechtstreekse' binding. Ten tweede is 'indirecte' binding denkbaar. Hiermee bedoel ik dat de hogere rechter gehouden zou kunnen zijn een rechtersregeling van de lagere rechter als *toetsingsmaatstaf* te hanteren, hetgeen inhoudt dat hij diens beslissing dient te beoordelen aan de hand van die regeling. In het navolgende zal worden bezien in hoeverre deze beide vormen van gebondenheid zich inderdaad voor kunnen doen.

*a) Directe binding*

'Directe' gebondenheid van een andere, hogere, rechter zou als gezegd betekenen dat deze een rechtersregeling van een lagere rechter moet toepassen indien hij zelf een nieuwe beslissing in een aan hem voorgelegde zaak moet nemen.

Het spreekt eigenlijk wel vanzelf dat een dergelijke directe binding van hogere rechters aan een rechtersregeling van de lagere rechters niet kan worden aangenomen. Het zou immers in strijd komen met de hiërarchische opbouw van de rechterlijke organisatie, alsmede met de controle- en rechtseenheidsfunctie van de rechtsmiddelen appèl en cassatie,[36] wanneer een lagere rechter een hogere rechter op deze wijze zou kunnen binden. Eerder is het omgekeerde de bedoeling: indien één of meer hoven, dan wel de Hoge Raad, een bepaald 'beleid' of een bepaalde rechtsopvatting volgen, kan van de lagere rechters verwacht worden dat zij zich daaraan in beginsel conformeren, tenzij gegronde redenen aanwezig zijn tot afwijking daarvan.[37]

Hiermee rijst overigens wel de vraag of een rechtersregeling van bijvoorbeeld alle rechtbanken, met name wanneer het gaat om iets anders dan een rolreglement,[38] überhaupt zinvol is wanneer de gerechtshoven zich daaraan niet (hetzij voorafgaand, hetzij na verloop van tijd) gebonden achten. Vanuit dit perspectief bezien zou het beter zijn wanneer appèlrechters eigen of gezamenlijke rechtersregelingen zouden vaststellen.[39] Weliswaar zijn de lagere rechters hieraan niet via zelfbinding gebonden, maar reeds uit het stelsel van rechtsmiddelen volgt dat zij feitelijk wel gehouden zijn een zodanige regeling te volgen. Zo niet, dan zal immers steeds met succes hoger beroep kunnen worden ingesteld. Daarnaast zou gedacht kunnen worden aan de vaststelling van gezamenlijke regelingen door de rechters in eerste aanleg en de appèlrechters Uit oogpunt van onafhankelijkheid en controle is tegen deze mogelijkheid echter het nodige te zeggen.[40]

Afsluitend merk ik nog op dat het uiteraard denkbaar is dat de hogere rechter een rechtersregeling van de lagere rechter(s) overneemt, bijvoorbeeld

---

36 Zie hierover Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nrs. 13, 14 en 52; zie ook § 7.5.2.3.

37 Zie over de gebondenheid van lagere rechters aan uitspraken van hogere rechters ook § 7.5.3 en § 8.3.

38 Een rolreglement van de lagere rechter kan namelijk voor de appèlrechter wél een bepaalde vorm van gebondenheid opleveren; zie daarover uitgebreider sub b van deze paragraaf.

39 Vgl. in dit verband ook § 6.3.6.4.

40 Zie hierover Van Delden 1989, p. 1645; vgl. voorts § 4.4.6.2, sub c en § 6.2.4 *in fine*.

door deze expliciet als eigen rechtersregeling vast te stellen of te aanvaarden. In dat geval is wél sprake van directe (zelf)binding van de hogere rechter.

*b) Indirecte binding*

Het feit dat directe gebondenheid van de hogere rechter aan een rechtersregeling van de lagere rechter niet kan worden aanvaard, betekent nog niet noodzakelijkerwijs dat een meer beperkte, 'indirecte', vorm van binding evenmin aanwezig kan zijn. Indirecte binding houdt als gezegd in, dat een hogere rechter een rechtersregeling hanteert én (dit laatste is essentieel) ook *moet* hanteren als toetsingsmaatstaf bij de beoordeling van de beslissing van een lagere rechter. De vraag of, en zo ja, in welke gevallen deze vorm van binding bestaat, hangt af van de wijze waarop de beslissing van de lagere rechter ter discussie staat. Hierbij bestaan enige belangrijke verschillen tussen de beoordeling in appèl en in cassatie.

Het appèl heeft devolutieve werking en strekt niet slechts tot een beoordeling van de juistheid van de beslissing in eerste aanleg, maar tevens – binnen de grenzen van de aangevoerde grieven – tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak.[41] Dit betekent dat de appèlrechter niet beperkt is tot een beoordeling van de vraag, of de lagere rechter tot zijn beslissing 'had kunnen komen'. Integendeel: zowel bij de beoordeling van de aangevoerde grieven als bij een (eventuele) nieuwe beslissing in de zaak zal hij zijn eigen oordeel voor dat van de lagere rechter in de plaats mogen stellen.[42]

Dit uitgangspunt heeft, bij aanwezigheid van een rechtersregeling, de volgende consequenties. Stel bijvoorbeeld dat alle rechtbanken een rechtersregeling (die voldoet aan de criteria voor recht in de zin van art. 79 RO) zouden vaststellen, waarin een 'formule' voor de berekening van smartengelden is neergelegd. Een rechtbank kent vervolgens in een bepaalde zaak een lager bedrag aan smartengeld toe dan uit deze rechtersregeling zou volgen. Indien tegen deze beslissing in appèl een grief wordt aangevoerd, brengt de taak van de appèlrechter mee dat hij, zowel bij de beoordeling van de gegrondheid daarvan als bij een (eventuele) nieuwe beslissing, zich een eigen oordeel moet vormen over de vraag welk bedrag aan smartengeld in casu dient te worden toegekend, *zonder* daarbij met de voor de rechtbank geldende regeling rekening te hoeven houden.[43] De beoordeling in appèl is immers niet beperkt tot de vraag of de rechter in eerste aanleg zijn rechtersregeling correct heeft toegepast. Hieruit volgt dat niet alleen directe, maar ook indirecte gebondenheid van

41 Zie Snijders & Wendels 2003, nr. 163; Hovens 2001a, p. 75-79.

42 Vgl. hierover Hovens 2001b, p. 867-868.

43 Het mag natuurlijk wél, bijv. wanneer de appèlrechter een rechtersregeling van de lagere rechter (impliciet of expliciet) als juist aanvaardt en in zijn beslissing overneemt. Zie voor een voorbeeld HR 9 december 1994 (Smit/De Moor), *NJ* 1995, 250, in welke procedure de rechtbank in appèl de gevorderde buitengerechtelijke kosten vaststelde volgens het door de kantonrechter te Amsterdam gehanteerde (en gepubliceerde) tarief, welk tarief de rechtbank "redelijk" achtte.

de appèlrechter aan een rechtersregeling van de lagere rechter in het algemeen niet denkbaar is.

Het voorgaande lijdt echter uitzondering in die gevallen waarin een beslissing die louter op de procedure in eerste aanleg betrekking heeft, ter beoordeling van de appèlrechter staat. Ik denk hierbij aan het soort beslissingen dat door de rolrechter pleegt te worden genomen, zoals bijvoorbeeld een beslissing waarbij op grond van een rolreglement een akte van niet-dienen wordt verleend wegens overschrijding van een gestelde termijn. Indien tegen een zodanige beslissing hoger beroep wordt ingesteld,[44] zal de appèlrechter deze slechts beoordelen 'als ware hij de rechter in eerste aanleg'. Ik bedoel hiermee dat de appèlrechter uitsluitend zal moeten onderzoeken tot welke beslissing de lagere rechter – gegeven onder meer het voor hem geldende rolreglement – had moeten komen. Een en ander volgt uit het sterk 'organisatorische' karakter van rolreglementen: de daarin opgenomen regels hangen samen met plaatselijke omstandigheden, althans met omstandigheden die specifiek zijn voor de desbetreffende instantie. De procedure in appèl kent immers deels een ander verloop dan de procedure in eerste aanleg. De appèlrechter kan dus bij de beoordeling van de bestreden beslissing niet uitgaan van zijn eigen inzichten omtrent de meest wenselijke inrichting van de rolprocedure; hij zal zich moeten beperken tot de vraag of de lagere rechter in zíjn situatie tot een juiste beslissing is gekomen. Hierbij zal hij het rolreglement van de lagere rechter niet alleen in zijn beoordeling kunnen, maar ook móeten betrekken, zodat dit reglement daarbij inderdaad de functie van toetsingmaatstaf vervult. Dit alles leidt tot de conclusie dat ten aanzien van rechtersregelingen die behoren tot het type 'rolreglement' wél indirecte gebondenheid van de appèlrechter zal bestaan.

De toetsing in cassatie is in veel gevallen beperkter van karakter dan die in appèl. De Hoge Raad kan, binnen de grenzen van de aangevoerde cassatiemiddelen, de aangevallen uitspraak slechts vernietigen wegens 'schending van het recht', dan wel 'verzuim van vormen' (art. 79 RO). De intensiteit van de beoordeling die hierbij plaatsvindt, verschilt afhankelijk van de vraag om wat voor soort beslissing van de feitenrechter het gaat. Enigszins vereenvoudigd kan gesteld worden dat bij 'rechtsbeslissingen'[45] een volledige controle mogelijk is: de Hoge Raad zal kunnen uitgaan van zijn eigen rechtsopvatting en kunnen nagaan of de opvatting van de lagere rechter daarmee in overeenstemming is. In de overige gevallen beperkt de Hoge Raad zich echter tot de beoordeling van de vraag of de lagere rechter tot zijn beslissing 'had kunnen komen'. In § 4.4.2.5 werd al geconstateerd, dat deze laatste situatie zich onder

44 Dit is slechts mogelijk wanneer een dergelijke beslissing als een (tussen)*vonnis* is aan te merken. Gaat het slechts om een rolbeschikking, dan staan daartegen geen rechtsmiddelen open. Zie hierover uitgebreider § 6.3.6.2.

45 Zie over het onderscheid tussen feitelijke, gemengde en rechtsbeslissingen hierna § 6.3.2.3.

meer voordoet bij beslissingen waarbij de feitenrechter 'beleidsruimte'[46] heeft, bijvoorbeeld omdat hij beschikt over een discretionaire bevoegdheid of de hoogte van een bepaalde vergoeding dient vast te stellen. Tevens is geconcludeerd dat juist omtrent het gebruik van dit type bevoegdheden zelfbinding door de (lagere) rechter mogelijk is.[47] Het resultaat van deze zelfbinding – een rechtersregeling – zal (mits behoorlijk bekendgemaakt) bovendien als recht in de zin van art. 79 RO kunnen worden beschouwd.

Wanneer zulks inderdaad is geschied en door de feitenrechter(s) een rechtersregeling omtrent de invulling van een bepaalde vorm van beleidsruimte is vastgesteld, dan zal, indien beroep in cassatie wordt ingesteld tegen een beslissing terzake, de desbetreffende regeling door de Hoge Raad in zijn beoordeling betrokken moeten worden. Dit is het noodzakelijke gevolg van het feit dat het om 'recht' in de zin van art. 79 RO gaat: deze kwalificatie betekent immers niets meer of minder dan dat in cassatie geklaagd kan worden over schending van de desbetreffende regel. De Hoge Raad zal in dat geval dus dienen te toetsen of de bestreden beslissing in overeenstemming is met de voor de lagere rechter geldende rechtersregeling.[48] Zoals in § 6.3.6 verder zal worden uitgewerkt, gaat deze stelling overigens zeker niet in alle gevallen onverkort op.

Aldus is ook de Hoge Raad indirect gebonden te achten aan rechtersregelingen van de lagere rechter(s), mits deze tot het recht van art. 79 RO behoren. Anders dan bij de appèlrechter is deze indirecte gebondenheid bovendien niet per definitie beperkt tot rolreglementen en soortgelijke regelingen: ook rechtersregelingen met betrekking tot andere onderwerpen kunnen immers recht in de zin van art. 79 RO opleveren.[49]

Aan het bovenstaande dient tot slot nog toegevoegd te worden, dat indirecte gebondenheid van de hogere rechter aan een rechtersregeling van de lagere rechter slechts zal bestaan, indien en voor zover eerstgenoemde de desbetreffende regeling inhoudelijk niet in strijd met het geldende (hogere) recht acht.[50] Dit is een (voorafgaande) toets die steeds zal kunnen plaatsvinden, althans indien hierop door één der partijen een beroep wordt gedaan. Komt de appèl- of cassatierechter tot het oordeel dat een rechtersregeling in strijd is met het geldende recht, dan komt hij aan een toetsing van de bestreden beslissing aan die regeling uiteraard niet meer toe. In § 6.3.3 kom ik, bij de bespreking van de door de Hoge Raad uit te oefenen controle, hierop terug.

---

46 Zie over beleidsruimte van de rechter § 4.4.2.2 en § 4.4.2.3.

47 Zie § 4.5.5.

48 Zie in deze zin reeds de Conclusie van A-G Asser (sub 3.20) voor HR 10 september 1993 (Fonville/Woningbouwvereniging), *NJ* 1994, 507 m.nt. HJS; in casu m.b.t. de toetsing van een beslissing van de lagere rechter aan diens rolreglement.

49 Zie § 4.5.5.

50 Een rechtersregeling mag immers de grenzen van de aan de rechter toekomende beleidsruimte niet overschrijden; zie hierover § 4.4.4.3.

### *6.2.3.4 Binding van partijen*

In het voorgaande is al meerdere malen ter sprake gekomen dat een rechtersregeling, via de werking van algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel, theoretisch gezien de *rechter* jegens partijen bindt.[51] In de praktijk blijkt evenwel ook het omgekeerde mogelijk te zijn en zal de rechter in bepaalde gevallen van partijen kunnen verlangen dat zij zich aan een rechtersregeling houden. Een goed voorbeeld hiervan vormen rechtersregelingen die behoren tot het type 'rolreglement', omdat juist daarin vaak bepaalde gedragsvoorschriften aan partijen worden opgelegd.

Wanneer we bijvoorbeeld kijken naar het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken, zien we dat daarin een groot aantal verplichtingen voor de procespartijen is opgenomen. In het reglement zijn onder meer bepalingen te vinden omtrent de wijze waarop stukken moeten worden ingediend, de termijnen die door partijen in acht moeten worden genomen en de wijze waarop, alsmede de voorwaarden waaronder eventueel uitstel daarvan verkregen kan worden. De gebondenheid van partijen hieraan wordt benadrukt door art. 1.3 LRr, dat onder meer bepaalt:

> "Partijen zijn gebonden aan de wijze en termijnen van procesvoering als in dit reglement voorzien, tenzij op hun eenstemmig, vóór de eerste roldatum gedaan, verzoek de rechter een daarvan afwijkende procesvoering toestaat."

Hieraan voegt art. 1.5 LRr toe:

> "Bij niet naleving van een in dit reglement gegeven voorschrift zal de rechter daaraan het gevolg verbinden dat hem met het oog op de aard van het voorschrift en de ernst van het verzuim passend voorkomt."

Daarnaast is in art. 1.7 LRr nog een andere sanctiemogelijkheid opgenomen, te weten het (ambtshalve) verlenen van een 'akte van niet-dienen' wanneer een proceshandeling niet is verricht binnen de gestelde termijn en daarvan geen uitstel kan worden verkregen. Het recht de desbetreffende proceshandeling te verrichten komt alsdan geheel te vervallen.[52]

Een soortgelijk voorbeeld biedt het Procesreglement scheidingsprocedure van de gezamenlijke rechtbanken. Hierin wordt onder meer aan partijen de verplichting opgelegd bij indiening van het verzoekschrift een groot aantal bescheiden over te leggen (art. 2.2), alsmede de verplichting om het originele betekeningsexploot als bedoeld in art. 816 Rv binnen vier weken ter griffie in te dienen (art. 4.2). Niet-naleving van deze verplichtingen leidt, tenzij sprake is van klemmende redenen, tot niet-ontvankelijkheid.

---

51 Zie met name § 4.4.5.

52 Deze sanctie volgt overigens ook reeds uit de wet, nl. uit art. 133 lid 4 Rv.

Als gevolg van de hier genoemde processuele sancties zullen partijen in elk geval *de facto* gedwongen zijn, zich te houden aan de in een rol- of procesreglement opgenomen voorschriften. De vraag is hoe deze feitelijke gebondenheid van partijen aan een dergelijk reglement (en meer in het algemeen aan rechtersregelingen) zich verhoudt tot het uitgangspunt dat een rechtersregeling juist *zelf*binding van de rechter jegens partijen inhoudt.

Ten aanzien van deze vraag kan in de eerste plaats worden opgemerkt dat in een rechtersregeling (evenals overigens in een individuele rechterlijke beslissing) hoe dan ook geen verdergaande verplichtingen aan partijen kunnen worden opgelegd dan de wet of andere hogere rechtsregels toelaten.[53] Hetzelfde geldt voor de eventueel door een reglement gestelde sancties. In voorkomend geval zal dus eerst bezien moeten worden in hoeverre de door een rol- of procesreglement opgelegde verplichtingen en sancties door de wet worden toegelaten. Zo besliste de Hoge Raad in het arrest Ajax/Valk[54] dat het stellen van de (in de wet niet met zoveel woorden opgenomen) eis dat bij inschrijving van een zaak op de rol de complete en originele appeldagvaarding en eventueel herstelexploot moeten worden overgelegd, 'strookt met de eisen van een behoorlijke rechtspleging'. Het Hof 's-Gravenhage overwoog met betrekking tot het Procesreglement scheidingsprocedure dat de wet, die niets bepaalt over de termijn waarbinnen het betekeningsexploot als bedoeld in art. 816 Rv moet worden ingediend, de rechter toestaat hiervoor een termijn van vier weken te stellen. Ook de sanctie van niet-ontvankelijkheid bij niet-naleving van deze termijn achtte het hof niet in strijd met de wet.[55] Is een in een rechtersregeling neergelegde verplichting of sanctie wél in strijd met de wet (of met andere hogere rechtsregels), dan is deze uiteraard 'onverbindend'.[56]

In de tweede plaats moet bedacht worden dat een rechtersregeling pas tot (directe) gebondenheid van de rechter kan leiden indien deze 'behoorlijk bekendgemaakt' is.[57] Dit bekendmakingsvereiste brengt tevens mee, dat de in een rechtersregeling neergelegde verplichtingen voor partijen tevoren kenbaar zijn.[58] Het is dan niet onredelijk dat deze regels vervolgens, zo nodig, ook jegens partijen kunnen worden toegepast.[59]

Tot slot kan worden gekeken naar bestuurlijke beleidsregels, waarbij zich min of meer hetzelfde verschijnsel voordoet. Ook ten aanzien van dergelijke regels geldt dat zij theoretisch bezien alleen het bestuur ten opzichte van de

53 Zie § 4.4.4.3.
54 HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 401 m.nt. HJS.
55 Hof 's-Gravenhage 1 augustus 2001, LJN-nr. AD 4714.
56 Zie § 4.4.4.3.
57 Zie over deze eis nader § 5.3.
58 En juist om deze reden mag niet te spoedig worden aangenomen dat van 'behoorlijke bekendmaking' van een rechtersregeling sprake is (zie § 5.3.2).
59 Vgl. in deze zin Hof 's-Gravenhage 5 juni 2002, LJN-nr. AE 5126, alsmede Hof 's-Gravenhage 15 augustus 2001, LJN-nr. AD 3839.

burger kunnen binden. Een beleidsregel behelst immers in feite niet meer dan een in algemene termen gestelde toezegging van het bestuur, hoe het in toekomstige gevallen zal handelen. In de praktijk blijken beleidsregels echter ook door het bestuur aan de burger te kunnen worden tegengeworpen: het bestuur kan zich tegenover de burger op zijn beleidsregels beroepen[60] en (dus) verwachten dat burgers zich houden aan eventuele voorschriften die daarin zijn opgenomen. Ook dit strookt op het eerste gezicht niet geheel met het 'zelfbindende' karakter van beleidsregels.

In de literatuur wordt dit probleem wel opgelost met een beroep op het consistentiebeginsel (een verschijningsvorm van het verbod van willekeur).[61] Dit beginsel brengt namelijk niet alleen met zich dat het bestuur beleid moet voeren, maar ook dat het bestuur zich aan zijn beleid, zoals bijvoorbeeld neergelegd in een beleidsregel, houdt. Wanneer te spoedig, of zelfs 'zomaar' van een beleidsregel wordt afgeweken is geen sprake meer van een consistente uitoefening van de desbetreffende bestuursbevoegdheid.[62]

Deze redenering spreekt met name aan voor situaties waarin belangen van derden in het geding zijn, bijvoorbeeld wanneer in een beleidsregel is vastgelegd in welke gevallen een bepaalde vergunning verleend zal worden. Door de vaststelling en bekendmaking van die beleidsregel wordt óók bij derden (bijvoorbeeld omwonenden) het vertrouwen gewekt dat conform de regel zal worden gehandeld. Dit betekent dat het bestuur in het gegeven voorbeeld van de aanvrager van een vergunning ook kan (én moet) verlangen dat hij aan de door de beleidsregel gestelde voorwaarden voldoet.

In dit opzicht doet zich bij rechtersregelingen een vergelijkbare situatie voor, aangezien ook daarbij steeds (tenminste) twee procespartijen betrokken zijn.[63] De werking van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging (waarop de binding van de rechter aan een rechtersregeling immers berust) brengt met zich, dat beide partijen in gelijke mate erop mogen vertrouwen dat de rechter zich aan een voor hem geldende rechtersregeling zal houden. Partijen mogen niet alleen verwachten dat, wanneer zij bijvoorbeeld aan de door een rolreglement gestelde voorwaarden voor uitstel voldoen, dit uitstel ook verleend zal worden zonder dat alsnog nadere voorwaarden gesteld worden; omgekeerd zullen zij er evenzeer op mogen vertrouwen dat, wanneer de wederpartij *niet* aan de voorwaarden voor uitstel voldoet, uitstel inderdaad geweigerd zal worden. Weliswaar kan de rechter in bijzondere omstandigheden

60 Zie hierover Bröring 1998, nr. 68, die tevens verwijst naar de MvT bij de Awb, waarin door de wetgever expliciet is opgemerkt dat beleidsregels voor een bestuursorgaan alleen maar zin hebben als het zich tegenover de burger daarop kan beroepen.

61 Zie met name Van Kreveld 1983, p. 188-189; zie voorts Van Ommeren 1996, p. 315-322.

62 Zie Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 228; Klap & Olivier 1998, p. 779; Van Kreveld 1983, p. 199-205.

63 Vgl. § 4.4.6.2, sub d.

van een rechtersregeling afwijken, maar hij zal dat, (mede) gezien deze gerechtvaardigde verwachtingen aan weerszijden, niet spoedig mogen doen.[64]

Het voorgaande impliceert dat een rechtersregeling bovendien een zekere *horizontale werking* kan hebben: partijen mogen niet alleen van de rechter (en vice versa) maar ook van elkaar verwachten dat zij zich aan een zodanige regeling houden.[65] Dit laatste zal overigens pas door tussenkomst van de rechter geëffectueerd kunnen worden. Indien bijvoorbeeld een partij een (peremptoire) termijn voor de indiening van een bepaald processtuk niet naleeft, kan immers slechts de rechter daaraan de consequentie verbinden dat het recht daartoe komt te vervallen. De werking van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging ten opzichte van beide partijen brengt met zich dat de rechter dit, behoudens de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden, dan ook móet doen. Onvermijdelijk gevolg hiervan is dat partijen *de facto* verplicht zijn zich te houden aan de in een rechtersregeling opgelegde verplichtingen. Problematisch acht ik dit niet, nu als gezegd de aan partijen opgelegde verplichtingen niet verder mogen gaan dan de wet reeds toelaat, en ze bovendien door de bekendmakingseis voor partijen tevoren kenbaar zijn.

#### *6.2.3.5 Conclusies*

In deze paragraaf is besproken welke personen precies aan een rechtersregeling die tot het recht in de zin van art. 79 RO behoort, gebonden kunnen zijn. Uitgangspunt is dat de binding aan een rechtersregeling *relatief* is: zij geldt in beginsel slechts voor bepaalde rechters, en dan nog alleen jegens de procespartijen. Echter, soms kunnen ook anderen in bepaalde mate gebonden zijn aan een rechtersregeling.

Voor andere (hogere) rechters kan een rechtersregeling hooguit een 'indirecte' binding opleveren, hetgeen inhoudt dat zij een rechtersregeling kunnen én moeten hanteren als toetsingsmaatstaf voor de beoordeling van een beslissing van de lagere rechter. Dit is echter alleen mogelijk in die gevallen waarin de hogere rechter niet is gehouden tot een volledig nieuwe behandeling en beslissing in de zaak. Concreet gesproken doet deze situatie zich voor bij het hoger beroep van bepaalde beslissingen van louter procedurele aard, alsmede in cassatie.

Ook partijen kunnen in sommige gevallen gebonden zijn aan een rechtersregeling. Een typisch voorbeeld hiervan vormen rolreglementen, nu aan de niet-naleving van de in dergelijke rechtersregelingen neergelegde gedragsvoorschriften door de rechter veelal (processuele) consequenties verbonden kunnen worden. Als gevolg hiervan zijn ook partijen in bepaalde gevallen feitelijk

64 Vgl. hetgeen hierover in § 6.2.2.2 is opgemerkt.

65 Zie in deze zin reeds de Conclusie van A-G Asser (sub 3.19) voor HR 10 september 1993 (Fonville/Woningbouwvereniging), *NJ* 1994, 507 m.nt. HJS.

verplicht zich aan een rechtersregeling te houden, niet slechts jegens de rechter, maar ook jegens elkaar.

### 6.2.4 Strijd met rechterlijke onpartijdigheid (art. 6 EVRM)?

Zoals reeds werd opgemerkt, berusten de rechtersregelingen die in dit hoofdstuk worden behandeld steeds op 'voorafgaande zelfbinding' door rechters.[66] Rechters stellen een regeling vast en zijn, indien is voldaan aan de daarvoor geldende vereisten,[67] in beginsel aan die regeling gebonden.[68] Aldus kan zich de situatie voordoen dat een rechter die persoonlijk bij de totstandkoming van een bepaalde rechtersregeling betrokken is geweest, vervolgens moet beslissen in een zaak waarin de toepassing van diezelfde regeling aan de orde is.

Ten aanzien daarvan kan de vraag worden opgeworpen of de rechter in dat geval nog wel 'onpartijdig' in de zin van art. 6 EVRM is.[69] Blijkens jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kan het feit dat een rechter in een eerder stadium reeds een standpunt heeft ingenomen omtrent een bepaalde vraag immers in bepaalde gevallen ertoe leiden dat die rechter, indien hij nadien over dezelfde vraag moet oordelen, niet meer als onpartijdig in de zin van art. 6 EVRM te beschouwen is omdat objectief gerechtvaardigde vrees voor vooringenomenheid mogelijk is.[70]

In de Procola-zaak[71] besliste het EHRM ten aanzien van de Luxemburgse Raad van State dat zulks het geval kan zijn wanneer de betrokken rechter of het betrokken gerecht eerst advies aan de wetgever heeft uitgebracht omtrent de rechtmatigheid van een bepaalde wet, en vervolgens in een concreet geschil een oordeel over de rechtmatigheid van diezelfde wet moet geven:

> "four members of the Conseil d'Etat carried out both advisory and judicial functions in the same case. In the context of an institution such as Luxembourg's Conseil d'Etat the mere fact that certain persons successively performed these two types of function in respect of the same decisions is capable of casting doubt on the institution's structural impartiality."[72]

Het achtereenvolgens uitoefenen van adviserende en rechtsprekende taken in dezelfde zaak ('*the same case*') ten aanzien van dezelfde vraag ('*the same*

66 Zie § 4.4.5.4.
67 Zie over deze vereisten nader hoofdstuk 5.
68 Zie hierover § 4.4.5.
69 In deze zin De Waard 1998, p. 165; De Werd 1998a, p. 144-145.
70 Zie hierover Stroink 1999, p. 25-29; Van Dijk 1997, p. 1213-1219.
71 EHRM 28 september 1995 (Procola/Luxemburg), *NJ* 1995, 667 m.nt. EAA.
72 EHRM 28 september 1995 (Procola/Luxemburg), *NJ* 1995, 667 m.nt. EAA (r.o. 45).

*decision'*) door dezelfde personen kan dus leiden tot strijd met het onpartijdigheidsvereiste van art. 6 EVRM.

Zoals uit de hier geciteerde overweging blijkt, zijn twee elementen van belang bij de beoordeling of sprake is van objectief gerechtvaardigde twijfel aan de rechterlijke onpartijdigheid. Het moet in de eerste plaats gaan om 'dezelfde vraag' (*'the same decision'*), waarover een rechter zich bovendien in twee verschillende hoedanigheden uitspreekt.[73]

Van een beslissing over 'dezelfde vraag' zal mijns inziens in het algemeen geen sprake zijn als het enkel gaat om het feit dat dezelfde rechter eerst betrokken is geweest bij de vaststelling van een bepaalde rechtersregeling en hij die regeling vervolgens in een concrete zaak moet toepassen. Het formuleren van een in min of meer algemene bewoordingen gestelde regeling is immers nog niet hetzelfde als het toepassen van die regeling op de feiten van een concreet geval.[74] Een partij in een procedure kan echter niet slechts de *toepassing* van een bepaalde rechtersregeling ter discussie stellen, maar zou ook kunnen aanvoeren dat *de regeling zelf* inhoudelijk niet juist is, bijvoorbeeld wegens strijd met hoger recht.[75] Met name in dit laatste geval zou verdedigd kunnen worden dat de rechter zich over deze vraag reeds in een eerder stadium heeft uitgesproken en als gevolg daarvan vooringenomen zou kunnen zijn. Indien een rechter bij de vaststelling van een rechtersregeling betrokken is geweest, zal dit immers het (impliciete) oordeel kunnen inhouden dat hij die regeling ook inhoudelijk juist acht. En zelfs wanneer dit niet zo is, zal een rechter zich mogelijk toch gebonden achten aan een regeling die nu eenmaal door (de meerderheid van) zijn gerecht is aanvaard.

Wil sprake kunnen zijn van strijd met het onpartijdigheidsvereiste van art. 6 EVRM, dan is echter in het algemeen nog niet voldoende dat het gaat om dezelfde (rechts)vraag waarover dezelfde rechter zich tweemaal uitspreekt. Pas wanneer dit gebeurt in twee hoedanigheden die naar hun aard verschillen[76] (bijvoorbeeld in het kader van wetgevingsadvisering gevolgd door rechtspraak), zal zich strijd met art. 6 EVRM kunnen voordoen.

In dit verband verdient, naast de al genoemde Procola-zaak, ook de zaak McGonnell[77] de aandacht. In deze zaak was de 'Bailiff' op het Engelse eiland Guernsey eerst als voorzitter van de 'States of Deliberation' (een wetgevend lichaam) betrokken bij het aannemen van een bestemmingsplan, waarna hij als rechter in het 'Royal Court' diende te beslissen in een gerechtelijke procedure waarin ditzelfde bestemmingsplan ter discussie werd gesteld. Het EHRM

73 Vgl. Van Dijk 1997, p. 1215.
74 Vgl. de noot van Verhey in *AB* 2000, 269 bij EHRM 8 februari 2000 (McGonnell/Verenigd Koninkrijk), *NJ* 2001, 611 m.nt. EAA; vgl. voorts § 5.3.4.2.
75 Zie hierover § 4.4.4.3 en § 6.3.3.
76 Aldus de noot van C.B.M. van Haaren-Dresens en P.J. Boon bij EHRM 28 september 1995 (Procola/Luxemburg) in *AA* 1996, p. 126.
77 EHRM 8 februari 2000 (McGonnell/Verenigd Koninkrijk), *NJ* 2001, 611 m.nt. EAA.

oordeelde dat hierdoor de onpartijdigheidseis van art. 6 EVRM geschonden was:

> "any direct involvement in the passage of legislation, or of executive rules, is likely to be sufficient to cast doubt on the judicial impartiality of a person subsequently called on to determine a dispute over whether reasons exist to permit a variation from the wording of the legislation or rules at issue."[78]

Wie rechtstreeks betrokken is bij de totstandkoming van wetgeving (waaronder begrepen bestuurlijke regels als een bestemmingsplan) kan niet daarna nog een rechtsprekende functie uitoefenen in een geschil ten aanzien van diezelfde regeling, zo kan uit deze uitspraak worden afgeleid.

Is de zojuist geciteerde overweging uit de zaak McGonnell nu ook van toepassing op de hier besproken situatie, waarin een rechter eerst betrokken is geweest bij de vaststelling van een rechtersregeling en hij vervolgens in het kader van een concreet geschil een oordeel over diezelfde regeling moet geven? Ik meen dat dit in het algemeen niet het geval zal zijn. Een belangrijk verschil is dat de vaststelling van een rechtersregeling niet te beschouwen is als een daad van wetgeving.[79] Het gaat hierbij enkel om rechterlijke 'zelfbinding': rechters geven (collectief) aan op welke wijze zij de hun toekomende beslissingsruimte in toekomstige gevallen zullen hanteren.[80] De rechter handelt hierbij echter doorgaans niet in een bestuurlijke of wetgevende functie zoals bedoeld in het McGonnell-arrest, maar nog steeds in zijn rechterlijke hoedanigheid:[81] hij zal daarbij dezelfde afwegingen maken als wanneer hij als rechter in een concreet geval over een bepaalde kwestie zou oordelen. Dit kán echter soms anders zijn. Niet uitgesloten is immers dat de inhoud van een rechtersregeling (bijvoorbeeld een rol- of procesreglement) niet louter berust op juridische overwegingen, maar mede wordt beïnvloed door 'bestuurlijke' afwegingen, zoals de productienormen waaraan rechters moeten voldoen of de financiële middelen die het gerecht ter beschikking staan.[82] In dit laatste geval zou gezegd kunnen worden dat de rechter die zich vervolgens in een concrete zaak moet uitspreken over de verenigbaarheid van (bijvoorbeeld) een regel uit een rolreglement met de wet of de eisen van een behoorlijke rechtspleging, wél in twee verschillende hoedanigheden over dezelfde vraag te oordelen

78 EHRM 8 februari 2000 (McGonnell/Verenigd Koninkrijk), *NJ* 2001, 611 m.nt. EAA (r.o. 55).

79 Zie ook § 4.4.5.3.

80 Zie § 4.4.4.2.

81 Zie in deze zin ook Stroink 2001, p. 54; Terlouw 2003, p. 44; anders: De Waard 1998, p. 165.

82 Zo wordt in de parlementaire geschiedenis van de herziene Wet RO uitdrukkelijk opgemerkt dat bij de toepassing van procesrechtelijke voorschriften samenhang zal (kunnen) bestaan met bedrijfsvoeringsaspecten en dat een belangrijke gedachte bij de reeds tot stand gebrachte (landelijke) procesreglementen is geweest het streven naar een efficiëntere werkwijze en verkorting van doorlooptijden (zie in deze zin *Parl. Gesch. Herz. Wet RO*, p. 202).

krijgt. Juist in een dergelijk geval zal een rechter bovendien wellicht niet snel oordelen dat het reglement van zijn gerecht in strijd is met andere rechtsregels, omdat het gerecht (en daarmee hijzelf) een 'eigen' belang heeft bij het vasthouden aan de daarin neergelegde regels. Hier zou dus, in het licht van art. 6 EVRM, een probleem kunnen ontstaan.

De vaststelling van rechtersregelingen is in het algemeen echter veeleer te vergelijken met de totstandkoming van jurisprudentierecht. Aanvaard is immers dat rechters in hun uitspraken nieuw recht kunnen vormen.[83] Dit kan eveneens leiden tot een situatie waarin dezelfde rechter of rechters in een uitspraak een bepaalde rechtsregel aanvaarden en zij deze regel in een later geval opnieuw moeten toepassen of beoordelen. Niettemin kan worden aangenomen dat deze eerdere betrokkenheid bij de ontwikkeling van een bepaalde rechtsregel nog niet leidt tot een ongeoorloofde vooringenomenheid of partijdigheid in latere zaken.[84] Uiteraard zal een rechter die eerder een rechtsvraag in bepaalde zin heeft beantwoord niet spoedig anders beslissen en zal hij in die zin dus niet in iedere zaak weer 'blanco' tegenover deze vraag staan. Dit vasthouden aan precedenten is echter uit oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid juist ten zeerste gewenst en hangt nauw samen met de aard van de rechterlijke functie.[85] Dit alles maakt de rechter nog niet 'partijdig' in de zin van art. 6 EVRM. Uit de aard van de rechterlijke functie vloeit immers óók voort dat de rechter steeds in staat moet zijn om kritisch tegenover het bestaande recht te staan, ook als hij aan de totstandkoming daarvan zelf een bijdrage heeft geleverd. Als de rechter ervan overtuigd raakt dat een eerdere uitspraak zo onjuist is dat het vasthouden daarvan onaanvaardbaar is, zal hij niet (mogen) aarzelen 'om te gaan'.[86]

Geconcludeerd kan worden dat een rechter die betrokken is geweest bij de totstandkoming van een bepaalde rechtersregeling, daarmee nog niet als 'partijdig' in de zin van art. 6 EVRM geldt wanneer hij daarna in een concreet geschil over (de toepassing van) diezelfde rechtersregeling moet beslissen.[87] Anders dan in de zaken Procola en McGonnell aan de orde was, handelt de rechter in dat geval in het algemeen niet in twee naar hun aard verschillende hoedanigheden, maar enkel in het kader van zijn rechterlijke functie. Daarbij geldt dat het vasthouden aan een eerder gegeven oordeel, zelfs al gaat het om een oordeel met betrekking tot dezelfde vraag, op zich nog geen ongeoor-

83 Zie hierover § 3.3.2.2.

84 Aldus ook Van Dijk 1997, p. 1217; Kortmann 1995, p. 1366; Martens 1988, p. 154-155; zie voorts Kuijer 2004, p. 266-267.

85 Zie hierover hoofdstuk 7 (in het bijzonder § 7.5.2.4). Ook het EHRM zélf heeft uitdrukkelijk aangegeven dat het, gelet op de eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, niet zonder goede reden zal afwijken van zijn eerdere uitspraken: zie EHRM 12 november 2002 (Ploski/Polen), *NJB* 2003, p. 234, nr. 5 (r.o. 27).

86 Aldus Martens 1988, p. 155; zie over het terugkomen op precedenten ook § 7.5.4.

87 In dezelfde zin Stroink 2001, p. 54; Van der Meulen 1997, p. 298.

loofde vooringenomenheid oplevert.[88] In uitzonderingsgevallen zou dit echter anders kunnen zijn. Met name wanneer een rechtersregeling inhoudelijk wordt beïnvloed door overwegingen van 'bestuurlijke' aard zou zich strijd met het onpartijdigheidsvereiste van art. 6 EVRM kunnen voordoen.[89]

## 6.3 CONTROLE IN CASSATIE OP UITLEG EN TOEPASSING VAN RECHTERSREGELINGEN

### 6.3.1 Inleiding

De theoretische grondslag waarop de binding aan de hier besproken rechtersregelingen berust is, zo bleek eerder, gelegen in de werking van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name het gelijkheids- en het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel.[90] Hoewel de juridische binding aan dergelijke rechtersregelingen dus niet afhankelijk is van de vraag of zij (tevens) recht in de zin van art. 79 RO vormen, biedt dit etiket niettemin een belangrijke toegevoegde waarde. Als gevolg hiervan wordt immers een bepaalde mate van controle in cassatie mogelijk, zowel op de uitleg als op de toepassing van de desbetreffende regeling. Het is ditzelfde argument dat de Hoge Raad al in het Leidraad-arrest hanteerde om de uitbreiding van zijn controle tot bestuurlijke beleidsregels te motiveren. Gelet op de steeds belangrijker rol die beleidsregels in de praktijk zijn gaan spelen bij het bepalen van de verhouding tussen overheid en burger, en gelet op de daarmee samenhangende behoefte aan eenvormige interpretatie van en zekerheid omtrent de inhoud en strekking van die regels, is het volgens de Hoge Raad immers wenselijk dat zijn taak zich mede tot de uitleg daarvan uitstrekt.[91]

---

88 In specifieke gevallen kan dit overigens anders zijn. Met name kan hierbij gedacht worden aan situaties in het strafrecht waarin een rechter zich reeds in het vooronderzoek tegen een verdachte over diens vermoedelijke schuld heeft moeten uitspreken, en vervolgens in diens zaak als rechter optreedt (zie met name EHRM 24 mei 1989 (Hauschildt/Denemarken), *NJ* 1990, 627 m.nt. PvD). Zoals het EHRM in deze zaak ook uitdrukkelijk opmerkt, is hiervoor de enkele betrokkenheid van de rechter bij eerdere beslissingen in dezelfde zaak nog niet voldoende; er zal sprake moeten zijn van 'bijzondere omstandigheden'. Zie hierover ook Kuijer 2004, p. 346-363.

89 Wel zou een dergelijke strijdigheid met art. 6 EVRM wellicht kunnen worden 'gerepareerd' indien in een volgende instantie (met name in hoger beroep) alsnog wordt voorzien in een volledige inhoudelijke toetsing van de desbetreffende rechtersregeling door een niet bij de vaststelling daarvan betrokken rechter (vgl. EHRM 27 januari 2004 (Kyprianou/Cyprus), zaaknr. 73797/01 (n.n.g.), § 43-44; EHRM 19 september 2000 (I.J.L. e.a./Verenigd Koninkrijk), *Reports* 2000-IX, p. 323 e.v., § 117; EHRM 26 oktober 1984 (De Cubber/België), *Series A* no. 86, § 33). Met name om deze reden is het wenselijk dat appèlrechters niet worden betrokken bij de vaststelling van rechtersregelingen op het niveau van de rechtbanken (vgl. § 6.2.3.3 *sub* a).

90 Zie met name § 4.4.5.

91 Zie HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 m.nt. MS, r.o. 4.5. Zie over dit arrest ook § 4.2.3.

Ten aanzien van rechtersregelingen geldt dit belang evenzeer. Met name bij rechtersregelingen die op landelijk niveau worden vastgesteld is het wenselijk dat de hoogste rechter controle kan uitoefenen op de wijze waarop deze door de lagere rechters worden uitgelegd en toegepast. Anders zouden immers alsnog de regionale verschillen ontstaan die men door vaststelling van een dergelijke rechtersregeling juist bedoelde te reduceren.[92] De Hoge Raad vormt hierbij overigens een soort 'rechtseenheidsvoorziening in het kwadraat', die tot taak heeft de uniforme uitleg te controleren van regelingen die op zichzelf al bedoeld zijn om een uniforme toepassing van de wet te garanderen.

Het zal overigens duidelijk zijn, dat de extra controlemogelijkheden die ontstaan wanneer een rechtersregeling voldoet aan de criteria voor 'recht', ertoe kunnen leiden dat de werkdruk van de toch al zwaar belaste Hoge Raad nog verder toeneemt. Het is dus enigszins de vraag in hoeverre de Hoge Raad werkelijk bereid zou zijn om rechtersregelingen als de alimentatienormen of het liquidatietarief[93] als recht in de zin van art. 79 RO te erkennen, ook indien deze wél zouden voldoen aan de voorwaarden die in de voorgaande twee hoofdstukken zijn geformuleerd. In deze richting wijst althans een opmerking uit de Conclusie van A-G Bakels voor het arrest Lindeboom/Beusmans.[94] Bakels komt tot de slotsom dat het huidige liquidatietarief géén recht in de zin van art. 79 RO vormt en vermeldt dat daarbij heeft meegewogen dat de Hoge Raad niet moet worden overstroomd met "een vloedgolf van klachten over kostenberekeningen". In hoeverre de Hoge Raad deze mening deelt, zal de toekomst moeten uitwijzen.

Wat daarvan verder ook zij, van belang om vast te stellen is thans dat de kwalificatie van een rechtersregeling als recht in de zin van art. 79 RO, de cassatierechter in beginsel de mogelijkheid biedt tot controle op zowel de uitleg als de toepassing van een zodanige regeling. Denkbaar is bijvoorbeeld dat partijen met succes in cassatie kunnen klagen over het feit dat de lagere rechter een (hem bindende) rechtersregeling niet heeft toegepast, of omgekeerd over het feit dat hij een zodanige regeling wél heeft toegepast terwijl hij in de gegeven omstandigheden juist van zijn bevoegdheid tot afwijking gebruik had moeten maken. Aldus maakt de kwalificatie van een rechtersregeling als recht in de zin van art. 79 RO het mogelijk dat de binding van de rechter daaraan (die in theoretische zin reeds bestaat op grond van de werking van algemene rechtsbeginselen) voor partijen daadwerkelijk 'afdwingbaar' wordt. De mogelijkheden hiertoe worden in deze paragraaf verder uitgewerkt.

---

92 Dat verschillen in toepassing niet denkbeeldig zijn wordt gedemonstreerd door Van Triest 2004, p. 23-24, m.b.t. de (uiteenlopende) toepassing van de landelijke procesreglementen op het gebied van het familierecht door de rechtbanken binnen het ressort 's-Hertogenbosch.

93 Deze beide rechtersregelingen kunnen thans niet als recht in de zin van art. 79 RO worden beschouwd, omdat zij niet zijn vastgesteld door een tot zelfbinding bevoegd orgaan (zie hierover § 4.4.4.4).

94 HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571, Conclusie sub 2.13; zie over deze uitspraak ook § 5.2.3.5.

### 6.3.2 De cassatiegronden van art. 79 RO

#### *6.3.2.1 Inleiding*

In art. 79 RO zijn de gronden te vinden waarop de Hoge Raad een uitspraak van de lagere rechter kan vernietigen: ten eerste *verzuim van vormen*, ten tweede *schending van het recht*. Hieronder zullen eerst enkele algemene opmerkingen over deze twee cassatiegronden worden gemaakt, waarna in de volgende paragrafen meer specifiek zal worden ingegaan op de vraag, welke rol zij bij de controle op de toepassing van rechtersregelingen kunnen spelen.

#### *6.3.2.2 Verzuim van vormen*

Het belangrijkste vormverzuim waarover in cassatie geklaagd kan worden, is schending van de motiveringseis. Art. 121 Gr.w., art. 5 lid 1 RO en art. 230 lid 1 Rv bepalen immers dat alle vonnissen en arresten, op straffe van nietigheid, de gronden inhouden waarop zij berusten. Als minimum geldt hierbij dat de (lagere) rechter in zijn uitspraak met voldoende bepaaldheid moet aangeven op welke feiten hij zijn uitspraak baseert, zodat de cassatierechter de mogelijkheid heeft te beoordelen of op deze feiten het recht op juiste wijze is toegepast. Daarnaast dient de motivering om de beslissing van de rechter vatbaar voor verificatie en aanvaardbaar te maken.[95]

In het kader van deze motiveringseis kunnen in cassatie beslissingen van de lagere rechter (ook indien deze 'gemengd' of zelfs zuiver 'feitelijk' zijn; over het onderscheid meer in § 6.2.3.2) getoetst worden op motiveringsgebreken als de aanwezigheid van een onbegrijpelijke of onvoldoende motivering, het verzuim essentiële stellingen van partijen te behandelen, en kennelijke vergissingen bij de vaststelling van de feiten. Hoe ver de motiveringsplicht van de rechter in een bepaald geval precies reikt, hangt onder meer af van hetgeen partijen gedurende het geding hebben aangevoerd, alsmede van de aard van de procedure en de te nemen beslissing.[96]

#### *6.3.2.3 Schending van het recht*

Als tweede cassatiegrond noemt art. 79 RO 'schending van het recht'. Dit impliceert dat over schending van een bepaalde regel in cassatie pas geklaagd kan worden wanneer deze als *recht* kan worden aangemerkt. Wanneer dit bij een rechtersregeling het geval is, is in hoofdstuk 4 en 5 nader aan de orde gekomen. Niet iedere toepassing van regels die als 'recht' gelden is echter

---

95 Zie hierover Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 117; *Burgerlijke Rechtsvordering* (Korthals Altes), art. 79 RO, aant. 9.

96 Zie hierover Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nrs. 118-121; *Burgerlijke Rechtsvordering* (Korthals Altes), art. 79 RO, aant. 9; Asser 2003, p. 42.

(volledig) toetsbaar in cassatie: dit is afhankelijk van de vraag of sprake is van een feitelijke, een gemengde, dan wel een rechtsbeslissing.

Als rechtsbeslissing gelden in de eerste plaats beslissingen waarbij de rechter een bepaalde rechtsregel in algemene zin interpreteert, dat wil zeggen de inhoud en strekking van die regel in algemene zin (nader) bepaalt. Daarnaast kán de toepassing van een rechtsregel op de vastgestelde feiten een rechtsbeslissing opleveren. Dit is echter niet steeds het geval: wanneer de desbetreffende regel een of meer 'onbepaalde' begrippen bevat (anders gezegd: wanneer het om een vage of open norm gaat), dan hangt de toepassing daarvan doorgaans zozeer samen met de waardering van de concrete omstandigheden van het geval, dat dit, in cassatieterminologie, geen rechtsbeslissing maar een 'gemengde' beslissing oplevert.[97]

Een rechtsbeslissing is steeds vatbaar voor volledige controle in cassatie: de Hoge Raad zal kunnen toetsen of de rechtsopvatting van de lagere rechter overeenkomt met zijn eigen rechtsopvatting. Is dat niet het geval, dan zal vernietiging van de bestreden uitspraak kunnen volgen. Bij gemengde beslissingen zijn de feitelijke en de juridische component van de beslissing daarentegen zozeer 'verweven', dat dergelijke beslissingen in cassatie in beginsel slechts in beperkte mate inhoudelijk worden getoetst.[98] Deze beperkte toetsing van gemengde beslissingen wordt echter door de Hoge Raad soms geïntensiveerd door de formulering van 'subregels', 'vuistregels' of 'gezichtspunten'.[99] De Hoge Raad kan in dat geval de beslissing van de lagere rechter toetsen aan de sub- of vuistregel, dan wel controleren of eventuele afwijkingen daarvan naar behoren gemotiveerd zijn.

Als feitelijke beslissing ten slotte, gelden in de eerste plaats beslissingen omtrent het al of niet vaststaan van feiten en omtrent de vraag of het bewijs daarvan geleverd is.[100] Daarnaast worden bijvoorbeeld beslissingen omtrent de vaststelling van vergoedingen door de Hoge Raad veelal beschouwd als feitelijk.[101] Een feitelijke beslissing kan in cassatie niet getoetst worden, behoudens op de aanwezigheid van de in het voorgaande al genoemde categorieën motiveringsgebreken (onbegrijpelijke motiveringen, het passeren van essentiële stellingen en kennelijke vergissingen).

---

97 Zie over dit alles *Burgerlijke Rechtsvordering* (Korthals Altes), art. 79 RO, aant. 6; Asser 2003, p. 45-48.

98 Zie Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 100; *Burgerlijke Rechtsvordering* (Korthals Altes), art. 79 RO, aant. 6; Wiarda 1978, p. 76-82.

99 Zie hierover *Burgerlijke Rechtsvordering* (Korthals Altes), art. 79 RO, aant. 6 (sub b); Asser 2003, p. 47; Martens 1997, p. 10-11; Wiarda 1978, p. 77-79.

100 Zie hierover *Burgerlijke Rechtsvordering* (Korthals Altes), art. 79 RO, aant. 6 (sub c).

101 Zie bijv. HR 3 april 1998 (Lindeboom/Beusmans), *NJ* 1998, 571 m.b.t. een proceskostenveroordeling.

### 6.3.3 Inhoudelijke toetsing van een rechtersregeling

De controle in cassatie op de toepassing van een rechtersregeling (waarover nader § 6.3.4 en § 6.3.5) vooronderstelt dat deze regeling zélf in overeenstemming, althans niet in strijd is met het geldende recht, zoals dat onder meer te vinden is in wetgeving en jurisprudentie. Een rechtersregeling dient naar haar aard immers steeds te blijven binnen de grenzen van de aan de rechter toekomende beleidsruimte, welke grenzen worden aangegeven door de geldende wettelijke, jurisprudentiële en overige rechtsregels.[102] Dit brengt met zich dat in cassatie[103] steeds getoetst zal kunnen worden of een rechtersregeling deze grenzen niet overschrijdt. Terzijde zij hierbij overigens herhaald dat de cassatierechter bij deze gelegenheid ook het geldende recht kan wijzigen (bijvoorbeeld door een nieuwe uitleg van een bepaalde regel te aanvaarden), als gevolg waarvan de grenzen van de aan de (lagere) rechter toekomende beleidsruimte alsnog anders kunnen komen te liggen.[104]

Een rechtersregeling kan dus, wanneer tenminste een partij dit punt in haar cassatiemiddelen aan de orde stelt,[105] door de cassatierechter steeds inhoudelijk op haar juistheid getoetst worden. Valt deze toets negatief uit, dan zal een toetsing van de bestreden uitspraak aan de desbetreffende rechtersregeling daarna vanzelfsprekend niet meer aan de orde komen. De intensiteit van de hier bedoelde inhoudelijke toetsing verschilt overigens, afhankelijk van de vraag of de regeling betrekking heeft op beleidsruimte, dan wel op interpretatieruimte van de rechter.[106] Wanneer een rechtersregeling dient ter invulling van een bepaalde vorm van beleidsruimte zal, zo bleek in § 4.4.2.5, de Hoge Raad de inhoud daarvan slechts in beperkte mate toetsen en slechts nagaan of de grenzen van de aan de lagere rechter toekomende beleidsruimte niet zijn overschreden. Binnen deze grenzen zal de Hoge Raad de door de lagere rechter gekozen invulling, zoals neergelegd in de betrokken rechtersregeling, respecteren (gebeurt dit niet, dan is in feite geen sprake (meer) van enige beleidsruimte voor de lagere rechter). Een rechtersregeling die betrekking heeft op een vraag van interpretatie kan daarentegen volledig worden getoetst door de Hoge Raad, waarbij de Hoge Raad zo nodig zijn eigen rechtsopvatting voor die van de lagere rechter in de plaats kan stellen. Bij dit laatste moet overigens

---

102 Zie § 4.4.4.3.

103 Hetzelfde geldt overigens in appèl, indien en voorzover daar de beslissing van de lagere rechter aan diens rechtersregeling getoetst dient te worden. Zie over de vraag wanneer dit het geval is uitgebreider § 6.2.3.3, sub b.

104 Zie § 4.4.2.4.

105 Zie art. 419 lid 1 Rv. Zoals hierna nog zal blijken, behoeft overigens niet met zoveel woorden te worden aangevoerd dat een rechtersregeling strijdig is met een bepaalde (hogere) rechtsregel; het zal veelal ook mogelijk zijn, rechtstreeks erover te klagen dat de beslissing van de lagere rechter waarbij deze een rechtersregeling heeft toegepast, met deze hogere rechtsregel in strijd is.

106 Zie over het onderscheid tussen beide vormen van rechterlijke beslissingsruimte met name § 4.4.2.3.

bedacht worden dat een wetsinterpreterende rechtersregeling, zoals is betoogd in § 4.5.5, in beginsel niet tot een voorafgaande binding op grond van algemene rechtsbeginselen zal kunnen leiden, terwijl het evenmin zinvol is een dergelijke regeling als recht in de zin van art. 79 RO aan te merken. Zoals hieronder nog zal blijken, staat dit echter niet per definitie in de weg aan een inhoudelijk oordeel van de cassatierechter over een wetsinterpreterende rechtersregeling.

De in het voorgaande bedoelde inhoudelijke toetsing van rechtersregelingen kan op verschillende manieren plaatsvinden. In de eerste plaats kan het voorkomen dat de Hoge Raad (min of meer) met zoveel woorden overweegt, dat een rechtersregeling in strijd is met bepaalde, geschreven of ongeschreven, rechtsregels. Een dergelijk geval deed zich voor in het, in § 4.4.2.2 reeds besproken, arrest Ajax/Valk.[107] In deze zaak ging het in cassatie om een bepaling uit het rolreglement van het Hof Den Haag, waarin de eis werd gesteld dat bij inschrijving van een nieuwe zaak de originele appèldagvaarding en, zo nodig, een origineel herstelexploot dienden te worden overgelegd. Hoewel deze (niet met zoveel woorden in de wet opgenomen) eis volgens de Hoge Raad in beginsel strookt met de 'eisen van een behoorlijke rechtspleging', brengen deze eisen van een behoorlijke rechtspleging tevens mee dat gelegenheid wordt geboden verzuimen op dit punt met bekwame spoed, dat wil zeggen: binnen veertien dagen, te herstellen. Aangezien de desbetreffende bepaling van het rolreglement niet in een zodanige herstelmogelijkheid voorzag, was deze in zoverre in strijd met de eisen van een behoorlijke rechtspleging.

De spiegelbeeldige situatie – de Hoge Raad oordeelt dat een rechtersregeling *niet* in strijd is, dan wel in overeenstemming is, met het recht – is uiteraard evenzeer denkbaar. Zo overwoog de Hoge Raad in het hierboven aangehaalde arrest Ajax/Valk bovendien dat art. 3 lid 2 van het landelijk rolreglement voor de rechtbanken, in overeenstemming met hetgeen de eisen van een behoorlijke rechtspleging in dit verband meebrengen, de mogelijkheid biedt het verzuim bij inschrijving van de zaak bepaalde stukken over te leggen, binnen twee weken na de roldatum te herstellen. Een ander voorbeeld is te vinden in de beschikking Y. en R./Spliet q.q.,[108] die in § 4.4.2.5 reeds werd besproken. De Hoge Raad oordeelde hierin, dat een in het arrondissement Zutphen ontwikkeld beleid met betrekking tot het verlenen van toestemming door de rechter-commissaris voor onderhandse verkoop van een tot de failliete boedel behorend goed, niet in strijd is met het stelsel van de Faillissementswet, noch met art. 176 van deze wet.

Een met het voorgaande min of meer verwante situatie doet zich voor, wanneer de Hoge Raad in een uitspraak een rechtsregel formuleert die inhoudelijk

107 HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 401 m.nt. HJS.
108 HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 562 m.nt. PvS.

overeenkomt (of juist niet) met een bepaalde rechtersregeling. Een treffend voorbeeld hiervan vormt het arrest Ajax/Reule.[109] In deze zaak was onder meer de vraag aan de orde of – kort gezegd – een vordering in kort geding kan gelden als 'eis in de hoofdzaak' als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv. In het overleg van rechtbankpresidenten was voordien reeds 'besloten' dat deze bepaling inderdaad aldus moest worden uitgelegd.[110] Hoewel de Hoge Raad deze rechtersregeling niet met zoveel woorden noemt, overweegt hij:

> "Deze strekking [van het conservatoir beslag – KT] levert een toereikende rechtvaardiging op voor de door de wetstekst niet uitgesloten en inmiddels in de rechtspraak van kort geding rechters in eerste aanleg gangbaar geworden opvatting dat ook een vordering in kort geding, strekkende tot een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot voldoening aan de vordering waarvoor conservatoir beslag is gelegd, kan gelden als eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 lid 3."

Hieruit kan niet anders worden geconcludeerd dan dat de Hoge Raad bovengenoemde rechtersregeling van de rechtbankpresidenten inhoudelijk juist acht.[111]

Ook hier kan een voorbeeld van de omgekeerde situatie worden genoemd. Art. 7:685 lid 1, laatste zin BW bepaalde tot 1 april 2002,[112] kort samengevat, dat de werkgever die een verzoek indiende tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer, bij dit verzoek op straffe van niet-ontvankelijkheid een door het Landelijk instituut sociale verzekeringen getoetst 'reïntegratieplan' diende te voegen. Gezien de uiteenlopende opvattingen in de rechtspraak ten aanzien van de toepassing van deze bepaling, stelde de Kring van Kantonrechters een 'aanbeveling'[113] vast die, kort gezegd, inhield dat een reïntegratieplan *altijd* vereist is, maar dat herstel van een verzuim op dit punt in bepaalde gevallen mogelijk is. In een tweetal beschikkingen oordeelde de Hoge Raad hierover evenwel anders: een redelijke wetsuitleg brengt volgens de Hoge Raad mee, dat niet-ontvankelijkheid wegens het ontbreken van een reïntegratieplan achterwege dient te blijven in gevallen waarin de werknemer stelselmatig nalaat de werkgever in staat te stellen te controleren of hij ziek is,[114] alsmede in gevallen waarin reïntegratie van de werknemer naar het oordeel van de rechter niet aan de orde kán komen, bijvoorbeeld

---

109 HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 717 m.nt. HJS.

110 Zie over deze rechtersregeling § 2.3.

111 Een soortgelijk voorbeeld vormt HR 3 oktober 2003 (Ontvanger/Heemhorst), *RvdW* 2003, 155 waarin de Hoge Raad besliste dat ook een belastingaanslag kan gelden als 'eis in de hoofdzaak'. Ook deze opvatting was reeds in de zojuist bedoelde rechtersregeling van de rechtbankpresidenten neergelegd.

112 Met de inwerkingtreding van de Wet verbetering poortwachter (Wet van 29 november 2001, *Stb.* 2001, 628) op 1 april 2002 is deze verplichting van de werkgever komen te vervallen.

113 Deze maakt deel uit van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters voor art. 7:685 BW-procedures (waarover § 2.7) en is gepubliceerd in *SMA* 1999, p. 530-532.

114 HR 29 september 2000 (Kuijper/ING), *NJ* 2001, 302 m.nt. PAS.

omdat de verhouding tussen werkgever en werknemer onherstelbaar is verstoord of omdat sprake is van bedrijfsbeëindiging.[115] Hoewel de Hoge Raad zich niet expliciet uitsprak over genoemde aanbeveling van de Kring van Kantonrechters, is duidelijk dat deze, als gevolg van de hier besproken jurisprudentie, niet langer als (volledig) rechtens juist kon worden beschouwd.

Een andere mogelijkheid in dit verband is dat de cassatierechter geen (expliciet, dan wel impliciet) oordeel geeft over de vraag of een rechtersregeling in strijd is met het geldende recht, maar de regeling aldus *interpreteert* dat van strijdigheid geen sprake is. Van een dergelijke 'wetsconforme interpretatie' van een rechtersregeling zou bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de Hoge Raad in het arrest Van den Kieboom/Lensvelt[116] niet had overwogen dat het bepaalde in art. 2.12 LRr 'niet kan afdoen aan het op de wet gebaseerde recht op pleidooi', maar (bijvoorbeeld) dat art. 2.12 LRr, in het licht van het in de wet neergelegde fundamentele recht op pleidooi, aldus moet worden verstaan dat deze bepaling ook van toepassing is als meer dan de in de wet genoemde conclusies zijn gewisseld, zodat partijen alsdan eveneens een termijn van twee weken voor beraad moet worden gegund.

De inhoudelijke toetsing van een rechtersregeling kan ook op een meer impliciete wijze gestalte krijgen. Soms zal namelijk uit het oordeel van de Hoge Raad over een beslissing van de lagere rechter kunnen worden afgeleid, hoe de Hoge Raad denkt over een rechtersregeling die aan die beslissing (mogelijkerwijs) ten grondslag heeft gelegen. Van een expliciete 'toetsing' is hier overigens geen sprake; veeleer gaat het om een impliciet gegeven oordeel over een rechtersregeling, althans om een oordeel dat inhoudelijke gevolgen heeft voor een rechtersregeling. Verschillende situaties zijn in dit verband denkbaar.

Wanneer de feitenrechter een rechtersregeling toepast en de Hoge Raad vervolgens oordeelt dat deze beslissing blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, zal daaruit met een grote mate van waarschijnlijkheid kunnen worden afgeleid dat de desbetreffende rechtersregeling zélf inhoudelijk onjuist is. Deze conclusie valt echter niet met zekerheid te trekken: de mogelijkheid bestaat immers dat de rechtersregeling *voor dit specifieke geval* niet juist is, anders gezegd: dat de rechter in casu van de regeling had moeten afwijken.[117] Omgekeerd zal het oordeel van de Hoge Raad dat een beslissing conform een rechtersregeling niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, doorgaans impliceren dat die regeling zelf óók niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

Tot slot is het mogelijk dat de feitenrechter een voor hem geldende rechtersregeling níet toepast, waarna de Hoge Raad tot het oordeel komt dat een en ander blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Hiermee staat echter nog

115 HR 22 juni 2001 (K./Van der Velden), *NJ* 2001, 475 m.nt. PAS.
116 HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 567, *JBPr* 2003, 58 m.nt. K. Teuben.
117 Zie over de mogelijkheden tot afwijking van een rechtersregeling § 6.2.2.

niet vast dat de desbetreffende rechtersregeling wél de juiste rechtsopvatting weergeeft, zodat uit een beslissing in deze zin geen harde conclusies getrokken kunnen worden.

Uit het voorgaande laat zich ter afsluiting afleiden, dat voor een inhoudelijke toetsing van (en meer in het algemeen: een inhoudelijk oordeel over) een rechtersregeling niet strikt noodzakelijk is, dat partijen met zoveel woorden in hun cassatiemiddelen aanvoeren dat deze regeling in strijd is met het recht. Wanneer de lagere rechter zijn beslissing baseert op een rechtersregeling die strijdig is met een bepaalde (hogere) rechtsregel, zal deze beslissing als gevolg daarvan immers eveneens rechtens onjuist zijn. De betrokken partij zal in dat geval ook rechtstreeks erover kunnen klagen dat de lagere rechter met zijn beslissing het recht geschonden heeft. Dit impliceert bovendien, dat de in deze paragraaf besproken mogelijkheid van een inhoudelijke toetsing óók bestaat ten aanzien van rechtersregelingen die niet tot het recht in de zin van art. 79 RO behoren. De rechtsregels waarmee een zodanige rechtersregeling en de daarop gebaseerde beslissing (beweerdelijk) in strijd zijn, vallen immers zelf wél binnen het kader van art. 79 RO, zodat over schending daarvan in cassatie zonder meer kan worden geklaagd.

### 6.3.4 Schending van het recht bij toepassing van een rechtersregeling

#### *6.3.4.1 Inleiding*

Ervan uitgaand dat een toepasselijke rechtersregeling niet zélf in strijd is met het recht, is de volgende vraag: welke vormen van 'schending van het recht' kunnen zich nu voordoen bij de toepassing daarvan door de lagere rechter? In algemene zin luidt het antwoord op deze vraag dat het hierbij zowel kan gaan om een onjuiste uitleg van die rechtersregeling (§ 6.3.4.2), als om een onjuiste toepassing daarvan op de vastgestelde feiten (§ 6.3.4.3). Ik werk dit hieronder uit aan de hand van enkele concrete voorbeelden.

#### *6.3.4.2 Onjuiste uitleg rechtersregeling*

Art. 2.8 LRr geeft een procespartij de mogelijkheid uitstel voor het indienen van een processtuk te verzoeken op grond van 'klemmende redenen'. Stel nu dat een partij op grond van deze bepaling om uitstel verzoekt en daartoe aanvoert dat hij meer tijd nodig heeft om de door de wederpartij in het geding

gebrachte producties door een accountant te laten toetsen.[118] De rolrechter meent echter dat een en ander geen klemmende reden als bedoeld in art. 2.8 LRr oplevert en weigert uitstel. Wanneer de betrokken partij vervolgens de toegelaten proceshandeling inderdaad niet verricht, zal de rolrechter (ambtshalve) akte van niet-dienen verlenen.[119] Terzijde zij opgemerkt dat een zodanige beslissing aangemerkt moet worden als een (tussen)vonnis,[120] waartegen in beginsel hoger beroep en beroep in cassatie kunnen worden ingesteld.[121]

In het gegeven voorbeeld doet zich een vraag van uitleg van het landelijk rolreglement voor: is het feit dat een procespartij de door de wederpartij ingebrachte producties door een accountant wil laten toetsen, te beschouwen als een klemmende reden voor uitstel? Wanneer tegen de beslissing van de rolrechter uiteindelijk beroep in cassatie wordt ingesteld, zal door de benadeelde partij kunnen worden aangevoerd dat de rolrechter het reglement onjuist heeft uitgelegd en derhalve het recht (waartoe dit reglement immers behoort) geschonden heeft. In beginsel zal de Hoge Raad zich nu moeten uitspreken over de vraag of de aangevoerde grond voor uitstel al dan niet een klemmende reden in de zin van art. 2.8 LRr oplevert. 'In beginsel', omdat zich juist bij dit voorbeeld de complicatie voordoet dat een rechtersregeling zélf een vage norm bevat. Zoals in § 6.3.2.3 is gebleken, wordt de toepassing van een vage norm op de feiten van het concrete geval door de Hoge Raad in veel gevallen beschouwd als een 'gemengde beslissing': een beslissing waarbij feitelijk en juridisch oordeel zozeer 'verweven' zijn dat de cassatierechter deze slechts in (zeer) beperkte mate inhoudelijk kan toetsen.

Het zal daarom afhangen van de wijze waarop de rolrechter zijn beslissing formuleert, of in cassatie daadwerkelijk met succes over een onjuiste uitleg van de betrokken bepaling kan worden geklaagd. Indien de beslissing kort samengevat luidt: het door een accountant laten controleren van ingebrachte producties valt niet onder het begrip 'klemmende redenen'; in casu is (uitsluitend) als klemmende reden voor uitstel aangevoerd dat meer tijd nodig is om de ingebrachte producties te laten toetsen; het gevraagde uitstel dient dus geweigerd te worden, dan zijn het feitelijke en het interpretatieve deel van de beslissing duidelijk te scheiden. Dit stelt de Hoge Raad in staat te controleren of hij de door de rolrechter gehanteerde interpretatie juist acht.

---

118 De 'helpdesk' bij het Landelijk rolreglement (waarover Uniken Venema 2001, p. 147) was van mening dat in een zodanig geval géén sprake is van een 'klemmende reden'. Zie zijn advies d.d. 26-10-2000, te vinden op www.rechtspraak.nl (onder Bijzondere instanties en instellingen/Helpdesk civiele rol/Hoofdstuk 1/Artikel 1.10).

119 Zie art. 1.7 LRr en art. 133 lid 4 Rv.

120 Zie bijv. HR 10 september 1993 (Fonville/Woningbouwvereniging), *NJ* 1994, 507 m.nt. HJS; HR 28 juni 1996 (De Nieuwe Woning/Staat), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS; HR 4 april 1997 (Van Schaik/Verboom), *NJ* 1998, 220 m.nt. HJS.

121 Ingevolge art. 337 lid 2, resp. art. 401a lid 2 Rv is dit – tenzij de rechter anders heeft bepaald – overigens slechts mogelijk tegelijk met een zodanig beroep tegen de einduitspraak. Zie over deze complicatie uitgebreider § 6.3.6.2.

Het is echter ook mogelijk dat de rolrechter zijn beslissing veel meer feitelijk inkleedt, bijvoorbeeld door deze als volgt te formuleren: gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, waarin niet is gebleken dat toetsing van de ingebrachte producties langer zal duren dan de termijn voor het verrichten van de volgende proceshandeling, kan geen klemmende reden voor uitstel aanwezig worden geacht. In dat geval lopen de interpretatie van het reglement en de waardering van de feitelijke omstandigheden van het geval dooreen, zodat de beslissing in cassatie hoogstwaarschijnlijk als een gemengde beslissing zal gelden. Het gevolg daarvan is dat een rechtsklacht, inhoudend dat de rolrechter een verkeerde uitleg heeft gegeven aan het begrip 'klemmende redenen', weinig kans van slagen zal hebben.

Al met al is dus met de constatering dat een rechtersregeling tot het recht in de zin van art. 79 RO behoort, nog niet alles gezegd. De mate waarin de Hoge Raad daadwerkelijk toezicht kan uitoefenen op de uitleg daarvan, is (mede) afhankelijk van de vraag of die rechtersregeling zélf vage begrippen bevat, alsmede van de vraag hoe de lagere rechter in dat geval zijn beslissing heeft vormgegeven.

#### *6.3.4.3 Onjuiste toepassing rechtersregeling*

Het meest pregnante geval van onjuiste toepassing van een rechtersregeling doet zich uiteraard voor wanneer de lagere rechter een hem bindende rechtersregeling in het geheel niet toepast. Stel bijvoorbeeld dat de rechtbanken en gerechtshoven het op dit moment geldende liquidatietarief als eigen regeling overnemen. Als gevolg hiervan zal dit tarief als recht in de zin van art. 79 RO kunnen worden aangemerkt.[122] Wanneer vervolgens een rechtbank of hof bij de begroting van de kostenveroordeling deze rechtersregeling volledig negeert, dan zal de hierdoor benadeelde partij in cassatie met succes over schending van het recht (te weten: het liquidatietarief) kunnen klagen. Hoewel de rechter zónder de aanwezigheid van deze rechtersregeling mogelijk wel tot zijn beslissing had mogen komen – de begroting van de proceskosten is immers typisch een terrein waar de feitenrechter een grote beslissingsruimte heeft[123] – is die ruimte beperkt als gevolg van de vaststelling van een (bindend) liquidatietarief. Als gevolg daarvan is de rechter jegens partijen gehouden deze rechtersregeling na te leven en kan hij haar niet zonder meer buiten toepassing laten.[124]

---

122 Vgl. § 5.5.

123 Zie bijv. HR 3 april 1998 (Lindeboom/Beusmans), *NJ* 1998, 571; zie ook § 4.4.2.2.

124 In zoverre is dan ook onjuist hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 23 april 2004, *NJ* 2004, 350 m.b.t. het Uniform reglement van de gerechtshoven voor rekestprocedures in familiezaken overweegt: "De onderhavige klacht, die kennelijk ertoe strekt dat de afwijzing van het verzoek tot aanhouding niet of onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd, stuit erop af dat het hof als rechter die over de feiten oordeelt, vrij is de zaak al dan niet aan te houden. Het behoefde zijn beslissing dienaangaande niet te motiveren." Het uitgangspunt

Overigens zou een dergelijke beslissing tevens tot een motiveringsklacht aanleiding kunnen geven. Zoals werd besproken in § 6.2.2.3 mag een rechter immers in bepaalde gevallen wel afwijken van een rechtersregeling, maar dient hij die afwijking afdoende te motiveren, bijvoorbeeld door aan te geven welke bijzondere omstandigheden een en ander rechtvaardigen. Tegen een beslissing waarbij de rechter een rechtersregeling volledig buiten toepassing laat, zou daarom ook nog aangevoerd kunnen worden dat de rechter niet of niet voldoende heeft gemotiveerd op grond van welke bijzondere omstandigheden van het geval hij van een in beginsel toepasselijke regeling is afgeweken. In § 6.3.5 kom ik op deze mogelijkheid terug.

Een ander voorbeeld van de wijze waarop een onjuiste toepassing van een rechtersregeling in cassatie kan worden geredresseerd, is te vinden in het reeds meerdere malen genoemde rolrichtlijnen-arrest.[125] In die zaak werd de toepassing van een bepaling uit de rolrichtlijnen van de Haagse rechtbank in cassatie ter discussie gesteld. Het desbetreffende art. 9a van die rolrichtlijnen hield, kort gezegd, de mogelijkheid in dat een zaak na een 'vrije aanhouding' door de belanghebbende partij vervroegd op een rolzitting werd opgebracht. Van het voornemen daartoe diende echter, aldus genoemd art. 9a, tevoren per brief aan de rolrechter mededeling te worden gedaan, terwijl van deze brief tevens aan de wederpartij een afschrift moest worden verzonden.

In cassatie werd onder meer aangevoerd dat de rolrechter in strijd met deze bepaling had gehandeld, aangezien niet aan de daarin gestelde eisen voor vervroegde opbrenging was voldaan. De Hoge Raad overwoog naar aanleiding hiervan dat noch uit de aan de rolrechter gezonden brief, noch op andere wijze was gebleken dat in casu voldaan was aan het voorschrift, van een en ander mededeling aan (de procureur van) de wederpartij te doen. De conclusie luidde dan ook, dat de rolrechter inderdaad art. 9a van zijn rolrichtlijnen geschonden had door te oordelen dat de zaak overeenkomstig dit artikel was opgebracht, en vervolgens akte van niet-dienen te verlenen.

Dit geval illustreert op welke wijze de toepassing van een rechtersregeling in cassatie kan worden gecontroleerd. Omdat de rolrichtlijnen van de rechtbank in cassatie als 'recht' gelden, levert de toepassing daarvan op de feiten een rechtsbeslissing op. Nu in de bewuste bepaling geen vage begrippen voorkomen, doen zich bovendien niet de in de vorige paragraaf genoemde problemen voor. De Hoge Raad toetst de beslissing van de rolrechter vervolgens aan de toepasselijke bepaling van de rolrichtlijnen. Dit vormt tevens een

---

dat de rechter volledig vrij is een zaak al dan niet aan te houden moge juist zijn; indien de rechter (c.q. zijn gerecht) zichzelf heeft gebonden aan een reglement waarin voor het verlenen van uitstel nadere regels zijn neergelegd, is daarmee deze vrijheid beperkt en dient de rechter zich aan de in het reglement neergelegde regels te houden, of daarvan (in bijzondere omstandigheden) *gemotiveerd* af te wijken (zie hierover ook § 4.4.5).

125 HR 28 juni 1996 (De Nieuwe Woning/Staat), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS, waarover ook § 4.2.4.

voorbeeld van de in § 6.2.3.3 besproken 'indirecte' gebondenheid van de cassatierechter aan een rechtersregeling van – in casu – een rechtbank. De Hoge Raad kan (en moet) hier immers de rolrichtlijn als toetsingsmaatstaf hanteren bij de beoordeling van de aangevallen beslissing.

Uit dit voorbeeld blijkt bovendien dat een rechtersregeling in bepaalde gevallen inderdaad de in § 4.4.6.2 al genoemde *controlefunctie* kan hebben. Zónder de aanwezigheid van een rechtersregeling worden beslissingen waarbij de lagere rechter beschikt over beleidsruimte door de Hoge Raad immers slechts (zeer) beperkt getoetst.[126] Wanneer nu, ter invulling van een bepaalde vorm van beleidsruimte, een rechtersregeling is vastgesteld die voldoet aan de eerder geformuleerde eisen voor het ontstaan van binding en recht in de zin van art. 79 RO, kan de Hoge Raad de beslissing van de lagere rechter niet alleen controleren op de aanwezigheid van onbegrijpelijke motiveringen en dergelijke, maar kan hij deze bovendien toetsen aan de desbetreffende rechtersregeling.

### 6.3.5 Schending van het motiveringsvereiste bij toepassing van een rechtersregeling

In het voorgaande is reeds aan de orde gekomen dat de binding aan een rechtersregeling die recht in de zin van art. 79 RO vormt, in meerdere opzichten beperkt van aard is.[127] Eén van deze beperkingen is gelegen in het feit dat de rechter steeds de mogelijkheid – of eigenlijk de plicht – heeft, in bijzondere gevallen van een rechtersregeling af te wijken. Wel zal daarbij van de rechter verlangd kunnen worden, dat hij deze afwijking motiveert door aan te geven welke bijzondere omstandigheden van het geval afwijking rechtvaardigen. Een soortgelijke motiveringseis zou gesteld kunnen worden voor de omgekeerde situatie dat niet van een rechtersregeling wordt afgeweken, terwijl door één der partijen (gemotiveerd) is aangevoerd dat dit wél zou moeten gebeuren, zij het dat in dit laatste geval de motivering in het algemeen minder uitgebreid zal kunnen zijn, nu het volgen van een rechtersregeling immers juist de hoofdregel is.[128]

Deze beide motiveringsplichten lenen zich ook voor toetsing in cassatie. Een vergelijking kan gemaakt worden met de in § 6.3.2.3 genoemde gevallen waarin, ter concretisering van een vage norm, een bepaalde vuistregel is aanvaard. De lagere rechter mag van die vuistregel afwijken, maar dient deze afwijking te motiveren. Is een motivering hiervoor niet, of niet in voldoende mate aanwezig, dan kan in cassatie met succes over schending van het motiveringsvereiste worden geklaagd.

---

126 Zie hierover uitgebreider § 4.4.2.5.
127 Zie met name § 4.4.5.
128 Zie over dit alles uitgebreider § 6.2.2.2 en § 6.2.2.3.

Mijns inziens is wenselijk dat de Hoge Raad een soortgelijke, in cassatie toetsbare, motiveringsplicht met betrekking tot de (niet-) afwijking van 'art. 79 RO-rechtersregelingen' aanvaardt.[129] De bindende werking van dit type rechtersregeling zou anders immers louter theoretisch zijn: de lagere rechter zou zich hieraan eenvoudig kunnen onttrekken door te overwegen dat 'in de bijzondere omstandigheden van het geval' afwijking van een bepaalde rechtersregeling gerechtvaardigd is. Een rechtsklacht tegen een dergelijke beslissing zal geen grote kans van slagen hebben. De 'rechtsopvatting' dat van een rechtersregeling in bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken is niet onjuist en voor het overige zal een zodanige beslissing, die is 'verweven met waarderingen van feitelijke aard', niet op haar juistheid getoetst kunnen worden. Uit oogpunt van controle en rechtsbescherming is dus van belang, dat een beslissing van deze strekking via de weg van motiveringsklachten kan worden gecorrigeerd. Daarnaast is ook voor de rechtsontwikkeling van belang dat door de rechter duidelijk wordt gemaakt waarom in bepaalde omstandigheden een rechtersregeling wel of niet dient te worden toegepast.

Succesvolle motiveringsklachten zijn overigens ook denkbaar ten aanzien van rechtersregelingen die géén recht in de zin van art. 79 RO vormen. Zo is door Martens betoogd dat wanneer de feitenrechter bij zijn beslissing (klaarblijkelijk) uitgaat van een bepaalde rechtersregeling, sprake zal kunnen zijn van een onbegrijpelijke motivering indien bij de toepassing daarvan een kennelijke vergissing – bijvoorbeeld in de vorm van een rekenfout – is gemaakt.[130] Een illustratie van deze mogelijkheid is te vinden in een arrest van de Hoge Raad, waarin (onder meer) de toepassing van het liquidatietarief van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba ter discussie werd gesteld.[131] Hoewel deze rechtersregeling volgens de Hoge Raad niet als recht in de zin van art. 79 RO kan worden aangemerkt, kan over de begroting van de proceskosten aan de hand van dit liquidatietarief in cassatie wél worden geklaagd voorzover deze begroting op een misslag berust en daarom onbegrijpelijk is.[132] Dit was in casu het geval, nu het Gemeenschappelijk Hof de kostenveroordeling (kennelijk) had begroot volgens "Tarief 11" van genoemd liquidatietarief (bestemd voor vorderingen tot betaling van een geldsom van Afl. 2,2 miljoen of meer), terwijl het onderhavige geding betrekking had op een beslagverlof.[133]

129 Vgl. Snijders 1997a, p. 49.

130 Martens 1997, p. 19.

131 HR 15 februari 2002, *NJ* 2002, 197.

132 In deze zin overigens ook reeds HR 3 april 1998 (Lindeboom/Beusmans), *NJ* 1998, 571.

133 Zie voor een ander voorbeeld in deze zin HR 10 oktober 2003, *NJ* 2004, 37, waarin een motiveringsklacht tegen de vaststelling van kinderalimentatie door het hof (waarbij het hof de NVvR-alimentatienormen op onbegrijpelijke wijze had toegepast) doel trof. Hoewel de taak van de cassatierechter bij het toetsen van de motivering van alimentatiebeschikkingen slechts een beperkte is, geldt immers ook voor dergelijke beschikkingen dat zij tenminste zodanig moeten worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geven in de daaraan ten

Aldus kan ook via (deels nog nader te ontwikkelen) motiveringseisen de binding van de (lagere) rechter aan een rechtersregeling geëffectueerd worden. Zelfs zou enige controle kunnen worden uitgeoefend op de toepassing van rechtersregelingen die níet als recht in de zin van art. 79 RO kunnen worden beschouwd. Hierbij moet overigens een soortgelijke kanttekening gemaakt worden als in § 6.3.1 al is gemaakt ten aanzien van de uitbreiding van het toepassingsgebied van art. 79 RO tot andere rechtersregelingen dan rolreglementen. Ook het aanscherpen van motiveringseisen zal kunnen leiden tot een grotere toestroom van cassatieberoepen, vooral wanneer het gaat om onderwerpen die in de praktijk veelvuldig voorkomen, zoals de vaststelling van alimentaties of kostenveroordelingen. Op deze gebieden is de toetsing door de cassatierechter daarom in het algemeen (zeer) beperkt. Niettemin geldt zelfs voor alimentatiebeschikkingen de algemene motiveringseis, dat deze beschikkingen tenminste zodanig moeten zijn gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang;[134] of hieraan in de gegeven omstandigheden is voldaan kan in cassatie getoetst worden. Zowel uit dogmatisch oogpunt als uit oogpunt van rechtsbescherming komt een (in cassatie toetsbare) motiveringsplicht voor de rechter bij afwijking van een rechtersregeling daarom aangewezen voor, terwijl een dergelijke plicht voorts binnen de reeds bestaande kaders past.

### 6.3.6 Enige complicaties

#### *6.3.6.1 Inleiding*

Bij de bespreking van de vraag op welke wijze de controle op uitleg en toepassing van rechtersregelingen in cassatie gestalte kan krijgen, is in de voorgaande paragrafen noodzakelijkerwijs uitgegaan van een enigszins gesimplificeerde voorstelling van zaken. In de praktijk ligt het meestal iets minder eenvoudig en zal de beschreven wijze van controle niet in alle gevallen mogelijk zijn. Van de mogelijke cassatietechnische beperkingen kunnen worden genoemd het feit dat (a) de Hoge Raad bij de beoordeling van de bestreden uitspraak gebonden is aan de door de cassatiemiddelen aangevoerde klachten (art. 419 lid 1 Rv); (b) de feitelijke grondslag voor de middelen slechts in de gedingstukken gevonden kan worden (art. 419 lid 2 Rv); en (c) voor nieuwe stellingen ('nova') in cassatie in beginsel geen plaats is. Gezien de opzet van dit onderzoek kunnen deze specifieke aspecten van de cassatieprocedure hier niet nader worden besproken.[135]

---

grondslag liggende gedachtegang, aldus de Hoge Raad.

134 Aldus HR 10 oktober 2003, *NJ* 2004, 37 en HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 495.

135 Zie over een en ander Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nrs. 153-161 resp. nrs. 126-131.

Een tweetal andere belangrijke beperkingen aan de mogelijkheid de toepassing van een 'art. 79 RO-rechtersregeling' in cassatie ter discussie te stellen, dient thans wél aan de orde te komen, aangezien het hierbij gaat om beperkingen van een meer substantiële aard. Ik doel hierbij ten eerste op het feit dat in bepaalde gevallen geen rechtsmiddelen openstaan tegen beslissingen van de lagere rechter waarbij hij een rechtersregeling toepast (§ 6.3.6.2). In dat kader rijst bovendien de vraag of de onjuiste toepassing van een rechtersregeling kan leiden tot doorbreking van een dergelijk rechtsmiddelenverbod (§ 6.3.6.3). Een tweede complicatie wordt veroorzaakt door de positie die de appèlrechter inneemt ten opzichte van rechtersregelingen die afkomstig zijn van de rechter(s) in eerste aanleg (§ 6.3.6.4).

*6.3.6.2 Geen rechtsmiddelen mogelijk tegen beslissing van de lagere rechter*

Eerder kwam al aan de orde, dat het van de thans bestaande rechtersregelingen met name de diverse – landelijke dan wel plaatselijke – rolreglementen zijn, die aan alle eisen voor recht in de zin van art. 79 RO voldoen.[136] Beslissingen die de rechter op grond van een rolreglement neemt (bijvoorbeeld een beslissing op het bezwaar tegen een eiswijziging ex art. 130 Rv, de bepaling of verlenging van termijnen of de bepaling van een datum voor een comparitie of pleidooi), zijn echter in veel gevallen te beschouwen als 'rolbeschikkingen': administratieve maatregelen van ondergeschikte betekenis, die enkel worden genomen ter bevordering van een behoorlijke rechtspraak en ter verzekering van de geregelde loop der zaak.[137] Aangenomen wordt dat tegen rolbeschikkingen geen rechtsmiddelen openstaan,[138] zodat de cassatierechter in die gevallen geen controle zal kunnen uitoefenen op de toepassing van het vigerende rolreglement. Gezien het ondergeschikte belang van dit soort beslissingen is dat in het algemeen overigens geen al te groot probleem.

Het voorgaande geldt echter niet voor alle beslissingen die de rolrechter op grond van zijn rolreglement neemt. Beslissingen die ingrijpen in de processuele rechten van partijen zullen in het algemeen niet als rolbeschikking, maar als (tussen)vonnis, c.q. -arrest, moeten worden gekwalificeerd. Te denken valt bijvoorbeeld aan beslissingen waarbij een memorie van grieven wordt geweigerd,[139] een akte van niet-dienen wordt verleend,[140] dan wel wordt herroe-

136 Zie § 5.5.

137 Zie over rolbeschikkingen Snijders & Wendels 2003, nr. 41; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 141; Wiersma 1998, nr. 116 e.v.; Ras 1966, nrs. 51-53.

138 Zie Snijders & Wendels 2003, nr. 41; Wiersma 1998, nr. 117. Ten aanzien van bepaalde rolbeslissingen bepaalt de wet met zoveel woorden dat daartegen geen hogere voorziening openstaat (zie bijv. art. 130 lid 2 Rv inzake het bezwaar tegen een eiswijziging).

139 Zie bijv. HR 1 mei 1998 (Malenstein/Van den Berg), *NJ* 1998, 622.

140 Zie bijv. HR 10 september 1993 (Fonville/Woningbouwvereniging), *NJ* 1994, 507 m.nt. HJS; HR 28 juni 1996 (De Nieuwe Woning/Staat), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS; HR 4 april 1997 (Van Schaik/Verboom), *NJ* 1998, 220 m.nt. HJS.

pen,[141] partijen niet tot pleidooi worden toegelaten[142] of inschrijving van de zaak op de rol wordt geweigerd.[143] In die gevallen staan tegen de beslissing van de rolrechter de normale rechtsmiddelen open.[144]

In dat geval doet zich echter een tweede complicatie voor: tenzij de rechter anders heeft bepaald, zijn hoger beroep en beroep in cassatie tegen een tussenuitspraak thans nog slechts mogelijk tegelijk met een zodanig beroep tegen de einduitspraak (zie art. 337 lid 2, resp. art. 401a lid 2 Rv). Twijfelachtig is echter of het voor de desbetreffende partij in dat stadium nog zinvol is een beslissing van de rolrechter aan te vechten, bijvoorbeeld op de grond dat daarbij door de rechter het rolreglement onjuist is toegepast. Dit geldt met name wanneer het gaat om een beslissing van de rolrechter in eerste aanleg, die een der partijen in appèl wenst te bestrijden.

Een voorbeeld: gedaagde verzoekt in eerste aanleg om uitstel voor het nemen van de conclusie van antwoord op grond van een 'klemmende reden' (vgl. art. 2.8 sub b LRr). De rolrechter oordeelt echter dat de aangevoerde reden niet als klemmend in de zin van het landelijk rolreglement valt te beschouwen en weigert het gevraagde uitstel. Wanneer gedaagde vervolgens inderdaad niet voor antwoord concludeert, zal de rolrechter (ambtshalve) akte van niet-dienen verlenen, als gevolg waarvan het recht deze proceshandeling te verrichten definitief[145] komt te vervallen (vgl. art. 133 lid 4 Rv en art. 1.7 LRr). De gevolgen hiervan voor gedaagde zijn tamelijk desastreus: gedurende het verdere geding in eerste aanleg zal hij geen principaal verweer mogen voeren, terwijl hij (bepaalde) exceptieve verweren zelfs in hoger beroep niet meer zal kunnen aanvoeren (vgl. art. 128 lid 3 jo. art. 348 Rv).[146] Wanneer nu van deze beslissing (die, zoals eerder bleek, kan worden aangemerkt als tussenvonnis) eerst tegelijk met het eindvonnis kan worden geappelleerd, is het daarvoor eigenlijk te laat: zelfs wanneer het ten onrechte weigeren van de conclusie van antwoord al zou leiden tot vernietiging van het eindvonnis van de rechtbank, is het de appèlrechter naar vaste jurisprudentie niet toegestaan de zaak vervol-

141 Zie HR 1 mei 1998 (Maatschap voor Fysiotherapie/Diepeveen), *NJ* 1999, 563 m.nt. HJS.
142 Zie Hof 's-Gravenhage 19 maart 1996, *NJ* 1997, 362.
143 Zie HR 16 november 2001 (Ajax/Valk), *NJ* 2002, 401 m.nt. HJS.
144 Zie hierover Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 141; Wiersma 1998, nrs. 132-133.
145 Tenzij de rolrechter de verleende akte van niet-dienen nadien nog zou herroepen. Dit is echter slechts mogelijk indien bijzondere omstandigheden gebondenheid van de rechter aan deze eindbeslissing onaanvaardbaar zouden maken (zie HR 1 mei 1998 (Maatschap voor Fysiotherapie/Diepeveen), *NJ* 1999, 563 m.nt. HJS en HR 4 april 1997 (Van Schaik/Verboom), *NJ* 1998, 220 m.nt. HJS; zie in dit verband ook Hof Amsterdam 7 juni 2001, *JBPr* 2003, 45 m.nt. K. Teuben onder *JBPr* 2003, 50 alsmede Ktr. Heerlen 29 januari 2003, *JBPr* 2003, 50 m.nt. K. Teuben).
146 Zie over het onderscheid tussen principaal en exceptief verweer Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 144; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 66.

gens terug te wijzen naar de rechtbank.[147] De oorspronkelijk gedaagde krijgt aldus geen gelegenheid meer, excepties die hij al in eerste aanleg had moeten opwerpen (bijvoorbeeld een beroep op onbevoegdheid van de gewone rechter omdat tussen partijen arbitrage is overeengekomen; vgl. art. 1022 lid 1 Rv) alsnog naar voren te brengen, terwijl ten aanzien van zijn overige (principale) verweren een instantie verloren gaat. *De facto* kan een onjuiste toepassing door de rolrechter van zijn rolreglement derhalve niet meer worden rechtgezet via hoger beroep of (daarna) beroep in cassatie, wanneer deze hogere voorzieningen tegen de desbetreffende beslissing niet tussentijds mogelijk zijn

Opgemerkt zij, dat de hier geschetste complicatie zich bij beslissingen van de rolrechter *in appèl* niet op dezelfde wijze zal voordoen. De Hoge Raad kan immers na vernietiging van een eindvonnis (in het hier bedoelde geval: onder gelijktijdige vernietiging van het eerdere tussenvonnis) de zaak wél terugwijzen naar de appèlrechter (zie art. 421 e.v. Rv). Alsdan zal in voorkomend geval bijvoorbeeld gelegenheid kunnen worden geboden, een in appèl ten onrechte geweigerde memorie alsnog te nemen of een ten onrechte geweigerd pleidooi alsnog te doen plaatsvinden.

Ook buiten het terrein van de rolbeslissingen zal de toepassing van een rechtersregeling soms leiden tot een beslissing waartegen geen rechtsmiddelen openstaan. Zo wordt een andere voor de praktijk belangrijke rechtersregeling gevormd door de 'Aanbevelingen' van de Kring van Kantonrechters, waarin onder andere de kantonrechtersformule is opgenomen.[148] Hoewel deze rechtersregeling momenteel niet als recht in de zin van art. 79 RO beschouwd kan worden, aangezien deze niet van een 'bevoegd orgaan' afkomstig is,[149] zou dit in de toekomst anders kunnen komen te liggen (bijvoorbeeld bij vaststelling door de sectoren kanton bij de rechtbanken[150]). Ook dan staat echter het elfde lid van art. 7:685 BW, dat hoger beroep en cassatie tegen een beschikking van de kantonrechter krachtens dit artikel uitsluit, aan controle door de Hoge Raad op toepassing van de 'Aanbevelingen' in de weg.

De hier besproken uitsluitingen van rechtsmiddelen leiden ertoe, dat de cassatierechter in veel gevallen niet de eerder beschreven controle op (uitleg en toepassing van) rechtersregelingen die als recht in de zin van art. 79 RO gelden zal kunnen uitoefenen, hetzij omdat beroep in cassatie eenvoudigweg niet openstaat, hetzij omdat dit beroep, als gevolg van de uitsluiting van tussentijdse hogere voorzieningen, als 'mosterd na de maaltijd' komt. Deze

147 Zie met name HR 16 april 1993 (Van der Belt/De Open Ankh), *NJ* 1993, 654 m.nt. HER onder *NJ* 1993, 655; HR 7 mei 1993 (Meulen/Keijsers), *NJ* 1993, 655 m.n.t HER, en meer recent in dezelfde zin HR 1 februari 2002, *NJ* 2003, 655 m.nt. DA. Zie voorts Ras/Hammerstein 2001, nrs. 65-73.

148 Zie over deze rechtersregeling § 2.7.

149 Zie § 4.4.4.4.

150 Zie hierover § 5.2.3.4.

constatering kan echter ook weer enigszins gerelativeerd worden. Ten eerste valt, zoals al eerder opgemerkt, te verwachten dat in de toekomst meer rechtersregelingen zullen worden vastgesteld die aan alle eisen voor recht in de zin van art. 79 RO voldoen, ook op gebieden waarbij beroep in cassatie steeds tot de mogelijkheden behoort. Ten aanzien van de kantonrechtersformule kan er voorts nog op gewezen worden, dat deze rechtersregeling in de praktijk in toenemende mate wordt toegepast bij de bepaling van een vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag ex art. 7:681 BW.[151] Tegen een beslissing op grond van déze bepaling zijn de gebruikelijke rechtsmiddelen mogelijk.

#### *6.3.6.3 Doorbreking van rechtsmiddelenverboden op grond van onjuiste toepassing van een rechtersregeling?*

In aansluiting op de voorgaande paragraaf kan de vraag gesteld worden of de daar besproken uitsluitingen van rechtsmiddelen *doorbroken* kunnen worden in gevallen waarin de rechter een (hem bindende) rechtersregeling onjuist of in het geheel niet heeft toegepast. Doorbreking van (specifieke) wettelijke rechtsmiddelenverboden wordt in de jurisprudentie immers mogelijk geacht indien wordt aangevoerd dat de desbetreffende bepaling ten onrechte is toegepast, ten onrechte buiten toepassing is gelaten, dan wel met verzuim van essentiële vormen is toegepast.[152]

Ten aanzien van de rolbeschikking die volgt op het verzet tegen een wijziging van eis heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk bepaald dat doorbreking van het in art. 134 lid 3 (oud, thans art. 130 lid 2) Rv opgenomen rechtsmiddelenverbod in het geheel niet mogelijk is, zelfs niet wanneer een van de hiervóór genoemde gronden voor doorbreking wordt aangevoerd.[153] Aangenomen kan worden dat dit *a fortiori* heeft te gelden voor andere (echte) rolbeschikkingen als beslissingen waarbij termijnen voor het nemen van conclusies worden vastgesteld of een datum voor een comparitie of pleidooi wordt bepaald, nu zulke beslissingen eveneens – en zelfs in sterkere mate – van ondergeschikt belang te achten zijn.[154] Doorbreking van het in art. 337 lid 2 Rv en art. 401a lid 2 Rv neergelegde appèl- en cassatieverbod ten aanzien van tussenuitspraken behoort, naar aan te nemen valt, evenmin tot de mogelijkheden. Voor de rekestprocedure heeft de Hoge Raad immers reeds beslist dat zijn 'doorbraak-

151 Zie voor een uitgebreid overzicht Scholtens 2002b.

152 Zie over deze 'doorbraakjurisprudentie' Snijders & Wendels 2003, nrs. 315-323, met verdere vindplaatsen.

153 Zie HR 28 mei 1999 (Heep/Heep), *NJ* 2000, 220 m.nt. JBMV.

154 Aldus ook de Conclusie van A-G Bakels (sub 2.5) bij het in de vorige noot genoemde arrest; zie in deze zin ook Hof Arnhem 14 oktober 2003, *JBPr* 2004, 4 m.nt. E.L. Schaafsma-Beversluis. Anders: Wiersma 1998, nrs. 125-127.

jurisprudentie' niet van toepassing is op de uitsluiting van het tussentijds appèl tegen tussenbeschikkingen in art. 429n lid 3 (oud, thans art. 358 lid 3) Rv.[155]

Ook afgezien van dit alles is overigens twijfelachtig of de onjuiste toepassing, dan wel het geheel achterwege blijven van toepassing van een rechtersregeling onder de gronden voor doorbreking van een rechtsmiddelenverbod valt te brengen. Bedacht moet immers worden dat een rechtersregeling steeds ertoe dient het geldende recht, zoals onder meer neergelegd in de wet, nader in te vullen.[156] Zo hebben de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters inzake ontbindingsprocedures onder meer betrekking op de berekening van de 'billijke vergoeding' van art. 7:685 lid 8 BW, alsmede op de wijze waarop de laatste zin van lid 1 van dit artikel – tot 1 april 2002 inhoudend dat in bepaalde gevallen het verzoekschrift van de werkgever vergezeld diende te gaan van een reïntegratieplan – moest worden uitgelegd. Zou door een kantonrechter één van deze aanbevelingen verkeerd worden toegepast, of zelfs in het geheel niet worden toegepast, dan betekent dit nog niet dat hij daarmee ook 'buiten het toepassingsgebied' van deze bepaling treedt. Integendeel: de aanbevelingen dienen juist uit de aard der zaak *binnen* het toepassingsgebied daarvan te blijven. Hooguit zal dus sprake zijn van een *onjuiste* toepassing van art. 7:685 BW, zoals dat door de desbetreffende aanbeveling nader is 'genormeerd'. Dit laatste levert echter geen zelfstandige grond[157] op voor doorbreking van het appèl- en cassatieverbod van art. 7:685 lid 11 BW.[158]

*6.3.6.4 Positie van de appèlrechter*

Een tweede belangrijke begrenzing vloeit voort uit het 'relatieve' karakter dat de binding aan de hier besproken rechtersregelingen kenmerkt. De hogere rechter is, zo bleek in § 6.2.3.3, immers niet op dezelfde wijze gebonden aan een rechtersregeling als de rechters die de regeling hebben vastgesteld. Ten hoogste kan in bepaalde gevallen een 'indirecte' binding daaraan bestaan, die

155 Zie HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 475 en HR 5 juni 1998, *NJ* 1998, 626; in gelijke zin m.b.t. het tussentijds appèlverbod van art. 337 lid 2 Rv Hof 's-Hertogenbosch 1 juli 2003, *JBPr* 2004, 6 m.nt. C.J.M. Klaassen; Hof Leeuwarden 20 augustus 2003, *NJF* 2004, 40.

156 Zie hierover § 4.4.4.2 en § 4.4.4.3.

157 Wel zou eventueel denkbaar zijn dat bij of door de onjuiste toepassing van een rechtersregeling *tevens* een echte grond voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod aanwezig is, zoals met name de schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Een dergelijke situatie zou zich bijv. kunnen voordoen bij het niet of onjuist toepassen van Aanbeveling 1.3 van de Kring van Kantonrechters (zie voor de tekst van deze aanbeveling *SMA* 1997, p. 22-23), welke aanbeveling betrekking heeft op de deugdelijke oproeping van de verweerder in een ontbindingsprocedure.

158 Zie Snijders & Wendels 2003, nr. 321. Zie ook HR 29 september 2000 (Kuijper/ING), *NJ* 2001, 302 m.nt. PAS en HR 22 juni 2001 (K./Van der Velden), *NJ* 2001, 475 m.nt. PAS, waarin de Hoge Raad onder meer besliste dat een eventuele onjuiste toepassing van het bepaalde in art. 7:685 lid 1, laatste zin BW geen grond oplevert voor doorbreking van het in lid 11 van deze bepaling neergelegde rechtsmiddelenverbod.

inhoudt dat de hogere rechter de beslissing van de lagere rechter aan diens rechtersregeling dient te toetsen. Voor de appèlrechter bestaat deze indirecte binding echter alleen wanneer het gaat om rechtersregelingen die behoren tot de categorie 'rolreglementen'. In overige gevallen brengt de devolutieve werking van het appèl met zich dat de appèlrechter de zaak volledig opnieuw moet behandelen, zonder daarbij op enigerlei wijze aan een rechtersregeling van de lagere rechter gebonden te zijn.

Het probleem dat zich nu voordoet, kan geïllustreerd worden aan de hand van het in § 6.2.3.3 gegeven (fictieve) voorbeeld waarin een rechtbank een rechtersregeling heeft vastgesteld met betrekking tot de hoogte van smartengelden. Wanneer de rechtbank bijvoorbeeld een smartengeld vaststelt dat volgens deze rechtersregeling te laag is, kan tegen deze beslissing uiteraard hoger beroep worden ingesteld. Het hof dient in dat geval echter zelfstandig te onderzoeken welk bedrag aan smartengeld in casu moet worden toegekend, zonder daarbij op enig moment gehouden te zijn de rechtersregeling van de rechtbank in zijn beoordeling te betrekken. Indien het hof (bijvoorbeeld) de beslissing van de rechtbank bekrachtigt, is het de vraag wat voor rol de desbetreffende rechtersregeling bij een eventueel cassatieberoep nog kan spelen. Een zodanig beroep wordt immers ingesteld tegen de beslissing van het hof. En aangezien het hof niet aan de rechtersregeling van de rechtbank gebonden was, zal dit betekenen dat in cassatie niet met succes ertegen opgekomen kan worden dat het hof deze regeling niet of onjuist heeft toegepast.

Het gevolg van een en ander is dat partijen er – ook wanneer wél rechtsmiddelen openstaan – uiteindelijk slechts in een klein aantal situaties met succes in cassatie over kunnen klagen dat de rechter een hem bindende rechtersregeling niet (correct) heeft toegepast. Concreet gezegd is dit slechts mogelijk in gevallen waarin (a) voor de rechter in laatste feitelijke aanleg (doorgaans zal dit een appèlrechter zijn, maar dit behoeft niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn) een eigen rechtersregeling geldt; dan wel (b) de appèlrechter indirect gebonden was aan een rechtersregeling van de rechter in eerste aanleg, zodat hij diens beslissing aan die regeling diende te toetsen.

De onder (b) genoemde situatie doet zich globaal genomen voor bij 'procedurele' beslissingen van de lagere rechter zoals die met name op grond van een rolreglement genomen plegen te worden (uiteraard slechts voor zover deze als tussenvonnis te kwalificeren zijn).[159] Uit het onder (a) gestelde blijkt wederom dat een rechtersregeling die door de appèlrechter(s) wordt vastgesteld, zeker vanuit het perspectief van partijen bezien, zinvoller is dan een rechtersregeling die slechts voor de rechters in eerste aanleg geldt.[160]

159 Zie hierover uitgebreider § 6.2.3.3.
160 Vgl. hetgeen hierover is opgemerkt in § 6.2.3.3, onder a.

## 6.4 Ook recht in de zin van art. 25 Rv?

### 6.4.1 Inleiding

In het voorgaande is ingegaan op de vraag wanneer een rechtersregeling recht in de zin van art. 79 RO vormt, tot wat voor binding een dergelijke regeling leidt, en op welke wijze deze binding door procespartijen, in het bijzonder in de cassatiefase, geëffectueerd kan worden. Aan het slot van dit hoofdstuk zal kort aandacht worden besteed aan een daarmee verwante vraag: is een rechtersregeling die voldoet aan de vereisten voor recht in de zin van art. 79 RO, tevens een 'rechtsgrond' als bedoeld in art. 25 (voorheen: art. 48) Rv? Ingevolge deze bepaling dient de rechter immers ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen die niet door partijen zijn aangevoerd.[161]

De begrippen 'recht' in art. 79 RO en 'rechtsgrond' in art. 25 Rv overlappen elkaar grotendeels, maar niet volledig.[162] Zo is buitenlands recht wel een rechtsgrond in de zin van art. 25 Rv,[163] maar kan over schending daarvan in cassatie niet worden geklaagd (vgl. art. 79 sub 2 RO); het is dus géén recht in de zin van art. 79 RO. Ten aanzien van beleidsregels van bestuursorganen geldt het omgekeerde. In het Leidraad-arrest heeft de Hoge Raad beslist dat deze weliswaar recht in de zin van art. 79 RO kunnen vormen, maar door de rechter (daaronder begrepen de Hoge Raad zelf) niet ambtshalve toegepast behoeven te worden.[164] Met andere woorden: beleidsregels behoren niet tot de rechtsgronden als bedoeld in art. 25 Rv. Gelet op de grote overeenkomsten die tussen rechtersregelingen en beleidsregels bestaan,[165] dient zich hiermee de vraag aan wat voor rechtersregelingen heeft te gelden: is een rechtersregeling die voldoet aan de eisen voor recht in de zin van art. 79 RO daarmee ook een rechtsgrond in de zin van art. 25 Rv, of behoeft de rechter een zodanige regeling juist niet ambtshalve toe te passen? Alvorens deze vraag kan worden beantwoord (§ 6.4.3), zal eerst in het kort uiteen worden gezet wat onder de verplichting tot ambtshalve toepassing van art. 25 Rv verstaan moet worden (§ 6.4.2).

---

161 Zie over deze bepaling uitgebreider Vriesendorp 1970 en 1981; Smith 2004; *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 Rv (oud); *Burgerlijke Rechtsvordering* (Wesseling-Van Gent), art. 25 Rv; Snijders & Wendels 2003, nrs. 229-236.

162 Zie bijv. *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 Rv (oud), aant. 5, die voor de invulling van het begrip rechtsgrond in de eerste plaats verwijst naar art. 79 RO.

163 Vgl. bijv. HR 22 februari 2002, *NJ* 2003, 483 m.nt. PV. Zie ook Vriesendorp 1970, nr. 84; *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 Rv (oud), aant. 5.

164 Aldus HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 m.nt. MS, r.o. 4.8, waarover ook § 4.2.3.

165 Zie hierover hoofdstuk 4, in het bijzonder § 4.4.6.

### 6.4.2 Art. 25 Rv: ambtshalve aanvullen van rechtsgronden

Zoals al eerder werd opgemerkt, verplicht art. 25 Rv de rechter (zo nodig) ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. De achtergrond van deze verplichting wordt weergegeven door het adagium *ius curia novit*: de rechter kent het recht, of wordt althans geacht dit te kennen.[166] Procespartijen behoeven dus niet zelf te stellen en, zo nodig, te bewijzen hoe het toepasselijke recht luidt. Dit betekent bijvoorbeeld dat de rechter een vordering ook zal kunnen toewijzen wanneer een partij zich daarvoor niet op de juiste rechtsgrondslag heeft beroepen.

De verplichting tot het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden is echter in meerdere opzichten begrensd. In de eerste plaats is het de rechter verboden de feiten aan te vullen: hij mag zijn beslissing niet baseren op andere feiten dan door de partij te wier behoeve ambtshalve aanvulling moet plaatsvinden, aan haar vordering of verzoek ten grondslag zijn gelegd.[167] Dit verbod tot aanvulling van feitelijke gronden kent enkele uitzonderingen. Allereerst mag de rechter feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels wél (ambtshalve) aanvullen (vgl. art. 149 lid 2 Rv). Voorts is het de rechter toegestaan ook andere ten processe gebleken feiten aan zijn beslissing ten grondslag te leggen, indien het daarbij gaat om de toepassing van een rechtsgrond die van 'openbare orde' is.[168]

De tweede beperking aan de plicht tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden, is dat deze slechts bestaat binnen de 'grenzen van de rechtsstrijd'. Het beginsel van partij-autonomie brengt immers met zich dat partijen zelf de omvang van hun geschil bepalen.[169] De rechter mag hier niet buiten treden. Waar de grenzen van de rechtsstrijd precies liggen, is voornamelijk een kwestie van uitleg van de vordering of het verzoek van eiser, het verweer van gedaagde en het verder tijdens de procedure gevoerde debat.[170] In appèl en cassatie worden de grenzen van de rechtsstrijd (verder) afgebakend door de aangevoerde grieven respectievelijk cassatiemiddelen.[171] Ook dan zal door uitleg daarvan bepaald moeten worden in welke omvang de aangevallen uitspraak aan het oordeel van de hogere rechter onderworpen wordt. Binnen de aldus vastgestelde grenzen is de ruimte voor ambtshalve aanvulling van

166 Zie *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 Rv (oud), aant. 2; Vriesendorp 1970, nr. 1.
167 Aldus HR 22 oktober 1993 (Van Schijndel/SPF), *NJ* 1994, 94 (r.o. 3.4.3.3). Zie ook Smith 2004, p. 21-39; Snijders & Wendels 2003, nrs. 240-249; *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 Rv (oud), aant. 7; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 45; Tjong Tjin Tai 2002, p. 30-32; Vriesendorp 1970, nrs. 35-45.
168 Zie hierover Snijders & Wendels 2003, nr. 248; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 45.
169 Zie hierover *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 Rv (oud), aant. 3.
170 Zie *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 Rv (oud), aant. 3; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 44.
171 Zie Snijders & Wendels 2003, nrs. 217-218; Ras/Hammerstein 2001, nr. 16 e.v.; *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 Rv (oud), aant. 10.

rechtsgronden in het algemeen (zeer) beperkt.[172] Wél is het zowel de appèl- als de cassatierechter toegestaan de bestreden beslissing op ambtshalve bijgebrachte gronden te bekrachtigen.[173]

Ook de tweede begrenzing op de verplichting tot het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden kent weer een uitzondering. Het betreft hier de zojuist al genoemde rechtsregels die van 'openbare orde' zijn. Wanneer een rechtsregel van openbare orde is, is niet in zijn algemeenheid te zeggen. In elk geval gaat het om regels die leiden tot rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan en bij de handhaving waarvan het 'algemeen belang' betrokken is.[174] Rechtsgronden die in deze zin van openbare orde zijn, moet de rechter ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd aanvullen.[175]

### 6.4.3 Ambtshalve toepassing van rechtersregelingen

#### *6.4.3.1 Inleiding*

In § 6.2.3.5 bleek reeds dat een rechtersregeling, ook wanneer het daarbij gaat om 'recht' in de zin van art. 79 RO, in beginsel tot een 'relatieve' binding leidt: slechts bepaalde rechters zijn jegens partijen gehouden deze regeling toe te passen. Dit brengt met zich dat de vraag of 'de' rechter een rechtersregeling ook ambtshalve moet toepassen, niet in deze vorm gesteld kan worden, maar in twee deelvragen opgesplitst moet worden: (a) zijn de rechters die bij de totstandkoming van een rechtersregeling betrokken zijn geweest (anders gezegd: de rechters die zichzelf rechtstreeks aan een rechtersregeling hebben gebonden) verplicht deze ambtshalve toe te passen?; en (b) zijn ook andere rechters dan onder (a) genoemd – met name: de appèl- en/of cassatierechter – verplicht tot ambtshalve toepassing van een rechtersregeling?

Bij de beantwoording van deze vragen moet vooropgesteld worden dat het in beide gevallen in het algemeen zal gaan om ambtshalve toepassing binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Daarbuiten is de rechter, zo bleek in § 6.4.2, immers slechts verplicht tot ambtshalve toepassing van rechtsregels die van openbare orde zijn. Het zal zich waarschijnlijk slechts bij hoge uitzondering voordoen dat een rechtersregeling als zodanig beschouwd moet worden.

---

172 Vgl. Ras/Hammerstein 2001, nrs. 44-54 en Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 154; zie voor een ruimere opvatting Pels Rijcken 1983, p. 176-179.

173 Zie *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 Rv (oud), aant. 10; Ras/Hammerstein 2001, nrs. 42 en 84; Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 154; Vriesendorp 1970, nr. 158.

174 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 47; Smith 2004, p. 59-61; Vriesendorp 1970, nr. 108.

175 Zie hierover Snijders & Wendels 2003, nr. 234; *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 Rv (oud), aant. 9; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 47; Ras/Hammerstein 2001, nrs. 57-60; Pels Rijcken 1983, p. 178-179.

### *6.4.3.2 Ambtshalve toepassing door rechtstreeks aan een rechtersregeling gebonden rechters*

De eerste vraag die kan worden gesteld, is of de rechtstreeks aan een rechtersregeling gebonden rechters verplicht zijn deze – binnen de grenzen van de rechtsstrijd – ambtshalve toe te passen. Wanneer bijvoorbeeld in een alimentatiegeschil bij het Hof Leeuwarden de draagkracht van de betrokkene aan de orde wordt gesteld, is de rechter dan verplicht ambtshalve de door dit hof vastgestelde 'alimentatievrije voet'[176] in de beoordeling te betrekken?

Tegen een verplichting tot ambtshalve toepassing zou kunnen pleiten dat deze ten aanzien van *beleidsregels* – een rechtsfiguur waarmee rechtersregelingen aanzienlijke overeenkomsten vertonen – door de Hoge Raad in het Leidraad-arrest expliciet is afgewezen. Het is echter waarschijnlijk dat de Hoge Raad aldus heeft beslist vanwege het feit dat het bestuur grote aantallen beleidsregels produceert, die bovendien niet altijd even toegankelijk zijn.[177] Ik herinner hier eraan, dat behoorlijke bekendmaking óók bij beleidsregels een voorwaarde vormt voor de kwalificatie als 'recht', maar in § 5.3.2 kwam al aan de orde dat aan die bekendmaking in elk geval door de Hoge Raad geen al te hoge eisen gesteld worden. Van de rechter kan dus inderdaad moeilijk worden verlangd dat hij zelf nagaat of in een bepaald geval wellicht een beleidsregel toepasselijk is en zo ja, hoe deze precies luidt.

Ten aanzien van rechtersregelingen ligt dit echter anders: van de rechter kan mijns inziens wél verwacht worden dat hij zijn *eigen* beleid (zoals neergelegd in een rechtersregeling) kent. De merkwaardige situatie zou anders ontstaan dat partijen de rechter bijvoorbeeld moeten voorhouden dat er binnen zijn gerecht een 'alimentatievrije voet' geldt, die hij bij de berekening van de draagkracht dient toe te passen, terwijl de rechter die regeling in beginsel zelf (mede) zal hebben vastgesteld.[178] Aangenomen moet dan ook worden dat in elk geval voor de rechtstreeks bij een rechtersregeling betrokken rechters een verplichting tot ambtshalve toepassing daarvan bestaat.

### *6.4.3.3 Ambtshalve toepassing door andere rechters*

Een eventuele verplichting tot ambtshalve toepassing ligt met name gecompliceerd wanneer het gaat om andere rechters dan degenen die een rechtersregeling hebben vastgesteld. In § 6.2.3.3 is geconcludeerd dat een hogere rechter nooit 'direct' gebonden kan zijn aan een rechtersregeling van de lagere rechter,

---

176 Deze rechtersregeling is vastgesteld door de sector civiel, afdeling rekesten van het Hof Leeuwarden en is gepubliceerd op www.rechtspraak.nl (onder Gerechtshof Leeuwarden/ Actueel). Zie hierover ook § 2.9, sub a.

177 Vgl. Van der Vlies 1990, p. 1150-1151, alsmede de noot van Scheltema (sub 5) onder HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118.

178 Zie § 5.2.3.4.

in die zin dat hij deze bij het nemen van eigen beslissingen toe zou moeten passen, laat staan ambtshalve. Wel kan een van de lagere rechter afkomstige rechtersregeling in bepaalde gevallen een 'indirecte' binding voor de hogere rechter opleveren. Deze vorm van gebondenheid bestaat voor de appèlrechter bij de beoordeling van bepaalde procedurele beslissingen van de lagere rechter, en voor de cassatierechter in meer algemene zin bij de beoordeling van beslissingen waarbij de feitenrechter beleidsruimte[179] heeft, bijvoorbeeld omdat laatstgenoemde beschikt over een discretionaire bevoegdheid of de hoogte van een vergoeding moet vaststellen. De appèl- of cassatierechter dient in deze gevallen de beslissing van de lagere rechter *aan diens rechtersregeling* te toetsen. De vraag is nu, of hij dit ook ambtshalve moet doen. Anders geformuleerd: brengt art. 25 Rv mee dat de hogere rechter ambtshalve moet nagaan of de lagere rechter een voor hém geldende rechtersregeling correct heeft toegepast?

Terzijde zij opgemerkt dat het praktisch belang van deze vraag niet zeer groot zal zijn. Eerder werd er al op gewezen dat een verplichting tot ambtshalve toepassing van rechtersregelingen in het algemeen slechts zal bestaan binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Deze grenzen worden in appèl en cassatie nader afgebakend door de aangevoerde grieven en cassatiemiddelen.[180] Ambtshalve toepassing van een rechtersregeling (althans ten gunste van appellant, c.q. eiser tot cassatie) zou zich in dit verband dus slechts kunnen voordoen in gevallen waarin tegen een beslissing waarbij de lagere rechter een rechtersregeling (niet) heeft toegepast, wél een grief of cassatiemiddel is gericht, terwijl daarin niet met zoveel woorden een beroep op de desbetreffende rechtersregeling is gedaan.

Ook bij de beantwoording van de hier besproken vraag kan weer een vergelijking worden gemaakt met beleidsregels, ten aanzien waarvan door de Hoge Raad géén verplichting tot ambtshalve toepassing is aangenomen. Zojuist kwam al naar voren dat de achtergrond hiervan waarschijnlijk gezocht moet worden in het feit dat de rechter niet geacht kan worden alle beleidsregels van het bestuur te kennen. Op het eerste gezicht vormt dit ook een sterk argument tégen een verplichting tot ambtshalve toepassing van een rechtersregeling door andere (hogere) rechters. Zij zijn immers niet bij vaststelling van die regeling betrokken geweest, dus het is de vraag in hoeverre ze van het bestaan daarvan op de hoogte (kunnen) zijn.

Hierbij moet evenwel worden bedacht dat het in elk geval steeds gaat om *behoorlijk bekendgemaakte* rechtersregelingen. Is een rechtersregeling niet behoorlijk bekendgemaakt dan is deze noch bindend, noch recht in de zin van art. 79 RO, zodat in dat geval de vraag naar ambtshalve toepassing in het geheel niet meer aan de orde komt. Bovendien zullen, zo is althans in § 5.3.2 betoogd, aan rechtersregelingen op het punt van bekendmaking in het algemeen strenge-

179 Zie over beleidsruimte van de rechter uitgebreider § 4.4.2.2 en § 4.4.2.3.
180 Zie § 6.4.2.

re eisen moeten worden gesteld dan aan beleidsregels. De daadwerkelijke kenbaarheid van een rechtersregeling voor andere rechters lijkt dus groter te zijn dan bij beleidsregels het geval is.

Nu is het wel zo dat bij rechtersregelingen die slechts plaatselijk gelden – en deze kunnen óók recht in de zin van art. 79 RO vormen – bekendmaking via toezending aan alle procureurs binnen het arrondissement in het algemeen afdoende is te achten.[181] In dat geval is uiteraard twijfelachtig of ook de hogere rechter zo'n rechtersregeling daadwerkelijk zal kennen. Het gaat echter ook dan om een regeling die binnen de rechterlijke macht tot stand is gebracht (anders dan bij een beleidsregel, die door de uitvoerende macht wordt vastgesteld). Hoewel van de rechter niet gevergd kan worden dat hij (ambtshalve) inzicht heeft in de situatie binnen het bestuur, kan dit ten aanzien van de situatie binnen de rechterlijke macht mijns inziens wél worden verwacht. Anders geformuleerd: de hogere rechter kan in elk geval geacht worden de rechtersregelingen van andere rechters of gerechten te kennen, ook al is hij daarvan in werkelijkheid wellicht niet op de hoogte. Dit alles wijst in de richting van het aannemen van een verplichting tot ambtshalve toepassing door de hogere rechter.

Met betrekking tot de hier besproken vraag kan, behalve met beleidsregels, voorts een vergelijking worden gemaakt met de arbitrage. Niet alleen overheidsrechters, maar ook arbiters (en/of de partijen bij arbitrage) kunnen namelijk eigen (aanvullende) procedureregels vaststellen.[182] Wanneer partijen arbitrage door een regulier arbitrage-instituut zijn overeengekomen (institutionele arbitrage), zijn deze procedureregels doorgaans neergelegd in een reglement van het desbetreffende arbitrage-instituut.[183] Dit reglement maakt deel uit van de 'opdracht' van partijen aan het scheidsgerecht (vgl. art. 1020 lid 6 jo. art. 1036 Rv).[184]

Wanneer nu het scheidsgerecht een of meer bepalingen van zijn procesreglement schendt, kan een partij in beginsel bij de gewone rechter een vordering tot vernietiging van het door het scheidsgerecht gewezen vonnis instellen. De vordering kan gebaseerd worden op de grond dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1 sub c Rv).[185]

Het procesreglement van een scheidsgerecht zou men kunnen vergelijken met een rechtersregeling die door de rechter(s) in eerste aanleg is vastgesteld, meer in het bijzonder met een rolreglement. De rol die beide regelingen spelen

---

181 Aldus HR 4 april 1997 (Van Schaik/Verboom), *NJ* 1998, 220 m.nt. HJS. Zie hierover ook § 5.3.2.

182 Zie hierover Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 383.

183 Zie Snijders 2003, art. 1020, aant. 9.

184 Zie hierover Von Hombracht-Brinkman 1994, p. 8-9.

185 Zie HR 17 januari 2003 (IMS/Modsaf-IR), *NJ* 2004, 384 m.nt. HJS; HR 28 september 1990 (Huybregts/Van Tuyl), *NJ* 1991, 230 m.nt. JBMV; zie voorts de MvT bij art. 1065 Rv, *TvA* 1984, afl. 4a, p. 46.

wanneer de beslissing van de rechtstreeks daaraan gebonden personen (rechters, dan wel arbiters) door een andere rechter moet worden beoordeeld, blijkt eveneens overeenkomstig te zijn: in een gewone civiele procedure dient de appèlrechter, dan wel de Hoge Raad, beslissingen van de rolrechter aan het toepasselijke rolreglement te toetsen;[186] bij arbitrage is het de vernietigingsrechter die moet beoordelen of het handelen van het scheidsgerecht in overeenstemming met het reglement is.[187] Hierbij toetst de vernietigingsrechter niet ambtshalve of het reglement door het scheidsgerecht geschonden is; de belanghebbende partij moet daar een beroep op doen (vgl. art. 1064 lid 5 Rv).[188] Kan, parallel hieraan, nu gesteld worden dat bij een rechtersregeling de hogere rechter de aangevallen uitspraak ook niet ambtshalve aan die regeling mag toetsen? Ook een rechtersregeling heeft immers in beginsel 'relatieve' werking, namelijk tussen de rechters die deze hebben vastgesteld en de procespartijen.[189]

Het essentiële verschil tussen beide gevallen is gelegen in het feit dat bij arbitrage sprake is van een overeenkomst ('opdracht')[190] tussen partijen en het scheidsgerecht, waarvan een procesreglement een onderdeel kan zijn. Daarvan uitgaand is het in zekere zin logisch dat partijen zich op de eventuele schending van dat reglement moeten beroepen. In een gewone civiele procedure moet op contractuele bedingen door de belanghebbende partij eveneens een beroep worden gedaan: de rechter mag zijn beslissing niet baseren op een tussen partijen overeengekomen contractsclausule als de belanghebbende partij deze niet aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd (anders zou sprake zijn van een verboden aanvulling van feiten).[191] Een rechtersregeling lijkt echter niet op analoge wijze als een 'overeenkomst' tussen partijen en de rechter beschouwd te kunnen worden. Rechtersregelingen worden immers eenzijdig door rechters vastgesteld en de overheidsrechter is – anders dan arbiters – niet door partijen 'ingehuurd'. Aan het eenzijdige karakter van rechtersregelingen doet voorts niet af dat in sommige gevallen (bijvoorbeeld bij het landelijk rolreglement[192]) vóór de totstandkoming daarvan afstemming met de betrokken partijen, althans hun procesvertegenwoordigers, heeft

186 Zie § 6.2.3.3, onder b.

187 Zij het dat de vernietigingsrechter bij zijn onderzoek of het scheidsgerecht de procedureregels heeft nageleefd, terughoudendheid zal moeten betrachten (aldus HR 17 januari 2003 (IMS/Modsaf-IR), *NJ* 2004, 384 m.nt. HJS).

188 Tenzij (tevens) sprake is van strijd met de openbare orde; aangenomen wordt dat de vernietigingsrechter aan deze vernietigingsgrond wél ambtshalve moet toetsen. Zie hierover Sanders 2001, p. 190-191; Snijders 2003, art. 1064, aant. 3.

189 Zie § 6.2.3.5.

190 De rechtsverhouding tussen arbiters en partijen is immers te beschouwen als een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW). Zie hierover Snijders 2003, art. 1029, aant. 1; Von Hombracht-Brinkman 1994, p. 7-13.

191 Vgl. *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 Rv (oud), aant. 7; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 45.

192 Zie hierover Uniken Venema 2001, p. 141-143.

plaatsgevonden. Bij nadere beschouwing is de toetsing door de vernietigingsrechter bij arbitrage dan ook niet zodanig vergelijkbaar dat daaruit moet volgen dat voor de appèl- of cassatierechter geen verplichting tot ambtshalve toepassing van een rechtersregeling kan bestaan.

### 6.4.4 Conclusies

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de rechter zijn 'eigen' rechtersregelingen – binnen de door art. 25 Rv gestelde grenzen – zo nodig ambtshalve moet toepassen. In feite ligt dit ook tamelijk voor de hand, aangezien het juist deze rechter is die op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging rechtstreeks aan een dergelijke regeling gebonden is.

Ook de hogere rechter dient in bepaalde gevallen rechtersregelingen van de lagere rechter ambtshalve toe te passen. Uit het stelsel van art. 25 Rv volgt echter al dat de ruimte voor het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in appèl en cassatie vrij beperkt is. Voor rechtersregelingen geldt dit des te sterker, omdat de mogelijkheid tot ambtshalve toepassing daarvan alleen denkbaar is in die gevallen waarin de hogere rechter 'indirect' gebonden is aan een rechtersregeling van de lagere rechter. Alsdan houdt de verplichting tot ambtshalve toepassing in feite in, dat een ambtshalve controle op de wijze waarop de lagere rechter een voor hem geldende rechtersregeling heeft toegepast, dient plaats te vinden.

## 6.5 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk is onderzocht, in wat voor binding rechtersregelingen die als recht in de zin van art. 79 RO zijn aan te merken precies resulteren. Uit het specifieke karakter van deze rechtersregelingen (geen 'algemeen verbindende voorschriften' of regels van jurisprudentierecht, maar regels van een lagere orde) vloeit voort, dat zij slechts tot een in omvang beperkte binding kunnen leiden. Zo zal de rechter in bijzondere gevallen van een rechtersregeling mogen afwijken, zij het dat van deze ('inherente') afwijkingsbevoegdheid met de nodige terughoudendheid gebruik gemaakt dient te worden. Voorts leidt een rechtersregeling in beginsel slechts tot een relatieve binding, namelijk tussen de rechters die de regeling vaststellen en partijen. Andere rechters dan degenen die een rechtersregeling hebben vastgesteld – meer in het bijzonder: hogere rechters – zijn daaraan niet rechtstreeks gebonden. Wel bestaat in bepaalde gevallen een indirecte vorm van gebondenheid, die inhoudt dat de hogere rechter de beslissing van een lagere rechter aan diens rechtersregeling dient te toetsen.

Hoewel de binding aan een rechtersregeling niet ontstaat als *gevolg* van de kwalificatie daarvan als recht in de zin van art. 79 RO, voegt deze kwalifica-

tie in zoverre iets toe, dat de Hoge Raad hierdoor toezicht kan uitoefenen op de uitleg en toepassing van een zodanige rechtersregeling. Dit biedt de procespartijen in beginsel de mogelijkheid, daadwerkelijk af te dwingen dat de (lagere) rechter zich aan zijn rechtersregeling houdt.

De mogelijkheden tot dit laatste mogen echter niet worden overschat. Ten eerste zijn het vooralsnog met name de diverse rolreglementen die voldoen aan alle eisen voor recht in de zin van art. 79 RO. Beslissingen die op grond daarvan door de rolrechter worden genomen, zijn in veel gevallen aan te merken als rolbeschikkingen, waartegen in het geheel geen hoger beroep of cassatie mogelijk is. Kan een rolbeslissing gekwalificeerd worden als tussenvonnis of -arrest, dan kan daartegen in beginsel pas ná de einduitspraak een rechtsmiddel worden aangewend. In dat stadium van de procedure zal het echter in veel gevallen feitelijk niet meer mogelijk zijn, de nadelige gevolgen van een eventuele onjuiste toepassing van een rolreglement nog volledig te herstellen.

Ook wanneer wél (tijdig) rechtsmiddelen tegen de beslissing van de lagere rechter openstaan, is de daadwerkelijke 'afdwingbaarheid' beperkt. Dit hangt samen met het relatieve karakter dat de binding aan het hier besproken type rechtersregeling kenmerkt. De (niet-)toepassing van een rechtersregeling kan in cassatie slechts met succes worden aangevochten, indien de rechter wiens beslissing ter discussie staat, direct of indirect aan die rechtersregeling *gebonden* was. Dit is (vooralsnog) echter slechts in een klein aantal situaties het geval. Als de hier genoemde hobbels met succes genomen zijn, bestaat voor partijen inderdaad de mogelijkheid om in cassatie op te komen tegen de wijze waarop een rechtersregeling door de lagere rechter is toegepast. Meer bepaald zal in cassatie kunnen worden geklaagd over (a) een onjuiste uitleg van een rechtersregeling, (b) een verkeerde toepassing daarvan, en (c) het geheel achterwege blijven van toepassing. Daarnaast is het mogelijk dat, gerelateerd aan de bevoegdheid tot afwijking die een rechtersregeling steeds kent, door de Hoge Raad specifieke motiveringseisen worden ontwikkeld. Alsdan kan tegen schending daarvan in cassatie eveneens met succes worden opgekomen.

Min of meer tegenover deze beperkte afdwingbaarheid staat dat de rechtstreeks aan een rechtersregeling gebonden rechters op grond van art. 25 Rv gehouden zijn deze zo nodig ambtshalve toe te passen. In bepaalde gevallen kan de appèl- of cassatierechter eveneens verplicht zijn tot ambtshalve toepassing van een rechtersregeling die voor de lagere rechter geldt. Aldus wordt de binding van rechters aan rechtersregelingen die recht in de zin van art. 79 RO vormen, in elk geval in theorie versterkt. Het stelsel van art. 25 Rv kent echter belangrijke begrenzingen. Als gevolg daarvan zal in de praktijk het aantal gevallen waarin ambtshalve toepassing van een rechtersregeling daadwerkelijk aan de orde kan komen, waarschijnlijk uiterst beperkt zijn.

# 7 Precedentwerking van rechterlijke uitspraken

## 7.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is, uitgaande van het 'rolrichtlijnen-arrest' van de Hoge Raad, onderzocht in welke gevallen een rechtersregeling als 'recht' in de zin van art. 79 RO kan gelden, alsmede in welke vorm van binding een zodanige rechtersregeling resulteert. Rechtersregelingen die tot deze categorie behoren bleken in veel opzichten vergelijkbaar te zijn met bestuurlijke beleidsregels.[1] Het gaat bij dit type regels om de invulling van een bepaalde vorm van beleidsruimte waarover de rechter beschikt. Doordat deze (voorafgaande) invulling geschiedt door het bevoegde orgaan en zij bovendien extern bekend wordt gemaakt, zijn de betrokken rechters hieraan vervolgens in beginsel gebonden, op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging als het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel. Dit levert een vrij sterke mate van binding op, die reeds voorafgaand aan enige toepassing van de regeling ontstaat op grond van (min of meer) formele criteria.[2] Hoewel de mogelijkheid bestaat om in bijzondere gevallen van de regeling af te wijken, zal van deze mogelijkheid slechts gemotiveerd en met de nodige terughoudendheid gebruik gemaakt mogen worden.[3]

Hiermee is echter de vraag naar de bindende werking van rechtersregelingen nog geenszins uitputtend behandeld. Een relatief groot deel van de in de praktijk bestaande rechtersregelingen voldoet, zo bleek, immers (nog) niet aan de criteria om de hiervóór bedoelde 'zelfbinding' te doen ontstaan en als recht in de zin van art. 79 RO te kunnen gelden.[4] Dit geldt onder meer voor belangrijke rechtersregelingen als de kantonrechtersformule, de NVvR-alimentatienormen of het rapport Voor-werk II.[5] Daar komt nog bij dat de zogeheten 'interpretatieruimte' van de rechter zich naar haar aard niet – althans niet op dezelfde wijze – blijkt te lenen voor deze vorm van voorafgaande binding.[6] Er resteert, kortom, een vrij grote groep rechtersregelingen die niet reeds op

1 Zie hierover § 4.4.6.
2 Zie hierover § 4.4.5.
3 Zie § 6.2.2.2.
4 Zie § 5.5.
5 Zie § 4.4.4.4.
6 Zie § 4.5.5.

voorhand, vanaf het moment van vaststelling en bekendmaking, kan leiden tot binding via algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging.

Het voorgaande betekent evenwel nog niet dat dergelijke rechtersregelingen geen enkele juridische betekenis zouden hebben. Een belangrijke alternatieve grondslag om (een bepaalde mate van) binding op te kunnen baseren kan mogelijk gevonden worden door aan te knopen bij de *precedentwerking* van rechterlijke uitspraken. Vrij algemeen aanvaard lijkt immers, dat aan rechterlijke uitspraken ook buiten het concrete geval een zekere betekenis toekomt, in die zin dat rechters in latere gevallen met precedenten rekening moeten houden of deze zelfs, althans in beginsel, dienen te volgen.[7] Voor rechtersregelingen zou hierbij aansluiting kunnen worden gezocht: wanneer rechters een bepaalde rechtersregeling die niet reeds op voorhand bindend is (bijvoorbeeld de kantonrechtersformule of de NVvR-alimentatienormen) in uitspraken toepassen, zou betoogd kunnen worden dat men hieraan vervolgens – hetzij direct, hetzij eerst na een reeks van uitspraken in dezelfde zin – gebonden is en de regeling in het vervolg niet zonder meer terzijde zal mogen stellen. Hetzelfde zou het geval kunnen zijn, wanneer een rechtersregeling gebaseerd is op uitspraken die in het verleden reeds door rechters zijn gedaan.[8]

Alvorens deze vraag kan worden beantwoord, dient eerst te worden geïnventariseerd welke waarde in ons rechtssysteem aan eerdere rechterlijke uitspraken als zodanig toekomt. In dit hoofdstuk zal daarom eerst worden bezien in hoeverre en op welke gronden naar huidig recht voor de rechter enige mate van binding aan precedenten bestaat. Hierbij komen de volgende hoofdvragen aan de orde: (a) kan een bepaalde (juridische) binding van de rechter aan precedenten worden aangenomen? (§ 7.5.2); (b) zo ja, welke rechters zijn aan welke precedenten gebonden? (§ 7.5.3); (c) waar liggen de grenzen van deze binding (ofwel: in welke gevallen mag van een precedent worden afgeweken)? (§ 7.5.4); en (d) aan welke gedeelten van een uitspraak is men gebonden? (§ 7.5.5). Voorafgaand hieraan worden ter oriëntatie enige algemene opmerkingen gemaakt (§ 7.2 en 7.3) en wordt het Engelse systeem van precedentwerking op hoofdlijnen besproken (§ 7.4). Nadat de stand van zaken op het gebied van precedentwerking van rechterlijke uitspraken in kaart is gebracht, kan vervolgens in hoofdstuk 8 worden ingegaan op de vraag in hoeverre hierbij aansluiting kan worden gezocht ter bepaling van de juridische betekenis van rechtersregelingen.

---

7 Vgl. bijv. Drion 1950, p. 23 e.v.; Kottenhagen 1986, p. 184-189; Snijders 1995, p. 14-34. Zie verder § 7.5.

8 Zie eerder in deze zin Snijders 2001, p. 25 en 1997b, p. 1796-1797.

## 7.2 PRECEDENTEN, PRECEDENTWERKING EN PRECEDENTBINDING

Alvorens nader op de hiervóór geformuleerde vragen kan worden ingegaan, is het zinvol eerst iets op te merken over de daarbij te gebruiken terminologie. Het woord 'precedent' is afgeleid van het Latijnse *praecedere*, dat 'voorgaan' of 'voorafgaan' betekent. Een precedent is dus: dat wat voorafgaat. In deze context kan een precedent meer precies worden omschreven als een eerdere rechterlijke uitspraak die relevant is (of in elk geval op het eerste gezicht lijkt te zijn) voor de beoordeling van een later geval. De aanduiding precedent wordt overigens ook wel in prescriptieve zin gebruikt, namelijk wanneer gedoeld wordt op eerdere uitspraken waaraan (een bepaalde) bindende werking toekomt en waarop men zich daarom kan beroepen.[9] In het navolgende doel ik echter – tenzij anders vermeld – met de aanduiding precedent steeds in algemene zin op eerdere rechterlijke uitspraken, nog los van de vraag of hieraan enige bindende werking toekomt.

De *precedentwerking* van een rechterlijke uitspraak – ook wel omschreven als de 'meerwaarde'[10] daarvan – is de algemene betekenis van een uitspraak voor latere gevallen, die aanwezig kan zijn naast de bindende werking die de uitspraak tussen de betrokken partijen heeft (het gezag van gewijsde; zie over het onderscheid met en de relatie tot precedentwerking § 7.5.2.5). Hoewel in ieder rechtssysteem precedenten wel een bepaalde meerwaarde hebben in die zin dat rechterlijke uitspraken ook in latere vergelijkbare gevallen een rol spelen en doorgaans gevolgd worden, kan deze meerwaarde ook een meer normatief karakter aannemen: precedenten worden niet alleen in veel gevallen feitelijk gevolgd, maar *behoren* ook gevolgd te worden. In dat geval wordt op enigerlei wijze uit het recht zelf een verplichting voor de rechter – een 'rechtsplicht'[11] dus – afgeleid om (althans in bepaalde gevallen) precedenten te volgen. Deze vorm van precedentwerking kan ook worden aangeduid met de term *precedentbinding*.[12] In het navolgende zal ik overigens ook de term precedentwerking uitsluitend in laatstbedoelde, normatieve, zin gebruiken.

Hoewel hierover ook wel anders wordt gedacht,[13] acht ik het, teneinde te kunnen spreken van de hiervóór bedoelde binding aan precedenten, niet noodzakelijk dat deze binding 'absoluut' is, anders gezegd: dat eerst sprake kan zijn van binding indien nooit van een precedent mag worden afgeweken. In dit verband geldt hetzelfde als in hoofdstuk 1 is opgemerkt omtrent de bindende werking van rechtersregelingen: het gaat hierbij niet zozeer om een kwestie van alles of niets, als wel om een kwestie van meer of minder. Er zijn

---

9 Vgl. Van Dale's Woordenboek der Nederlandse taal, dat het woord precedent omschrijft als 'geval waarop men zich meent te kunnen beroepen bij een later te nemen beslissing'

10 Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 22.

11 Vgl. Drion 1950, p. 29.

12 Gesproken wordt ook wel van een *'de iure'* binding aan precedenten (Snijders 1995, p. 14) en van een 'precedentregel' (Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 40).

13 Zie bijv. Haazen 2001, p. 319-323; Terlouw 2003, p. 169.

verschillende gradaties mogelijk, variërend van (vrijwel) absolute[14] tot zwakke binding.[15] Om te kunnen spreken van (een zekere) binding aan precedenten is evenmin strikt noodzakelijk dat sancties kunnen worden verbonden aan het niet naleven van deze verplichting,[16] al kan de aanwezigheid van sancties de mate van binding, praktisch gesproken, uiteraard wel versterken.[17]

Zoals zojuist werd opgemerkt, kan ook sprake zijn van binding aan precedenten indien hiervan (onder bepaalde voorwaarden of in bepaalde gevallen) mag worden afgeweken. Met afwijken van een precedent bedoel ik: het terugkomen op de in een eerdere uitspraak neergelegde rechtsregel, waardoor deze haar gelding verliest. In het Engelse recht wordt dit aangeduid met de term *overruling*. Een verwante, maar hiervan te onderscheiden situatie doet zich voor wanneer sprake is van het zgn. *distinguishing* (hetgeen vertaald zou kunnen worden als 'rechtsverfijning'): de in een precedent neergelegde regel wordt in dat geval bijvoorbeeld zodanig geïnterpreteerd dat deze blijkt te zien op een andere feitenconstellatie dan in het voorliggende geval of er wordt een uitzondering of verfijning op de eerdere regel aanvaard. Anders dan bij echte afwijking (overruling) blijft de oorspronkelijke regel in dit geval haar gelding behouden, zij het dat deze gelding als gevolg van dit proces (soms aanzienlijk) kan worden ingeperkt.[18]

Een belangrijk punt is tot slot, dat de binding aan precedenten zich op verschillende 'niveaus' kan voordoen. Allereerst valt te onderscheiden tussen binding van een rechter of gerecht aan eigen eerdere uitspraken en binding aan de uitspraken van andere rechters. Deze laatste vorm van gebondenheid kan weer worden onderverdeeld in binding aan uitspraken van hiërarchisch hoger geplaatste rechters (bijvoorbeeld binding van rechtbanken en hoven aan een uitspraak van de Hoge Raad) en binding aan uitspraken van rechters op hetzelfde niveau (bijvoorbeeld binding van de kantonrechter te Leiden aan een uitspraak van de kantonrechter te Zaandam).[19] Bij de behandeling van de vraag, welke rechters aan welke precedenten gebonden zijn, moet steeds tussen deze verschillende niveaus worden onderscheiden.

---

14 Zoals bijvoorbeeld het Engelse precedentstelsel kent; zie daarover hierna § 7.4.

15 Zie § 1.4.

16 In dezelfde zin Drion 1950, p. 30.

17 Sancties op het niet volgen van een precedent zijn veelal niet eens mogelijk, bijvoorbeeld omdat de hogere rechter in het algemeen niet op grond van het enkele feit dat een precedent niet werd gevolgd de uitspraak van de lagere rechter zal vernietigen, maar dit slechts zal doen indien ook de (met het precedent strijdige) rechtsopvatting van de lagere rechter onjuist wordt geacht (zie hierover ook § 8.5.3).

18 Zie over beide vormen van afwijking in het Engelse recht nader § 7.4.4.

19 Voor de volledigheid zou ook nog de binding aan uitspraken van 'overige' rechters (bijv. rechters op een ander rechtsgebied of buitenlandse rechters) kunnen worden onderscheiden. Deze laatste vorm van precedentbinding blijft hier echter buiten beschouwing.

## 7.3 ALGEMENE ACHTERGRONDEN

In hoeverre een rechtssysteem een normatieve binding aan precedenten erkent, en met name de concrete uitwerking van een zodanige binding, is te beschouwen als de resultante van een samenspel tussen verschillende factoren. Hoewel hierop in dit bestek niet uitgebreid kan worden ingegaan, volgt thans een kort overzicht van de belangrijkste achtergronden waartegen de betekenis van precedenten in een rechtssysteem gezien moet worden.

Allereerst is van invloed welke rechtsbronnen in een rechtsstelsel erkend worden. In het bijzonder gaat het hierbij uiteraard om de vraag, in hoeverre – naast andere rechtsbronnen als de wet of eventueel de gewoonte – ook jurisprudentie als (formele) bron van recht wordt aanvaard. Of dit inderdaad het geval is hangt ten eerste samen met de visie die men heeft op de vraag 'wat recht is'; daarnaast spelen staatsrechtelijke vragen een rol, met name de vraag naar de verhouding tussen wetgever en rechter. Het is op deze plaats uiteraard niet mogelijk de vele theorieën te behandelen die met betrekking tot deze complexe onderwerpen in heden en verleden zijn ontwikkeld. Het gaat er hier slechts om, de hoofdlijnen van de belangrijkste stromingen weer te geven, teneinde inzichtelijk te maken hoe deze het denken over de rol van precedenten kunnen beïnvloeden.

Het verschijnsel 'recht' kan enerzijds worden beschouwd als het resultaat van een bewuste *keuze*, die bijvoorbeeld door de wetgever of de rechter is gemaakt (positivisme).[20] Het is echter ook mogelijk recht op te vatten als iets dat *onafhankelijk* van enige bewuste schepping door wetgever of rechter reeds 'bestaat'. Recht wordt dan bijvoorbeeld afgeleid uit het natuurrecht, uit de rede, de billijkheid, rechtsbeginselen, de in de maatschappij levende rechtsovertuigingen of gewoonterecht.[21]

Welke visie men op dit punt heeft is voor een belangrijk deel bepalend voor de vraag welke waarde aan precedenten wordt toegekend. Hoe meer immers recht (hier in het bijzonder: het van de rechter afkomstige jurisprudentierecht) wordt beschouwd als het resultaat van een keuze, hoe meer de bindende werking daarvan (mede) geacht wordt te berusten op het gezag of de autoriteit van degene (hier: de rechter) van wie de regel afkomstig is. Het enkele feit dat een regel is gevormd door een instantie die daartoe bevoegd wordt geacht, levert in deze optiek reeds een zelfstandige reden op om deze regel te volgen. Wie daarentegen uitgaat van een 'natuurrechtelijke' (of daarmee verwante) opvatting, zal eerder geneigd zijn tot een inhoudelijke toets van het 'positieve' recht zoals dat is neergelegd in wet en jurisprudentie: het positieve recht bindt dan immers slechts indien en voorzover dit in overeenstemming is met het werkelijke recht (natuurrecht, gewoonterecht, de billijkheid enzovoorts). Toegespitst op precedenten betekent dit, dat de rechter daaraan

20 Zie hierover Poortinga 2001, p. 9-12.
21 Zie hierover Cliteur 2002, p. 127-135; Poortinga 2001, p. 10-12.

ook slechts gebonden wordt geacht indien en voorzover deze het 'ware' recht juist weergeven.

Deels met het voorgaande samenhangend is de vraag of jurisprudentie als rechtsbron (in de zin van ontstaansgrond voor een rechtsnorm) beschouwd kan worden. De opvattingen hieromtrent zijn grofweg te herleiden tot twee hoofdstromingen: enerzijds 'declaratoire' theorieën, anderzijds 'positivistische' (ook wel: constitutieve) theorieën. Ook deze theorieën komen overigens in vele varianten voor, waarvan op deze plaats slechts een globale en vereenvoudigde schets kan worden gegeven.[22]

Een declaratoire opvatting komt in het kort erop neer dat rechters in hun uitspraken geen (nieuw) recht scheppen, maar daarin slechts vaststellen hoe het recht voordien reeds luidde. De achtergrond van een dergelijke opvatting kan gelegen zijn in een 'natuurrechtelijke' visie op het recht, zoals hierboven al geschetst. Een andere reden voor een declaratoire visie op jurisprudentierecht kan gelegen zijn in het feit dat men alleen de wet als rechtsbron erkent: het primaat van de wetgever, waarbij de rechter slechts als wetstoepasser optreedt en niet zelf tot rechtsvorming mag overgaan.

Volgens als declaratoir te beschouwen theorieën zijn rechterlijke uitspraken derhalve geen zelfstandige bron van recht, maar slechts een 'kenbron': zij vormen een weergave van de rechtsregels zoals deze, onafhankelijk van de desbetreffende uitspraak, reeds golden. Precedenten zijn in deze visie wel van belang, aangezien zij een belangrijk 'bewijs' vormen van het geldende recht. De rechter is als het erop aankomt echter aan het (werkelijke) recht, en niet aan eerdere uitspraken als zodanig gebonden. Dit betekent dat, theoretisch beschouwd, de rechter steeds zal kunnen terugkomen op of afwijken van een eerdere uitspraak wanneer hij meent dat die eerdere uitspraak rechtens onjuist was. Er vindt dan als het ware een hernieuwde vaststelling van wat rechtens geldt plaats: de correctie (doorgaans bovendien met terugwerkende kracht) van een achteraf bezien onjuiste weergave van een rechtsregel.

Het zal duidelijk zijn dat een declaratoire opvatting niet leidt tot een sterke binding aan precedenten. Integendeel, consequent doorgedacht leidt zij ertoe dat de rechter eigenlijk *altijd* kan afwijken van eerdere uitspraken, namelijk door te oordelen dat deze eerdere uitspraken – achteraf bezien – rechtens onjuist waren.[23] Door bijvoorbeeld motiveringseisen te stellen aan de afwijking van precedenten (de rechter moet dan aangeven waarom de eerdere uitspraak zijns inziens niet in overeenstemming was met het recht) kan evenwel een sterkere vorm van binding ontstaan. Aldus wordt de – hierna te behandelen – positivistische visie genaderd; het voornaamste verschil zit dan nog in de vraag hoe ruim de mogelijkheid tot afwijking wordt opgevat.

Tegenover de hiervóór geschetste declaratoire theorie kan de positivistische of constitutieve opvatting worden geplaatst. Theorieën die tot deze categorie

22 Zie voor een uitgebreidere bespreking Haazen 2001, p. 55-72.

23 Aldus ook Haazen 2001, p. 327-329; Cross & Harris 1991, p. 30; Wesley-Smith 1987, p. 80.

behoren, gaan ervan uit dat iets 'recht' is wanneer aan bepaalde formele criteria is voldaan, bijvoorbeeld wanneer een regel afkomstig is van een tot rechtsschepping bevoegde instantie. In elk geval de wetgever zal doorgaans als zodanig gelden; daarnaast wordt, zeker tegenwoordig, veelal ook de rechter als vormer van nieuwe regels gezien.[24] Deze erkenning van rechtsvorming door de rechter (gesproken wordt dan bijvoorbeeld van de 'rechtsvormende taak' van de rechter of de 'rechtsontwikkelingsfunctie' van de rechtspraak) leidt welhaast vanzelf tot de overtuiging dat de oordelen omtrent het recht (rechtsbeslissingen, rechtsopvattingen) die in een rechterlijke uitspraak zijn neergelegd, niet slechts in het concrete geval van toepassing zijn maar een meer algemene gelding hebben en inderdaad als rechtsregels te beschouwen zijn.[25]

Ook een positivistische opvatting kan niet leiden tot een absolute binding aan precedenten.[26] Als immers de rechter bevoegd wordt geacht via zijn uitspraken recht te vormen, is het logische uitvloeisel van deze gedachte dat de rechter het eenmaal gevormde recht ook weer zal mogen *her*vormen, ofwel: van de in een precedent neergelegde rechtsregel zal mogen afwijken. Het feit dat de rechter in zijn uitspraak eenmaal een rechtsregel heeft aanvaard of gevormd, betekent op zichzelf nog niet dat hij tot in eeuwigheid aan deze regel gebonden moet worden geacht. Ook hier komt het dus uiteindelijk aan op de vraag wanneer de rechter niet (meer) gebonden is en wanneer hij van een eerder gevormde regel mag afwijken.

Het is deze laatste vraag waar het verschil tussen declaratoire en positivistische opvattingen zich het sterkst doet gelden. In laatstgenoemde visie vormt het enkele feit dat een bepaalde rechtsregel in een rechterlijke uitspraak is neergelegd, reeds een zelfstandige reden om deze regel te volgen. Dit betekent dat de rechter in een later geval niet zonder meer van een precedent zal mogen afwijken als bij nader inzien een andere oplossing wellicht iets beter voorkomt. Voor afwijking zijn sterkere argumenten noodzakelijk. Dit is het voornaamste punt van verschil met de declaratoire theorie, althans in haar zuivere vorm, volgens welke het feit dat een precedent achteraf als rechtens niet (helemaal) juist wordt gezien, reeds een grond voor afwijking kan vormen. Als gezegd naderen beide theorieën elkaar echter soms, bijvoorbeeld wanneer aan de mogelijkheid tot afwijking de voorwaarde van het voldoen aan bepaalde motiveringseisen wordt verbonden.

Aldus blijken opvattingen omtrent de vraag wat recht is en wat de rechter in zijn uitspraken doet (rechts*vinding* of ook rechts*vorming*) een belangrijke

---

24 Zie § 3.3.2.2.

25 Aldus bijv. expliciet Asser-Vranken 1995, nrs. 184-185: "Met het voorgaande is de precedentwerking van rechtspraak wat mij betreft een feit, evenzeer elders als in Nederland. Enige andere redengeving dan die welke geldt voor de rechtsvormende taak van de rechter is niet nodig: het een is de onvermijdelijke consequentie van het ander." Zie verder § 7.5.2.1.

26 Zo ook Haazen 2001, p. 330-331; Wesley-Smith 1987, p. 82.

rol te spelen bij de vraag naar gebondenheid aan precedenten. Deze theorieën bepalen echter nog niet volledig de mate van gebondenheid. Beide laten, zo bleek, immers de mogelijkheid tot afwijking open maar bepalen niet exact wanneer mag worden afgeweken.

Een tweede belangrijke factor in het denken over precedenten wordt gevormd door enkele algemene rechtsbeginselen, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel (waarvan dit laatste beginsel twee samenhangende aspecten kent: de voorspelbaarheid van uitspraken enerzijds en de bescherming van het vertrouwen dat rechters zich aan eerdere rechtspraak zullen houden anderzijds). Zoals in dit hoofdstuk nog uitgebreider aan de orde zal komen, worden – naast andere argumenten – ook de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid doorgaans aangevoerd ter onderbouwing van een verplichting van de rechter, precedenten te volgen.[27]

Rechtsgelijkheid en rechtszekerheid vermogen evenwel geen onbeperkte binding aan precedenten te funderen. Het gelijkheidsbeginsel ziet immers slechts op *ongerechtvaardigde* ongelijke behandeling.[28] Er kunnen in een concreet geval argumenten aanwezig zijn die een ongelijke behandeling van gelijke gevallen rechtvaardigen, zoals bijvoorbeeld gewijzigde maatschappelijke opvattingen of omstandigheden. Ook het vertrouwen van justitiabelen op eerdere rechtspraak, hoe gerechtvaardigd dit op zichzelf ook kan zijn, behoeft niet onder alle omstandigheden bescherming.[29]

Ook wanneer de vraag naar de gebondenheid aan eerdere uitspraken vanuit deze invalshoek wordt beschouwd, komt men dus als vanzelf tot de mogelijkheid tot afwijking van precedenten. Wanneer afwijking mogelijk is, valt echter niet precies te zeggen. Uiteindelijk zal het steeds aankomen op een afweging tussen de eisen van rechtszekerheid, voorspelbaarheid en rechtsgelijkheid enerzijds (wijzend in de richting van het volgen van precedenten), en de noodzaak van flexibiliteit in het recht en de mogelijkheid in het concrete geval tot een rechtvaardige beslissing te komen anderzijds (hetgeen juist wijst in de richting van afwijking van precedenten). Het gewicht dat in een rechtssysteem aan deze min of meer tegengestelde waarden wordt gehecht, bepaalt uiteindelijk mede waar het 'evenwicht' – de mate van binding aan precedenten – komt te liggen.

Tot slot zijn nog enige factoren van meer praktische aard te noemen die de wijze waarop met precedenten wordt omgegaan kunnen beïnvloeden.[30] Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de inrichting en structuur van de rechterlijke organisatie, de wijze van vormgeving en motivering van rechterlijke

27 Zie § 7.5.2.4.
28 Zie § 7.5.2.4.
29 Zie § 7.5.2.4.
30 Vgl. Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 55; Taruffo 1997, p. 437-460.

uitspraken (worden uitspraken voorzien van een uitgebreide motivering of niet; worden afzonderlijke opinies van rechters gepubliceerd of niet), en de mate waarin en de wijze waarop rechterlijke uitspraken worden gepubliceerd, als gevolg waarvan zij voor derden meer of minder goed toegankelijk zijn. Ofschoon in het algemeen niet van normatieve aard, hebben de hier genoemde factoren wel invloed op de concrete vorm die een eventuele binding aan precedenten aanneemt. Zo is een beroep op precedenten praktisch gezien onmogelijk wanneer uitspraken niet worden gepubliceerd en valt uit een niet of nauwelijks gemotiveerde uitspraak in het algemeen geen rechtsregel af te leiden waarop men zich in een later geval zou kunnen beroepen.

## 7.4 Het Engelse precedentenstelsel

### 7.4.1 Inleiding

Hoewel, zoals reeds opgemerkt, rechterlijke uitspraken (precedenten) in ieder rechtsstelsel een zekere 'meerwaarde' hebben, is Engeland het land waar deze waarde zich het meest heeft uitgekristalliseerd tot een geheel van (veelal zeer specifieke) regels ten aanzien van de wijze waarop de rechter met precedenten dient om te gaan. Deze *'rules of precedent'* zijn niet neergelegd in enige wettelijke bepaling, maar zijn te vinden in een groot aantal rechterlijke uitspraken. Aangezien in Engeland uitgebreid over dit onderwerp is nagedacht en gedebatteerd, is het zinvol om, alvorens de vraag welke waarde precedenten in ons rechtssysteem (moeten) hebben te bespreken, eerst ter oriëntatie in te gaan op de hoofdlijnen van het Engelse precedentenstelsel. Hierbij dient uiteraard rekening te worden gehouden met het in de vorige paragraaf aangestipte feit, dat de binding aan precedenten (mede) wordt beïnvloed door naar tijd en plaats verschillende factoren als de staatsinrichting, de inrichting van de rechterlijke organisatie en de wijze van vormgeving en publicatie van rechterlijke uitspraken.

Voorafgaand nog iets over de te gebruiken terminologie: het Engelse recht onderscheidt tussen *binding precedents* die, zoals hierna uit te werken, een zeer strikte – in sommige gevallen zelfs nagenoeg absolute – binding voor de rechter opleveren, en *persuasive precedents* (of *persuasive authorities*),[31] die niet in dezelfde strikte zin bindend zijn, maar wel een (meer of minder grote) betekenis hebben in latere gevallen.[32] In het vervolg van deze paragraaf wordt – tenzij anders vermeld – met de term 'precedent' steeds gedoeld op de bindende vorm daarvan: het *binding precedent*.

---

31 Zie over dit onderscheid ook § 7.4.6.

32 In de in § 7.2 gehanteerde bewoordingen hebben zij dus wel een bepaalde 'precedentwerking', maar aangezien dit in Engeland niet aldus wordt aangeduid, sluit ik mij in deze paragraaf bij de Engelse terminologie aan.

### 7.4.2 Het ontstaan van een stelsel van 'binding precedents'

Van oudsher wordt in het Engelse rechtssysteem een bijzondere waarde gehecht aan eerdere rechterlijke uitspraken. Dit hangt samen met het feit dat Engeland – anders dan de verschillende continentale rechtssystemen – nooit een alomvattende codificatie heeft gekend. Het vasthouden aan precedenten was bij een dergelijk, hoofdzakelijk op ongeschreven recht gebaseerd, stelsel dus min of meer noodzakelijk om in elk geval een zekere mate van rechtszekerheid te waarborgen.[33]

Tot ongeveer de tweede helft van de negentiende eeuw werd echter, anders dan tegenwoordig, geen strikte binding aan precedenten aangenomen. Een belangrijke oorzaak hiervan wordt gevormd door de op dat moment heersende leer ten aanzien van de status van jurisprudentie: de '*declaratory theory*'.[34] Zoals in § 7.3 al werd besproken, creëren rechters in deze visie geen nieuw recht, maar stellen zij in hun uitspraken slechts het recht vast zoals dat voordien reeds gold. Precedenten werden dientengevolge slechts beschouwd als bewijs ('*evidence*') van het geldende recht – de common law.[35] Aan incidentele beslissingen werd dan ook geen al te sterke binding toegekend; daarvan was eerst sprake wanneer een gevestigde lijn in de rechtspraak was ontstaan.[36]

De 'declaratory theory' was tot ongeveer halverwege de negentiende eeuw dominant. Vanaf dat moment werd zij meer en meer verdrongen door positivistisch georiënteerde theorieën.[37] Als gevolg hiervan vond een verschuiving plaats van rechtspraak als louter kenbron naar rechtspraak als (echte) rechtsbron.[38] Allengs won de gedachte veld dat ook één enkele uitspraak een bindend precedent kan opleveren waarvan in latere gevallen niet meer mag worden afgeweken, ook niet indien de latere rechter het precedent onjuist acht.[39] Daarnaast kwam gedurende de negentiende eeuw de rechtszekerheid in toenemende mate centraal te staan, hetgeen eveneens ertoe leidde dat een grotere waarde aan precedenten werd gehecht.[40] Deze ontwikkeling culmineerde – na enkele eerdere aanzetten daartoe[41]– in 1898 in de zaak *London*

33 Zie hierover Goodhart 1934, p. 58-60; Allen 1964, p. 187 e.v.; Zwalve 2000, p. 72-74.
34 Zie hierover Wesley-Smith 1987, p. 73-80; Evans 1987, p. 36-37; Cross & Harris 1991, p. 27-33; Bankowski, MacCormick & Marshall 1997, p. 330-331; Zwalve 2000, p. 72-73.
35 Aldus Blackstone 1876, p. 47-48.
36 Vgl. Evans 1987, p. 37; Zwalve 2000, p. 73.
37 Evans 1987, p. 67-72; Wesley-Smith 1987, p. 74.
38 Wesley-Smith 1987, p. 80-83.
39 Vgl. Cross & Harris 1991, p. 4-5.
40 Evans 1987, p. 66-67; Wesley-Smith 1987, p. 84.
41 Zie met name *Mirehouse* v. *Rennell* (1833) 1 Cl. & F. 527, 546 *per* Parke J: "for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient (-); and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not yet been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised", alsmede *Beamish* v. *Beamish* (1861) 9 HL Cas. 273, 339 *per*

*Tramways* v. *London County Council*,[42] waarin het House of Lords uitdrukkelijk een absolute gebondenheid aan zijn eerdere uitspraken aanvaardde:

> "that a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it was res integra and could be reargued, and so the House to be asked to reverse its own decision."

Aldus was de basis gelegd voor het thans in Engeland geldende systeem van (zeer) strikte binding aan precedenten: de lagere rechters zijn (behoudens zeer eng omschreven uitzonderingen) gebonden aan de uitspraken van hogere rechters en de hogere rechters zijn bovendien gebonden aan hun eigen uitspraken.[43] Deze stand van zaken wordt ook wel weergegeven met het adagium *'stare decisis et quieta non movere'* (kortweg: stare decisis): blijven bij datgene wat is besloten, en hetgeen tot rust is gekomen niet meer bewegen.[44]

Het ontstaan van dit precedentenstelsel werd overigens niet slechts veroorzaakt door de ondergang van de 'declaratory theory'. Andere belangrijke oorzaken voor deze ontwikkeling zijn geweest de herziening van de Engelse rechterlijke organisatie in de tweede helft van de negentiende eeuw (waardoor de rechtspraak volledig hiërarchisch georganiseerd werd) en het ontstaan van een deugdelijk systeem voor de publicatie van rechterlijke uitspraken.[45] Eerst nadat aan deze voorwaarden was voldaan kon het systeem van gebondenheid aan precedenten volwaardig functioneren.

### 7.4.3 Wie is aan wiens precedenten gebonden?

#### *7.4.3.1 Inleiding*

Onder de Engelse doctrine van stare decisis zijn rechters in het algemeen zowel aan hun eigen precedenten als aan die van een gerecht dat zich hoger in de gerechtelijke hiërarchie bevindt, gebonden. Alvorens een en ander nader kan worden uitgewerkt, dient daarom eerst de structuur van de rechterlijke organisatie in Engeland kort geschetst te worden (§ 7.4.3.2). Vervolgens kan worden ingegaan op de gebondenheid aan precedenten in 'verticale' verhoudingen

---

Lord Campbell: "The law laid down as your *ratio decidendi*, being clearly binding on all inferior tribunals, (-) if it were not considered as equally binding upon your Lordships, this House would be arrogating to itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority."

42 [1898] AC 375, 379.

43 Zie over de precieze uitwerking van een en ander hierna § 7.4.3.

44 Vgl. Adams 2002, p. 14; zie over de betekenis van dit adagium voorts Cross & Harris 1991, p. 100-101.

45 Zie Cross & Harris 1991, p. 24; Zwalve 2000, p. 71-72; Dias 1985, p. 126.

(§ 7.4.3.3) en op 'horizontaal' niveau (§ 7.4.3.4), alsmede op de binding aan eigen precedenten (§ 7.4.3.5).

*7.4.3.2 Rechterlijke organisatie*

De rechtspraak in eerste aanleg in burgerlijke zaken vindt in Engeland hoofdzakelijk plaats in de *county courts* en in het *High Court of Justice*. De county courts, vergelijkbaar met onze (voormalige) kantongerechten, zijn verspreid over het hele land.[46] Het High Court is gevestigd in Londen maar heeft voorts een aantal 'nevenzittingsplaatsen', waar recht gesproken wordt door rechters van het High Court. Het High Court is verdeeld in drie 'divisions' met ieder eigen competenties: de Chancery Division, de Queen's Bench Division en de Family Division.[47] De competentieverdeling tussen county courts en High Court in zaken in eerste aanleg is tamelijk complex en kan hier niet in detail worden behandeld. Bij welk gerecht een zaak aanhangig gemaakt moet worden hangt voornamelijk (zij het niet uitsluitend) af van de hoogte van de vordering.[48]

Indien van de beslissing in eerste aanleg appèl openstaat[49] is in de meeste gevallen het *Court of Appeal* de bevoegde rechter, zowel ten aanzien van de uitspraken van de county courts als ten aanzien van uitspraken van het High Court.[50] In enkele specifieke situaties wordt appèljurisdictie uitgeoefend door de zogeheten 'divisional courts': meervoudige kamers, samengesteld uit rechters die behoren tot één van de divisions van het High Court.[51]

De hoogste rechter voor Engeland (en Wales) is het *House of Lords*. Het House of Lords is, voorzover hier van belang, belast met het hoger beroep van uitspraken van het Court of Appeal, alsmede (in geval van het zgn. *'leap-frog appeal'*,[52] dat min of meer vergelijkbaar is met onze sprongcassatie) met het hoger beroep van uitspraken van het High Court. In het algemeen staat beroep op het House of Lords slechts open indien daartoe verlof wordt verleend, hetzij door de rechter die de bestreden uitspraak heeft gedaan, hetzij door het House of Lords zelf.[53]

46 Zie hierover Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 87-98.
47 Zie hierover Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 105-116.
48 Zie hierover Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 94-97.
49 Op de vraag wanneer dit het geval is kan hier niet nader worden ingegaan. Zie hierover uitgebreider Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 1290-1292; Andrews 2003, p. 902-904; zie voorts de Civil Procedure Rules, Part 52, alsmede de bijbehorende Practice Direction 52.
50 Zie Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 118-120 en p. 1288-1292.
51 Zie Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 107.
52 Zie hierover Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 1303-1304.
53 Zie Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 1304-1305; Andrews 2003, p. 916-918.

### *7.4.3.3 Verticale binding*

De binding aan precedenten verloopt in Engeland primair langs de hiërarchische lijnen die in de vorige paragraaf zijn geschetst: rechters zijn gebonden aan precedenten (althans aan de rationes decidendi daarvan; zie daarover hierna § 7.4.5.3) van de rechters of gerechten van hogere rang.[54] Aldus is bijvoorbeeld het Court of Appeal gebonden aan de precedenten van het House of Lords, zijn rechters van het High Court gebonden aan de precedenten van het House of Lords én van het Court of Appeal en zijn de gerechten op het laagste niveau – de county courts – gebonden aan de precedenten van al de hiervóór genoemde gerechten. Het verdient hierbij overigens opmerking dat álle Engelse rechters – inclusief het House of Lords – op hun beurt weer gebonden zijn aan uitspraken van het EHRM en het HvJ EG.[55]

### *7.4.3.4 Horizontale binding*

De vraag of rechters ook op horizontaal niveau gebonden zijn aan precedenten van andere rechters speelt in Engeland voornamelijk op niveau van de rechtspraak in eerste aanleg. De appèlrechtspraak wordt in de meeste gevallen immers slechts door één gerecht uitgeoefend (het Court of Appeal), zodat de vraag naar horizontale binding daarbij niet aan de orde is.[56]

De 'divisional courts', die zoals hiervóór bleek, in bepaalde situaties met appèlrechtspraak zijn belast, achtten zich in het verleden wél aan elkaars beslissingen gebonden, maar hierin lijkt meer recent enige verandering te zijn gekomen.[57]

Op het niveau van de rechters in eerste aanleg wordt onderlinge gebondenheid aan elkaars precedenten evenmin aanvaard. Dit geldt zowel voor de county courts als voor de High Court-rechters onderling:

> "I think the modern practice and the modern view of the subject, is that a judge of first instance, though he would always follow the decision of another judge of first instance, unless he is convinced that the judgment is wrong, would follow it *as a matter of judicial comity*. He certainly is not bound to follow the decision of a judge of equal jurisdiction. He is only bound to follow the decisions which are binding on him, which (-) are the decisions of the Court of Appeal, the House of Lords and the Divisional court."[58] [mijn cursivering, KT]

Het volgen van precedenten van rechters op gelijk niveau wordt dus niet gezien als een echte rechtsplicht, maar is slechts een kwestie van *'judicial*

54 Cross & Harris 1991, p. 97; Dias 1985, p. 127-128.
55 Zie hierover Cross & Harris 1991, p. 182-185.
56 Zie over de binding van het Court of Appeal aan eigen precedenten hierna § 7.4.3.5.
57 Zie Cross & Harris 1991, p. 119-121; Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 488-490.
58 *Police Authority for Huddersfield* v. *Watson* [1947] KB 842, 848 *per* Lord Goddard.

*comity'*. Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat in het Engelse juridische spraakgebruik de term *'binding precedent'* slechts ziet op die uitspraken waaraan een latere rechter in het geheel niet mag afwijken.[59] Is van een bindend precedent in deze zin geen sprake, dan betekent dit evenwel nog niet dat de uitspraak geen enkele betekenis heeft voor latere rechters. Integendeel, deze zal doorgaans een *'persuasive precedent'* vormen, waaraan in latere gevallen in elk geval aandacht moet worden besteed en waarvan niet zonder noodzaak zal worden afgeweken.[60]

Men kan zich afvragen waarom een (echte) binding van de rechters in eerste aanleg aan elkanders precedenten ontbreekt. Waarschijnlijk speelt hierbij een rol dat van een hiërarchische relatie tussen deze rechters geen sprake is.[61] De hiërarchie tussen de verschillende gerechten wordt immers als één van de fundamentele pijlers voor het systeem van precedentbinding beschouwd.[62]

### *7.4.3.5 Binding aan eigen precedenten*

De binding aan eigen precedenten geldt alleen voor rechters of gerechten die appèljurisdictie uitoefenen (de zogeheten 'appellate courts').[63] Afgezien van enige hier niet terzake doende uitzonderingen gaat het hierbij om het Court of Appeal en het House of Lords.

#### *a) Court of Appeal*

Het Court of Appeal besliste in 1944 in de zaak *Young* v. *Bristol Aeroplane Co. Ltd*[64] uitdrukkelijk dat het gebonden is aan eigen precedenten (dit uiteraard onverminderd de binding van dit gerecht aan de precedenten van het House of Lords). Op deze binding aan eigen uitspraken werd in *Young* v. *Bristol Aeroplane* een drietal uitzonderingen aanvaard.[65] Allereerst is het Court of Appeal niet gebonden aan eerdere eigen beslissingen die *'per incuriam'* gegeven zijn. Hiervan is sprake wanneer door de rechter geen rekening is gehouden met een relevante wettelijke bepaling of (bindend) precedent, terwijl dit wel

59 Zie § 7.4.1.

60 Vgl. Cross & Harris 1991, p. 41; zie over het onderscheid tussen 'binding' en 'persuasive precedents' voorts § 7.4.6.

61 Een andere factor die mogelijk van invloed is op het ontbreken van onderlinge binding, wordt gevormd door het feit dat de uitspraken van de 'inferior courts' (d.w.z. gerechten lager dan het High Court) niet worden gepubliceerd (vgl. Walker & Walker 1998, p. 81).

62 Zie bijv. Cross & Harris 1991 p. 6; Marshall 1997, p. 514; Dias 1985, p. 126-127; vgl. ook de formulering van Lord Hailsham in *Casell & Co. Ltd.* v. *Broome* [1972] AC 1027, 1058: "in the hierarchical system of courts which exists in this country, it is necessary for each lower tier (-), to accept loyally the decisions of the higher tiers."

63 Cross & Harris 1991, p. 6.

64 [1944] KB 718.

65 Zie hierover ook Cross & Harris 1991, p. 143-152; Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 493-497.

van invloed zou zijn geweest op de uiteindelijke beslissing.[66] De andere twee uitzonderingen op de regel van binding aan eigen precedenten zijn de situatie waarin sprake is van tegenstrijdige precedenten – het Court of Appeal kan dan kiezen welk precedent gevolgd dient te worden – en het geval waarin een precedent door een latere uitspraak van het House of Lords impliciet is 'overruled'.[67] Of nog meer uitzonderingen mogelijk zijn op de regel dat het Court of Appeal gebonden is aan zijn eigen eerdere uitspraken, is omstreden.[68]

*b) House of Lords*

Zoals in § 7.4.2 reeds aan de orde kwam, besliste het House of Lords in 1898 dat het in absolute zin aan zijn eigen precedenten gebonden was en dat op een eenmaal gegeven oordeel niet meer kon worden teruggekomen.[69] Op deze regel werden slechts zeer beperkte uitzonderingen aanvaard, in het bijzonder voor gevallen van tegenstrijdige (eigen) precedenten, beslissingen die 'per incuriam' gegeven waren en gevallen waarin een precedent door een latere wet opzij was gezet.[70] Daarnaast bestond uiteraard steeds de mogelijkheid van 'distinguishing' van een eerdere uitspraak (waarover § 7.4.4.3).

Dit strikte systeem van stare decisis werd uiteindelijk als te rigide ervaren. Zo was de correctie van fouten, zelfs van evidente onjuistheden, slechts mogelijk door de wetgever (tenzij het geval onder één van de zojuist genoemde uitzonderingen op de stare decisis-regel kon worden gebracht). Ook maakten de geldende regels het onmogelijk het rechtersrecht aan te passen aan gewijzigde inzichten of nieuwe maatschappelijke omstandigheden.[71] In 1966 werd daarom door het House of Lords het *'Practice Statement on Judicial Precedent'* uitgevaardigd, waarin werd aangekondigd dat het House of Lords in de toekomst in bepaalde gevallen op de eigen uitspraken zou kunnen terugkomen:

---

66 Vgl. hierover *Morelle* v. *Wakeling* [1955] 2 QB 379; Cross & Harris 1991, p. 148-152. Deze regel dient overigens begrepen te worden tegen de achtergrond van het feit dat de Engelse rechter t.a.v. de rechtsvinding een zekere lijdelijkheid bezit: zo is het de taak van de advocaten, en niet van de rechter, om (bij wege van *'duty to the court'*) de relevante precedenten naar voren te brengen (zelfs wanneer die tegen het eigen standpunt pleiten). Zie hierover Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 516; Bankowski, MacCormick & Marshall 1997, p. 324; Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 23. Aan het aanvoeren van precedenten zijn echter door de *Practice Direction (Citation of Authorities)*, [2001] 1 WLR 1001 inmiddels wel enige beperkingen gesteld.

67 Bij expliciete overruling geldt *a fortiori* uiteraard hetzelfde (zie ook hierna § 7.4.4.2).

68 Zie hierover Cross & Harris 1991, p. 152-154; Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 497-502; zie voor een voorbeeld *Great Peace Shipping Ltd.* v. *Tsavliris Salvage (International) Ltd.*, [2002] EWCA Civ 1407, [2002] 4 All ER 689, waarin het Court of Appeal terugkwam op een eigen eerdere uitspraak op de grond dat deze onverenigbaar was met een *oudere* uitspraak van het House of Lords.

69 *London Tramways* v. *London County Council* [1898] AC 375.

70 Zie hierover Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 505; Kottenhagen 1981, p. 279.

71 Zie hierover Adams 2002, p. 17-19 met verdere verwijzingen.

> "Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.
>
> Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.
>
> In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.
>
> This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House."[72]

Opvallend in het Practice Statement is met name de sterke nadruk die nog immer wordt gelegd op de rechtszekerheid als grondslag van het precedentenstelsel.[73] Met deze verklaring wordt weliswaar de mogelijkheid geopend terug te komen op eerdere uitspraken indien de gerechtigheid of de rechtsontwikkeling dit eist, maar de mogelijkheden hiertoe worden ingeperkt door de eisen van rechtszekerheid, die met name van belang zijn op het gebied van financieringen, contracten en dergelijke. Hoe de door het Practice Statement geïntroduceerde versoepeling in de praktijk invulling heeft gekregen komt in de volgende paragraaf aan de orde.

### 7.4.4 Afwijking van precedenten: 'overruling' en 'distinguishing'

#### *7.4.4.1 Inleiding*

Uit het voorgaande komt het beeld naar voren dat de binding aan precedenten in het Engelse recht zeer strikt wordt opgevat. Niettemin kan ook naar Engels recht in bepaalde gevallen van een eerdere uitspraak worden afgeweken. Naast de reeds genoemde uitzonderingen die op de regel van stare decisis zijn aanvaard, gaat het hierbij in de eerste plaats om het zogeheten *'overruling'*: de verwerping van de in een precedent neergelegde rechtsregel waardoor deze zijn gelding verliest. Daarnaast bestaat de mogelijkheid van *'distinguishing'* van een eerdere uitspraak, hetgeen nog het best omschreven zou kunnen

72 *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 WLR 1234.
73 Vgl. Adams 2002, p. 24.

worden als 'rechtsverfijning'. Anders dan bij overruling blijft de eerdere regel in dit geval geldend recht, maar de reikwijdte ervan verandert.

Naast dit alles bestaat overigens (vanzelfsprekend) ook de mogelijkheid van *reversing*: de vernietiging van een uitspraak in hoger beroep. Dit ontneemt iedere werking aan de desbetreffende uitspraak, niet slechts aan de daarin besloten liggende rechtsopvatting(en) maar ook aan het dictum. Laatstgenoemde vorm van 'afwijking' blijft op deze plaats echter verder buiten beschouwing.

### *7.4.4.2 Overruling*

Zoals gezegd verliest door overruling een precedent (althans de daarin neergelegde rechtsregel) zijn gelding volledig. Overruling van een uitspraak kan in beginsel alleen geschieden door de wetgever of door een hogere rechter.[74] Omgekeerd is het de lagere rechter niet toegestaan op deze (of op enige andere) wijze de precedenten van een hogere rechter buiten werking te stellen.[75] Pogingen hiertoe van het Court of Appeal zijn in het verleden enige malen gestrand. Zelfs in gevallen waarin het House of Lords uiteindelijk zelf inderdaad terugkwam op zijn eerdere rechtspraak werd het Court of Appeal, dat vooruitlopend hierop reeds zelf de precedenten van het House of Lords terzijde had geschoven, uitdrukkelijk bekritiseerd.[76] Inzicht in de achtergronden hiervan geeft de volgende passage uit de uitspraak *Davis* v. *Johnson* (waarin het Court of Appeal overigens niet een uitspraak van het House of Lords, maar een eigen eerdere beslissing had overruled):

> "In an appellate court of last resort a balance must be struck between the need on the one side for legal certainty resulting from the binding effect of previous decisions, and, on the other side the avoidance of undue restriction on the proper development of the law. In the case of an intermediate appellate court, however, the second desideratum can be taken care of by appeal to a superior appellate court, if reasonable means of access to it are available; while the risk to the first desidera-

74 Zie hierover Cross & Harris 1991, p. 127-129.

75 Zie echter voor een mogelijke verschuiving in opvatting *Great Peace Shipping Ltd.* v. *Tsavliris Salvage (International) Ltd.*, [2002] EWCA Civ 1407, [2002] 4 All ER 689, waarin High Court-judge Toulson voorbij ging aan een (hem bindend) precedent van het Court of Appeal op de grond dat deze uitspraak niet te verenigen was met een oudere uitspraak van het House of Lords, waarna zijn beslissing, zonder kritiek op dit punt, in stand werd gelaten door het Court of Appeal.

76 Zie *Casell & Co. Ltd.* v. *Broome* [1972] AC 1027, waarin Lord Hailsham zich in de volgende ondubbelzinnige bewoordingen uitliet: "it is not open to the Court of Appeal to give gratuitous advice to judges of first instance to ignore decisions of the House of Lords in this way (-). The fact is, and I hope it will never be necessary to say so again, that, in the hierarchical system of courts which exists in this country, it is necessary for each lower tier, including the Court of Appeal, to accept loyally the decisions of the higher tiers". In dezelfde zin: *Miliangos* v. *George Frank (Textiles) Ltd.* [1976] AC 443, waarin het onder meer heet dat "it has to be reaffirmed that the only judicial means by which decisions of this House can be reviewed is by this House itself, under the declaration of 1966".

> tum, legal certainty, if the court is not bound by its own previous decisions grows even greater with increasing membership and the number of three-judge divisions in which it sits (-) so the balance does not lie in the same place as in the case of a court of last resort."[77]

Het House of Lords houdt de teugels derhalve zeer strak: zelfs wanneer een precedent duidelijk verkeerd is (en dus door het House zélf eventueel overruled zou kunnen worden) is dit *voor het Court of Appeal* niettemin bindend. Voor de gerechten die niet in laatste instantie rechtspreken telt slechts de rechtszekerheid, die (in Engelse ogen) een min of meer absolute gebondenheid aan precedenten vereist. De afweging tussen de eisen van rechtszekerheid en (onder meer) het belang van verdere rechtsontwikkeling, een afweging die plaats dient te vinden in het kader van de vraag of op een eerdere beslissing dient te worden teruggekomen, is en blijft voorbehouden aan de hoogste rechter.

Zoals reeds naar voren kwam, kan het House of Lords zélf, sinds de uitvaardiging van het 'Practice Statement' in 1966, zijn eigen precedenten overrulen (een mogelijkheid die ten aanzien van de uitspraken van lagere rechters uiteraard steeds heeft bestaan). In de praktijk blijkt van deze mogelijkheid om terug te komen op eerdere uitspraken door het House of Lords slechts terughoudend gebruik te worden gemaakt.[78]

Zo wordt de enkele onjuistheid van een precedent in het algemeen niet voldoende geacht voor overruling; daartoe moeten aanvullende redenen aanwezig zijn.[79] Voorts dient steeds te worden bezien of het – in plaats van de rechter – niet de wetgever is die zou moeten ingrijpen (bijvoorbeeld omdat aanvullende regelingen nodig zijn of rechter niet alle gevolgen van een 'omgaan' kan overzien).[80]

Blijkens de formulering van het Practice Statement spelen de eisen van rechtszekerheid een bijzondere rol wanneer het gaat om financiële transacties (contracten, zekerheden en dergelijke) die op basis van eerdere rechtspraak

---

77 *Davis* v. *Johnson* [1979] AC 264, 326 *per* Lord Diplock.

78 Zie voor een analyse hiervan Adams 2002, p. 26-34; Cross & Harris 1991, p. 135-143; Harris 1990, p. 135-199; Paterson 1982, p. 156-169; Kottenhagen 1986, p. 249-254. Ook door het House of Lords zelf is deze terughoudendheid benadrukt (zie bijv. *Jones* v. *Secretary of State for Social Services* [1972] AC 944).

79 Zie Adams 2002, p. 29; Cross & Harris 1991, p. 136-138; vgl. voorts Lord Reid in de zaak *Knuller Ltd.* v. *Director of Public Prosecutions* [1973] AC 435 ("our change of practice in no longer regarding previous decisions of this House as absolutely binding does not mean that whenever we think that a previous decision was wrong we should reverse it. In the general interest of certainty in the law we must be sure that there is some very good reason before we so act.").

80 Zie Paterson 1982, p. 156-157; vgl. voorts *Khawaja* v. *Secretary of State for the Home Department* [1984] AC 74, 106 *per* Lord Scarman: "The possibility that legislation may be the better course is one which, though not mentioned in the Statement, the House will not overlook".

zijn aangegaan. Ook in het strafrecht stelt de rechtszekerheid speciale eisen aan het terugkomen op precedenten. Niettemin heeft het House of Lords ook in de hier genoemde categorieën zaken reeds eigen precedenten overruled.[81] Een grond voor overruling kan met name hierin gelegen zijn dat het precedent niet tot een rechtvaardig resultaat leidt of niet meer in overeenstemming is met de huidige maatschappelijke opvattingen of omstandigheden.[82] Andersom betekent dit dat een precedent níet overruled zal worden indien zich sedertdien geen relevante wijziging van omstandigheden heeft voorgedaan. Hetzelfde geldt indien geen andere argumenten worden aangevoerd dan die welke destijds, bij de totstandkoming van het bewuste precedent, al in de overweging zijn betrokken.[83]

Het House of Lords blijkt dus na de uitvaardiging van het Practice Statement slechts bij hoge uitzondering over te gaan tot de overruling van een eerdere (eigen) uitspraak. In zoverre is de gebondenheid aan precedenten in het Engelse recht dan ook nog steeds zeer sterk te noemen. Wel bestaat thans de mogelijkheid (meer) rekening te houden met gewijzigde inzichten en maatschappelijke omstandigheden dan onder de voordien geldende regels het geval was.

### *7.4.4.3 Distinguishing*

Een tweede weg die de Engelse rechter kan bewandelen teneinde een (hem bindend) precedent buiten toepassing te laten, is gelegen in de techniek van *'distinguishing'*.[84] Hiervan is, kort gezegd, sprake indien de rechter oordeelt dat de feiten in een later geval zodanig anders liggen, dat de in het precedent neergelegde regel daarop niet van toepassing is. Anders dan bij overruling behoudt in deze situatie het niet gevolgde precedent zijn gelding; wel is het mogelijk dat aldus de reikwijdte van de daarin neergelegde rechtsregel een verandering ondergaat.[85]

De mogelijkheid tot distinguishing hangt ten nauwste samen met het proces van vaststelling van de 'ratio decidendi' van een uitspraak (waarover § 7.4.5.3). Eerst moet immers worden vastgesteld welke rechtsregel uit een precedent kan worden afgeleid en op welke (groep) gevallen deze regel ziet. Vervolgens kan dan worden vergeleken of de feiten van het precedent en die van het nieuw te beslissen geval zodanig van elkaar verschillen dat in het nieuwe geval de regel uit het precedent buiten toepassing dient te blijven.

---

81 Zie hierover Adams 2002, p. 26-27; Cross & Harris 1991, p. 141.
82 Paterson 1982, p. 157.
83 Zie Cross & Harris 1991, p. 138-139; Harris 1990, p. 156-161.
84 Zie hierover Adams 2002, p. 20-21; Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 517; Dias 1985, p. 145-146; Llewellyn 1960, p. 85-91.
85 Vgl. hierover Birks 2000, p. 35-36.

Hierbij staan de rechter diverse technieken ter beschikking.[86] Hij kan bijvoorbeeld de feiten van het precedent in minder algemene termen omschrijven. Als gevolg hiervan zal de reikwijdte van de uit het precedent af te leiden regel kleiner worden, waardoor het voorliggende geval erbuiten komt te vallen. Voorts kan hij het precedent dusdanig (her)interpreteren dat daarin meer – of andere – feiten als relevant ('material') moeten worden aangemerkt. Doen deze relevante feiten zich in de nieuwe zaak niet voor, dan kan het precedent eveneens terzijde worden geschoven. Zelfs is het bij dit proces van herinterpretatie mogelijk dat een uit het precedent af te leiden rechtsregel die voorheen als (bindende) ratio decidendi werd gezien, door de latere rechter als obiter dictum wordt opgevat.[87] Dit heeft tot gevolg dat de absolute gebondenheid daaraan wegvalt.[88]

Een belangrijk voordeel van de mogelijkheid van distinguishing is dat hierdoor het (op het eerste gezicht zeer strikte) systeem van stare decisis toch flexibel kan worden gehouden: de rechter kan op deze wijze immers precedenten die hij onjuist acht, maar waarvan hij formeel niet mag afwijken, terzijde stellen. Hiermee is echter direct een belangrijk punt van kritiek genoemd: distinguishing is soms niets meer dan een manier om de binding aan een precedent te ontduiken.[89] Hoewel de mogelijkheid tot distinguishing in theorie begrensd wordt door de eis dat een latere zaak *'reasonably distinguishable'* moet zijn,[90] zijn voorbeelden bekend van (te) vergezochte of gekunstelde onderscheidingen.[91]

### 7.4.5 Welke onderdelen van een rechterlijke uitspraak hebben precedentwaarde?

#### *7.4.5.1 Inleiding*

Niet ieder onderdeel van een rechterlijke uitspraak komt de status van 'binding precedent', met de hiervóór omschreven strakke binding, toe. In de Engelse doctrine en rechtspraktijk wordt – waarschijnlijk juist omdat de gebondenheid

86 Vgl. hierover Dias 1985, p. 145-146 en 157-158; Adams 2002, p. 20-21; Llewellyn 1960, p. 85-91.

87 Zie hierover Dias 1985, p. 141.

88 Zie over het onderscheid tussen *ratio decidendi* en *obiter dicta* ook § 7.4.5.

89 Vgl. Lord Reid 1972, p. 24-26.

90 Van de rechter wordt bovendien verwacht dat hij aangeeft waarom de feiten van het voorliggende geval zozeer verschillend zijn, dat het precedent niet van toepassing is (zie hierover Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 517).

91 Vgl. Lord Reid in *Jones* v. *Secretary of State for Social Services* [1972] AC 944: "It is notorious that where an existing decision is disapproved but cannot be overruled courts tend to distinguish it on inadequate grounds". Lord Denning sprak in de zaak *Eastwood Ltd.* v. *Herrod* [1968] 2 QB 923 zelfs van "the endless task of distinguishing the indistinghuishable".

aan eerdere uitspraken zo strikt is[92] – zeer veel aandacht besteed aan de afbakening tussen de gedeelten van een uitspraak die de latere rechter wél binden en de gedeelten waaraan hij niet gebonden is.

In algemene zin kan gezegd worden dat een onderdeel van een rechterlijke uitspraak in latere gevallen bindend is (met andere woorden: een 'binding precedent' vormt) indien (a) het gaat om een *proposition of law*; (b) deze 'proposition' deel uitmaakt van de *ratio decidendi* van de eerdere zaak; (c) de eerdere zaak is beslist door een gerecht waarvan de beslissingen bindend zijn voor de rechter in de latere zaak; en (d) er geen zodanig relevante feitelijke verschillen aanwezig zijn dat de latere zaak *distinguishable* is.[93] Op de twee eerstgenoemde voorwaarden zal in het vervolg van deze paragraaf nader worden ingegaan. De onder (c) en (d) genoemde punten zijn hiervóór al aan de orde gekomen.[94]

*7.4.5.2 Alleen een 'proposition of law' kan als precedent gelden*

Latere rechters kunnen enkel gebonden zijn aan een *'proposition of law'* (een oordeel omtrent hetgeen rechtens geldt, c.q. de formulering van een rechtsregel), die deel uitmaakt van een eerdere uitspraak.[95] Beslissingen over 'feitelijke' kwesties gelden daarentegen niet als precedent.[96] Onder feitelijke kwesties dienen in dit verband niet alleen beslissingen over (bijvoorbeeld) de vraag of bepaalde feiten bewezen zijn te worden verstaan; ook de 'subsumptie' van feiten onder een rechtsbegrip wordt in het algemeen beschouwd als een feitelijke beslissing die geen precedentwerking heeft. Zo heeft het House of Lords beslist dat de kwalificatie van bepaalde gedragingen als *'negligent'* niet een bindend precedent oplevert voor rechters in latere gevallen.[97] De achterliggende gedachte is dat anders het aantal bindende precedenten onwerkbaar groot zou worden: "[otherwise] the precedent system will die from a surfeit of authorities".[98]

Ik meen overigens dat – afgezien van deze praktische bezwaren – een dergelijke beslissing wel degelijk voor toepassing als precedent in aanmerking zou kunnen komen. Het gaat hier immers om wat bij ons in cassatie doorgaans als 'gemengde beslissing' wordt aangeduid: de toepassing van een (meestal: vage) rechtsregel op een concreet geval.[99] In deze toepassing zijn strikt genomen twee elementen te onderscheiden, die echter in de meeste gevallen samen-

92 Vgl. Marshall 1997, p. 505-506; zie ook hierna § 7.5.4.3.
93 Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 478.
94 Zie § 7.4.3 en § 7.4.4.3.
95 Cross & Harris 1991, p. 40.
96 Zie bijv. *R* v. *Secretary of State for the Home Department, ex parte Ku* [1995], QB 364.
97 *Qualcast (Wolverhampton) Ltd* v. *Haynes* [1959] AC 743.
98 *Qualcast (Wolverhampton) Ltd* v. *Haynes* [1959] AC 743, 758 *per* Lord Somervell.
99 Zie over gemengde beslissingen ook § 6.3.2.3.

vallen: enerzijds de vaststelling of formulering van een bepaalde (sub)regel, anderzijds de toepassing daarvan op het voorliggende geval. Hoewel dergelijke beslissingen door de Hoge Raad veelal worden opgevat als zijnde 'verweven met waarderingen van feitelijke aard' (en daarmee als niet voor toetsing in cassatie vatbaar), kan in theorie daaruit (vrijwel) steeds ook een aan de toepassing ten grondslag liggende rechtsregel worden gedestilleerd.[100] Deze rechtsregel zal overigens veelal (zeer) vergaand geconcretiseerd zijn, maar dat is iets anders. Er is in elk geval in theorie geen reden aanwezig waarom een dergelijke regel niet als precedent zou kunnen gelden, zij het dan als precedent met slechts een beperkt potentieel toepassingsbereik.[101]

Wanneer de rechter gebruik maakt van hem toekomende *'discretion'*[102] – zoals bijvoorbeeld het geval is bij beslissingen aangaande de kostenveroordeling – zal zijn beslissing doorgaans evenmin als precedent in aanmerking kunnen komen:[103]

> "It is dangerous in the exercise of discretion to take a reported case as a guide for that exercise in another case. This is specially true when the judgment on costs is taken apart from its context of the findings of fact which are contained in the same judgment."[104]

Hierbij rijst overigens evenzeer de vraag of in deze situatie ook in theorie geen precedentwerking zou kunnen bestaan. Voorzover aan een dergelijke beslissing (bijvoorbeeld een kostenveroordeling) een bepaalde rechtsregel of een bepaald rechtsoordeel ten grondslag ligt, lijkt mij dit niettemin mogelijk.[105]

#### *7.4.5.3 De ratio decidendi van een uitspraak*

Van cruciale betekenis bij het omgaan met precedenten door Engelse rechters is de vaststelling van de zogeheten *ratio decidendi* van een eerdere uitspraak. Een 'proposition of law' vormt alleen een bindend precedent wanneer deze tot de ratio decidendi van de eerdere uitspraak behoort. De rechtsoverwegingen die niet tot de ratio decidendi gerekend kunnen worden, worden aangeduid met de term *obiter dicta*, overwegingen ten overvloede. Obiter dicta zijn niet in de hiervóór weergegeven strikte zin bindend voor latere rechters, maar zij vormen wél *persuasive authorities*, die een (soms zeer sterke) mate van 'overtuigende' waarde hebben.[106]

---

100 In deze zin ook Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 99.
101 Zie hierover nader 7.5.5.
102 Te vergelijken met hetgeen hier is aangeduid als 'beleidsruimte' (waarover § 4.4.2.3).
103 Vgl. Dias 1985, p. 141.
104 *Bragg* v. *Crossville Motor Services Ltd.* [1959] 1 All ER 613, 615.
105 Zie hierover uitgebreider § 7.5.5 en § 8.2.3.
106 Zie hierover § 7.4.6.

Hoe de ratio decidendi van een uitspraak precies dient te worden vastgesteld is een omstreden kwestie in de Engelse literatuur en rechtspraak. Niettemin zijn wel enige grote lijnen aan te geven, waarbij uitgegaan kan worden van de door Cross en Harris in hun standaardwerk over het precedentenrecht gegeven omschrijving van de ratio decidendi:

> "The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part to his direction to the jury."[107]

Een eerste belangrijk vereiste is aldus dat een rechtsregel slechts kan gelden als ratio decidendi, indien deze *noodzakelijk* was voor de uiteindelijk gegeven beslissing. Anders geformuleerd: de uiteindelijke beslissing moet op de desbetreffende rechtsregel berusten, wil deze regel tot de ratio decidendi kunnen behoren.[108] Aan deze eis is bijvoorbeeld niet voldaan bij een rechtsregel of rechtsopvatting die is neergelegd in een 'dissenting opinion'.[109]

Voorts wordt algemeen aangenomen dat de uit een precedent af te leiden ratio decidendi gebaseerd moet zijn op de *'material facts'* – de voor de beslissing relevante feiten – van de desbetreffende zaak.[110] Zelfs wanneer een uitspraak een in zeer algemene bewoordingen geformuleerde rechtsregel bevat, moet deze steeds worden bezien tegen de achtergrond van de feiten van het concrete geval. Door Lord Halsbury werd een en ander in de zaak *Quinn* v. *Leathem* als volgt uitgedrukt:

> "every judgement must be read as applicable to the particular facts proved, or assumed to be proved, since the generality of the expressions which may be found there are not intended to be expositions of the whole law but governed and qualified by the particular facts of the case in which such expressions are to be found."[111]

Het gaat er bij de vaststelling van de ratio decidendi dus om, welke feiten van het concrete geval als 'material' moeten worden beschouwd. De ratio decidendi strekt zich slechts uit tot díe latere gevallen waarin zich dezelfde relevante feiten voordoen. Het zal duidelijk zijn dat, hoe minder feiten als 'material' worden aangemerkt, hoe ruimer de strekking van de ratio wordt.[112]

Een belangrijke vraag is vanuit wiens perspectief dit alles moet worden bezien: gaat het om hetgeen de oorspronkelijke rechter als ratio decidendi van

---

107 Cross & Harris 1991, p. 72.
108 Zie MacCormick 1987, p. 170-171.
109 Walker & Walker 1998, p. 65.
110 Met name benadrukt door Goodhart 1931, p. 169; zie hierover voorts Cross & Harris 1991, p. 43-45; Dias 1985, p. 136-139.
111 *Quinn* v. *Leathem* [1901] AC 495, 506.
112 Vgl. voor voorbeelden Dias 1985, p. 137-139; Goodhart 1931, p. 174-179.

zijn beslissing beschouwde of om wat een latere rechter als ratio uit de uitspraak wil afleiden? Het is met name deze vraag die in Engeland tot de nodige discussie heeft geleid.[113]

Uiteraard vormt de tekst van de eerdere uitspraak, waarin de opvatting van de oorspronkelijke rechter(s) is neergelegd, het belangrijkste uitgangspunt bij de bepaling van de ratio decidendi.[114] Deze is echter niet per definitie beslissend. De tegenwoordig heersende leer lijkt te zijn, dat in een precedent niet één objectief bepaalbare, onveranderlijk geldende ratio decidendi besloten ligt.[115] Wat precies als ratio uit een uitspraak kan worden afgeleid, kan in de loop der tijd veranderen, bijvoorbeeld onder invloed van beslissingen in latere zaken.[116] Doordat meer of minder feiten als relevant worden aangemerkt, kan de ratio decidendi een algemenere of juist beperktere reikwijdte krijgen.[117] Zelfs is het mogelijk dat een rechtsregel die eerst als ratio werd beschouwd, in een later geval als obiter dictum wordt aangemerkt (waarmee de strikte gebondenheid wegvalt).[118] Het omgekeerde kan zich uiteraard eveneens voordoen. De ratio decidendi van een uitspraak is derhalve tot op zekere hoogte een veranderlijke grootheid.[119]

Naast de zojuist geschetste problemen kunnen zich overigens nog andere complicaties voordoen bij het vaststellen van de ratio decidendi. Te noemen zijn bijvoorbeeld de aanwezigheid van meer dan één ratio in een uitspraak, het ontbreken van een ratio en de vaststelling van de ratio bij uitspraken van meervoudige colleges (waarbij veelal door de rechters afzonderlijke 'opinions´ worden gegeven, waarin verschillende rechtsopvattingen neergelegd kunnen zijn).[120]

Zoals aan het begin van deze paragraaf al is opgemerkt, is het onderscheid tussen ratio decidendi en obiter dicta in zekere zin vrij eenvoudig: alle gedeelten van een uitspraak die niet tot de ratio decidendi behoren, gelden per definitie als obiter dicta.[121] Laatstgenoemde categorie bestaat uit diverse varianten, zoals bijvoorbeeld losse opmerkingen die in het geheel niet relevant zijn voor de uiteindelijke beslissing, overwegingen die betrekking hebben op een punt waarop uiteindelijk niet beslist wordt of overwegingen die niet zozeer

113 Zie daaromtrent Cross & Harris 1991, p. 72-75; Marshall 1997, p. 510-513; Kottenhagen 1986, p. 192-202.
114 Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 481.
115 Vgl. Cross & Harris 1991, p. 72; Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 481; Dias 1985, p. 140-141; Kottenhagen 1986, p. 201.
116 Cross & Harris 1991, p. 45-47; Dias 1985, p. 139.
117 In dat geval gaat het om een vorm van 'distinguishing', waarover § 7.4.4.3.
118 Dias 1985, p. 140-141.
119 Dit heeft overigens ook zo zijn voordelen: als gevolg hiervan is het bijvoorbeeld mogelijk, een (bindend) precedent zodanig te interpreteren dat het in de voorliggende zaak niet van toepassing blijkt te zijn (zie hierover ook § 7.4.4.3).
120 Zie voor een uitgebreide behandeling van deze vragen Cross & Harris 1991, p. 84-96.
121 Zie Cross & Harris 1991, p. 75-76.

betrekking hebben op het concrete geschil als wel op andere (toekomstige) gevallen.[122] Herhaald zij voorts dat obiter dicta naar Engelse maatstaven niet als 'bindend' worden beschouwd; als 'persuasive authorities' kunnen zij evenwel een bepaalde 'overtuigende waarde' bezitten.[123]

*7.4.5.4 De ratio van het onderscheid tussen ratio decidendi en obiter dictum*

Blijkens het voorgaande kan de vaststelling van de ratio(nes) decidendi van een uitspraak de nodige problemen opleveren. Men kan zich daarom afvragen waarom het Engelse recht niettemin is blijven vasthouden aan de onderverdeling tussen ratio decidendi enerzijds en obiter dicta anderzijds.

Een eerste oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat het Engelse recht traditioneel gezien een systeem van *'case law'* is, waarin primair geredeneerd wordt van geval naar geval en pas daarna eventueel naar een algemene(re) regel wordt gezocht.[124] De feiten van het concrete geval vormen dan ook een zeer belangrijk uitgangspunt voor iedere rechtstoepassing, hetgeen de nadruk verklaart die wordt gelegd op de 'material facts' als basis voor de uit een uitspraak af te leiden ratio decidendi.

Een tweede belangrijk aspect betreft één van de erkende grondslagen voor ieder systeem van precedentwerking: de eis van gelijke behandeling van gelijke gevallen. Keerzijde hiervan is echter dat ongelijke gevallen ook een ongelijke behandeling kunnen behoeven. Gebondenheid aan een eerdere uitspraak is dan ook – althans vanuit deze invalshoek beschouwd – slechts aangewezen indien een later geval inderdaad gelijk is aan het voorgaande.[125] Deze gelijkheid behoeft overigens slechts de relevante aspecten, ofwel de 'material facts' te betreffen. Een hiermee samenhangend punt is dat een overweging ten overvloede niet de grondslag voor de beslissing in het eerdere geval is geweest, zodat er vanuit oogpunt van gelijke behandeling ook geen reden aanwezig is, de toepassing daarvan tot een later geval uit te breiden.[126]

Het nut van de afbakening van een ratio decidendi blijkt aldus in de eerste plaats gelegen te zijn in de samenhang met de feiten van een concreet geval als noodzakelijke basis voor de in een rechterlijke uitspraak gevormde rechtsregel.[127] Daarnaast zijn echter nog andere oorzaken aan te wijzen voor het belang dat in Engeland nog steeds wordt gehecht aan een nauwkeurige vaststelling van de ratio decidendi. Een van deze oorzaken is het meergenoemde feit dat de binding aan precedenten in Engeland uiterst strikt wordt opgevat.[128] Dit brengt de noodzaak met zich, de gedeelten van een uitspraak

122 Cross & Harris 1991, p. 77-81; Marshall 1997, p. 515-516.
123 Zie § 7.4.6.
124 Vgl. hierover Cross & Harris 1991, p. 192-196.
125 Vgl. Cross & Harris 1991, p. 43.
126 Vgl. in deze zin Drion 1950, p. 37-38; zie echter ook § 7.5.5.
127 Zie over de vraag in hoeverre dit werkelijk een noodzakelijk vereiste is echter ook § 8.2.2.
128 Zie § 7.4.3.4 en § 7.4.4.2.

waaraan de latere rechter op deze wijze gebonden is, precies af te grenzen.[129] Is de rechter immers eenmaal gebonden, dan behoort afwijking niet of nauwelijks meer tot de mogelijkheden, ook niet wanneer het precedent in een later geval inhoudelijk onjuist wordt geacht. Via de vaststelling van de ratio decidendi (deze kan bijvoorbeeld worden ingeperkt of, in het uiterste geval, zelfs alsnog als obiter dictum worden aangemerkt[130]) kan de rechter een in zijn ogen onjuist precedent toch terzijde schuiven. De afbakening van de ratio decidendi kan derhalve ook een manier zijn om de binding aan een precedent te omzeilen.[131] In een systeem met een lossere binding aan precedenten is een dergelijke tactiek minder noodzakelijk: wanneer het de rechter is toegestaan op grond van bepaalde (zwaarwegende) argumenten af te wijken van een precedent, zal de discussie zich immers veeleer daarop toespitsen.[132] Deze mogelijkheid staat in Engeland echter doorgaans niet open.

Tot slot wordt een belangrijke factor gevormd door de stijl en structuur van de uitspraken van Engelse rechters.[133] De uitspraken van de hogere gerechten bevatten vaak meerdere (concurring of dissenting) opinions. Daarnaast is de betoogtrant een andere – minder zakelijke – dan bij ons te doen gebruikelijk is. In de uitspraken van rechters zijn dan ook veel vaker 'losse flodders' aan te treffen, die niet kunnen worden opgevat (en in het algemeen ook niet bedoeld zijn) als rechtsregels met betekenis voor latere gevallen. Obiter dicta zijn dus veelal werkelijk ten overvloede gemaakte opmerkingen: *'statements by the way'*[134] die doorgaans niet het voorwerp van langdurige overdenking zijn geweest.

Opgemerkt moet hierbij overigens worden dat ten overvloede gegeven overwegingen wél 'persuasive authorities' vormen. Met name indien een obiter dictum een weloverwogen rechtsoordeel van de hoogste rechter behelst, zal de 'overtuigingskracht' daarvan zeer groot zijn en weinig onderdoen voor de bindende werking van een 'echt' precedent.[135]

### 7.4.6 'Persuasive precedents' en 'persuasive authorities'

Onderdelen van rechterlijke uitspraken die geen 'binding precedent' (zoals in het voorgaande omschreven) vormen, kunnen niettemin als 'persuasive

129 Andersom wordt ook wel als argument genoemd dat de rechter van wie een precedent afkomstig is, te veel invloed op de rechtsvorming zou kunnen uitoefenen, indien hij daarin onbeperkt allerlei (voor het concrete geval niet relevante) rechtsopvattingen zou mogen opnemen, met bindende werking voor latere gevallen (aldus Cross & Harris 1991, p. 42).
130 Zie § 7.4.4.3.
131 Vgl. Cross & Harris 1991, p. 50; zie ook hiervóór § 7.4.4.3.
132 Vgl. Marshall 1997, p. 505-506.
133 Vgl. Cross & Harris 1991, p. 48-49.
134 Cross & Harris 1991, p. 41.
135 Zie Cross & Harris 1991, p. 77; zie ook § 7.4.6.

authority' gelden.[136] Deze categorie omvat bijvoorbeeld rechtsopvattingen die niet tot de ratio decidendi van een uitspraak behoren (obiter dicta) en uitspraken van rechters waaraan het beslissende gerecht rechtens niet gebonden is, zoals bijvoorbeeld uitspraken van lagere of buitenlandse rechters.

Binnen deze groep wordt soms nog gedifferentieerd tussen persuasive *precedents* en persuasive *authorities*.[137] De ratio decidendi van een uitspraak waaraan de rechter niet gebonden is (bijvoorbeeld omdat het gaat om een uitspraak van een lagere rechter) is een persuasive precedent: de rechter dient deze te volgen, tenzij hij een goede reden aan kan voeren om dit niet te doen.[138]

Obiter dicta vormen daarentegen slechts persuasive authorithies. De precedentwaarde hiervan is niet exact te definiëren, maar vormt een kwestie van gradaties. De mate waarin een persuasive authority daadwerkelijk 'persuasive' is, hangt af van diverse factoren, zoals bijvoorbeeld het gerecht waarvan de uitspraak afkomstig is, de reputatie van de rechter die de uitspraak deed, de vraag of het gaat om een direct gegeven beslissing dan wel een beslissing die na beraad ('ex tempore') gegeven is en de (al aangestipte) vraag of de desbetreffende rechtsoverweging deel uitmaakte van de ratio decidendi van de eerdere beslissing.[139]

Bij dit alles dient overigens de volgende kanttekening te worden geplaatst. Als gezegd worden persuasive authorities in het Engelse recht niet als 'binding' beschouwd. Dit spraakgebruik is echter enigszins misleidend. Persuasive authorities blijken vaak wel degelijk een bepaalde normatieve betekenis te bezitten, aangezien de rechter verplicht is deze onderdelen van uitspraken in ogenschouw te nemen[140] en hij in meerdere of mindere mate zal moeten aangeven waarom hij deze eventueel niet volgt.

### 7.4.7 Afsluitende opmerkingen

Het Engelse precedentenstelsel laat zich karakteriseren als een systeem met een zeer strakke binding aan eerdere uitspraken. Of, zoals door Cross en Harris is opgemerkt:

> "it is more difficult to get rid of an awkward decision in England than almost anywhere else in the world."[141]

---

136 Zie hierover Bronaugh 1987, p. 217-247; Cross & Harris 1991, p. 41 en p. 77-81; Smith, Bailey & Gunn 2002, p.513-516.
137 Zie Cross & Harris 1991, p. 41.
138 Aldus Cross & Harris 1991, p. 41.
139 Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 513-515.
140 Op de rechter rust immers de verplichting *'to consider case law'*; zie Cross & Harris 1991, p. 7.
141 Cross & Harris 1991, p. 24.

De rechtszekerheid lijkt in dit stelsel een overheersende rol te spelen. Enkel de hoogste rechter, het House of Lords, mag overgaan tot de overruling van een precedent;[142] aan lagere rechters is dit niet toegestaan. Dit geldt zelfs in gevallen waarin min of meer vaststaat dat het precedent niet (meer) rechtens aanvaardbaar is te achten. In een dergelijke situatie zijn dus de partijen gedwongen tot in hoogste instantie door te procederen om een rechtvaardige uitkomst te bereiken,[143] tenzij de lagere rechter zijn toevlucht zou nemen tot 'distinguishing' van de eerdere uitspraak.

De mogelijkheid tot overruling van eigen precedenten – die door het House of Lords pas relatief recent is geïntroduceerd – staat eveneens in de sleutel van de rechtszekerheid. Indien de vraag rijst of op een precedent moet worden teruggekomen valt in verband hiermee de afweging doorgaans uit in het voordeel van de eerdere uitspraak, ook wanneer deze als niet meer ideaal of zelfs als onjuist wordt beschouwd.

Is de rechtszekerheid dus een centrale waarde in het Engelse precedentenstelsel, een andere belangrijke pijler daarvan wordt gevormd door de hiërarchie tussen de verschillende gerechten (die in Engeland naar het zich laat aanzien sterker wordt ervaren dan bij ons). De strikte binding die in verticale relaties aanwezig is ontbreekt (dan ook) op horizontaal niveau, met name bij de laagste rechters. Dit neemt overigens niet weg dat lagere rechters veelal, bij wijze van 'judicial comity', met elkaars beslissingen rekening zullen houden.

Het is van belang te benadrukken, dat de praktische uitwerking van het systeem minder rigide is dan uit het voorgaande lijkt te volgen. In de praktijk staat een aantal (sluip)wegen open om aan een onwelgevallig precedent te ontkomen. Ten eerste zijn er de erkende (zij het beperkte) uitzonderingen op de regel van stare decisis. Belangrijker nog is de wijze van rechtsvinding met betrekking tot precedenten: de daaruit af te leiden rechtsregel (de ratio decidendi) vormt niet een onveranderlijk gegeven, maar kan in latere gevallen opnieuw worden bepaald in het licht van de dan relevante rechtspraak en omstandigheden. Hierbij biedt de techniek van distinguishing ruime mogelijkheden, een op het eerste gezicht bindend precedent toch buiten toepassing te laten.

Tot slot verdient opmerking dat het Engelse recht een geheel andere wijze van omgaan met precedenten kent dan bij ons het geval is. Alle relevante precedenten worden door de advocaten van partijen aangedragen (zij zijn hier zelfs, bij wege van *'duty to the court'* toe verplicht, ook wanneer het gaat om precedenten die *prima facie* nadelig voor het standpunt van hun eigen cliënt

142 Daarnaast kan uiteraard de wetgever altijd een precedent terzijde stellen.

143 In dat geval zal overigens wel een grond aanwezig kunnen zijn om het zgn. *'leap-frog appeal'* toe te staan, zodat direct het House of Lords kan worden geadieerd (zie hierover Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 501-502).

zijn).[144] In de uitspraak worden deze vervolgens door de rechter(s) besproken. Indien een relevant (bindend) precedent niet op deze wijze aan de orde is gekomen, kan de beslissing als per incuriam gewezen worden aangemerkt, in welk geval zij niet de status van 'binding precedent' zal verkrijgen.[145]

## 7.5 De betekenis van precedenten in het Nederlandse recht

### 7.5.1 Inleiding

In de voorgaande paragraaf is bezien welke vorm een systeem van binding aan precedenten in concreto kan aannemen. In Engeland blijkt de gebondenheid van de rechter aan precedenten te zijn uitgewerkt in aantal zeer specifieke regels (de *'rules of precedent'*), die aangeven op welke wijze de rechter met eerdere uitspraken dient om te gaan.

Thans kan de vraag aan de orde komen of ook het Nederlandse rechtssysteem, evenals het Engelse, een bepaalde regel van (juridische) binding aan precedenten kent, en zo ja, wat deze dan concreet inhoudt. Het probleem bij de beantwoording van deze vraag is dat een dergelijke 'precedentregel' – als zij al kan worden aangenomen – nergens met zoveel woorden is neergelegd: niet in enige wettelijke bepaling[146] en evenmin in uitspraken van rechters. Hieruit kan echter niet zonder meer de conclusie worden getrokken dat van binding aan precedenten in ons recht dus geen sprake is. Een regel die inhoudt dat de rechter in bepaalde gevallen of in bepaalde mate gebonden is aan precedenten is immers te beschouwen als een (ongeschreven) 'metaregel'[147] – men kan ook zeggen: zij maakt deel uit van de *'rule of recognition'*[148] van ons recht – waarvan het bestaan uiteindelijk slechts af te leiden is uit de feitelijk bestaande en geaccepteerde praktijk onder rechters, advocaten, wetenschappers, (andere) juristen et cetera.[149]

Teneinde de hier gestelde vraag te kunnen beantwoorden, dient derhalve met name gelet te worden op de in rechtspraak en literatuur levende opvattingen ter zake. Hieruit kan vervolgens worden gedestilleerd in hoeverre naar

144 Vgl. hierover de *Practice Direction (Citation of Authorities)*, [2001] 1 WLR 1001, sub 4; Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 516; Bankowski, MacCormick & Marshall 1997, p. 324. Wel zijn aan het aanvoeren van precedenten door de genoemde Practice Direction enige beperkingen gesteld.

145 Zie § 7.4.3.5.

146 Dit afgezien van enkele specifieke situaties als de binding van de lagere rechter aan een uitspraak van de HR na cassatie en verwijzing (art. 424 Rv).

147 Vgl. Asser-Vranken 1995, nrs. 72 en 80; Jessurun d'Oliveira 1999a, p. 140.

148 Zie Hart 1994, p. 94-95: de '*rule of recognition*' is een '*secondary rule*', die bepaalt welke regels als geldend recht zijn te beschouwen.

149 Vgl. Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 40-41; in dezelfde zin Wiarda/Koopmans 1999, p. 130.

huidige rechtsopvattingen enige normatieve waarde (ofwel: bindende werking) aan precedenten toekomt.

### 7.5.2 Een 'de iure' binding aan precedenten?

#### *7.5.2.1 Literatuur*

Na de codificatie van ons burgerlijk recht werd gebondenheid van de rechter aan eerdere rechtspraak (voorzover aan deze vraag al aandacht werd besteed) door de literatuur lange tijd afgewezen.[150] De rechter was gebonden aan de wet, niet aan de uitleg die andere rechters daaraan gaven.[151] Hier en daar werden echter ook wel enige nuanceringen op deze gedachte aangebracht. Zo werd de opvatting verdedigd dat de rechter, zelfs al zou hij in beginsel niet gebonden zijn aan de uitspraken van andere rechters, niettemin niet zonder klemmende redenen zou mogen afwijken van *vaste rechtspraak*.[152] Iets soortgelijks werd verdedigd voor rechtspraak die had geleid tot het ontstaan van *gewoonterecht*: ook hieraan zou de rechter gebonden dienen te zijn.[153]

Wanneer, afgezien van deze uitzonderingsgevallen, wél 'gezag' werd toegekend aan rechterlijke uitspraken, werd dit voornamelijk gebaseerd op de overtuigingskracht van de beslissing. Zo schrijft Scholten in zijn Algemeen Deel:

> "Van gebondenheid in de zin van strikte onderwerping aan iedere uitspraak kan geen sprake zijn. We kennen gezag toe aan de beslissing van de rechter als *erkenning van een regel*. Immers alleen daarin ligt haar autoriteit buiten het geval."[154] [cursivering van mij, KT]

Een rechterlijke uitspraak komt, zo blijkt uit dit citaat, slechts gezag toe omdat de rechter daarin een bepaalde – reeds bestaande – rechtsregel 'erkent'. Hierin is nog de traditionele 'declaratoire'[155] visie op rechtspraak te herkennen, een opvatting die ook in het Engelse recht lange tijd overheersend was.[156]

In een ander werk gaat Scholten evenwel een (aanzienlijke) stap verder. In zijn geschrift 'Kenmerken van recht' behandelt hij eveneens de verhouding

---

150 Zie voor een uitgebreide bespreking van de oudere literatuur Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 31-40 en met name Kottenhagen 1986, p. 58-73.
151 Vgl. Brunner 1994, p. 31-32.
152 Aldus bijv. Losecaat Vermeer 1926, p. 154-158; in vergelijkbare zin Asser-Scholten 1974, p. 90 en 92; Bregstein 1939, p. 8-9.
153 Zie bijv. Van Apeldoorn 1972, p. 100-101 en p. 132. Zie over gebondenheid van de rechter aan 'vaste rechtspraak' en/of rechtspraak die tot gewoonterecht is geworden ook hierna § 8.4.2.1.
154 Asser-Scholten 1974, p. 90.
155 Zie hierover § 7.3.
156 Zie § 7.4.2.

tussen rechtsregel en concrete beslissing. Na te hebben geconstateerd dat iedere rechterlijke beslissing iets nieuws aan het bestaande recht kan toevoegen, vervolgt hij:

> "Dit nieuwe nu heeft altijd weer de tendens tot regel te worden. De gebondenheid aan het precedent, die de rechtstheorie als een typeerend Engelsch, zelfs liever Anglo-Saksisch verschijnsel beschouwt, ligt in den aard van *iedere* rechtspraak. Ik spreek natuurlijk over gebondenheid in het algemeen, niet over de uitwerking daarvan in het Engelsche recht – zij is altijd een gebondenheid min of meer, nooit een volledig bepaald zijn."[157]

Waarom heeft het 'nieuwe' in een rechterlijke uitspraak nu de tendens tot regel te worden?

> "Het is weder omdat recht regel, omdat de uitspraak, hoewel gedaan concreet tussen bepaalde partijen, een uitspraak is *in* de gemeenschap *vóór* de gemeenschap, en onze stelling is uitvloeisel van het niet nader te bewijzen beginsel, dat gelijk gelijk moet worden behandeld. De geheele gedachte van recht onderstelt dat elke regel is regel voor ieder, die tot de gemeenschap behoort. Niets doet zoo zeer als onrecht aan, dan dat gelijken ongelijk worden behandeld. (-) Een rechter die eenmaal iets heeft uitgemaakt tusschen A en B voelt, dat hij onrecht zou doen, als hij anders zou oordelen indien C en D hem dezelfde vraag zouden voorleggen. Zijn oordeel heeft de noodzakelijke tendens tot regel te worden. Voor hem zelf – ook voor anderen zoodra zijn uitspraak voor die anderen *gezag* toekomt. Zoodra in eenige gemeenschap de rechtspraak is georganiseerd, komt dat gezag noodzakelijkerwijs aan den hoogstgeplaatsten rechter toe."[158]

De gebondenheid aan precedenten (zij het niet een min of meer 'absolute' gebondenheid als in Engeland bestaat) ligt volgens Scholten dus besloten in de *aard* van rechtspraak. Ieder oordeel van de rechter, hoewel primair gegeven in een concrete zaak, heeft immers steeds de tendens tot regel te worden voor latere (men kan hieraan nog toevoegen: vergelijkbare) gevallen.[159] Deze opvatting gaat al aardig in de richting van een erkenning van een zelfstandige normatieve betekenis van precedenten. Zij vormde echter een uitzondering ten opzichte van de toenmalige heersende leer. In het algemeen werd immers, mede als gevolg van het feit dat de wet als bron van recht centraal werd gesteld, aan precedenten niet of nauwelijks een zodanige waarde toegedicht.

De oratie van J. Drion uit 1950 vormde een breuk met deze traditie. Drion verdedigde hierin de stelling dat niet alleen in Engeland, maar ook in ons land

---

157 Scholten 1949, p. 22; zie over deze passage ook Kottenhagen 1986, p. 153-156.

158 Scholten 1949, p. 23.

159 Zie over de rol van het gelijkheidsbeginsel m.b.t. de betekenis van precedenten verder § 7.5.2.4.

> "de rechters, van de laagste tot de hoogste, vaak niet hun eigen opvatting over een toepasselijke rechtsregel, maar die welke in een of meer arresten van het hoogste rechtscollege werden neergelegd volgen en ook behoren te volgen; dat derhalve niet alleen de facto maar ook de jure een precedent niet op één lijn mag worden gesteld met een uitspraak van welke auteur dan ook."[160]

Aan precedenten, anders dan aan bijvoorbeeld de opvattingen van auteurs, komt volgens Drion een 'normatief gezag' toe, los van de vraag of de daarin neergelegde rechtsoverwegingen overtuigingskracht hebben.[161] De beginselen van rechtsgelijkheid, rechtseenheid en rechtszekerheid vorderen zijns inziens ook in een gecodificeerd rechtsstelsel de erkenning van de regel van *stare decisis*: gelet op genoemde beginselen dient de rechter gebonden te zijn aan zijn eigen eerdere uitspraken, alsmede aan de uitspraken van andere (met name: hogere) rechters. Om een even strikte binding als in Engeland gaat het hierbij overigens niet. Ter wille van de rechtsontwikkeling moet bijvoorbeeld de Hoge Raad kunnen terugkomen op uitspraken die 'hetzij indertijd al niet juist waren, hetzij door de gewijzigde omstandigheden thans minder gelukkig zouden zijn', aldus Drion.[162]

Na dit pleidooi van Drion kreeg de betekenis van precedenten, zij het pas vele jaren later, in toenemende mate de aandacht van de Nederlandse rechtsliteratuur. Naast het preadvies van Jessurun d'Oliveira uit 1973 is met name de dissertatie van Kottenhagen van belang. Hierin bepleitte Kottenhagen een vorm van 'voorwaardelijke binding' aan precedenten, die aanknoopte bij de door de Duitse rechtstheoreticus Fikentscher ontwikkelde 'Fallnormtheorie'.[163]

De opvatting van Kottenhagen komt in essentie op het volgende neer.[164] Op iedere rechtsvraag kan een antwoord in de vorm van een rechtsnorm geformuleerd worden, een zgn. 'Fallnorm'. De verzameling van deze normen vormt het *objectieve recht*. Het gaat hierbij overigens om een deels fictieve grootheid, aangezien het objectieve recht ook die Fallnormen bevat die nog niet eerder 'gebruikt' of 'gevonden' zijn.[165]

Uitspraken van rechters – en overigens ook wettelijke bepalingen – zijn steeds te beschouwen als concretiseringen van het objectieve recht, zoals dat zojuist werd omschreven. Dit geconcretiseerde objectieve recht (ook wel aangeduid als *positief recht*) dient de rechter tot leidraad bij het vinden van de normen van objectief recht. Aangezien de rechter uiteindelijk aan het objectieve recht is gebonden, en niet aan het positieve recht als zodanig, is hij niet aan een precedent gebonden indien dit niet in overeenstemming is

160 Drion 1950, p. 23.
161 Drion 1950, p. 27.
162 Drion 1950, p. 35; zie over het afwijken van precedenten hierna § 7.5.4.
163 Kottenhagen 1986, p. 184-189; Fikentscher 1980, p. 167-171.
164 Zie voor een samenvatting ook Kottenhagen 1988, p. 382-383.
165 Vgl. Fikentscher 1980, p. 169; zie voor kritiek hierop Haazen 2001, p. 281-283.

met het objectieve recht. De aanwezigheid van een precedent schept evenwel een 'vermoeden van juistheid' ten aanzien van de daarin neergelegde rechtsnorm.[166] De rechter die desondanks meent dat een precedent niet in overeenstemming is met het objectieve recht kan van het precedent afwijken, maar draagt hierbij de 'motiveringslast' ten aanzien van de onjuistheid van het precedent.[167] De gebondenheid aan precedenten bestaat aldus eigenlijk in de voorwaarde van motivering bij afwijking.[168]

De theorie van Kottenhagen behelst in essentie nog steeds een declaratoire visie op de taak van de rechter: de rechter 'vindt' normen van objectief recht, waarbij het positieve recht (onder andere bestaande uit eerdere rechterlijke uitspraken) geen echte rechtsbron, maar slechts een kenbron vormt.[169] De meeste schrijvers die zich sindsdien over ons onderwerp hebben uitgesproken, zien de rechter daarentegen niet (louter) meer als rechts*vinder*, maar ook als rechts*vormer*.[170] Wat rechtens geldt is niet in alle gevallen reeds op voorhand gegeven, dan wel objectief uit het bestaande recht af te leiden, maar wordt vaak (mede) bepaald door de *keuze* die de rechter maakt uit verschillende naar geldend recht verdedigbare alternatieven.[171]

Wanneer de vraag naar de betekenis van eerdere rechtspraak in deze sleutel wordt gezet, zoals thans vaak gebeurt, leidt dit haast als vanzelf tot de erkenning van (een bepaalde) binding aan precedenten. Zo schrijft Vranken in zijn Algemeen Deel:

> "Ik geloof niet dat er tegenwoordig nog iemand is die serieus betwist dat de rechter mede een rechtsvormende taak vervult. De theoretici waren hiervan al enkele decennia geleden overtuigd. Thans is de gedachte ook onder praktijkjuristen min of meer gemeengoed. (-)
> Met het voorgaande is de precedentwerking van rechtspraak wat mij betreft een feit, evenzeer elders als in Nederland. Enige andere redengeving dan die welke geldt voor de rechtsvormende taak van de rechter is niet nodig: het een is de onvermijdelijke consequentie van het ander."[172]

Ik wijs er overigens op dat het weliswaar juist is dat de erkenning van rechterlijke rechtsvorming een gebondenheid aan precedenten met zich brengt (anders zou de rechter immers ook niet werkelijk 'recht' hebben gevormd); de *omvang* van deze binding is hiermee echter nog niet bepaald. Herhaald zij hier hetgeen in § 7.3 is opgemerkt: de rechter die recht mag vormen, zal logischerwijs deze

166 Zie over dit alles Kottenhagen 1986, p. 185-186.
167 Kottenhagen 1988, p. 383.
168 Zie over dit laatste ook § 7.5.4.
169 Kottenhagen 1986, p. 185.
170 Aanvaard is tegenwoordig immers dat in het burgerlijk recht, naast de wetgever, ook de rechter een eigen 'rechtsvormende taak' vervult; zie hierover uitgebreider § 3.3.2.2.
171 Vgl. in deze zin bijv. Hesselink 2000, p. 2032-2033.
172 Asser-Vranken 1995 nr. 185.

regels ook weer op enig moment mogen 'hervormen': hij zal in bepaalde gevallen mogen terugkomen op, of afwijken van zijn eerdere rechtspraak. Daarbij komt dat het feit dat de rechter recht vormt niet de enige invalshoek is van waaruit de binding aan precedenten beschouwd kan worden; zoals in § 7.5.2.6 nog aan de orde komt, kunnen voor (én tegen) een dergelijke binding ook nog andere argumenten worden aangevoerd. Niettemin kan inderdaad worden onderschreven dat het enkele feit dat de rechter in een uitspraak een bepaalde rechtsopvatting heeft neergelegd, reeds een zelfstandig argument oplevert om deze rechtsopvatting in latere gevallen te volgen en haar daarmee als regel te aanvaarden. Een rechterlijke uitspraak is dus ook in mijn optiek méér dan louter een kenbron van recht.

Ook door andere auteurs is deze zelfstandige normatieve betekenis van precedenten benadrukt (waarbij overigens moet worden opgemerkt dat ook tegengeluiden zijn te horen[173]). Zo verdedigde Snijders in zijn Leidse oratie een 'voorwaardelijke *de iure* binding' aan precedenten,[174] een standpunt dat later door Jessurun d'Oliveira werd onderschreven.[175] Zoals in de volgende paragraaf wordt besproken, is deze tendens tot op zekere hoogte ook in de rechtspraak waar te nemen. Het wekt tegen deze achtergrond dan ook weinig verbazing dat Brunner tot de constatering kwam dat "zonneklaar is dat in ons recht een omslag naar een precedentenstelsel heeft plaatsgevonden".[176]

Welke vorm dit stelsel precies heeft, met name: in welke mate gebondenheid aan precedenten bestaat, is overigens nog een andere vraag. Een onbeperkte binding aan precedenten, zoals die in Engeland in bepaalde situaties bestaat, wordt in elk geval niet bepleit: in alle beschouwingen over gebondenheid van de rechter aan precedenten wordt benadrukt dat de rechter, in bepaalde gevallen of bepaalde omstandigheden, op een eerder gegeven oordeel terug moet kunnen komen.[177]

---

173 Zie Barendrecht 1992, p. 198 ('heersende leer lijkt te zijn dat een precedent slechts bindt indien en voor zover het een beslissing betreft die inhoudelijk juist is'), waarbij overigens betwijfeld kan worden of dit inderdaad de heersende leer is (aldus ook Snijders 1995, p. 14 en Jessurun d'Oliveira 1999a, p. 144); Frielink 2002, p. 539 ('aan een arrest van de Hoge Raad kan gezag toekomen, niet omdat de Hoge Raad het heeft gewezen, maar wanneer de gehanteerde argumentatie voldoende overtuigend is'); Den Tonkelaar 2002, p. 542 ('het lijkt mij een ernstige misvatting dat arresten van de Hoge Raad regels inhouden waarvan niet kan of mag worden afgeweken'); Hondius 2002, p. 735 ('de Nederlandse rechtsliteratuur kent een overtrokken betekenis toe aan precedenten').

174 Snijders 1995, p. 14-19.

175 Jessurun d'Oliveira 1999a, p. 143-144. Zie voorts in vergelijkbare zin Wiarda/Koopmans 1999, p. 124-130; Hesselink 1999, p. 400-401; Giesen 2002, p. 447.

176 Brunner 1994, p. 33.

177 Zie van de recente schrijvers bijv. Asser-Vranken 1995, nrs. 189-190; Snijders 1995, p. 31-34; Wiarda/Koopmans 1999, p. 126-127; Hesselink 1999, p. 401; Adams 2002, p. 49-51; zie voorts hierna § 7.5.4.

*7.5.2.2 Rechtspraak*

Zoals reeds werd opgemerkt, zijn aan de wijze waarop rechters omgaan met eerdere uitspraken eveneens aanwijzingen te ontlenen met betrekking tot de betekenis van precedenten in een bepaald rechtssysteem. De rechtspraak, met name die van de Hoge Raad, geeft wat dit onderwerp betreft een interessante ontwikkeling te zien.

In zijn oratie uit 1950 stelde Drion nog dat "de precedenten worden doodgezwegen, hoewel iedereen weet dat zij springlevend zijn",[178] waarmee hij bedoelde dat in de rechtspraak nooit uitdrukkelijk werd verwezen naar eerdere uitspraken, hoewel deze – zoals algemeen bekend – in veel gevallen bepalend waren voor latere beslissingen. Dit beeld werd in 1973 in een preadvies door Jessurun d'Oliveira in grote lijnen bevestigd,[179] al werden door hem, met name in de lagere rechtspraak, wel enige uitdrukkelijke verwijzingen naar precedenten gesignaleerd.[180]

Deze situatie is inmiddels aanzienlijk veranderd. Een belangrijk omslagpunt wordt gevormd door het Stierkalf-arrest uit 1980,[181] waarin de Hoge Raad voor de eerste maal met zoveel woorden en gemotiveerd 'om ging'. Sedertdien wordt door de Hoge Raad steeds vaker – en de laatste jaren structureel – verwezen naar (eigen) precedenten, zowel in gevallen waarin de Hoge Raad aan zijn eerdere rechtspraak vasthoudt als wanneer hij daarvan afwijkt.[182]

De erkenning van rechtsvorming door de (hoogste) rechter, die in de voorgaande paragraaf al werd besproken, is eveneens in rechterlijke uitspraken tot uitdrukking gekomen. Zo spreekt de Hoge Raad tegenwoordig regelmatig van de 'rechtsvormende taak van de rechter'[183] en geeft hij aan waarom een bepaalde beslissing de grenzen van die taak wel of niet te buiten gaat.[184] Ook anderszins hanteert met name de Hoge Raad in toenemende mate formuleringen die een erkenning inhouden van het feit dat ook in de rechtspraak nieuwe rechtsregels gevormd (kunnen) worden.[185] Een voorbeeld hiervan vormt het arrest Chan-a-Hung/Maalsté,[186] waarin de "in de rechtspraak van de Hoge Raad *ontwikkelde*" 50- en 100-% regels voor de invulling van de eigen schuld van fietsers en voetgangers bij aansprakelijkheid van een automobilist,

178 Drion 1950, p. 40.
179 Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 42-43.
180 Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 45-50.
181 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 353 m.nt. G.J.S.
182 Zie m.b.t. de periode 1980-1983 Kottenhagen 1986, p. 28-35 en m.b.t. de periode 1987-1993 Struycken & Haazen 1993, p. 114-122 en p. 140-145. Met name laatstgenoemde auteurs constateerden een sterke toename van het aantal uitdrukkelijke verwijzingen van de HR naar (eigen) eerdere rechtspraak.
183 Voor het eerst in HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 230 m.nt. G.
184 Zie hierover uitgebreid Martens 2000; zie voorts § 3.3.2.2.
185 Zie voor enige voorbeelden ook Snijders 1995, p. 20-21; Haazen 2001, p. 64 (noot 41).
186 HR 4 mei 2001, *NJ* 2002, 214 m.nt. CJHB.

systematisch op een rijtje worden gezet.[187] Wanneer de Hoge Raad in een uitspraak een nieuwe rechtsregel neerlegt, voorziet hij daarbij soms zelfs in een overgangsrechtelijke regeling.[188] Zo werd in het arrest Boon/Van Loon,[189] waarin in afwijking van eerdere rechtspraak de verrekening van pensioenrechten bij de verdeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap mogelijk werd geacht, terugwerkende kracht van deze beslissing uitgesloten voor verdelingen die in het verleden reeds hadden plaatsgehad. In zijn arrest van 17 januari 2003 bepaalde de Hoge Raad, naar aanleiding van de onduidelijkheid en vertraging die was ontstaan bij totstandkoming van de uitvoeringswetgeving bij de EG-Betekeningsverordening, dat herstel van hierdoor ontstane verzuimen in de betekening mogelijk was, niet slechts in de onderhavige zaak maar in *alle* gevallen waarin vóór 1 april 2003 een dagvaarding op de voet van art. 63 lid 1 Rv was betekend.[190]

De hier geschetste ontwikkeling in de wijze waarop de Hoge Raad met zijn eerdere uitspraken om gaat, geeft reeds een indicatie voor de aanwezigheid van een bepaalde gebondenheid aan die uitspraken. Dit wordt verder bevestigd door de wijze waarop de Hoge Raad gebruikt maakt van de mogelijkheid om bepaalde cassatieklachten met een verkorte motivering af te doen (art. 81 – voorheen art. 101a – RO): dit blijkt met name plaats te vinden in gevallen waarin de desbetreffende rechtsvraag reeds (meermalen) door de Hoge Raad is beantwoord.[191] Tot slot kan worden gewezen op het feit dat, sinds het eerder genoemde Stierkalf-arrest, de Hoge Raad in het algemeen uitdrukkelijk en uitgebreid motiveert waarom hij 'om gaat'.[192] Niettegenstaande het feit dat aldus afwijking van eerdere rechtspraak door de Hoge Raad mogelijk wordt geacht, is het volgen daarvan kennelijk de regel. Dit betekent niets anders dan dat de Hoge Raad in beginsel gebonden is te achten aan zijn eigen precedenten.

De houding van de lagere rechtspraak ten opzichte van uitspraken van de Hoge Raad (en van andere hogere rechters) is lastiger in kaart te brengen, aangezien de uitspraken van kantonrechters, rechtbanken en gerechtshoven veel minder frequent worden gepubliceerd. Uit de onderzoeken die naar

187 Zie voor soortgelijke 'overzichtsuitspraken' van de strafkamer bijv. HR 3 oktober 2000, *NJ* 2000, 721 m.nt. JdH (overzicht van rechtspraak m.b.t. de gevolgen van overschrijding van de redelijke termijn in strafzaken); HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 307 m.nt. JdH (idem voor ontnemingszaken) en HR 12 maart 2002, *NJ* 2002, 317 m.nt. Sch (overzicht van rechtspraak m.b.t. de betekeningsvoorschriften van art. 588 Sv).

188 Zie over dit 'rechterlijk overgangsrecht' uitgebreid Haazen 2001.

189 HR 27 november 1981, *NJ* 1982, 503 m.nt. EAAL en WHH.

190 HR 17 januari 2003, *NJ* 2003, 113 m.nt. PV.

191 Zie hierover Pinckaers 1997, p. 212-213; Struycken & Haazen 1993, p. 116.

192 Zie voor een aantal voorbeelden Struycken & Haazen 1993, p. 114-117; Franx 1994, p. 15-16.

gebondenheid aan precedenten in deze 'verticale' verhoudingen zijn gedaan, vallen niettemin wel enige (voorzichtige) conclusies te trekken.[193]

Uitspraken van de Hoge Raad worden, naar het zich laat aanzien, in de lagere rechtspraak vrij algemeen gevolgd, hetzij onder uitdrukkelijke verwijzing daarnaar, hetzij door het overnemen van de in een arrest van de Hoge Raad neergelegde rechtsregel. Of dit met betrekking tot uitspraken van appèlrechters eveneens het geval is, is onzeker: uitdrukkelijke verwijzingen van rechters in eerste aanleg naar een uitspraak van de (eigen) appèlrechter lijken slechts zelden voor te komen.[194] *A fortiori* geldt dit laatste voor de uitspraken van lagere rechters op hetzelfde hiërarchische niveau: ook hiernaar wordt slechts incidenteel verwezen, terwijl van het volgen van dergelijke precedenten door andere rechters nog minder sprake lijkt te zijn.[195]

Al met al kan, zo lijkt mij, de stand van zaken in de rechtspraak in grote lijnen als volgt worden samengevat. De Hoge Raad acht zich in beginsel gebonden aan zijn eigen eerdere uitspraken, maar wijkt daarvan zo nodig (gemotiveerd) af. Lagere rechters achten zich, althans in zekere mate, gebonden aan de uitspraken van hogere rechters, in het bijzonder die van de Hoge Raad maar (soms) ook wel die van de eigen appèlrechter. Het bestaan van enige binding op 'horizontaal' niveau, tussen de verschillende rechters van gelijke rang, valt in elk geval uit de rechtspraak niet af te leiden.

Het verdient bij dit alles overigens opmerking dat hiermee strikt genomen nog niet de vraag beantwoord is, *op grond waarvan* rechters in de hier omschreven gevallen precedenten in beginsel volgen. Dit kan voortkomen uit de overtuiging dat dit *behoort* te gebeuren (in welk geval inderdaad sprake is van de aanvaarding van een normatieve gebondenheid), maar het volgen van precedenten kan ook louter berusten op het feit dat de latere rechter het sowieso met de inhoud daarvan eens was.[196] Aangezien doorgaans niet kan worden vastgesteld waarom een rechter zich bij eerdere rechtspraak aansluit,[197] vallen uit de situatie in de rechtspraak in elk geval in dit opzicht niet met zekerheid conclusies te trekken.

193 Vgl. de jurisprudentieonderzoeken van Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 45-50; Snijders 1978, p. 23-27; Kottenhagen 1986, p. 35-50 en Struycken & Haazen 1993, p. 125-131.

194 Vgl. Struycken & Haazen 1993, p. 125-126; Kottenhagen 1986, p. 39-45. Zie voor een geval waarin een rechtbank zich uitdrukkelijk aansluit bij de rechtspraak van een appèlrechter Rb. 's-Gravenhage 19 juni 2002, *NJkort* 2002, 60.

195 Zie Struycken & Haazen 1993, p. 126-128; Kottenhagen 1986, p. 44.

196 Vgl. Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 50.

197 Zie voor enkele van de schaarse uitspraken waarin dit wél het geval was Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 5 en p. 47.

*7.5.2.3 Functies van de rechtspraak*

Een andere invalshoek van waaruit de betekenis van precedenten beschouwd kan worden, is te vinden in een analyse van de functies van de rechtspraak. Door Snijders, Ynzonides en Meijer zijn vijf functies onderscheiden,[198] waarvan met name de rechtseenheids- en de rechtsontwikkelingsfunctie voor het hier besproken onderwerp relevant zijn. Het bestaan en het belang van deze functies worden overigens ook benadrukt door art. 81 (voorheen art. 101a) RO: naar uit deze bepaling volgt heeft (in elk geval) de Hoge Raad een taak op het gebied van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.[199]

De rechtseenheidsfunctie houdt in dat, als gevolg van de hiërarchische opbouw van de rechterlijke organisatie, waarbij tegen de uitspraak van een lagere rechter veelal beroep kan worden ingesteld bij een hogere rechter, eenheid van recht(spraak) verkregen kan – en moet – worden. Dit valt overigens ook te beschouwen als een toepassing van het gelijkheidsbeginsel (art. 1 Gr.w.): gelijke gevallen dienen, ook in de rechtspraak, gelijk behandeld te worden.[200]

De bewaking van de rechtseenheid is in de eerste plaats een taak van de hoogste rechter, in burgerlijke zaken doorgaans de Hoge Raad.[201] Dit valt bijvoorbeeld af te leiden uit het reeds genoemde art. 81 RO, dat uitdrukkelijk naar deze taak van de cassatierechter verwijst. Ook het bestaan van de mogelijkheid tot cassatie in het belang der wet geeft dit aan. Een uitspraak van de Hoge Raad, gedaan na een vordering tot cassatie in het belang der wet, brengt immers geen nadeel toe aan de rechten door partijen verkregen (art. 78 lid 6 RO) en heeft dus enkel tot doel de rechtseenheid te waarborgen.[202] Met dit alles is eigenlijk al een zekere gebondenheid van de lagere rechters aan uitspraken van de Hoge Raad gegeven: het instituut van cassatie (zowel de 'gewone' cassatie als de cassatie in het belang der wet) zou anders, in elk geval voor wat betreft de bewaking van de rechtseenheid, volstrekt zinloos zijn.[203]

Meer in het algemeen is enige gebondenheid een welhaast vanzelfsprekend uitvloeisel van de hiërarchische opbouw van de rechtspraak: de hoogste rechter heeft immers doorgaans de mogelijkheid, een van zijn eerdere rechtspraak afwijkende uitspraak te vernietigen. Men zou hier ook wel kunnen spreken van een 'autoriteitsargument', dat pleit voor het volgen van precedenten door

198 Zie Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nrs. 9-15.
199 Zie hierover ook § 3.3.2.2.
200 Aldus ook Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 14. Zie over de rol van het gelijkheidsbeginsel m.b.t. de binding aan precedenten ook hierna § 7.5.2.4.
201 Tenzij uiteraard een supranationale rechter als het HvJ EG of het EHRM zich omtrent een bepaalde kwestie nog kan uitspreken of reeds heeft uitgesproken.
202 Vgl. Drion 1950, p. 29; Roelvink 1986, p. 23; Kottenhagen 1986, p. 124-127; enigszins anders Jessurun d'Oliveira 1973b, p. 237.
203 In deze zin ook Brunner 1994, p. 40; Snijders 1995, p. 18-19; Asser-Vranken 1995, nr. 186.

de lagere rechtspraak.[204] Het is uiteraard weinig zinvol – en gelet op het (financiële) belang van procespartijen ook niet zonder meer aanvaardbaar – wanneer de lagere rechter een uitspraak doet waarvan op voorhand reeds duidelijk is, dat deze in hoger beroep of cassatie toch vernietigd zal worden.

Wijst de rechtseenheidsfunctie dus duidelijk in de richting van binding aan uitspraken van de Hoge Raad, een volgende vraag is hoe dit zit in de verhouding tussen rechters in eerste aanleg en appèlrechters alsmede in de verhouding tussen rechters op gelijk niveau. Hoewel het appèl naar huidige opvattingen primair tot doel heeft partijen een volwaardige tweede kans te bieden,[205] dient dit rechtsmiddel daarnaast ter bevordering van de rechtseenheid, in elk geval binnen een hofressort.[206] Bovendien geldt ook in de verhouding rechter in eerste aanleg – appèlrechter het zojuist genoemde 'autoriteitsargument', inhoudend dat de appèlrechter een uitspraak die van zijn eigen jurisprudentie afwijkt, kan vernietigen. In elk geval vanuit dit perspectief bezien lijkt dan ook, naar analogie met hetgeen zojuist omtrent uitspraken van de Hoge Raad is opgemerkt, een zekere precedentwerking van de uitspraken van appèlrechters verdedigbaar.

Of de rechtseenheidsfunctie ook ten aanzien van de uitspraken van lagere rechters onderling een rol speelt is enigszins omstreden. Zo zijn volgens Vranken de lagere rechters over en weer niet belast met de zorg voor de rechtseenheid, zodat op dat niveau geen sprake kan zijn van enige binding aan precedenten.[207] Aangezien de precedentwerking van rechterlijke uitspraken echter niet uitsluitend berust op de thans besproken rechtseenheidsfunctie,[208] lijkt deze conclusie mij niet zonder meer gewettigd. Uit het arrest Druijff/Bouw,[209] waarin de Hoge Raad ten aanzien van de begroting van smartengeld overwoog dat de rechter daarbij mede *dient* te letten op de bedragen die door andere Nederlandse rechters in soortgelijke gevallen zijn toegekend, lijkt zeker enige normatieve betekenis van de uitspraken van lagere rechters voor andere lagere rechters te volgen. Het is ook volgens de Hoge Raad kennelijk niet zo dat rechters op hetzelfde niveau, ook al beschikken

---

204 Anders dan in het Engelse recht wordt aangenomen (vgl. § 7.4.4.2), zou ik overigens uit deze hiërarchische structuur geen absolute gebondenheid van lagere rechters aan de uitspraken van een hogere rechter willen afleiden. Zoals nog aan de orde komt, kan kritiek op bijv. een uitspraak van de HR in de lagere rechtspraak en/of de doctrine juist een reden vormen voor de HR om van die uitspraak terug te komen (zie § 7.5.4). Wel vereist is dat een (lagere) rechter die van een uitspraak van de HR wil afwijken, hiervoor een afdoende onderbouwing verschaft (zie ook § 8.3.5.3 en § 8.3.5.4).

205 Het appèl strekt immers mede tot herstel van eigen fouten en nalatigheden van partijen. Zie o.a. HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 715 m.nt. HJS; HR 8 december 2000 (Zeegers/Franssen), *NJ* 2001, 197; HR 1 maart 2002 (Schneijderberg/Erven Cools), *NJ* 2003, 355 m.nt. HJS; zie voorts Snijders & Wendels 2003, nr. 3; Hovens 2001a, p. 79; Asser-Vranken 1995 nr. 186.

206 Snijders & Wendels 2003, nr. 4.

207 Asser-Vranken 1995, nr. 186.

208 Zie ook § 7.5.2.6.

209 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB.

zij uiteraard niet over de mogelijkheid elkanders uitspraken te vernietigen, zich in het geheel niets aan elkaar gelegen behoeven te laten liggen.[210] Wel is de rechtseenheidsfunctie op dit niveau van de rechtspraak inderdaad een (veel) minder sprekend argument vóór onderlinge precedentbinding dan bijvoorbeeld in de verhouding tussen de Hoge Raad en de lagere rechtspraak het geval is.

Naast het bevorderen van de rechtseenheid heeft de rechtspraak tot taak het recht verder te ontwikkelen. Bestaande regels kunnen in de jurisprudentie worden aangevuld of verfijnd en nieuwe regels kunnen worden gevormd. Zeker tegenwoordig is rechtsontwikkeling een belangrijke functie van de rechtspraak: aangezien nu eenmaal niet alles in de wet kan worden geregeld maakt de wetgever vaak ook uitdrukkelijk van deze functie gebruik.[211] Een en ander wordt ook wel omschreven als de 'rechtsvormende taak' van de rechter.[212]

Ook aan deze rechtsontwikkelingsfunctie valt in beginsel een argument vóór de precedentwerking van rechterlijke uitspraken te onlenen. Zoals Snijders in zijn oratie terecht opmerkte: wat voor zin heeft immers de ontwikkeling van recht dat in het geheel niet (zelfs niet 'in beginsel' of 'voorwaardelijk') bindt?[213] Vooral voor de rechtspraak van de Hoge Raad gaat dit op, aangezien de Hoge Raad blijkens art. 81 RO als (uiteindelijk) verantwoordelijke voor de rechtsontwikkeling kan worden beschouwd.

Anderzijds kan de rechtsontwikkelingsfunctie van rechtspraak juist ook *tegen* gebondenheid (althans tegen een te strikte gebondenheid) aan precedenten pleiten. De rechter moet het reeds gevormde recht immers zo nodig weer verder kunnen ontwikkelen.[214] Daarnaast kunnen nieuwe rechtsvragen rijzen, die niet altijd in één keer definitief in de rechtspraak beantwoord kunnen worden. Wanneer reeds de eerste uitspraak van een rechtbank over een bepaalde kwestie een onverkorte binding zou kunnen opleveren, is het gevaar voor 'verstarring' van het recht niet denkbeeldig.

De hier besproken functies van rechtspraak – rechtseenheid en rechtsontwikkeling – lijken derhalve met name een binding aan precedenten langs 'hiërarchische' (dat wil zeggen verticale) lijnen te ondersteunen. In het bijzonder de cassatierechter is belast met de zorg voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Wanneer de cassatierechter omtrent een bepaalde kwestie

210 In § 8.4.2 kom ik hierop terug.
211 Vgl. ook Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 13; zie voorts § 3.3.2.2.
212 Zie daarover uitgebreider § 3.3.2.2.
213 Snijders 1995, p. 18.
214 In deze zin ook Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 50.

eenmaal een uitspraak heeft gedaan, kan daarom van de lagere rechters in beginsel verwacht worden dat zij zich hierbij aansluiten.[215]

Op het niveau van de lagere rechtspraak onderling speelt de rechtseenheidsfunctie daarentegen een minder prominente rol, al betekent dit nog niet dat lagere rechters helemaal geen rekening met elkaars uitspraken zouden moeten houden. De rechtsontwikkelingsfunctie wijst op dit niveau zelfs juist níet in de richting van binding aan precedenten: de ontwikkeling van het recht vergt zo nu en dan ook de mogelijkheid tot experimenteren, waarbij het niet wenselijk is dat de eerste uitspraak over een nieuwe rechtsvraag direct het recht zou fixeren.[216]

*7.5.2.4 De algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging*

In § 4.4.3.2 bleek dat de 'algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging' een normatief kader vormen voor de beslissingen van rechters, waarvan de betekenis tot op zekere hoogte vergelijkbaar is met die van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor het bestuursoptreden. Van rechters mag verlangd worden dat zij bij hun optreden algemene beginselen als het gelijkheids- , het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel in acht nemen. Deze algemene rechtsbeginselen bleken reeds een rol te spelen bij de beantwoording van de vraag of rechters bevoegd zijn te achten, (bindende) rechtersregelingen vast te stellen.[217] Ook voor het thans besproken onderwerp zijn zij van belang, aangezien (zoals eerder werd opgemerkt[218]) met name het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel vaak worden aangevoerd als fundering voor de precedentwerking van rechterlijke uitspraken

De gelijke behandeling van gelijke gevallen is te beschouwen als een fundamentele eis, die niet alleen voor (bijvoorbeeld) bestuursorganen geldt maar ook voor de rechter.[219] Ongelijke rechtspraak in gelijke of althans vergelijkbare gevallen is – tenzij daarvoor een specifieke rechtvaardiging aanwezig is[220] – te kwalificeren als onrecht. Door Scholten is een en ander treffend omschreven:

---

215 Zoals reeds opgemerkt is hiermee nog niet gezegd dat de lagere rechtspraak nimmer van een uitspraak van de Hoge Raad zou mogen afwijken; zie daarover nader § 7.5.4, alsmede § 8.3.5.3.

216 Vgl. in deze zin ook Jessurun d'Oliveira 1999b, p. 384; Martens 1997, p. 10 (met name noot 18).

217 Zie § 4.4.4 en § 4.4.5.

218 Zie § 7.3.

219 Zie § 4.4.3.2.

220 Het gelijkheidsbeginsel brengt dus niet met zich dat een gelijk geval *altijd* gelijk behandeld zou moeten worden; zie daarover het vervolg van deze paragraaf alsmede Gerards 2002, p. 1.

> "De geheele gedachte van recht onderstelt dat elke regel is regel voor ieder, die tot de gemeenschap behoort. Niets doet zoo zeer als onrecht aan, dan dat gelijken ongelijk worden behandeld. Het beginsel der gelijkheid is fundament van iedere rechtspraak. Er is verbittering indien het beginsel in individueele gevallen wordt veronachtzaamd, een verbittering die een leven kan verwoesten. Er dreigt revolutie, indien een onbillijkheid in rechten niet meer als gebaseerd op werkelijke verschillen maar als willekeur wordt gevoeld. Een rechter die eenmaal iets heeft uitgemaakt tusschen A en B voelt, dat hij onrecht zou doen, als hij anders zou oordelen indien C en D hem dezelfde vraag zouden voorleggen. Zijn oordeel heeft de noodzakelijke tendens tot regel te worden."[221]

In de visie van Scholten volgt aldus de binding aan precedenten uit de aard van rechtspraak.[222] Rechtspraak is immers weliswaar primair een beslissing van de rechter in het concrete geval, maar vanwege de werking van met name het gelijkheidsbeginsel ligt daarin steeds de mogelijkheid, ja zelfs de noodzaak van veralgemening tot een regel besloten.[223]

Deze redenering lijkt mij in beginsel juist: het gelijkheidsbeginsel is dermate fundamenteel van aard dat een beslissing van de rechter in het ene geval, in een volgend gelijk geval gelijk zal moeten luiden, hetgeen noodzakelijkerwijs leidt tot een gebondenheid aan precedenten. Deze gebondenheid mag evenwel niet in absolute zin worden opgevat. Het gelijkheidsbeginsel is weliswaar van fundamentele betekenis, maar geeft toch niet onder alle omstandigheden de doorslag. Ten eerste hangt de reikwijdte daarvan af van de vraag wat precies als een 'gelijk' (althans vergelijkbaar) geval moet worden beschouwd. Zo kan tijdsverloop, in combinatie met veranderingen die gedurende die tijd hebben plaatsgevonden in de maatschappelijke opvattingen, een relevant verschilpunt vormen op grond waarvan een later geval niet meer als 'gelijk' met het voorgaande kan worden beschouwd. Daarnaast kunnen omstandigheden aanwezig zijn die een objectieve rechtvaardiging vormen voor een (op het eerste gezicht) ongelijke behandeling van gelijke gevallen.[224] Een zodanige rechtvaardiging kan eveneens gelegen zijn in bijvoorbeeld veranderingen in maatschappelijke opvattingen, maar ook in andere argumenten.[225] Het gelijkheidsbeginsel is dus wel van (zeer) groot belang, maar daarmee nog niet beslissend voor de vraag of de rechter in een concreet geval een precedent dient te volgen.

Een tweede rechtsbeginsel dat veelal wordt aangevoerd ter onderbouwing van een verplichting tot het volgen van precedenten, is het rechtszekerheids-

---

221 Scholten 1949, p. 23.
222 Scholten 1949, p. 22.
223 Vgl. in dezelfde zin Hesselink 1999, p. 400; vgl. voorts Drion 1973, p. 52-53.
224 Zie hierover Gerards 2002, p. 679-699.
225 Zie voor een voorbeeld van dit laatste HR 1 november 2002 (Op 't Land/ESS), *NJ* 2002, 622, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat voor de ongelijke behandeling naar leeftijd die het verplicht ontslag op 65-jarige leeftijd oplevert.

ofwel vertrouwensbeginsel.[226] Wanneer de rechter een rechtsvraag eenmaal in bepaalde zin heeft beantwoord, wekt dit het vertrouwen dat dit antwoord in een volgend geval hetzelfde zal luiden. Meer in het algemeen moeten justitiabelen erop kunnen vertrouwen dat de rechter niet de ene dag A en de andere dag B beslist. Met name – maar zeker niet uitsluitend – is dit van belang indien het gaat om de toepassing van rechtsregels die een (materieelrechtelijke of processuele) 'gedragsnorm' inhouden, aangezien men daarop zijn handelen moet kunnen afstemmen.[227]

Nu zou hiertegen kunnen worden ingebracht dat het vertrouwensbeginsel eerst een rol kan gaan spelen als de gebondenheid aan precedenten reeds bestaat, omdat men er pas vanaf dat moment inderdaad (gerechtvaardigd) op mag vertrouwen dat de rechter zich aan precedenten zal houden.[228] In mijn ogen heeft echter *iedere* rechterlijke uitspraak in meerdere of mindere mate als kenmerk dat deze een oordeel inhoudt omtrent hetgeen rechtens geldt, dat afkomstig is van een met staatsmacht beklede instantie (de rechter). Dit is het element dat een rechterlijke uitspraak wezenlijk onderscheidt van de uitspraken van anderen, zoals bijvoorbeeld de doctrine,[229] en dat reeds uit de aard der zaak het vertrouwen wekt dat deze uitspraak ook in latere gevallen in beginsel gevolgd zal worden.[230] Het is met name dit 'institutionele' vertrouwen dat aan iedere rechterlijke uitspraak inherent is en deze een zelfstandige normatieve waarde verleent. Naarmate de rechtspraak meer gevestigd is en/of van de hoogste rechter afkomstig is, spreekt dit vertrouwen nog des te sterker.

Aldus brengt ook het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel een bepaalde binding aan precedenten met zich. Dit betekent echter niet dat het vertrouwen op eerdere rechtspraak *steeds* de doorslag moet geven. Evenals bij het gelijkheidsbeginsel het geval bleek te zijn, zal een beroep op het vertrouwensbeginsel weerlegd kunnen worden door voldoende sterke tegenargumenten.[231]

De algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging – in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, alsmede het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel – wijzen derhalve in de richting van gebondenheid van de rechter aan precedenten. Een onbeperkte binding vermogen zij echter niet te funderen. Dit volgt

---

226 Strikt genomen gaat het hier om twee beginselen, die echter nauw met elkaar samenhangen. Ik behandel beide daarom hier onder dezelfde noemer.

227 Vgl. hierover Drion 1973, p. 61.

228 In deze zin bijv. Struycken & Haazen 1993, p. 136.

229 Vgl. de stelling van Drion 1950, p. 23, dat "niet alleen de facto maar ook de jure een precedent niet op één lijn mag worden gesteld met een uitspraak van welke auteur dan ook."

230 Vgl. in dezelfde zin Franx 1994, p. 5-6; Asser-Scholten 1974, p. 91.

231 Zie daarover § 7.5.2.6, alsmede § 7.5.4.

reeds uit hun karakter als beginselen.[232] Hoe fundamenteel de eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid ook zijn, het zijn bovendien niet de enige, noch de beslissende argumenten ten aanzien van de vraag of de rechter zich aan eerdere uitspraken dient te houden. Tegenkrachten zijn bijvoorbeeld de eis dat de rechter ook in het concrete geval tot een rechtvaardige beslissing dient te komen en de noodzaak van flexibiliteit in het recht. Het recht moet immers kunnen veranderen onder invloed van maatschappelijke of technische ontwikkelingen, de rechtszekerheid ten spijt.[233] Of, zoals het ook wel is uitgedrukt: maximale zekerheid zou maximale verstarring betekenen.[234]

#### *7.5.2.5 Wettelijk kader*

Uit het voorgaande komt het beeld naar voren dat ook in ons recht sprake is van een gebondenheid aan precedenten, in elk geval tot op zekere hoogte. De vraag is nu of dit ook in het wettelijk stelsel past. Een tweetal bepalingen verdient in dit verband specifiek de aandacht aangezien zij vaak zijn aangevoerd tégen het aannemen van binding aan precedenten: art. 12 van de Wet Algemene Bepalingen, alsmede art. 236 (voorheen art. 67) Rv inzake het gezag van gewijsde.

##### *a) Artikel 12 AB*

Volgens art. 12 AB mag de rechter niet 'bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn'. Hieruit werd niet zelden – en wordt soms nog steeds – afgeleid dat rechterlijke uitspraken met een gelding die uitstijgt boven het concrete geval niet zijn toegestaan, zodat van enige (juridische) binding aan precedenten geen sprake kan zijn.[235]

Deze opvatting lijkt echter reeds in historisch perspectief niet juist te zijn. Art. 12 AB gaat terug op art. 5 van de Franse Code Civil. Deze bepaling had tot doel de zgn. *arrêts de règlement*, die de Franse hogere gerechten (de parlementen) in vroeger tijden konden uitvaardigen en waarin zij konden verklaren hoe in de toekomst een bepaalde rechtsvraag zou worden beslist, te verbieden.[236] In ons land heeft een dergelijke bevoegdheid van de gerechten echter

232 Onjuist lijkt mij dan ook de opvatting van Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 35, dat beginselen als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid 'geen beperking toelaten' en dus slechts tot een absolute gebondenheid aan precedenten kunnen leiden.

233 Zelfs in Engeland is men uiteindelijk tot deze conclusie gekomen: niettegenstaande de sterke waarde die aldaar aan de rechtszekerheid wordt gehecht, heeft het House of Lords zich in 1966 de bevoegdheid toegekend op eigen eerdere uitspraken terug te komen (zie § 7.4.4.2).

234 Aldus De Jong 1971, p. 578.

235 Zie bijv. Opzoomer 1884, p. 224-225; Bregstein 1939, p. 7; Van Apeldoorn 1972, p. 130 en recent bijv. nog Brunner 1994, p. 31; Köhne 2000, p. 139.

236 Zie hierover Opzoomer 1884, p. 223; Van Boneval Faure 1893, p. 105; Telders 1938, p. 197; Drion 1950, p. 24; Van Apeldoorn 1972, p. Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 8-9.

nooit bestaan. In zoverre is art. 12 AB dan ook als overbodig te beschouwen, terwijl van een bedoeling van de wetgever met deze bepaling enige precedentwerking van rechterlijke uitspraken te verbieden, geen sprake lijkt te zijn geweest.[237] Verdedigd wordt daarom wel dat art. 12 AB slechts de regel inhoudt dat het *dictum* van de rechterlijke uitspraak slechts het concrete geschil mag betreffen, maar niet eraan in de weg staat dat in de rechtsoverwegingen (het declaratief) van de uitspraak rechtsopvattingen met een meer algemene gelding worden opgenomen.[238]

Tegen deze achtergrond kunnen ook enkele uitspraken van de Hoge Raad worden geplaatst waarin de reikwijdte van de rechterlijke uitspraak aan de orde werd gesteld. Hierin hanteerde de Hoge Raad de volgende bewoordingen:

> "een dergelijke uitspraak geeft slechts rechten aan de partijen die haar hebben verkregen, zij het dat derden kunnen profiteren van het praktische gevolg, gelegen in de verwachting dat de rechter die deze uitspraak heeft gedaan, in volgende soortgelijke zaken in dezelfde zin zal beslissen."[239]

Hoewel dit op het eerste oog wellicht anders voorkomt – de Hoge Raad zegt hier immers met zoveel woorden dat de desbetreffende uitspraak slechts *rechten* geeft aan partijen, terwijl zij voor derden enkel het *praktische gevolg* heeft dat de rechter naar verwachting in een volgende zaak in dezelfde zin zal beslissen – mag uit deze formulering niet worden afgeleid, dat een algemenere werking (ofwel: precedentwerking) van een rechterlijke uitspraak buiten het concrete geval niet mogelijk of niet toegestaan is.

Van groot belang bij de uitleg van deze overweging is namelijk het feit dat het in bovengenoemde gevallen ging om zaken als de onverbindendverklaring of buitenwerkingstelling van een wettelijke regeling, in het kader van een groepsactie. Juist op dit gebied zijn te algemeen geformuleerde dicta niet toelaatbaar: een door de rechter gegeven bevel tot buitenwerkingstelling van een onverbindende wettelijke regeling (dan wel een verbod tot uitvoering van die regeling) kan zich slechts uitstrekken tot de in het geding betrokken partijen.[240] De hier geciteerde overweging ziet dus met name op wat wel de 'executoriale kracht' van de rechterlijke uitspraak wordt genoemd (de

237 Aldus Drion 1950, p. 24 met verdere verwijzingen.

238 Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 10-11. Vgl. in dit verband ook HR 15 januari 1988, *NJ* 1988, 888 m.nt. EAAL, waarin de HR onder meer overweegt: "Kennelijk ten gerieve van anderen die aan de Rb. een zelfde vraag zouden kunnen voorleggen, heeft de Rb. – ten overvloede – tevens kenbaar gemaakt dat de door haar toegepaste maatstaf naar haar oordeel ook voor toepassing in andere gevallen in aanmerking komt. Het uitspreken van een dergelijk oordeel wordt door art. 12 Wet AB – wat er overigens van dit artikel zij – niet verboden."

239 Zie in deze zin: HR 1 juli 1983 (Staat/LSV), *NJ* 1984, 360 m.nt. MS; HR 20 oktober 1995 (Van Asseldonk/Ter Schure), *NJ* 1996, 330 m.nt. EEA en HR 14 juni 2002 (NVV/Staat), *NJ* 2003, 689 m.nt. HJS.

240 Vgl. hierover ook Van Maanen 2000, p. 100-101.

mogelijkheid tot tenuitvoerlegging jegens de wederpartij[241]): alleen de partijen die de uitspraak hebben verkregen kunnen er *in deze zin* rechten aan ontlenen en derden, ook al bevinden zij zich in eenzelfde situatie, niet. Over de vraag of een uitspraak – daarnaast – ook nog (een bepaalde mate van) precedentwerking kan hebben zegt dit echter nog niets.

Behelst art. 12 AB dus geen rechtstreeks verbod op de toekenning van precedentwerking aan rechterlijke uitspraken, wél kan de bepaling gezien worden als een uiting van de machtenscheidingsleer, zoals die in elk geval ten tijde van haar totstandkoming werd opgevat.[242]

Dit onderwerp is in § 3.3.2 reeds besproken. Hierbij bleek dat, voorzover een werkelijke machtenscheiding al ooit heeft bestaan, in de huidige tijd veeleer sprake is van een evenwicht of zelfs een samenwerking tussen de verschillende staatsmachten. In het bijzonder in het burgerlijk (proces)recht is het tegenwoordig zo dat niet alleen de wetgever, maar ook de rechter rechtsvormend kan optreden.[243] De wetgever laat de rechtsvorming in veel gevallen zelfs uitdrukkelijk aan de rechter over.[244] Ook wanneer de betekenis van art. 12 AB wordt gezocht in de idee van scheiding der machten, blijkt deze bepaling dus niet (meer) te kunnen worden beschouwd als een beletsel om binding aan precedenten aan te kunnen nemen.[245]

*b) Gezag van gewijsde*

Ingevolge art. 236 Rv (voorheen art. 67 Rv) hebben beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, in een ander geding tussen dezelfde partijen bindende kracht.[246] Ook deze bepaling werd en wordt wel aangevoerd als argument tegen de mogelijkheid van binding aan precedenten. De redenering is dan dat de rechterlijke uitspraak bindend is tussen de partijen die haar hebben verkregen en dus – *a contrario* – niet voor anderen.[247]

Een eerste argument dat tegen deze opvatting kan worden ingebracht is dat precedentwerking slechts ziet op de in een uitspraak neergelegde oordelen van de rechter omtrent het objectieve recht, terwijl het gezag van gewijsde nu juist *niet* ziet op 'zuivere rechtsbeslissingen'.[248] Precedentwerking en gezag van gewijsde raken elkaar dus niet, zo concludeerde Drion daarom in zijn oratie.[249]

241 Zie Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 121.
242 Aldus ook Opzoomer 1884, p. 224-225; Drion 1950, p. 24; Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 12.
243 Zie § 3.3.2.2.
244 Zie bijv. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 26-27; zie voorts § 3.3.2.2.
245 Aldus ook Drion 1950, p. 25; Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 10-12.
246 Zie hierover Veegens 1972; Beukers 1994; Gras 1994.
247 Zie bijv. Van Apeldoorn 1972, p. 130; Brunner 1994, p. 31.
248 Zie Drion 1950, p. 23; Veegens 1972, p. 33; Beukers 1994, p. 98-99.
249 Drion 1950, p. 23.

Hierbij is overigens de vraag of deze conclusie in alle gevallen zo eenvoudig kan worden getrokken. Er is een tussengroep van (wat in cassatie doorgaans wordt aangeduid als) 'gemengde beslissingen',[250] waarin het gaat om de toepassing van een algemene rechtsregel op de feiten van het concrete geval. Dergelijke beslissingen kunnen *beide* componenten bevatten: zowel de formulering of vaststelling van een rechtsregel als de gevolgtrekking daaruit voor het voorliggende geval. In dat geval kunnen precedentwerking en gezag van gewijsde samenvallen.[251] Theoretisch bezien kan ook hier echter worden onderscheiden tussen het algemene rechtsoordeel, waaraan precedentwerking kan toekomen, en de daaraan verbonden gevolgtrekking voor de concrete rechtsbetrekking van partijen, die gezag van gewijsde kan hebben (al zal de vraag of dit onderscheid inderdaad te maken is mede afhangen van de door de rechter gebruikte formulering). Wel is het hierbij natuurlijk zo dat de precedentwaarde kleiner zal zijn naarmate de toepassing van een regel meer is toegespitst op de bijzonderheden van het concrete geval: de groep gevallen die door de regel wordt bestreken is dan immers (veel) kleiner.[252]

Meer in het algemeen lijkt een beroep op het gezag van gewijsde, als argument tegen precedentbinding, voorbij te zien aan het feit dat aan een rechterlijke uitspraak meerdere verschillende vormen van bindende werking kunnen toekomen. Door Groenendijk zijn in dit verband vier vormen van bindende werking onderscheiden waarin een uitspraak kan resulteren: gezag van gewijsde, bewijskracht, precedentwerking en feitelijke binding.[253] Deze vormen van bindende werking kunnen cumuleren, al zullen zij zich zelden alle vier tegelijkertijd voordoen.

Wat is nu het verschil tussen het gezag van gewijsde en de precedentwerking van een uitspraak? Het gezag van gewijsde ziet op beslissingen aangaande de 'rechtsbetrekking in geschil': de gedeelten van een uitspraak waarin de rechter aan bepaalde feiten bepaalde rechtsgevolgen heeft verbonden.[254] Aan dergelijke beslissingen bestaat, mits ook aan de overige vereisten voor het aannemen van gezag van gewijsde is voldaan,[255] een vrijwel absolute binding, die slechts kan worden doorbroken door het instellen van een buitengewoon

250 Zie hierover ook § 6.3.2.3.

251 Vgl. in dezelfde zin Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 34; Groenendijk 1981, p. 78.

252 Al kan ook van dergelijke beslissingen de strekking nadien weer 'veralgemeend' worden door bijv. bepaalde feitelijke bijzonderheden als niet relevant te beschouwen. Dit is te vergelijken met het proces van vaststelling van de *ratio decidendi* van een uitspraak in Engeland (waarover § 7.4.5.3; zie voorts § 7.5.5).

253 Groenendijk 1981, p. 72-89.

254 Aldus Veegens 1972, p. 32; Groenendijk 1981, p. 74.

255 Ten eerste dient de desbetreffende uitspraak in kracht van gewijsde te zijn gegaan; daarnaast dient de partij die daarbij belang heeft zich in de latere procedure op het gezag van gewijsde te beroepen, aangezien het gezag van gewijsde door de rechter niet ambtshalve wordt toegepast (zie art. 236 Rv).

rechtsmiddel.[256] Gegeven deze sterke binding is de kring van gebonden personen zeer beperkt: het gezag van gewijsde strekt zich in beginsel slechts uit tot partijen en hun rechtsverkrijgers.[257]

Precedentwerking ziet daarentegen op oordelen van de rechter omtrent het (objectieve) recht in algemene zin. Dergelijke rechtsoordelen zijn niet, althans niet per definitie, toegespitst op de verhouding van de procespartijen en lenen zich dan ook voor een ruimere toepassing. Daar staat weer tegenover dat de bindende werking anders, namelijk minder sterk, is. Dit valt te verklaren uit het feit dat gezag van gewijsde en precedentwerking niet dezelfde achtergrond hebben:[258] de ratio van het gezag van gewijsde is met name gelegen in overwegingen van rechtszekerheid en proceseconomie ten aanzien van het concrete geval. De eis dat procedures een einde moeten nemen en dat rechterlijke beslissingen niet eindeloos ter discussie gesteld moeten kunnen worden (ook wel aangeduid met het adagium *lites finiri oportet*[259]), rechtvaardigt de strikte binding van procespartijen aan hetgeen eenmaal door de rechter omtrent hun rechtsbetrekking is beslist. Dit speelt bij de vraag naar precedentwerking echter geen rol: daarbij gaat het vooral om meer algemene overwegingen, gelegen in onder meer de eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Deze argumenten leiden doorgaans echter tot een (veel) minder sterke gebondenheid aan de eerdere uitspraak.[260]

Belangrijk is aldus de constatering dat gezag van gewijsde en precedentwerking te onderscheiden vormen van binding zijn, met een verschillende sterkte en een (in elk geval deels) verschillende objectieve en subjectieve omvang. Zij mogen dan ook niet vereenzelvigd worden. Inderdaad lijkt de zeer sterke binding die het gezag van gewijsde oplevert slechts aanvaardbaar indien het werkelijk gaat om dezelfde vraag die tussen dezelfde partijen opnieuw ter discussie wordt gesteld. Om deze situatie gaat het bij precedentwerking echter nu juist niet.

#### *7.5.2.6 Conclusies*

In deze paragraaf is vanuit verschillende invalshoeken bezien in hoeverre in ons rechtssysteem enige binding aan precedenten wordt erkend. Hieruit komen de volgende grote lijnen naar voren. Hoewel in de literatuur geen sprake lijkt te zijn van één duidelijk 'heersende leer' op het punt van de precedentwerking van rechterlijke uitspraken, valt te constateren dat in het algemeen een verschuiving heeft plaatsgevonden van overwegend 'declaratoire' naar meer

256 Zie Groenendijk 1981, p. 74.
257 Slechts in enkele uitzonderingsgevallen strekt het gezag van gewijsde zich ook tot derden uit, bijv. bij uitspraken m.b.t. de nietigheid of vernietiging van besluiten van rechtspersonen (art. 2:16 BW).
258 Vgl. hierover ook Groenendijk 1981, p. 82.
259 Zie hierover Veegens 1972, p. 18; Beukers 1994, p. 5.
260 Zie ook § 7.5.2.4.

'constitutieve' opvattingen.[261] De rechter wordt thans vrij algemeen gezien als schepper van (soms) nieuw recht en daarbij past de aanvaarding van binding in latere gevallen aan de eenmaal door de rechter gegeven rechtsoordelen, waardoor het werkelijk *regels* met een algemener bereik worden. De rechtspraak geeft een vergelijkbaar beeld te zien, met name ten aanzien van uitspraken van de Hoge Raad (waaraan naar huidige opvattingen een sterke tot zeer sterke binding lijkt toe te komen).

Deze ontwikkeling kan mijns inziens worden onderschreven. Binding aan precedenten – behoudens de mogelijkheid tot afwijking – dient ook in ons recht aanvaard te worden. Over de grondslag van deze binding kan lang gedebatteerd worden: berust de gebondenheid aan precedenten nu op het feit dat de rechter in een uitspraak nieuw recht vormt, op de autoriteit van de hoogste rechter dan wel diens taak ter bewaking van de rechtseenheid, op het gelijkheidsbeginsel of op de eisen van rechtszekerheid? Dit zijn echter weinig vruchtbare debatten, aangezien het niet zo blijkt te zijn dat één van deze punten de vraag naar al of niet gebondenheid kan beslissen. Beter is het daarom, te spreken over *argumenten* die wijzen in de richting van binding aan een eerdere uitspraak. Hoe meer argumenten pleiten vóór binding, hoe sterker deze binding gefundeerd is en hoe sterker dus ook de argumenten voor eventuele afwijking van een precedent zullen moeten zijn.

Een belangrijke kanttekening hierbij is dat een 'absolute' binding aan precedenten in ons rechtssysteem niet wordt aangenomen. Ook dit lijkt mij terecht. Het is noodzakelijk dat op eerdere uitspraken, zelfs indien zij in beginsel als bindend dienen te worden beschouwd, weer kan worden teruggekomen indien daartoe aanleiding bestaat. Dit volgt eigenlijk reeds uit de argumenten die leiden tot het aannemen van gebondenheid aan precedenten: beginselen als het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel hebben geen absolute werking; als wordt aangenomen dat de rechter nieuw recht mag vormen brengt dit met zich dat hij dit recht ook weer zal kunnen wijzigen, terwijl meer in het algemeen uit de rechtsontwikkelingsfunctie van rechtspraak volgt, dat deze rechtsontwikkeling niet per definitie eindigt wanneer de rechter eenmaal een bepaalde kwestie heeft beslist.

Van een werkelijk *'stare decisis'* lijkt in het Nederlandse recht al met al geen sprake te zijn, althans niet in de omschrijving die hiervan door Jessurun d'Oliveira werd gegeven: "doen wat er gezegd is en omdat het gezegd is".[262] Het enkele feit dat een eerdere uitspraak er is, vormt nog niet een voldoende voorwaarde voor gebondenheid van de rechter aan die eerdere uitspraak. Wel levert dit een zelfstandig argument om die uitspraak te volgen, doch dit kan weer ontkracht worden door (voldoende zwaarwegende) tegenargumenten. Wij kennen daarmee een veel flexibeler vorm van precedentwerking dan bijvoorbeeld in het Engelse recht bestaat. In Engelse termen zou dit ook aldus

261 Zie daarover ook § 7.3.
262 Jessurun d'Oliveira 1999a, p. 141.

kunnen worden omschreven dat wij slechts *'persuasive precedents'* kennen en geen *'binding precedents'*.[263] De vraag hoe deze precedentwerking van rechterlijke uitspraken er in concreto uit dient te zien is met dit alles overigens nog niet beantwoord; daaraan zijn de volgende paragrafen gewijd.

### 7.5.3 Wie is aan wiens uitspraken gebonden?

Nu kan worden aangenomen dat ook in ons recht in elk geval een zekere mate van binding moet worden toegekend aan precedenten, is een eerste vraag die nadere uitwerking behoeft de vraag aan de uitspraken van *welke rechters* deze precedentwerking toekomt. In dit verband kan immers onderscheid gemaakt worden tussen binding van rechters aan hun eigen uitspraken, binding aan de uitspraken van hogere rechters en binding aan de uitspraken van andere rechters op hetzelfde hiërarchische niveau.[264]

Na hetgeen in de voorgaande paragrafen al is besproken kan ik hierover vrij kort zijn. Uit de literatuur en rechtspraak laat zich afleiden dat precedenten van de Hoge Raad de sterkste (hoewel zeker niet onbeperkte) binding opleveren, zowel voor de Hoge Raad zélf als voor de lagere rechters. Deze constatering strookt met het feit dat in dat geval ook de meeste argumenten vóór gebondenheid zijn aan te voeren: de eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, de bijzondere taak van de Hoge Raad op het gebied van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, alsmede het feit dat de Hoge Raad afwijkingen door de lagere rechters desgewenst kan redresseren, dit alles pleit bij uitstek voor binding[265] aan de uitspraken van de hoogste rechter.[266]

Hoewel uit de rechtspraak niet duidelijk blijkt van gebondenheid van de rechters in eerste aanleg aan de uitspraken van appèlrechters, kan verdedigd worden dat deze verhouding naar analogie met het voorgaande kan worden ingevuld.[267] Ook hier geldt immers – naast de algemene argumenten voor binding aan precedenten, die met name te ontlenen zijn aan de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging – het 'autoriteitsargument' dat uitspraken van de rechter in eerste aanleg door de appèlrechter kunnen worden vernietigd. Wel zal deze binding minder sterk zijn omdat zij slechts geldt ten

263 Zie over het onderscheid tussen beide vormen § 7.4.6.
264 Zie § 7.2.
265 Behoudens, als gezegd, eventuele mogelijkheden tot afwijking (waarover hierna § 7.5.4).
266 Dit kan uiteraard ook een supranationale rechter zijn als het HvJ EG of het EHRM. Deze situatie blijft hier verder buiten beschouwing, al zal alsdan mutatis mutandis hetzelfde hebben te gelden.
267 In gelijke zin Snijders 1995, p. 30.

aanzien van de uitspraken van de 'eigen' appèlrechter, terwijl bovendien veelal de Hoge Raad nog anders zal kunnen oordelen.[268]

De vraag ten slotte of lagere rechters van gelijke rang onderling aan elkaars uitspraken gebonden (kunnen) zijn, levert de nodige problemen op. Zoals bleek in § 7.5.2.2 is in elk geval uit de praktijk van de rechtspraak niet af te leiden dat op dit niveau enige onderlinge precedentbinding zou bestaan.[269] Ook in de literatuur heeft deze vorm van gebondenheid slechts zeer sporadisch de aandacht gekregen. Uitzondering vormt de door Kottenhagen ontwikkelde theorie,[270] volgens welke theorie *iedere* rechterlijke uitspraak in gelijke mate een kenbron vormt waaruit het objectieve recht kan worden geput. De positie in de gerechtelijke hiërarchie van de rechter van wie een precedent afkomstig is, is in zijn visie niet van invloed op de binding daaraan: een uitspraak van een kantonrechter schept evenzeer een vermoeden van juistheid (en leidt daarmee tot eenzelfde 'voorwaardelijke gebondenheid' voor andere rechters) als een uitspraak van de Hoge Raad.[271]

De vraag is echter of deze opvatting geheel overeenstemt met de realiteit. Wanneer een en ander verder wordt doorgeredeneerd, zou de consequentie immers zijn dat de Hoge Raad (al is het dan ook voorwaardelijk) gebonden moet worden geacht aan bijvoorbeeld een uitspraak van de kantonrechter te Terneuzen waarin deze van een eerder arrest van de Hoge Raad is afgeweken.[272] Naar mijn idee moet de gebondenheid aan precedenten niet zozeer worden gezocht in de betekenis van een precedent als 'kenbron' van recht, maar wordt deze bovenal bepaald door factoren die, nog los van de inhoudelijke overtuigingskracht van de uitspraak, daaraan een bepaalde normatieve waarde verlenen. Ik doel hiermee op de reeds besproken argumenten die ontleend kunnen worden aan de functies van rechtspraak, de 'autoriteit' van een hogere (en met name de hoogste) rechter, alsmede aan de eisen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.[273]

---

268 Vgl. Drion 1950, p. 34 die eveneens van oordeel is dat het 'gezag' van dergelijke uitspraken zeker kleiner is dan dat van de uitspraken van de hoogste rechter. Anders Brunner 1994, p. 37, die meent dat de precedentwerking van rechterlijke uitspraken beperkt is tot de uitspraken van de Hoge Raad.

269 In Engeland doet zich op het eerste gezicht eenzelfde situatie voor. Binding van de rechters in eerste aanleg aan elkaars uitspraken wordt aldaar immers niet aangenomen; het volgen van dergelijke precedenten wordt slechts beschouwd als een kwestie van *'judicial comity'* (zie § 7.4.3.4). Bedacht moet hierbij echter worden dat in het Engelse recht de uitdrukking *'binding precedent'* in een engere betekenis wordt gebruikt: daaronder zijn slechts te verstaan die uitspraken waaraan een latere rechter in absolute zin gebonden is. Hoewel de uitspraken van lagere rechters voor andere lagere rechters niet in deze zin als bindend gelden, vormen zij wél *'persuasive authorities'*, waarvan niet zonder goede reden zal worden afgeweken (zie § 7.4.3.4).

270 Zie Kottenhagen 1986, p. 184-189; zie hierover ook § 7.5.2.1.

271 Kottenhagen 1986, p. 186.

272 Zie bijv. de kritiek op dit punt van Vranken in zijn bespreking van de dissertatie van Kottenhagen in *NJB* 1988, p. 1162; vgl. ook Snijders 1995, p. 20.

273 Zie § 7.5.2.3 en § 7.5.2.4.

Wanneer nu wordt geanalyseerd welke van deze argumenten ook in de verhouding van lagere rechters onderling een rol spelen, blijkt het volgende. Het 'autoriteitsargument' dat aanwezig is in de verhouding tussen hogere en lagere rechters ontbreekt hier, nu rechters van gelijke hiërarchische rang uiteraard niet de mogelijkheid hebben elkaars uitspraken te vernietigen. Ook de rechtseenheidsfunctie van de rechtspraak is op dit niveau veel minder prominent aanwezig, terwijl de rechtsontwikkelingsfunctie hier eerder tegen dan voor gebondenheid aan precedenten pleit.[274] Resteren slechts de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging – met name het gelijkheidsbeginsel – als basis voor een zekere onderlinge gebondenheid. De formulering die de Hoge Raad in het arrest Druijff/Bouw heeft gehanteerd inzake de betekenis van rechterlijke uitspraken bij de begroting van smartengeld,[275] lijkt overigens te suggereren dat het gelijkheidsbeginsel hier inderdaad een rol kan spelen. Dit zal echter niet leiden tot een al te sterke vorm van binding. In § 8.4.2 kom ik hierop terug.

De slotsom van dit alles kan zijn, dat de gebondenheid aan precedenten thans primair verloopt langs hiërarchische (verticale) lijnen. Hoewel op horizontaal niveau een zekere gebondenheid wellicht op theoretische gronden zou kunnen worden aangenomen, lijkt deze in de praktijk vooralsnog niet of nauwelijks tot ontwikkeling gekomen.

### 7.5.4 Afwijking van precedenten

De binding aan precedenten doet zich pas werkelijk gelden wanneer een rechter anders zou willen beslissen dan uit een precedent zou volgen. Wanneer de rechter het inhoudelijk met een eerdere uitspraak eens is zal hij deze zonder meer volgen, ook al was hij daaraan wellicht niet gebonden.[276] Belangrijk is derhalve de vraag wanneer deze binding *niet* (meer) bestaat: wanneer mag de rechter afwijken van precedenten waaraan hij in beginsel gebonden is te achten?

In § 7.5.2.6 werd al geconcludeerd dat de binding aan precedenten zoals die ten onzent wordt aangenomen niet zó strikt is als in Engeland, waar het alleen de hoogste rechter toegestaan is van eerdere uitspraken (van hemzelf of van lagere rechters) af te wijken.[277] Naar Nederlands recht kan echter

274 Zie § 7.5.2.3.
275 Zie HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB, waarover ook § 7.5.2.3.
276 Vgl. in dezelfde zin Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 50.
277 Zie daarover § 7.4.4.2.

slechts worden gesproken van een 'voorwaardelijke' of 'in beginsel' binding aan precedenten: binding behoudens mogelijkheden tot afwijking.[278]

Hiermee rijst de vraag in welke gevallen of onder welke voorwaarden nu precies mag worden afgeweken van een eerdere uitspraak, waaraan de rechter in beginsel gebonden was te achten. Herhaald zij hier overigens dat met 'afwijken' in dit verband gedoeld wordt op hetgeen in het Engelse recht wordt aangeduid als de *'overruling'* van een precedent: het terugkomen op de in een eerdere uitspraak neergelegde rechtsregel, waardoor deze haar gelding verliest.[279] Daarnaast bestaat de mogelijkheid van *'distinguishing'*: de nadere precisering van de reikwijdte van een precedentnorm door bijvoorbeeld meer of minder feitelijke omstandigheden van het geval als relevant te beschouwen.[280] Deze variant blijft in het navolgende echter buiten beschouwing.

Een exacte omschrijving van de gevallen waarin naar huidige rechtsopvatting van eerdere rechtspraak mag worden afgeweken laat zich uit literatuur en rechtspraak niet goed afleiden.[281] Wel kan een aantal algemene uitgangspunten worden geformuleerd met betrekking tot de vraag wanneer de rechter van een precedent zal mogen afwijken.

De belangrijkste grond voor afwijking lijkt gevonden te kunnen worden in wijzigingen in de maatschappelijke opvattingen of omstandigheden, die zich sedert de eerdere uitspraak hebben voorgedaan.[282] Ontwikkelingen in de maatschappij staan immers niet stil; het recht (ook het door de rechter gevormde recht) moet daarin kunnen meegaan. Ook andere ontwikkelingen, bijvoorbeeld in de literatuur, in de rechtspraak van rechters op andere rechtsgebieden[283] of in (al dan niet reeds in werking getreden) wetgeving – veelal samengevat onder de algemene noemer 'de rechtsontwikkeling'[284] – kunnen in voorkomend geval een voldoende grond voor afwijking opleveren. Zo kwam de Hoge Raad in het arrest De Rooy/De Rooy[285] terug op zijn in een arrest uit 1940 neergelegde uitleg van het begrip 'schuld van het schip' (art. 8:544

278 Hoewel sommigen het niet zinvol achten van binding aan een precedent te spreken wanneer afwijking tot de mogelijkheden behoort (zie bijv. Haazen 2001, p. 319-323), lijkt mij een dergelijk taalgebruik geen probleem. Het gaat immers om wat als de 'normale' situatie wordt beschouwd (het volgen van bepaalde eerdere uitspraken) en wat als de uitzondering (afwijking daarvan). Vgl. voorts § 1.4.

279 Zie § 7.4.4.2.

280 Zie § 7.4.4.3.

281 Aldus ook Snijders 1995, p. 31.

282 Aldus Haak 2002, p. 59; Snijders 1995, p. 32; Asser-Vranken 1995, nr. 189; Struycken & Haazen 1993, p. 114-115; Kottenhagen 1986, p. 254-256; Jessurun d'Oliveira 1973a, p. 63; Drion 1950, p. 35. Ook in Engeland geldt dit overigens als een van de belangrijkste redenen voor overruling van een eerdere uitspraak (zie § 7.4.4.3).

283 Zie voor een voorbeeld HR 25 oktober 2002 (Verhoeven/Lammers), *NJ* 2003, 171 m.nt. MS, waarin de HR terugkomt van zijn in het arrest van 15 december 2000, *NJ* 2001, 318 ingenomen standpunt m.b.t. de formele rechtskracht van een niet-tijdig door een bestuursorgaan genomen besluit, dit naar aanleiding van ABRvS 21 november 2001, *AB* 2002, 183.

284 Zie hierover ook Struycken & Haazen 1993, p. 114.

285 HR 30 november 2001, *NJ* 2002, 143 m.nt. K.F. Haak.

en art. 8:1005 BW), zulks naar aanleiding van de invoering van Boek 8 BW en de huidige opvattingen in de Nederlandse en buitenlandse literatuur.

Enkel tijdsverloop is overigens niet beslissend voor de vraag of van een precedent mag worden afgeweken. Hoewel in het algemeen bij oudere uitspraken de kans groter is dat zich sedertdien relevante wijzigingen van omstandigheden hebben voorgedaan, komt het desondanks zowel voor dat aan 'antieke' uitspraken wordt vastgehouden[286] als dat op (zeer) recente uitspraken wordt teruggekomen.[287] Een oudere uitspraak is derhalve nog niet per definitie een verouderde uitspraak; andersom is ook een recente uitspraak niet zonder meer immuun voor *'overruling'*.

Kritiek in de literatuur en de (lagere) rechtspraak kan eveneens reden zijn om op een eerdere uitspraak terug te komen.[288] Deze kritiek kan haar grond vinden in een wijziging van de maatschappelijke opvattingen of omstandigheden, hetgeen zojuist al werd genoemd als afzonderlijke grond voor afwijking. Zij kan daarnaast bijvoorbeeld zijn ingegeven door het feit dat de eerdere uitspraak leidt tot ongewenste of onrechtvaardige resultaten, of niet met het geldende systeem te verenigen is.

De rechter zal mijns inziens evenwel niet mogen afwijken louter op grond van het feit dat een andere oplossing thans (iets) beter wordt geacht. Bedacht moet immers worden dat de gebondenheid aan een precedent niet alleen wordt bepaald door de eventuele inhoudelijke kwaliteit daarvan, maar daarnaast berust op argumenten te ontlenen aan de rechtseenheid, de rechtsgelijkheid, de rechtszekerheid en het vertrouwen in de rechtspraak.[289] Deze argumenten leggen steeds een zelfstandig gewicht in de schaal als het gaat om de vraag of aan een precedent nog moet worden vastgehouden.[290] Gelet daarop meen

286 Zie bijv. HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 747, waarin de HR onder meer overweegt dat er 'geen reden is thans anders te oordelen' dan in het arrest van 30 november 1891, *W.* 6118.

287 Zie voor een voorbeeld HR 14 april 2000 (Aapeha/Gem. Tilburg), *NJ* 2000, 626 m.nt. MS, waarin de HR reeds na drie jaar terugkwam op zijn arrest van 28 februari 1997 (Gem. Udenhout), *NJ* 1997, 307.

288 Zie bijv. HR 14 maart 2003 (Hovuma/Spreeuwenberg), *NJ* 2003, 327 m.nt. Ma, waarin de HR terugkwam van zijn eerdere rechtspraak dat een commanditaire vennootschap met één beherend vennoot geen afgescheiden vermogen kent, dit met name vanwege het feit dat deze opvatting in de literatuur 'algemeen bestreden' was. Zie voorts HR 16 oktober 1992 (Van Gent/Wijnands), *NJ* 1993, 167 m.nt. PAS: "In afwijking van hetgeen is beslist in het arrest van 16 juni 1960 – welke beslissing (-) van meet af aan in de doctrine kritiek heeft ondervonden en in de lagere rechtspraak veelvuldig niet wordt gevolgd – moet thans worden aangenomen dat een huurder die onrechtmatig overlast bezorgt aan omwonenden, tevens te kort schiet in de nakoming van een verbintenis jegens de verhuurder"; zie voor meer voorbeelden Franx 1994, p. 11.

289 Zie § 7.5.2.3 en § 7.5.2.4.

290 Vgl. Drion 1950, p. 32 ("iedere afwijking van precedenten is in het algemeen een inbreuk op de rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid") alsmede Franx 1994, p. 5-6 ("het enkele feit dat de hoogste rechter heeft gesproken verschaft *altijd* enige grond voor het vertrouwen dat hij bij de door hem verkondigde leer zal persisteren"). Vgl. voorts HR 28 november 1986 (Raad voor de Kinderbescherming/Milutinovic), *NJ* 1987, 380 m.nt. WHL,

ik dat het enkele feit dat een eerdere uitspraak niet (meer) helemaal ideaal wordt geacht niet voldoende kan zijn voor afwijking;[291] daartoe is vereist dat vasthouden aan het precedent, in het licht van de huidige omstandigheden, *onaanvaardbaar* is.[292]

Op gebieden waar de rechtszekerheid in het bijzonder van belang is zal (nog) minder spoedig, of soms zelfs helemaal, niet van een precedent kunnen worden afgeweken. Een typisch voorbeeld hiervan vormen faillissementssituaties.[293] Een ander voorbeeld biedt het Bierbrouwerij-arrest, waarin de Hoge Raad (onder het oude recht) de mogelijkheid van een eigendomsoverdracht tot zekerheid aanvaardde.[294] Gezien de contracten en financieringen die op basis van deze rechtspraak waren aangegaan, zou het ondenkbaar zijn geweest dat de Hoge Raad op deze uitspraak was teruggekomen.[295] Ook wanneer het onderwerp van de in een precedent neergelegde rechtsregel betrekkelijk neutraal is (zoals met name bij veel procesrechtelijke 'ordeningsregels' het geval is) zal niet snel grond bestaan voor afwijking.[296] Het gaat in dergelijke gevallen immers veeleer om het feit dát er een regel is, dan om de inhoud van die regel. De rechtszekerheid speelt dan eveneens een bijzondere rol in het voordeel van de eerdere rechtspraak.[297] Van gewijzigde maatschappelijke opvattingen ter zake zal bovendien niet snel sprake zijn, aangezien omtrent dit type regels doorgaans überhaupt geen opvattingen leven in de maatschappij.

De eerder genoemde argumenten die vóór afwijking van een precedent kunnen worden aangevoerd, zullen steeds moeten worden afgewogen tegen de argumenten die juist tegen afwijking pleiten, welke meestal gelegen zullen zijn in overwegingen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen, in het bijzonder indien door afwijking nadeel

---

waarin de HR vasthoudt aan zijn in een arrest uit 1933 gegeven uitleg van art. 56 Rv (oud), met als motivering "Een andere opvatting van deze bepaling ware denkbaar geweest, maar de HR ziet onvoldoende grond om af te wijken van de uitleg die hij in vermeld arrest heeft gekozen."

291 In dezelfde zin Adams 2002, p. 51; Drion 1950, p. 32.

292 Aldus ook Snijders 1995, p. 19.

293 Vgl. HR 6 december 2002 (Punte/ISA), *NJ* 2003, 140 m.nt. PvS waarin de HR om deze reden vasthield aan hetgeen, op grond van het arrest van 16 februari 1928, *NJ* 1928, 887, in literatuur en rechtspraktijk was aangenomen omtrent de geldigheid van een door de curator gedane opzegging van een arbeidsovereenkomst, indien later het faillissement wordt vernietigd.

294 HR 25 januari 1929, *NJ* 1929, 616.

295 Aldus Drion 1950, p. 39; in dezelfde zin De Jong 1971, p. 579; Asser-Scholten 1974, p. 92. Overigens kan ook verdedigd worden dat in een dergelijk geval de uitspraak heeft geleid tot het ontstaan van *gewoonterecht*, waaraan de rechter zonder meer gebonden is, tenzij het gewoonterecht zélf verandert; zie daarover § 8.4.2.1.

296 Vgl. Asser-Scholten 1974, p. 91; Bregstein 1939, p. 9.

297 Dit geldt te meer nu het hierbij veelal om zogeheten 'gedragsnormen' gaat, waarop de deelnemers aan het proces hun gedragingen afstemmen (vgl. hierover Drion 1973, p. 56-57). Vgl. ook hetgeen aan het slot van § 6.2.2.2 is opgemerkt m.b.t. de mogelijkheid tot afwijking van rechtersregelingen die recht in de zin van art. 79 RO vormen.

zou ontstaan voor een partij die op de eerdere rechtspraak heeft vertrouwd.[298] Dit vertrouwen zal sterker zijn naarmate de rechtspraak meer gevestigd is en/of van de hoogste rechter afkomstig is. Welk gewicht in een concreet geval aan deze tegengestelde argumenten moet worden toegekend, valt hierbij overigens niet in algemene zin aan te geven.

Kan de rechter aldus in bepaalde gevallen afwijken van een eerdere uitspraak waaraan hij in beginsel gebonden was te achten, daarbij kan wél verlangd worden dat hij deze afwijking afdoende motiveert.[299] Welke eisen aan deze motivering zijn te stellen laat zich moeilijk exact definiëren.[300] Waar het vooral om gaat is dat, in geval van afwijking, de argumenten vóór het vasthouden aan de eerdere rechtspraak (welke, als gezegd, met name te ontlenen zijn aan de eisen van rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid) afdoende worden weerlegd. Naarmate deze laatste argumenten sterker zijn (zoals bijvoorbeeld bij 'standaardarresten' van de Hoge Raad het geval zal zijn), zal deze weerlegging minder eenvoudig worden.

### 7.5.5 Wat bindt?

Een vraag die tot slot de aandacht behoeft is aan welke onderdelen van een eerdere uitspraak een latere rechter precies gebonden kan zijn. In navolging van hetgeen in het Engelse recht wordt aangenomen,[301] kan het antwoord hierop zijn dat de binding aan een precedent ziet op de oordelen van de rechter omtrent het objectieve recht die daarin zijn neergelegd.[302] Deze omschrijving dient ruim te worden opgevat: het kan hierbij gaan om een (volledi-

298 Dit laatste kan overigens soms aanleiding zijn de desbetreffende partij enigszins tegemoet te komen. Zo kreeg in HR 29 oktober 1982 (Lobo/Nederlandse Credietbank), *NJ* 1983, 196 m.nt. BW de faillietverklaarde partij Lobo, die op grond van vroegere rechtspraak van de HR ervan uit mocht gaan dat voor haar geen verzet openstond tegen de in appèl uitgesproken faillietverklaring, alsnog de gelegenheid in verzet te komen tegen de uitspraak van het Hof, nadat de HR zijn eerdere rechtspraak had verlaten.

299 Dit wordt in de literatuur thans algemeen aangenomen; zie onder meer Asser-Vranken 1995, nr. 190, Snijders 1995, p. 33; Franx 1994, p. 15; Kottenhagen 1986, p. 296-300.

300 Al geeft Kottenhagen 1986, p. 297-299, wel een opsomming van eisen waaraan de motivering van de rechter dient te voldoen; ook deze eisen zijn echter nog vrij algemeen geformuleerd. Zie ook § 8.3.5.4.

301 Naar Engels recht kan immers slechts een *'proposition of law'* deel uitmaken van de (de rechter bindende) *ratio decidendi* van een uitspraak (zie § 7.5.4.1).

302 Vgl. ook de door Groenendijk 1981, p. 88 gegeven omschrijving. Andere aanduidingen die men in de (Nederlandse) literatuur tegenkomt zijn bijv. 'Fallnorm' (Kottenhagen 1988, p. 382, ontleend aan Fikentscher 1980, p. 167-168) en 'precedentnorm' (Snijders 1995, p. 27). Hiermee wordt m.i. min of meer hetzelfde bedoeld, nl. de uit een precedent af te leiden *rechtsregel*. Aangezien het daarbij echter niet behoeft te gaan om een rechtsregel in de gebruikelijke vorm ('als omstandigheden a, b en c zich voordoen, dan treedt rechtsgevolg d in'), gebruik ik in het navolgende de ruimere omschrijving rechtsoordeel (dan wel rechtsopvatting of rechtsbeslissing).

ge) rechtsregel die in een uitspraak wordt geformuleerd,[303] maar ook anderszins om een rechtsopvatting, rechtsoordeel of rechtsbeslissing. Bij dit laatste kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de uitspraken waarin de Hoge Raad een aantal factoren heeft opgesomd die de rechter in acht dient te nemen bij de begroting van smartengeld,[304] of aan de beslissing dat de feitenrechter, hoewel het in beginsel aan zijn beleid is overgelaten of hij op de voet van art. 279 Rv belanghebbenden in een verzoekschriftprocedure zal doen oproepen, daarbij wel de eisen van een behoorlijke rechtspleging in acht dient te nemen.[305] Hoewel in beide voorbeelden geen rechtsregel in de gebruikelijke vorm[306] is geformuleerd, is daarin wel – en daar gaat het om – door de rechter een normatief oordeel gegeven omtrent hetgeen rechtens geldt: in het eerste voorbeeld een opsomming van de in acht te nemen factoren, in het tweede geval een grens aan de beslissingsruimte van de rechter.[307] Een dergelijk rechtsoordeel leent zich in elk geval theoretisch bezien voor toepassing in latere gevallen – ofwel: precedentwerking – aangezien een algemene gelding een wezenlijk kenmerk is van alle recht.[308]

Het voorgaande impliceert reeds, dat de binding aan een precedent slechts ziet op de daarin *in algemene zin* gegeven rechtsoordelen, rechtsopvattingen of rechtsbeslissingen. Dit vormt een belangrijk punt van verschil tussen precedentwerking en gezag van gewijsde: deze laatste vorm van bindende werking van een uitspraak ziet immers juist niet op de algemene oordelen omtrent het recht, maar op de concrete toepassing daarvan op, en de gevolgtrekkingen daaruit voor de rechtsverhouding van partijen.[309] Voorts kan slechts sprake zijn van precedentwerking ten aanzien van oordelen omtrent het objectieve *recht*. De vaststelling van feiten valt hier bijvoorbeeld buiten. Hetzelfde geldt mijns inziens voor zaken als de vaststelling van de lengte van een termijn, de hoogte van een dwangsom en dergelijke. De reden hiervoor is dat de rechter in dergelijke gevallen beschikt over 'beleidsruimte': hij kan, binnen de door

303 Zoals bijvoorbeeld de zgn. 'omkeringsregel': 'indien door een als wanprestatie of onrechtmatige daad aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en 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' (aldus HR 29 november 2002 (TFS/NS), *NJ* 2004, 304 m.nt. DA onder *NJ* 2004, 305).

304 HR 8 juli 1992 (AMC/O.), *NJ* 1992, 714 en HR 17 november 2000 (Druijff/B.C.E. Bouw), *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB.

305 HR 10 september 1993 (Moolenbeek/Alcatel), *NJ* 1993, 777 m.nt. PAS.

306 Vgl. hiervóór noot 302.

307 Zie over rechterlijke beslissingsruimte uitgebreider § 4.4.2.

308 Vgl. Borgers e.a. 2000, p. 2031 en Hesselink 2000, p. 2040; Drion 1973, p. 52. Vgl. ook de in § 7.5.2.4 besproken opvatting van Scholten.

309 Zie § 7.5.2.5 onder b. Opgemerkt zij overigens, dat het mede zal afhangen van de in een uitspraak gehanteerde formulering of inderdaad onderscheid gemaakt kan worden tussen de daarin neergelegde algemene rechtsregel en de toepassing daarvan op het concrete geval.

het recht gestelde grenzen, kiezen uit *meerdere* rechtens juiste mogelijkheden.[310] Anders dan een rechtsoordeel leent deze keuze zich dan ook niet (althans niet op dezelfde wijze) voor een verplichte toepassing (binding) in latere gevallen.[311] De essentie van dergelijke vormen van beleidsruimte is immers juist dat de rechter meerdere kanten op kan en dat de keuze voor mogelijkheid A nog niet een uitsluiting van de mogelijkheden B of C oplevert.[312] In § 8.2.3 ga ik op deze kwestie nader in.

In het Engelse precedentenstelsel bleek de rechter slechts gebonden te zijn aan die rechtsopvattingen die tot de 'ratio decidendi' van een uitspraak behoren, dat wil zeggen de rechtsopvattingen die *noodzakelijk* waren voor de uiteindelijke beslissing. Aan andere rechtsoordelen die in een precedent neergelegd kunnen zijn (de zgn. obiter dicta) is een latere rechter niet gebonden.[313] De vraag kan daarom gesteld worden of ook voor ons recht een dergelijke beperking moet worden aangenomen.

Bedacht zij hierbij in de eerste plaats dat de beperking van precedentbinding tot de ratio decidendi in het Engelse recht waarschijnlijk (mede) is ingegeven door de wens om niet te spoedig de zeer strikte binding te creëren die een precedent daar doorgaans heeft.[314] Aangezien in Engeland de rechter veelal in het geheel niet van een precedent mag afwijken, zal een latere rechter die aan een minder gelukkig precedent wenst te ontkomen, dit moeten doen via de afbakening van de ratio decidendi van de eerdere uitspraak. Door bijvoorbeeld te oordelen dat de daarin neergelegde rechtsregel, achteraf bezien, toch niet noodzakelijk was voor de destijds gegeven beslissing (dus 'ten overvloede' was gegeven), dan wel dat bepaalde feiten die zich in het latere geval niet voordoen tot de ratio decidendi behoren, kan het resultaat bereikt worden dat het precedent niet gevolgd behoeft te worden.[315] Dergelijke omwegen zijn bij ons echter niet nodig nu de rechter, mits hij hiervoor een ade-

310 Zie over de beleidsruimte van de rechter uitgebreider § 4.4.2.3.

311 Ook in Engeland wordt overigens wel aangenomen dat beslissingen waarbij de rechter gebruik heeft gemaakt van zijn *'discretion'*, niet zonder meer als precedent kunnen gelden (zie § 7.5.4.1).

312 Dit kan echter wél het geval zijn indien die keuze is neergelegd *in een rechtersregeling* (zie over deze mogelijkheid hoofdstuk 4, in het bijzonder § 4.4.5). Belangrijk verschil met de hierboven omschreven situatie (invulling van beleidsruimte door de beslissing van één enkele rechter) is echter dat een rechtersregeling waarin een bepaalde vorm van beleidsruimte wordt ingevuld, moet berusten op zelfbinding door de betrokken rechters *gezamenlijk* (zie hierover § 4.4.4.4).

313 Althans niet in de strikte betekenis die in Engeland wordt toegekend aan de term *'binding precedent'*. Obiter dicta vormen evenwel *'persuasive authorities'*, waaraan voor latere gevallen wel degelijk een bepaalde (meer of minder grote) betekenis toekomt; zie § 7.4.6.

314 Zie § 7.4.5.4.

315 Zie § 7.4.5.3.

quate onderbouwing verschaft, ook openlijk van een eerdere uitspraak zal mogen afwijken.[316]

Iets geheel anders is dat het uiteraard wél noodzakelijk is, vast te stellen wat nu precies in de eerdere uitspraak is beslist. Zo is bijvoorbeeld de vraag van belang in hoeverre de feiten van het eerdere geval noodzakelijke elementen vormen van de rechtsopvatting of de rechtsregel die men uit de uitspraak mag afleiden. Als voorbeeld hiervan moge de zaak Interpolis/Obragas[317] dienen, waarin het ging om de vraag wat een met gaslevering belast openbaar nutsbedrijf dient te doen, als daar een klacht binnenkomt over een onverklaarbare gaslucht. De Hoge Raad formuleerde voor deze situatie de volgende regel:

> "In een dergelijk geval kan van het nutsbedrijf worden geëist dat het adequaat op deze klacht reageert door naar aanleiding van die klacht een onderzoek in te stellen en zo nodig, afhankelijk van de uitkomst daarvan, de noodzakelijke en mogelijke maatregelen te treffen.
> Onder adequate reactie moet in een geval als het onderhavige, waarin het gaat om klachten die duiden op lekkage in een leiding waardoor explosief gas wordt vervoerd, en om een situatie waarin als gevolg van die lekkage niet slechts het gevaar van aanzienlijke materiële schade (-) maar ook gevaar voor mensenlevens is te duchten, het volgende worden verstaan. De leverancier dient snel te reageren, voldoende terzake kundig personeel te sturen en dit personeel van voldoende informatie omtrent de ter plaatse en eventueel in de onmiddellijke nabijheid gelegen dienstleidingen te voorzien, althans hen in staat te stellen, wanneer de situatie dat nodig maakt, die informatie ter plaatse te ontvangen. Nu de klager in de regel niet deskundig is, dient het personeel naar aanleiding van de klacht zelfstandig een onderzoek in te stellen; of het daarbij kan volstaan met een onderzoek op de door klager aangewezen plaatsen, hangt onder meer af van de ter plaatse aangetroffen situatie. Indien een mogelijke oorzaak van lekkage is opgespoord en weggenomen, dient het nutsbedrijf zelfstandig te onderzoeken of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat met de uitgevoerde reparatie de klachten verholpen zijn. (-)"

Overigens gaat het mij hier niet zozeer om de inhoud van deze regel, als wel om het feit dat hier sprake is van een wel zeer ver geconcretiseerde invulling van hetgeen 'volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' (art. 6:162 BW). De vraag is nu of alle genoemde omstandigheden werkelijk onderdeel van deze (sub)regel vormen. Geldt zij bijvoorbeeld slechts voor openbare nutsbedrijven of ook voor eventuele private gasleveranciers? Het laatste lijkt zonder meer aannemelijk, zodat dit feit klaarblijkelijk geen deel uitmaakt van de uit de uitspraak af te leiden rechtsregel. Voorts kan men zich afvragen of de hier geformuleerde eisen ook gelden voor andere gevallen van lekkages, bijvoorbeeld aan een waterleiding. Aangezien de Hoge Raad hier expliciet wijst op het feit dat in casu niet slechts gevaar voor materiële

316 Zie § 7.5.4.
317 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 428.

schade, maar ook voor mensenlevens was te duchten, lijkt dit niet waarschijnlijk. De omstandigheid dat het ging om een gaslek vormt dus wél een essentieel element van de regel.

Aldus dient, wil men uit een uitspraak een rechtsregel kunnen afleiden waaraan precedentwerking kan toekomen, steeds te worden vastgesteld wat precies de reikwijdte van die regel is, anders gezegd: op welke (groepen van) gevallen zij van toepassing is.[318] In zoverre kan, ook bij ons, zeer wel sprake zijn van een proces dat vergelijkbaar is met de vaststelling van de ratio decidendi. Een toets of de uit een precedent af te leiden rechtsregel ook 'noodzakelijk' was voor de uiteindelijke beslissing – een toets die in Engeland in dit kader wordt aangelegd[319] – dient mijns inziens echter niet te worden overgenomen.[320]

De voornaamste reden hiervoor is gelegen in het feit dat van de argumenten die vóór precedentwerking kunnen worden aangevoerd,[321] in elk geval de rechtseenheids- en rechtsontwikkelingsfunctie van de rechtspraak (in het bijzonder de cassatierechtspraak), alsmede het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel evenzeer een rol spelen wanneer het gaat om een obiter dictum.[322] Sterker nog: juist wanneer de Hoge Raad 'in verband met de in rechtspraak en literatuur bestaande onzekerheid' ten overvloede op een bepaalde rechtsvraag ingaat,[323] kan worden aangenomen dat het daarbij om een weloverwogen beslissing gaat waaraan de Hoge Raad, alleen al ter wille van de rechtszekerheid, in de toekomst zal vasthouden.[324] Ook wanneer daaraan niet een dergelijke aankondiging voorafgaat, lijkt het overigens uitgesloten dat de Hoge Raad 'zomaar' een rechtsregel formuleert die voor de concrete beslissing niet relevant is. Een bekend voorbeeld hiervan is de 50%-regel die

318 Vgl. in dezelfde zin De Jong 1971, p. 577-578; Haak 2002, p. 55.

319 Zie § 7.4.5.3.

320 Aldus ook Kottenhagen 1986, p. 205; Snijders 1995, p. 28-29.

321 Waarover § 7.5.2.3 en § 7.5.2.4.

322 Aldus ook Snijders 1995, p. 28-29. Alleen het gelijkheidsbeginsel speelt hier strikt genomen niet, aangezien het geval waarin het obiter dictum werd gegeven nu juist níet volgens deze regel is beslist (vgl. in deze zin Drion 1950, p. 37-38). Dit doet mijns inziens echter niet af aan de mogelijkheid tot precedentwerking ook van obiter dicta.

323 Zoals bijv. gebeurde in HR 22 juni 2001 (K./Van der Velden), *NJ* 2001, 475 m.nt. PAS en HR 29 september 2000 (Kuijper/ING), *NJ* 2001, 302 m.nt. PAS, waarin de HR om deze reden inging op de vraag of het ontbreken van een reïntegratieplan in alle gevallen dient te leiden tot niet-ontvankelijkheid van het verzoek tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst. Een soortgelijk voorbeeld biedt HR 29 juni 2001, *NJ* 2002, 6 m.nt. JdB. In dit arrest ging de HR, ondanks de niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep, in op de vraag of de president in kort geding, hangende een procedure als bedoeld in art. 1:253n BW tot beëindiging van het gezamenlijk gezag van niet gehuwde ouders over een minderjarige, bij wege van voorlopige voorziening de betrokken minderjarige aan een van de ouders mag toevertrouwen.

324 Ook in Engeland zal een dergelijke overweging van de hoogste rechter als *'highly persuasive'* worden beschouwd en daarmee vrijwel dezelfde betekenis hebben als een 'echt' precedent (zie § 7.4.5.4).

werd geïntroduceerd in het arrest IZA/Vrerink.[325] Omdat het in casu ging om de vordering van een gesubrogeerde verzekeraar miste deze regel uiteindelijk toepassing en was zij aldus ten overvloede gegeven. Niettemin zal juist een dergelijke regel, mede gezien haar algemene, niet aan de feiten van het concrete geval gerelateerde strekking, een grote tot zeer grote precedentwaarde hebben.[326] Er is kortom alle reden, overwegingen ten overvloede – in elk geval wanneer zij van de Hoge Raad afkomstig zijn – niet principieel anders te behandelen dan rechtsoverwegingen die deel uitmaken van de ratio decidendi van een uitspraak.

## 7.6 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

In dit hoofdstuk is onderzocht welke juridische waarde in ons recht toekomt aan rechterlijke uitspraken (precedenten). Kan bij ons, evenals in Engeland, een bepaalde gebondenheid van de rechter aan precedenten worden aangenomen, en zo ja, hoe ziet deze precedentbinding dan in grote lijnen eruit?

Hoewel de opvattingen in rechtspraak en literatuur op dit gebied niet geheel eenduidig zijn, valt daaruit niettemin de conclusie te trekken dat ook in ons recht de rechter in elk geval tot op zekere hoogte gebonden dient te zijn aan precedenten. Deze gebondenheid bestaat niet slechts indien en voorzover de eerdere uitspraak nog steeds inhoudelijk juist wordt geacht. Zij berust (daarnaast) op andere gronden die, nog los van de inhoudelijke overtuigingskracht, een *zelfstandige* normatieve waarde aan een rechterlijke uitspraak verlenen.

Ten eerste is er het feit dat de rechter niet slechts uitspreekt wat voordien reeds geldend recht was, maar in zijn uitspraken ook nieuw recht vormt of althans kan vormen. De erkenning van deze 'rechtsvormende taak' leidt tot het inzicht dat de rechter zich aan de door hem gevormde rechtsregels ook in latere gevallen in beginsel dient te houden. Dit hangt samen met een volgende grondslag die voor de precedentwerking van rechterlijke uitspraken kan worden aangevoerd: het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel, dat van fundamentele aard is, brengt met zich dat een rechtsregel die door de rechter eenmaal is aanvaard, niet slechts in het desbetreffende geval van toepassing is maar een algemene reikwijdte heeft en ook in latere (vergelijkbare) gevallen dient te worden toegepast, tenzij zich een of meer omstandigheden voordoen die een ongelijke behandeling rechtvaardigen.

Daarnaast spelen argumenten een rol die te ontlenen zijn aan de rechtsontwikkelings- en rechtseenheidsfunctie van de rechtspraak (met name de rechtspraak in hoogste instantie), in combinatie met het feit dat een hogere rechter uitspraken van lagere rechters die in strijd zijn met zijn eerdere recht-

325 HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 m.nt. CJHB.
326 Zo ook Snijders 1995, p. 28-29; Brunner 1994, p. 38.

spraak kan vernietigen. Tot slot is het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel van belang: iedere rechterlijke uitspraak heeft immers als kenmerk dat deze een oordeel inhoudt omtrent hetgeen rechtens geldt, dat afkomstig is van een met staatsmacht bekleed orgaan, hetgeen reeds uit de aard der zaak het vertrouwen wekt dat deze uitspraak ook in latere gevallen gevolgd zal worden.

De gebondenheid aan precedenten wordt door de zojuist genoemde gronden evenwel niet in absolute zin bepaald: zij dragen ieder de mogelijkheid tot afwijking in zich. Het gaat dus veeleer om argumenten die in meerdere of mindere mate in de richting van binding aan precedenten kunnen wijzen. Deze argumenten spreken het sterkst in het voordeel van binding aan precedenten langs verticale lijnen, in het bijzonder ten aanzien van de uitspraken van de Hoge Raad. Het wekt dan ook geen verbazing, dat deze laatste vorm van gebondenheid bij ons in literatuur en rechtspraak het meest op aanvaarding kan rekenen.

Zoals het voorgaande al impliceert, is de binding aan precedenten zoals deze ten onzent wordt aangenomen zeker niet absoluut van aard, maar is zij veeleer te vergelijken met de betekenis die in het Engelse recht aan de zogeheten *'persuasive precedents'* toekomt.[327] Hoewel de rechter naar Nederlands recht in beginsel aan (bepaalde) precedenten gebonden kan worden geacht, heeft hij de mogelijkheid tot afwijking indien het vasthouden aan een eerdere uitspraak, in het licht van de rechtsontwikkeling en de tegenwoordige maatschappelijke opvattingen en omstandigheden, niet langer aanvaardbaar is. Aangezien de argumenten vóór gebondenheid aan precedenten, zoals die onder meer te ontlenen zijn aan het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel, steeds een zelfstandige waarde hebben, zal echter niet te spoedig mogen worden aangenomen dat zulks het geval is. Daarnaast kan als eis gesteld worden dat de rechter die van een (hem bindend) precedent wil afwijken, dit afdoende motiveert.

Zoals in § 7.1 al is aangegeven, is de vraag naar de precedentwerking van rechterlijke uitspraken hier gesteld als 'voorvraag' voor datgene waar het in dit verband uiteindelijk om draait: kan de toepassing van een rechtersregeling in de rechtspraak ertoe leiden dat deze regeling, op een met de binding aan precedenten vergelijkbare wijze, een bepaalde bindende werking verkrijgt? Bij deze vraag, die in het volgende hoofdstuk wordt behandeld, verdient een aantal punten in het bijzonder de aandacht, gezien de specifieke rol die zij bij rechtersregelingen spelen. Ten eerste dient de preliminaire vraag te worden beantwoord of een rechtersregeling, theoretisch bezien, überhaupt als 'precedentnorm' kan gelden. Een rechtersregeling onderscheidt zich namelijk in dit opzicht op enige punten van de meer gebruikelijke (jurisprudentiële) regels van rechtersrecht. In de eerste plaats is een rechtersregeling, anders dan de

327 Zie daarover § 7.4.6.

in een rechterlijke uitspraak gevormde regel, niet gerelateerd aan de feiten van een concreet geval. Voorts hebben rechtersregelingen doorgaans niet slechts betrekking op de beantwoording van 'rechtsvragen' maar ook op de invulling van diverse vormen van rechterlijke 'beleidsruimte', waarbij de vraag is of de mogelijkheid tot precedentwerking in beide gevallen aanwezig is.

Een tweede belangrijk punt is dat de vraag naar gebondenheid aan rechtersregelingen niet slechts speelt in 'verticale' relaties, maar ook – en vooral – in de verhouding van lagere rechters onderling. Rechtersregelingen hebben immers doorgaans juist betrekking op onderwerpen waarbij de invloed van een hogere rechter ontbreekt, bijvoorbeeld als gevolg van een rechtsmiddelenverbod of het ontbreken van een (volledige) toetsing in cassatie.[328] Een probleem dat hierbij de aandacht behoeft is dat van enige precedentwerking op horizontaal niveau in ons recht (vooralsnog) niet of nauwelijks sprake lijkt te zijn.[329] Niettemin zijn ook in de verhouding van lagere rechters onderling zeker argumenten aan te voeren die een bepaalde binding aan precedenten kunnen funderen, al zal het hierbij gaan om een minder sterke binding dan bijvoorbeeld aan uitspraken van de Hoge Raad toekomt.[330] Ook dit zal in het volgende hoofdstuk verder worden uitgewerkt.

328 Zie § 1.2.
329 Zie § 7.5.3.
330 Zie § 7.5.2.3.

# 8 Precedentwerking van rechtersregelingen

## 8.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is onderzocht in hoeverre de rechter in ons rechtssysteem gebonden is te achten aan eerdere uitspraken van hemzelf of van andere rechters. De conclusie luidde dat rechters in elk geval in beginsel gebonden kunnen zijn aan precedenten van hogere rechters, alsmede aan eigen precedenten, behoudens de mogelijkheid tot (gemotiveerde) afwijking daarvan in gevallen waarin binding aan eerdere rechtspraak in het licht van onder meer gewijzigde maatschappelijke opvattingen of overtuigingen niet langer aanvaardbaar is. Van binding op horizontaal niveau lijkt naar huidige rechtsopvatting (nog) geen sprake, ofschoon wel argumenten aan te voeren zijn die ook op dit niveau een zekere gebondenheid aan precedenten kunnen ondersteunen.

Nadat aldus de stand van zaken op het gebied van precedentwerking in grote lijnen in kaart is gebracht, staat in het voorliggende hoofdstuk de vraag centraal of met betrekking tot rechtersregelingen hierbij kan worden aangesloten. Kan de toepassing van een rechtersregeling in de rechtspraak ertoe leiden dat deze regeling, op een met de binding aan precedenten vergelijkbare wijze, een bepaalde bindende werking verkrijgt? Kortheidshalve zal ik een zodanige binding in het navolgende ook wel aanduiden met de termen 'precedentwerking', dan wel 'precedentbinding' van een rechtersregeling. Strikt genomen gaat het dan echter om binding aan precedenten waarin een rechtersregeling is toegepast, als gevolg waarvan de rechter mogelijkerwijs ook aan die rechtersregeling gebonden raakt.

In theorie is een tweetal wegen denkbaar via welke een rechtersregeling de hier bedoelde precedentwerking zou kunnen verkrijgen: (a) op grond van het feit dat de regeling na haar totstandkoming door één of meer rechters in hun uitspraken wordt toegepast; en (b) op grond van het feit dat de regeling gebaseerd is op vóór haar totstandkoming gedane rechterlijke uitspraken. In de praktijk zal het echter vrijwel steeds gaan om eerstgenoemde situatie. Rechtersregelingen die rechtstreeks gebaseerd zijn op eerdere uitspraken zijn vrij zeldzaam:[1] wanneer omtrent een bepaalde vraag reeds jurisprudentie

1 Een van de weinige voorbeelden is de kantonrechtersformule: deze is gebaseerd op formules die voordien door (bepaalde) kantongerechten reeds werden toegepast. Zie hierover Van Marwijk Kooij 1996, p. 22-23; Van der Meer & Rensink 1997, p. 14-15; Scholtens 1998, p. 25.

aanwezig is zal de vaststelling van een rechtersregeling immers veelal niet meer nodig worden geacht, behoudens wellicht in gevallen waarin die eerdere jurisprudentie verdeeld was.[2] In het navolgende zal daarom hoofdzakelijk worden uitgegaan van de onder (a) genoemde situatie.

Zoals aan het slot van hoofdstuk 7 werd geconcludeerd, dienen eerst enige 'voorvragen' van theoretische aard te worden beantwoord alvorens aan de mogelijkheid tot precedentwerking van rechtersregelingen kan worden toegekomen (§ 8.2). Vervolgens wordt bezien hoe een eventuele precedentwerking van rechtersregelingen vorm zal kunnen krijgen. Hierbij wordt zowel ingegaan op de verhouding tussen hogere en lagere rechters (§ 8.3), als op de verhouding tussen lagere rechters onderling (§ 8.4). Voorts worden de praktische mogelijkheden voor partijen om zich te beroepen op een rechtersregeling waaraan precedentwerking toekomt besproken (§ 8.5).

Opmerking verdient tot slot dat de thans te behandelen vraag naar de precedentwerking van rechtersregelingen praktisch gesproken met name relevant zal zijn voor die rechtersregelingen waaraan niet reeds de voorafgaande binding toekomt die in de hoofdstukken 4 tot en met 6 werd behandeld. Concreet gezegd gaat het in dit hoofdstuk dus in de eerste plaats om rechtersregelingen die niet voldoen aan één of meer van de voorwaarden (waarvan de belangrijkste zijn: vaststelling door het daartoe bevoegde orgaan en behoorlijke bekendmaking[3]) die geformuleerd werden voor voorafgaande binding. Hiertoe behoren overigens voor de praktijk belangrijke rechtersregelingen als de kantonrechtersformule, de alimentatienormen, de diverse liquidatietarieven en het rapport Voor-werk II.[4] Daarnaast gaat het om rechtersregelingen die betrekking hebben op de invulling van 'interpretatieruimte' (wetsinterpreterende rechtersregelingen), nu aangenomen moet worden dat deze laatste vorm van rechterlijke beslissingsruimte zich niet goed leent voor de vorm van voorafgaande zelfbinding die in de voorgaande hoofdstukken aan de orde kwam.[5]

## 8.2 Kan een rechtersregeling als 'precedentnorm' gelden?

### 8.2.1 Inleiding

Alvorens de mogelijkheid tot precedentwerking van rechtersregelingen verder kan worden uitgewerkt, dient eerst de preliminaire vraag te worden beantwoord óf een rechtersregeling, theoretisch bezien, wel als 'precedentnorm'

2 In laatstgenoemde situatie zal de precedentwaarde van de eerdere uitspraken echter weer tamelijk gering zijn; vgl. hierover § 8.4.2.2.
3 Zie hierover § 5.2 en § 5.3.
4 Zie § 5.5.
5 Zie § 4.5.5.

kan gelden. Een rechtersregeling onderscheidt zich immers op bepaalde punten van de normale regels van jurisprudentierecht. Ten eerste is een rechtersregeling, anders dan de in een rechterlijke uitspraak gevormde regels, niet gerelateerd aan de feiten van een concreet geval (§ 8.2.2). Voorts hebben rechtersregelingen doorgaans niet slechts betrekking op de beantwoording van 'rechtsvragen', maar ook op de invulling van diverse vormen van rechterlijke 'beleidsruimte'. Hierbij rijst de vraag of de mogelijkheid tot precedentwerking in beide gevallen aanwezig is (§ 8.2.3).

### 8.2.2 Relatie tot de feiten van een concreet geval noodzakelijk?

In beschouwingen over precedenten wordt doorgaans uitgegaan van de gedachte dat de in een precedent neergelegde rechtsregel in relatie staat (en ook moet staan) tot de feiten die zich in de desbetreffende zaak voordeden. Zo wordt in Engeland een scherp onderscheid gemaakt tussen 'de *ratio decidendi*' en '*obiter dicta*' van een uitspraak.[6] Aan de ratio decidendi, een min of meer op het concrete geval toegesneden rechtsnorm waarin de voor de beslissing relevant te achten feiten ('*material facts*') zijn geïncorporeerd, zijn rechters in latere gevallen strikt gebonden.[7] Obiter dicta binden de latere rechter niet op deze wijze,[8] onder meer omdat dergelijke onderdelen van de uitspraak niet noodzakelijk waren voor de uiteindelijke beslissing en dus niet per definitie zijn gebaseerd op de relevante feiten.[9] Hiermee rijst de vraag of een koppeling aan (de feiten van) een concreet geval noodzakelijk is, wil sprake kunnen zijn van een rechtsregel waaraan precedentbinding kan toekomen.

In § 3.3.3.2 bleek reeds dat de rechtsopvattingen die in rechtersregelingen te vinden zijn, in het algemeen niet op concreet omschreven feitelijke situaties zien. In zekere zin ligt dit ook voor de hand: met betrekking tot zeer specifieke situaties zal niet snel een rechtersregeling worden vastgesteld, aangezien de groep gevallen waarop de regeling van toepassing is dan te klein wordt om de vaststelling van een regeling nog de moeite waard te doen zijn. Een rechtersregeling dient juist ertoe om – waar dat mogelijk is – een algemeen toepasselijke regel te geven voor een min of meer grote groep 'normale' gevallen.[10]

Ik meen dat dit gegeven echter geen principieel beletsel vormt om – na toepassing van de regeling in een of meer rechterlijke uitspraken – precedent-

---

6 Zie hierover § 7.4.5.

7 Zie § 7.4.5.3.

8 Hierbij moet echter worden aangetekend dat obiter dicta wel *'persuasive authorities'*, vormen, waaraan de rechter in een later geval veelal niet zonder meer voorbij zal mogen gaan. Dit wordt in Engeland niet beschouwd als 'echte' binding, maar kan hier soms wel verdacht veel op lijken (zie hierover § 7.4.6).

9 Zie § 7.4.5.3.

10 Vgl. § 4.4.4.3.

binding aan die regeling te kunnen aannemen. In de eerste plaats geldt ook voor de rechtsregels die in jurisprudentie worden gevormd dat deze in sommige gevallen zeer algemeen van aard zijn en niet met een specifieke feitenconstellatie zijn verbonden,[11] zoals bijvoorbeeld de '50%-regel' die de Hoge Raad introduceerde in het arrest IZA/Vrerink.[12] Niettemin kan ook een dergelijke regel als precedent gelden, waarschijnlijk zelfs als precedent met een (zeer) ruim toepassingsbereik.[13] Voorts lijkt voor ons recht, anders dan in het Engelse recht het geval is, te kunnen worden aangenomen dat ook aan obiter dicta (met name indien deze van de hoogste rechter afkomstig zijn) precedentbinding kan toekomen.[14] Ook hieruit blijkt dat in precedenten rechtsregels kunnen worden gevormd die niet noodzakelijkerwijze verbonden zijn met het feitencomplex dat zich in een bepaalde zaak voordeed.

Tot slot moet bedacht worden dat de hier bedoelde precedentbinding aan een rechtersregeling eerst ontstaat ná toepassing daarvan in een of meer rechterlijke uitspraken. De bijzonderheden van het geval kunnen hierbij steeds aanleiding zijn, de in een rechtersregeling neergelegde regel alsnog aan te vullen of juist te verfijnen.[15] Voorts kan het toepassingsbereik van een rechtersregeling op deze wijze (nader) worden gedefinieerd.[16] Een rechtersregeling vooronderstelt immers een bepaalde 'standaard' casus.[17] Welke feiten hiervan werkelijk onderdeel vormen, kan bij toepassing van de regeling in een rechterlijke uitspraak nader worden bepaald. Zo kan bijvoorbeeld de rechter beslissen dat de kantonrechtersformule niet van toepassing is op gevallen waarin slechts een zeer kort dienstverband heeft bestaan,[18] omdat dit niet situatie is waarvan bij het opstellen van de formule is uitgegaan.

### 8.2.3 Onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte ook hier van belang

In § 4.4.2.3 werd de beslissingsruimte die aan de rechter kan toekomen onderscheiden in *beleidsruimte* enerzijds en *interpretatieruimte* anderzijds.[19] Kort samengevat is sprake van beleidsruimte indien de rechter de keuze heeft uit

11 Zie § 3.3.3.2.
12 HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 m.nt. CJHB, waarover ook § 3.3.3.2.
13 Vgl. § 7.5.5.
14 Zie § 7.5.5.
15 Iets soortgelijks doet zich voor bij rechtersregelingen waaraan reeds 'voorafgaand' binding toekomt: daarbij kan (en moet) de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden steeds leiden tot een afwijking van de regeling in het concrete geval (zie hierover § 6.2.2).
16 Hetzelfde geldt uiteraard voor de gewone regels van jurisprudentierecht (zie § 7.5.5).
17 Vgl. § 4.4.4.3.
18 In deze zin bijv. Ktr. Nijmegen 8 december 2000, *NJ* 2001, 244; Ktr. Amsterdam 8 februari 2001, *Prg*. 2001, 5729; Ktr. Rotterdam 31 mei 2001, *JAR* 2001, 165; Ktr. Hoorn 13 februari 2004, *JAR* 2004, 60 en Ktr. Lelystad 1 maart 2004, *JAR* 2004, 91.
19 Zoals aangegeven werd in § 4.4.2.3 is het onderscheid tussen deze beide vormen van beslissingsruimte eerder vloeiend dan scherp en bestaan er (vele) grensgevallen. Niettemin

meerdere mogelijkheden, die ieder als rechtens juist kunnen worden beschouwd. Voorbeelden zijn de oproeping van belanghebbenden in de verzoekschriftprocedure, de oproeping van de schuldenaar voorafgaand aan de verlening van verlof voor conservatoir beslag, de bepaling van de lengte van termijnen of van de hoogte van vergoedingen.[20] Al deze vormen van rechterlijke beleidsruimte worden overigens steeds begrensd door het recht (zoals onder meer te vinden in wetten, jurisprudentie, verdragen en ongeschreven recht); het is slechts binnen deze grenzen dat de rechter over keuzemogelijkheden beschikt.[21] Bij interpretatieruimte gaat het om het antwoord op 'rechtsvragen' als de vraag of een schuldenaar die toepassing van de schuldsaneringsregeling verzoekt, ten aanzien van het ontstaan van zijn schulden 'niet te goeder trouw' (art. 288 lid 2 sub b Fw) is geweest, of de vraag of een kort geding of een belastingaanslag kan gelden als 'eis in de hoofdzaak' in de zin van art. 700 lid 3 Rv. Hoewel bij dit soort vragen veelal meerdere antwoorden redelijkerwijs verdedigbaar zijn – hierin is de interpretatieruimte van de rechter gelegen – kan slechts één antwoord tegelijk als rechtens juist worden aanvaard.[22]

Het aldus gemaakte onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte bleek van belang te zijn voor de mogelijkheid tot (voorafgaande) zelfbinding via een rechtersregeling: zoals in § 4.5.5 uiteengezet werd, is deze mogelijkheid vooral geschikt voor (bepaalde) gevallen van beleidsruimte, maar niet, althans minder, voor interpretatieruimte. Ook bij de in dit hoofdstuk besproken vraag of de toepassing van een rechtersregeling kan leiden tot een vorm van precedentbinding daaraan, speelt het onderscheid tussen beleids- en interpretatieruimte een rol, en wel op twee fronten. Allereerst beïnvloedt dit onderscheid de wijze van toetsing door de cassatierechter en daarmee de praktische mogelijkheid tot het ontstaan van precedenten van de hoogste rechter. Hierop zal in § 8.3.2 nader worden ingegaan. Thans gaat het om de vraag of beide vormen van rechterlijke beslissingsruimte, theoretisch beschouwd, op dezelfde wijze kunnen leiden tot het ontstaan van precedenten.

Theorieën omtrent de precedentwerking van rechterlijke uitspraken gaan doorgaans ervan uit dat de gebondenheid aan precedenten enkel ziet op de beantwoording van *rechts*vragen. In § 7.4.5.2 bleek reeds dat in het Engelse recht wordt aangenomen dat alleen een *'proposition of law'*, dat wil zeggen een rechtsregel, rechtsbeslissing of rechtsopvatting, kan behoren tot de ratio decidendi van een uitspraak waaraan latere rechters gebonden kunnen zijn. De precedentwerking van een uitspraak strekt zich bijvoorbeeld niet uit tot beslis-

---

ga ik hier uit van dit onderscheid om aldus in elk geval voor de gevallen waarin het wél duidelijk ligt de consequenties ervan aan te geven.

20 Zie hierover § 4.4.2.2.

21 Zie § 4.4.2.4 en § 4.4.4.3.

22 Zie § 4.4.2.2.

singen omtrent de feiten. Beslissingen waarbij de rechter gebruik heeft gemaakt van hem toekomende *'discretion'* (bijvoorbeeld ter zake van een kostenveroordeling) kunnen in het algemeen evenmin als precedent gelden.[23] Ook andere theorieën gaan (expliciet dan wel impliciet) ervan uit dat de rechter slechts gebonden kan zijn aan in een precedent neergelegde rechtsregels, die bijvoorbeeld worden aangeduid met termen als 'precedentnorm',[24] 'Fallnorm',[25] en dergelijke. De binding aan een precedent geldt dus slechts de daarin neergelegde oordelen van de rechter omtrent het objectieve recht.[26] Alleen voor die onderdelen van een rechterlijke uitspraak geldt immers dat zij een onderbouwing of rechtsgrond vormen voor de uiteindelijke beslissing en daarmee normatieve waarde bezitten.[27]

Het zal duidelijk zijn dat de invulling van interpretatieruimte – anders gezegd: de beantwoording van rechtsvragen – in dit opzicht geen problemen oplevert. Wanneer de (hoogste) rechter beslist dat een vordering in kort geding onder bepaalde voorwaarden kan gelden als een eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 lid 3 Rv, is daarmee een rechtsregel gevormd die ook in latere gevallen in beginsel kan (en moet) worden toegepast. Hetzelfde zal dan hebben te gelden wanneer deze rechtsvraag eerst via een rechtersregeling wordt beantwoord, waarna deze regeling in een rechterlijke uitspraak wordt 'overgenomen'. Indien aan de desbetreffende uitspraak precedentbinding toekomt (hetgeen bij de huidige stand van zaken met name zal afhangen van de vraag van welke rechter de uitspraak afkomstig is) kan gezegd worden dat de rechtersregeling in deze precedentwaarde deelt.[28]

Minder eenvoudig liggen de zaken echter wanneer het gaat om de hantering van beleidsruimte door de rechter. De essentie van rechterlijke beleidsruimte is immers dat er steeds meerdere opties bestaan, die ieder rechtens juist zijn.[29] De rechter aan wie verlof voor het leggen van conservatoir beslag wordt verzocht, heeft bijvoorbeeld ingevolge art. 700 jo. art. 279 Rv de mogelijkheid de schuldenaar op te roepen en te horen alvorens verlof te verlenen, maar verplicht hiertoe is hij niet. Wanneer rechter A kiest voor optie A (oproepen en horen van de schuldenaar) betekent dit nog niet dat rechter B daarom niet meer mag kiezen voor optie B (verlof verlenen zonder de schuldenaar te horen). Een keuze voor de ene mogelijkheid sluit de andere mogelijkheden dus niet per definitie uit voor toekomstige gevallen. Evenmin kan in het algemeen gezegd worden dat een bepaalde keuze van de rechter het *normatieve*

23 Zie § 7.4.5.2.
24 Snijders 1995, p. 27.
25 Kottenhagen 1988, p. 382 (in navolging van Fikentscher 1980, p. 167-168).
26 Zie ook § 7.5.5.
27 Aldus MacCormick 1987, p. 155.
28 Zie hierover uitgebreider § 8.3.
29 Zie § 4.4.2.3.

oordeel inhoudt dat deze keuze de enige rechtens juiste is.[30] Bij gebreke van een element in de beslissing – een rechtsoordeel, rechtsopvatting of rechtsregel – waaraan binding kan toekomen, zal de hantering van beleidsruimte in het algemeen dus niet kunnen leiden tot het ontstaan van precedenten.

Het voorgaande behoeft echter nog enige nuancering. Wederom kan als voorbeeld worden gegeven de oproeping van de schuldenaar voorafgaand aan de verlening van verlof voor conservatoir beslag. Zoals reeds bleek heeft de rechter op dit punt beleidsruimte: hij mag de schuldenaar oproepen, hij mag dit ook achterwege laten. De situatie zou zich nu kunnen voordoen dat een rechter in een bepaalde zaak besluit de schuldenaar op te roepen en deze beslissing onderbouwt met de overweging dat wanneer de vordering waarvoor verlof tot beslaglegging wordt gevraagd een bepaald bedrag overstijgt, de schuldenaar eerst gehoord dient te worden alvorens het verzoek kan worden toegewezen. In zoverre is dan sprake van een in algemene termen geformuleerd rechtsoordeel, dat zich theoretisch bezien zeer zeker kan lenen voor toepassing in latere gevallen en waaraan dus een bepaalde precedentwaarde kan toekomen. Welke waarde dit precies is, zal met name afhangen van de vraag welke plaats de rechter van wie een dergelijke uitspraak afkomstig is, inneemt in de gerechtelijke hiërarchie.[31]

Dezelfde situatie kan zich voordoen wanneer beleidsruimte wordt ingevuld via een rechtersregeling, waarna deze regeling in een of meer rechterlijke uitspraken wordt toegepast. Een goed voorbeeld hiervan vormt de kantonrechtersformule. Volgens deze formule dient de rechter, indien hij besluit bij de ontbinding van een arbeidsovereenkomst een vergoeding toe te kennen, deze te berekenen volgens de formule A x B x C, waarbij A staat voor het (gewogen) aantal dienstjaren, B voor het bruto maandsalaris en C een correctiefactor is waarin specifieke overige omstandigheden van het geval verdisconteerd kunnen worden. Aan deze formule ligt de rechtsopvatting ten grondslag, dat de hoogte van een ontbindingsvergoeding (in elk geval) bepaald behoort te worden door het aantal dienstjaren en de hoogte van het loon van de werknemer. Deze rechtsopvatting zou, na toepassing van de formule in een of meer rechterlijke uitspraken, in zoverre een precedent kunnen opleveren.

Al met al behoeft de aanvankelijke constatering dat de invulling van beleidsruimte (al dan niet via een rechtersregeling) zich niet leent voor precedentwerking dus nog enige bijstelling. Het ontstaan van precedenten is theoretisch bezien wél mogelijk voorzover bij de uitoefening van beleidsruimte door de rechter *bovendien* een normatief oordeel aangaande (enig aspect van) de invulling daarvan wordt gegeven. De vraag welke mate van binding een

30 Theoretisch gezien is dit uiteraard wel mogelijk: de Hoge Raad zou bijvoorbeeld kunnen beslissen dat een rechter *altijd* de schuldenaar moet horen alvorens verlof voor conservatoir beslag te verlenen. Dit betekent dan wél dat van enige beleidsruimte voor de lagere rechter vanaf dat moment geen sprake meer is.

31 Zie hierna § 8.3.

zodanige uitspraak kan opleveren is daarmee overigens nog niet beantwoord; deze vraag komt in § 8.3 en § 8.4 nader aan de orde.

Wanneer de uitoefening van beleidsruimte niet gepaard gaat met een rechtsoordeel als hierboven bedoeld, zal de desbetreffende beslissing van de rechter niet een precedent in de gebruikelijke betekenis op kunnen leveren. Dit zou wellicht ook niet in alle gevallen wenselijk zijn, aangezien beleidsruimte (afhankelijk van doel en strekking van de desbetreffende regel) soms juist aan de rechter wordt toegekend teneinde met de nodige flexibiliteit te kunnen optreden.[32] Dit laatste neemt evenwel niet weg dat denkbaar is dat, op basis van de argumenten waarmee precedentwerking doorgaans wordt onderbouwd, ook een bepaalde binding kan worden aangenomen aan 'vaste gedragslijnen' van de rechter. In dat geval zou ook zonder de aanwezigheid van enig rechtsoordeel, de (consequente) feitelijke invulling van rechterlijke beleidsruimte (al dan niet onder toepassing van een rechtersregeling) kunnen leiden tot een bepaalde mate van gebondenheid van de rechter. Deze mogelijkheid zal in § 8.4.2.3 verder worden uitgewerkt.

### 8.2.4 Conclusies

Hoewel rechtersregelingen op bepaalde punten verschillen van de meer gebruikelijke (jurisprudentiële) regels van 'rechtersrecht', vormt dit gegeven niet per definitie een belemmering om (nadat een rechtersregeling in een of meer rechterlijke uitspraken is toegepast) precedentwerking van die regeling aan te kunnen nemen.

De hier bedoelde precedentwerking ziet primair op de normatieve oordelen omtrent het objectieve recht die in een rechtersregeling zijn neergelegd, zoals bijvoorbeeld de uitleg van wettelijke begrippen als 'eis in de hoofdzaak', 'tijdige betekening' of 'niet te goeder trouw ontstane schulden' of de vaststelling van factoren die een bepaalde vorm van rechterlijke beleidsruimte normeren. Daarnaast is denkbaar dat ook de louter 'feitelijke' toepassing van een rechtersregeling, zonder dat daaraan een rechtsoordeel in de hier bedoelde zin ten grondslag ligt, kan leiden tot een bepaalde vorm van binding, die te onderbouwen valt met de argumenten die ook voor de precedentwerking van rechtsbeslissingen kunnen worden aangevoerd. Een koppeling aan de feiten van een concreet geval is bij dit alles niet noodzakelijk, net zo min als dat voor de precedentwerking van een gewone rechterlijke uitspraak het geval is.

32 Vgl. § 4.4.4.3.

## 8.3 VERTICALE PRECEDENTWERKING VAN RECHTERSREGELINGEN

### 8.3.1 Inleiding

Na de voorafgaande beschouwingen in de vorige paragraaf kan nu worden teruggekeerd naar de vraag die in dit hoofdstuk centraal staat: op welke wijze kan bij de huidige stand van zaken op het gebied van precedentwerking van rechterlijke uitspraken worden aangeknoopt, wanneer in een of meer rechterlijke uitspraken een bepaalde (niet reeds op voorhand bindende) rechtersregeling wordt toegepast? In hoeverre kan dit tot gevolg hebben dat rechters aan die regeling gebonden raken?

Zoals bleek in § 7.2 kan bij de vraag naar binding aan precedenten onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds binding van de rechter aan eigen precedenten en anderzijds binding aan de precedenten van andere rechters. Dit laatste punt kan weer onderverdeeld worden in gebondenheid aan precedenten van hogere rechters ('verticale binding') en gebondenheid aan precedenten van rechters op hetzelfde hiërarchische niveau ('horizontale binding').

In de voorliggende paragraaf gaat het om binding in verticale zin. De vraag of ook sprake kan zijn van precedentwerking van rechtersregelingen op horizontaal niveau komt vervolgens in § 8.4 aan de orde. De binding van de rechter aan eigen uitspraken wordt in dit hoofdstuk niet afzonderlijk behandeld. In de eerste plaats is op het gebied van rechtersregelingen met name de vraag interessant in hoeverre ook *andere* rechters dan degenen die een dergelijke regeling reeds toepassen daaraan gebonden kunnen zijn. Wanneer bovendien een rechter gebonden kan zijn aan andermans uitspraken (en, zoals reeds bleek in hoofdstuk 7, is dat in bepaalde gevallen zeker mogelijk), zal hij dat *a fortiori* zijn aan zijn eigen uitspraken. Een afzonderlijke bespreking van deze laatste vorm van binding zou dus weinig nieuws opleveren. Ook de voorwaarden voor afwijking zullen bij afwijking van eigen precedenten niet wezenlijk anders zijn dan in andere gevallen. Hetgeen in deze en de volgende paragraaf wordt besproken, zal dus in het algemeen van overeenkomstige toepassing zijn op de gebondenheid van de rechter aan eigen precedenten, waarin hij een bepaalde rechtersregeling heeft toegepast.

### 8.3.2 Samenhang met wijze van toetsing door hogere rechter

De mogelijkheid tot precedentwerking van rechtersregelingen langs verticale lijnen wordt beïnvloed door de wijze waarop de hogere rechter beslissingen van de lagere rechter toetst. Dit punt werd in § 6.2.3.3 in een iets ander verband reeds besproken. Daarbij bleek dat er belangrijke verschillen bestaan

tussen de beoordeling in appèl en cassatie. Deze verschillen spelen ook bij de hier besproken vraag een rol.[33]

Als gevolg van de devolutieve werking van het appèl toetst de appèlrechter beslissingen van de lagere rechter (voorzover deze door middel van grieven aan zijn oordeel zijn onderworpen) in het algemeen 'volledig', waarmee ik bedoel dat hij zo nodig zijn eigen oordeel voor dat van de lagere rechter in de plaats kan stellen. Dit geldt niet slechts ten aanzien van interpretatiekwesties, maar ook in veel gevallen van rechterlijke beleidsruimte, bijvoorbeeld wanneer in appèl de vraag aan de orde komt of de rechter in eerste aanleg terecht een deskundigenbericht heeft bevolen of geweigerd, of terecht een contractuele vergoeding voor buitengerechtelijke kosten tot een bepaald bedrag heeft gematigd. Steeds kan de appèlrechter het oordeel van de lagere rechter ter zake aan een volledige inhoudelijke toets onderwerpen en eventueel vervangen door zijn eigen oordeel. Uitzondering hierop vormen slechts die beslissingen van de lagere rechter die louter op de procedure in eerste aanleg betrekking hebben, zoals bijvoorbeeld beslissingen die te maken hebben met de vaststelling van termijnen voor het verrichten van proceshandelingen.[34] Bij deze laatste categorie zal de appèlrechter zich in het algemeen beperken tot een beoordeling van de vraag of de lagere rechter tot de door hem gegeven beslissing 'had kunnen komen'.[35]

Het gevolg hiervan is dat uitspraken in appèl (vrijwel) steeds een *eigen* oordeel van de appèlrechter kunnen bevatten omtrent de rechtsvragen die in een bepaalde zaak aan de orde zijn. Daarnaast kan, in geval van rechterlijke beleidsruimte, de appèlrechter deze ruimte opnieuw en naar eigen inzicht invullen. Zo kan hij bijvoorbeeld de alimentatie berekenen aan de hand van de NVvR-alimentatienormen, ook als de rechtbank dat niet had gedaan, of – omgekeerd – een vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten níet beoordelen aan de hand van het rapport Voor-werk II, terwijl de rechtbank dit wel had gedaan.[36]

---

33 Ik ga in deze paragraaf ervan uit dat tegen een beslissing van de lagere rechter (waarbij een rechtersregeling is toegepast) inderdaad appèl en cassatie openstaan. In de praktijk is dit niet steeds het geval, bijvoorbeeld als gevolg van een rechtsmiddelenverbod als neergelegd in art. 7:685 lid 11 BW. Daarnaast geldt uiteraard de algemene appèlgrens van art. 332 Rv.

34 De enkele vaststelling van een termijn leidt overigens in het algemeen tot een rolbeschikking, waartegen geen rechtsmiddel openstaat. Worden echter aan de overschrijding van een gestelde termijn door de rechter gevolgen voor (een der) partijen verbonden (bijv. in de vorm van een 'akte van niet-dienen'), dan is sprake van een appellabel tussenvonnis (waartegen ingevolge art. 337 lid 2 Rv evenwel slechts tussentijds appèl openstaat indien de rechter dit heeft toegestaan). Zie hierover nader § 6.3.6.2.

35 Zie § 6.2.3.3.

36 Zie voor een voorbeeld van dit laatste Ktr. Utrecht 15 mei 2002, *Prg*. 2004, 6214 (buitengerechtelijke kosten niet volgens NOvA-tarief, maar slechts conform rapport Voor-werk II toewijsbaar), in hoger beroep vernietigd door Hof Amsterdam 26 februari 2004, *Prg.* 2004, 6215 (buitengerechtelijke kosten toegewezen conform gevorderde NOvA-tarief; geen aanleiding voor verdere matiging); zie voor een soortgelijk geval Hof Leeuwarden 27

De toetsing in cassatie is daarentegen veel beperkter van karakter. Allereerst volgt dit uit het feit dat de Hoge Raad slechts over rechtsbeslissingen kan oordelen, terwijl beslissingen van de lagere rechter over de feiten (behoudens de mogelijkheid te klagen over vormverzuimen dienaangaande) in cassatie onaantastbaar zijn.[37] Zelfs rechtsbeslissingen worden echter niet altijd volledig getoetst: wanneer het bijvoorbeeld gaat om de toepassing van vage normen door de lagere rechter (leidend tot een zgn. 'gemengde beslissing') beperkt de cassatierechter zich in veel gevallen tot een 'marginale' vorm van controle, waarbij hij slechts in beperkte mate controleert of de lagere rechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en diens beslissing voor het overige, als zijnde 'verweven met waarderingen van feitelijke aard', niet voor toetsing in cassatie vatbaar acht.[38] Dit laatste is overigens vooral een kwestie van zelfbeperking: de cassatierechter is niet verplicht tot deze beperkte controle op de toepassing van vage normen.[39] Hij kan derhalve, indien daartoe aanleiding bestaat, in een bepaald geval wél een eigen oordeel geven, bijvoorbeeld in de vorm van een 'sub'- of 'vuistregel'.[40]

Ook de uitoefening van beleidsruimte wordt door de Hoge Raad doorgaans voorbehouden geacht aan de feitenrechter. Dit heeft tot gevolg dat op dit vlak beslissingen van de lagere rechter in cassatie eveneens slechts marginaal worden getoetst: vernietiging kan plaatsvinden indien de lagere rechter de grenzen van de hem toekomende beleidsruimte heeft overschreden of zijn beslissing (anderszins) onbegrijpelijk is. Voor het overige zal de Hoge Raad echter geen inhoudelijk oordeel geven over de wijze waarop de lagere rechter van de hem toekomende beleidsruimte gebruik heeft gemaakt.[41]

Voor rechtersregelingen heeft dit alles tot gevolg, dat alleen een rechtersregeling (althans een regel daaruit) die ertoe strekt een bepaalde *rechtsvraag* te beantwoorden, uiteindelijk door de Hoge Raad in een uitspraak als eigen rechtsopvatting overgenomen zal kunnen worden.[42] Aangezien de Hoge Raad immers de invulling van beleidsruimte overlaat aan de lagere rechter, zijn precedenten met betrekking tot rechtersregelingen op dat gebied niet te verwachten. Wanneer bijvoorbeeld in cassatie wordt geklaagd over de vaststelling van alimentatie, en de Hoge Raad daarop beslist dat het hof deze mocht

---

februari 2002, *NJkort* 2002, 21.

37 Vgl. art. 79 RO en art. 419 lid 3 Rv.

38 Zie hierover § 6.3.2.3.

39 Aldus ook Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 100; Asser 2003, p. 46-47.

40 Zie voor een voorbeeld HR 14 juni 2002 (Interpolis/Obragas), *NJ* 2003, 428 waarin de HR een wel zeer gedetailleerde invulling formuleert van hetgeen de zorgvuldigheid meebrengt in gevallen waarin bij een met gaslevering belast nutsbedrijf een klacht binnenkomt over een mogelijk gaslek (zie over deze uitspraak ook § 7.5.5).

41 Zie 4.4.2.5.

42 De inhoudelijke 'verwerping' van een rechtersregeling door de HR is uiteraard *altijd* mogelijk, zij het dat hierbij de intensiteit van toetsing zal verschillen naar gelang het gaat om een vraag van 'interpretatie' dan wel van 'beleid' (zie hierover § 6.3.3)

berekenen volgens de NVvR-alimentatienormen,[43] is daarmee nog niet een rechtsregel aanvaard inhoudend dat het hof de alimentatie ook *moet* berekenen volgens deze normen. Wel bestaat uiteraard de mogelijkheid dat de Hoge Raad een rechtsoordeel geeft aangaande de uitoefening van beleidsruimte door de (lagere) rechter, bijvoorbeeld door factoren of grenzen aan te geven die de lagere rechter hierbij in acht moet nemen.[44] Uit vaak gehanteerde formuleringen als "het oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk en geeft ook niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting" kan echter niet een zodanig rechtsoordeel worden afgeleid.

Kort samengevat komt het voorgaande erop neer dat in gevallen waarin de appèl- of cassatierechter de beslissing van de lagere rechter slechts beperkt toetst, hij doorgaans geen eigen rechtsoordeel zal geven waaraan precedentwerking kan toekomen. Evenmin is in dergelijke gevallen sprake van een toepassing van een rechtersregeling door de hogere rechter zélf, die zou kunnen leiden tot het ontstaan van een 'vaste gedragslijn' waaraan de rechter tot op zekere hoogte gebonden zou kunnen zijn.[45] De beslissing van de lagere rechter wordt in stand gelaten, meer gebeurt er niet.

### 8.3.3 Verhouding Hoge Raad – lagere rechters

Na hetgeen in hoofdstuk 7 reeds is besproken kan ik over de verhouding tussen Hoge Raad en lagere rechters hier betrekkelijk kort zijn. Naar geldend Nederlands recht kan worden aangenomen dat rechterlijke uitspraken, in het bijzonder de uitspraken van de hoogste rechter, in verticale zin precedentwerking hebben. Uitspraken van de Hoge Raad zijn derhalve naar heersende rechtsopvatting bindend voor de lagere rechters (én voor de Hoge Raad zelf).[46] Deze binding wordt echter niet als 'absoluut' gezien: in bepaalde gevallen is het de rechter toegestaan van precedenten af te wijken.[47]

Voor rechtersregelingen komt dit meer concreet geformuleerd op het volgende neer. Wanneer de Hoge Raad een rechtersregeling, althans een regel daaruit, die afkomstig is van een lagere rechter (rechtbank of gerechtshof) in zijn jurisprudentie overneemt, zal de desbetreffende regeling dezelfde precedentwaarde verkrijgen als een gewone uitspraak van de Hoge Raad waarin een bepaalde rechtsregel wordt aanvaard. Het omgekeerde geval is uiteraard ook mogelijk: wanneer de Hoge Raad een uitspraak doet die inhoudelijk

43 Vgl. HR 28 februari 1997, *NJ* 1997, 306; vgl. in soortgelijke zin HR 27 februari 2004, *NJ* 2004, 283 m.nt. SW.

44 Zie de in § 4.4.2.3 gegeven voorbeelden van grenzen aan rechterlijke beleidsruimte: deze grenzen zijn (mede) te vinden in uitspraken van de Hoge Raad.

45 Waarover hierna § 8.4.2.3.

46 Zie § 7.5.3.

47 Zie § 7.5.4; zie voor nadere uitwerking van deze mogelijkheid hierna § 8.3.5.

(geheel of gedeeltelijk) *niet* overeenstemt met een rechtersregeling, is de regeling daarmee in zoverre als 'overruled' te beschouwen.[48]

Ter illustratie van een en ander hier kan wederom gewezen worden op het arrest Ajax/Reule,[49] dat eerder in § 6.3.3 al werd besproken. In deze zaak was onder meer de vraag aan de orde of een vordering in kort geding kan gelden als 'eis in de hoofdzaak' in de zin van art. 700 lid 3 Rv. Deze vraag was in een rechtersregeling van de rechtbankpresidenten reeds in bevestigende zin beantwoord. Hoewel hij niet uitdrukkelijk verwees naar de regeling sloot de Hoge Raad zich bij deze opvatting aan:

> "Deze strekking [van het conservatoir beslag – KT] levert een toereikende rechtvaardiging op voor de door de wetstekst niet uitgesloten en inmiddels in de rechtspraak van kort gedingrechters in eerste aanleg gangbaar geworden opvatting dat ook een vordering in kort geding, strekkende tot een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot voldoening aan de vordering waarvoor conservatoir beslag is gelegd, kan gelden als eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 lid 3."

De door de rechtbankpresidenten vastgestelde rechtersregeling, die aanvankelijk niet in juridische zin als bindend kon gelden,[50] verkreeg aldus dezelfde precedentwerking als een 'gewone' uitspraak van de Hoge Raad. Kortheidshalve zou nu ook gezegd kunnen worden dat de rechtersregeling hiermee zélf tot precedent is geworden, mits niet vergeten wordt van welke rechter dit precedent afkomstig is (in dit geval: de Hoge Raad). Het belang hiervan is ten eerste gelegen in het feit dat aldus álle lagere rechters (alsmede de Hoge Raad zelf) aan de rechtersregeling gebonden zijn, ook degenen die de regeling niet (mede) hadden vastgesteld. Voorts zal wijziging van deze rechtersregeling als gevolg hiervan niet zonder meer mogelijk zijn, maar nog slechts in de gevallen en op de gronden waarop ook van een uitspraak van de Hoge Raad mag worden afgeweken. Een dergelijke wijziging zal uiteindelijk eveneens via de weg van een of meer rechterlijke uitspraken dienen te geschieden.

Zoals besproken werd in § 8.2.3 ziet precedentwerking slechts op de in een eerdere uitspraak neergelegde *rechtsoordelen* en kan de loutere uitoefening van een bepaalde vorm van beleidsruimte niet leiden tot een precedent in de hier bedoelde zin. Nu is deze laatste situatie bij uitspraken van de Hoge Raad ook niet aan de orde, aangezien de cassatierechter zich slechts uitspreekt over rechtsvragen.[51] Bedacht moet daarbij echter wel worden dat de Hoge Raad

---

48 Zie voor enige voorbeelden in deze zin § 6.3.3.

49 HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 717 m.nt. HJS. Zie in gelijke zin HR 3 oktober 2003 (Ontvanger/Heemhorst), *RvdW* 2003, 155 m.b.t. de belastingaanslag als 'eis in de hoofdzaak'.

50 De vergadering van rechtbankpresidenten is bijv. niet te beschouwen als 'bevoegd orgaan' voor de vaststelling van een (bindende) rechtersregeling (zie § 5.2.3.5).

51 Afgezien van de gevallen waarin de Hoge Raad over eigen beleidsruimte beschikt, zoals bijv. ten aanzien van het verloop van de cassatieprocedure of de vaststelling van de proceskosten in cassatie. Om deze gevallen gaat het hier echter niet.

een beleid voert als gevolg waarvan hij niet over alle rechtsvragen een 'volledig' inhoudelijk oordeel geeft.[52] In die gevallen komt het derhalve aan op het oordeel van de appèlrechter(s), waarover de volgende paragraaf handelt.

### 8.3.4 Verhouding appèlrechter – rechters in eerste aanleg

In § 7.5.3 bleek dat de verhouding tussen de appèlrechter en de rechters in eerste aanleg in de literatuur met betrekking tot precedenten weinig afzonderlijke aandacht gekregen. Verdedigd kan echter worden dat deze verhouding naar analogie met de verhouding tussen Hoge Raad en lagere rechters kan worden ingevuld. Ook hier geldt immers – naast de algemene argumenten voor binding aan precedenten, die met name te ontlenen zijn aan de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging[53] – het 'autoriteitsargument' dat uitspraken van de rechter in eerste aanleg door de appèlrechter kunnen worden vernietigd.[54] Dit betekent dat de rechter in eerste aanleg in beginsel gebonden kan worden geacht aan precedenten van (in elk geval zijn 'eigen') appèlrechter, ook hier weer behoudens mogelijkheden tot afwijking.

Wanneer deze lijn wordt doorgetrokken naar de situatie waarbij een appèlrechter een bepaalde rechtersregeling toepast,[55] ontstaat een soortgelijk beeld als in de voorgaande paragraaf werd geschetst. Voorzover deze toepassing te herleiden is tot een rechtsoordeel, zijn de onder de desbetreffende appèlrechter ressorterende rechters in eerste aanleg daaraan in beginsel gebonden te achten. Anders dan de Hoge Raad zullen appèlrechters in voorkomend geval over al dit soort vragen volledig inhoudelijk kunnen én moeten oordelen. De appèlrechter kan zich immers niet de beperkingen opleggen die de Hoge Raad zich blijkt op te leggen ten aanzien van bijvoorbeeld de toepassing van vage normen, waarbij het oordeel (binnen zekere marges) aan de lagere rechter wordt overgelaten.[56] Op de gebieden waar de cassatierechter een dergelijk terughoudend beleid voert, zullen dus eerder precedenten van appèlrechters dan van de Hoge Raad ontstaan.

---

52 Zie § 8.3.2.
53 Zie § 7.5.2.4.
54 Zie § 7.5.3.
55 Hetgeen hier wordt opgemerkt geldt uiteraard ook weer voor de omgekeerde situatie waarin een appèlrechter een bepaalde rechtersregeling uitdrukkelijk *niet* van toepassing acht of deze anderszins inhoudelijk niet juist acht. De lagere rechter is aan een precedent in deze zin evenzeer gebonden en daarmee dus niet (meer) aan de desbetreffende rechtersregeling.
56 Vgl. § 8.3.2.

### 8.3.5 Mogelijkheden tot afwijking

#### *8.3.5.1 Inleiding*

Eerder bleek al dat de binding aan precedenten in ons rechtssysteem niet als een zeer strikte binding wordt gezien, maar eerder als een 'in beginsel' of 'voorwaardelijke' binding, hetgeen inhoudt dat de rechter in bepaalde (meer of minder strikt afgebakende) gevallen zal mogen afwijken van een precedent.[57] Onder afwijking moet hier worden verstaan: het terugkomen op de in een eerdere uitspraak neergelegde rechtsregel (in Engeland aangeduid met de term *'overruling'*), als gevolg waarvan de eerdere regel niet langer als geldend recht wordt aanvaard.[58] De rechter kan ook nog op andere manieren afwijken van een precedent, namelijk door bijvoorbeeld een uitzondering of verfijning daarop aan te nemen. Om deze laatste vorm van afwijking (het zgn. *'distinguishing'*) gaat het hier echter niet.

In § 7.5.4 is in algemene zin de vraag behandeld wanneer afwijking van een precedent mogelijk dient te zijn. Aan de hand van de aldaar getrokken conclusies kan in deze paragraaf worden bezien wanneer – uitgaande van de situatie waarin de rechter gebonden is aan een bepaalde rechtersregeling omdat deze in uitspraken van hogere rechters is aanvaard – hij van die regeling zal mogen afwijken.

#### *8.3.5.2 Wanneer afwijken?*

Over de voorwaarden waaronder de rechter van een precedent zal mogen afwijken bestaat vooralsnog geen volledige duidelijkheid. Verdedigd is hier dat voor afwijking de enkele 'onjuistheid' van een eerdere uitspraak niet voldoende is.[59] Gezien het door een uitspraak gevestigde vertrouwen, in het bijzonder als het om een (principiële) uitspraak van de hoogste rechter gaat, is in het algemeen meer nodig om daarvan te mogen afwijken: vasthouden aan de eerdere uitspraak moet, in het licht van de huidige opvattingen en omstandigheden, onaanvaardbaar zijn geworden.[60] Hoewel niet precies valt aan te geven wanneer aan deze omschrijving is voldaan, valt wel een aantal argumenten te noemen die de afwijking van een precedent in deze zin kunnen rechtvaardigen. In de eerste plaats kan hierbij gedacht worden aan wijzigingen in de maatschappelijke opvattingen of omstandigheden die zich sedert de eerdere uitspraak hebben voorgedaan. Daarnaast kunnen ook ontwikkelingen in literatuur, wetgeving en rechtspraak aanleiding vormen om op een eerdere

57 Zie § 7.5.4.
58 Vgl. hierover § 7.4.4.
59 Zie § 7.5.4.
60 Zie § 7.5.4; vgl. in dezelfde zin Snijders 1995, p. 19.

uitspraak terug te komen.[61] Steeds zullen deze argumenten vóór afwijking moeten worden afgewogen tegen de argumenten die juist tegen afwijking pleiten, welke meestal gelegen zullen zijn in overwegingen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen. Dit vertrouwen zal sterker zijn naarmate de rechtspraak meer gevestigd is, dan wel van de hoogste rechter afkomstig is. Ook de rechtszekerheid speelt op sommige rechtsgebieden een speciale rol in het voordeel van de eerdere rechtspraak.[62]

Een belangrijk punt is dat de hier omschreven gronden voor afwijking zich juist bij rechtersregelingen niet spoedig voor zullen doen. Deze regelingen hebben immers vaak betrekking op onderwerpen waaromtrent geen uitgesproken opvattingen leven in de maatschappij (anders waren ze waarschijnlijk ook wel door de wetgever ter hand genomen), zodat deze opvattingen zich ook moeilijk kunnen wijzigen. In veel gevallen, in het bijzonder op het gebied van het procesrecht, gaat het zelfs om zuivere ordeningskwesties als de lengte van termijnen, de door partijen te verrichten administratieve formaliteiten en dergelijke, waarbij de rechtszekerheid zwaar weegt en de mogelijkheden tot afwijking door rechters dus (uiterst) beperkt dienen te zijn.[63] Een afweging tussen argumenten vóór en tegen afwijking zal dus relatief vaak uitvallen in het voordeel van een rechtersregeling, wanneer deze eenmaal in de rechtspraak is aanvaard.

Het voorgaande neemt niet weg dat er uiteraard ook rechtersregelingen zijn die betrekking hebben op onderwerpen waaromtrent wél maatschappelijke opvattingen bestaan. Voorbeelden zijn de kantonrechtersformule en de Recofa-aanbevelingen inzake de schuldsanering: zowel het ontslagrecht als de schuldsaneringsregeling kunnen zich in het algemeen in (enige) politieke en maatschappelijke belangstelling verheugen. Op deze gebieden zal dan ook eerder sprake kunnen zijn van gewijzigde maatschappelijke opvattingen of omstandigheden, zodat in zoverre ook eerder aanleiding zal bestaan tot afwijking van een (in de rechtspraak aanvaarde) rechtersregeling. Zo kent de kantonrechtersformule thans als uitgangspunt een C-factor die gelijk is aan 1.[64] Dit betekent dat een werknemer wiens arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, indien geen bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, 'standaard' aanspraak op een vergoeding ter hoogte van zijn maandsalaris maal het aantal dienstjaren kan maken. Uitgangspunt is aldus dat de werknemer in het normale geval recht

61 Zie § 7.5.4.

62 Zie voor enkele voorbeelden § 7.5.4.

63 Vgl. hetgeen hieromtrent in § 7.5.4 is opgemerkt.

64 Zoals nog zal blijken is zowel de kantonrechtersformule als het uitgangspunt C=1 inmiddels als 'vaste rechtspraak' te beschouwen (zie § 8.4.2.2), waaraan rechters in beginsel gebonden zijn te achten.

heeft op een vergoeding.[65] Deze stand van zaken kan onwenselijk worden wanneer bijvoorbeeld de situatie op de arbeidsmarkt zich zodanig wijzigt dat werknemers van wie de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, betrekkelijk eenvoudig een nieuwe baan kunnen vinden, zodat de vergoedingen in de huidige toepassing van de formule als te hoog worden ervaren.[66] Dergelijke wijzigingen in de maatschappelijke omstandigheden zouden een aanleiding kunnen opleveren om terug te komen op het uitgangspunt C = 1.[67]

*8.3.5.3 Wie mag afwijken?*

In deze paragraaf is de 'verticale' binding aan een rechtersregeling aan de orde, dat wil zeggen de situatie waarin de in een bepaalde rechtersregeling neergelegde rechtsregel of rechtsopvatting is aanvaard in uitspraken van een hogere rechter. Als voorbeeld hiervan werd in § 8.3.3 het arrest Ajax/Reule[68] genoemd, waarin de Hoge Raad (conform een eerdere rechtersregeling van de rechtbankpresidenten) besliste dat een vordering in kort geding kan gelden als eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 lid 3 Rv.

Hoewel deze rechtsopvatting als gevolg van deze uitspraak in beginsel bindend is voor zowel de Hoge Raad zelf als voor lagere rechters, bestaat de mogelijkheid dat de rechter hiervan in de toekomst weer zal afwijken indien een van de in de vorige paragraaf genoemde gronden voor afwijking zich zou voordoen. Een vraag die hierbij rijst is of alleen de Hoge Raad zélf hiertoe zal mogen overgaan of dat ook lagere rechters deze mogelijkheid dienen te hebben.

Zoals bleek in § 7.4.4.2 is het in het Engelse stelsel zo dat een lagere rechter *niet* van een precedent van een hogere rechter mag afwijken, ook niet indien aannemelijk is dat de hogere rechter zelf zal 'omgaan'. Ofschoon het ten onrechte afwijken door lagere rechters geen zelfstandige grond voor vernietiging oplevert wanneer de hoogste rechter uiteindelijk zelf inderdaad zijn eerdere rechtspraak verlaat, is in een aantal gevallen een dergelijke handelwijze met zoveel woorden afgekeurd door de hoogste Engelse rechter, het House of Lords.[69] De voornaamste achtergronden hiervan lijken gelegen te zijn in

---

65 Al blijft de kantonrechter uiteraard bevoegd de arbeidsovereenkomst te ontbinden zonder een vergoeding toe te kennen. In aanbeveling 3.4 wordt (sub 2) bepaald dat wanneer de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werknemer ligt, de C-factor gelijk is aan 0.

66 Vgl. bijv. *Het Financieele Dagblad* d.d. 7 mei 2003 (p. 3) en 26 maart 2003 (p. 5).

67 Een andere mogelijkheid is uiteraard dat de wetgever ingrijpt (vgl. § 4.4.4.2): de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft aangegeven, de vergoedingen die door toepassing van de kantonrechtersformule toegekend worden te hoog te vinden en heeft aangekondigd de hoogte van de vergoeding in de wet te zullen maximeren (zie *Handelingen II* 2003/04, nr. 33, p. 2289-2290).

68 HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 717 m.nt. HJS.

69 Zie met name de zaken *Casell & Co. Ltd.* v. *Broome* [1972] AC 1027 en *Miliangos* v. *George Frank (Textiles) Ltd.* [1976] AC 443, waarover § 7.4.4.2.

een sterk gevoel voor hiërarchie tussen de verschillende gerechten enerzijds, en de overwegende waarde die wordt gehecht aan de rechtszekerheid anderzijds. Alleen de hoogste rechter zélf mag in Engeland dus afwijken van eigen precedenten.

Een dergelijke eis acht ik voor het Nederlandse recht niet wenselijk. Uiteindelijk gaat het immers om de vraag of er goede gronden bestaan een bepaalde rechtsopvatting (c.q. rechtersregeling) die in de rechtspraak is aanvaard, te verlaten. Is dit inderdaad het geval, hoe eerder dan wordt afgeweken hoe beter. Het zou omslachtig zijn, en voor partijen bovendien nodeloos kostbaar, indien eerst tot in hoogste instantie zou moeten worden doorgeprocedeerd alvorens een onjuiste rechtsopvatting mag worden verlaten. Iets anders is dat uiteraard de hoogste rechter uiteindelijk het laatste woord heeft over deze vraag: wanneer een lagere rechter is afgeweken van een uitspraak van de Hoge Raad, maar de Hoge Raad zich toch aan de daarin neergelegde regel wil houden, zal de afwijkende uitspraak aan vernietiging bloot staan.

Een tweede belangrijk argument is dat nieuwe rechtsontwikkelingen niet zelden bij de lagere rechters beginnen, soms ook in afwijking van tot dan toe gevestigde hogere rechtspraak.[70] Beslissingen in die zin kunnen uiteindelijk zelfs een belangrijk argument vormen voor de Hoge Raad om inderdaad op zijn eigen rechtspraak terug te komen.[71] Afwijking door lagere rechters van hogere rechtspraak kan dus ook in het belang van de rechtsontwikkeling gewenst zijn.

#### *8.3.5.4 Motiveringseisen bij afwijking*

Algemeen aangenomen wordt dat de rechter die van een (hem bindend) precedent wil afwijken, deze afwijking dient te motiveren.[72] Wat deze motivering concreet moet inhouden is hierbij niet eenvoudig exact aan te geven.[73] In elk geval kan van de rechter verwacht worden dat hij zijn argumenten vóór afwijking vermeldt en aangeeft waarom deze zwaarder wegen dan de argumenten tegen afwijking. Wanneer dus bijvoorbeeld een voorzieningenrechter van de rechtbank zou willen terugkomen op de regel – eerst neergelegd in een rechtersregeling en daarna door de Hoge Raad aanvaard – dat een vorde-

70 Vgl. in deze zin ook Haak 2004, p. 888.

71 Zie in deze zin bijv. HR 16 oktober 1992 (Van Gent/Wijnands), *NJ* 1993, 167 m.nt. PAS: "In afwijking van hetgeen is beslist in het arrest van 16 juni 1960 – welke beslissing (-) van meet af aan in de doctrine kritiek heeft ondervonden en in de lagere rechtspraak veelvuldig niet wordt gevolgd – moet thans worden aangenomen dat een huurder die onrechtmatig overlast bezorgt aan omwonenden, tevens te kort schiet in de nakoming van een verbintenis jegens de verhuurder"; zie voor meer voorbeelden Franx 1994, p. 11.

72 Zie § 7.5.4.

73 Al geeft Kottenhagen 1986, p. 297-299, wel een opsomming van eisen waaraan de motivering van de rechter dient te voldoen; ook deze eisen zijn echter nog vrij algemeen geformuleerd.

ring in kort geding kan gelden als een 'eis in de hoofdzaak'[74] zal zulks afdoende gemotiveerd behoren te worden. De betrokken rechter zal ten eerste aan dienen te geven waarom deze regel niet langer als rechtens juist kan gelden, waarbij hij tevens de argumenten die de Hoge Raad destijds vóór aanvaarding van deze regel heeft gegeven, zal moeten weerleggen. Daarnaast zal onderbouwd moeten worden waarom afwijking van dit precedent, ondanks de nadelen die hieraan uit oogpunt van rechtsgelijkheid en (met name) rechtszekerheid zijn verbonden, niettemin noodzakelijk is te achten.

Ten aanzien van rechtersregelingen die recht in de zin van art. 79 RO vormen – besproken in hoofdstuk 4 tot en met 6 – bleken motiveringseisen een belangrijk instrument te vormen voor controle in cassatie op de toepassing daarvan.[75] Op de controle door de hogere rechter op de toepassing van precedenten ga ik in § 8.5.3 nog nader in. Vooruitlopend daarop kan hier vast worden opgemerkt, dat motiveringseisen als middel tot controle in dit verband weinig betekenis hebben. De hogere rechter zal een uitspraak van een lagere rechter niet vernietigen wegens een onjuiste motivering, wanneer hij de daarin neergelegde rechtsopvatting (die afwijkt van eerdere rechtspraak) uiteindelijk juist acht, anders gezegd: indien de hogere rechter zélf ook zou zijn 'omgegaan'. In zoverre zou geconcludeerd kunnen worden dat het stellen van motiveringseisen aan afwijking uiteindelijk weinig oplevert.

De mogelijkheid tot controle door de hogere rechter is evenwel niet het enige doel van motiveringseisen. Voor de motivering van rechterlijke uitspraken in het algemeen is dit door de Hoge Raad in het arrest Vredo/Veenhuis als volgt verwoord:

> "elke rechterlijke beslissing (moet) tenminste zodanig worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken."[76]

Zoals kan worden afgeleid uit deze formulering dient de motivering ertoe de uitspraak van de rechter niet slechts voor de hogere rechter, maar met name ook voor partijen en derden controleerbaar én aanvaardbaar te maken. Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de motiveringseis voorts dient als waarborg voor 'zelfcontrole' door de rechter: de rechter wordt aldus gedwongen zijn eigen gedachtengang nog eens nauwkeurig na te lopen en te ver(ant)woorden.[77] Tegen deze achtergrond is het zonder meer zinvol dat de afwijking van een rechtersregeling met precedentwaarde afdoende wordt gemotiveerd,

---

74 Zie HR 26 februari 1999 (Ajax/Reule), *NJ* 1999, 717 m.nt. HJS.
75 Zie § 6.3.5.
76 HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659 m.nt. DWFV.
77 Vgl. Martens 1993, p. 136; Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 118.

zelfs indien een concrete sanctie op het niet-naleven van deze verplichting in de meeste gevallen zal blijken te ontbreken.

### 8.3.6 Conclusies

Indien een rechtersregeling, dan wel een daaruit afkomstige regel, wordt overgenomen door een hogere rechter kan deze regel(ing) in verticale zin precedentwerking verkrijgen. Alle rechters op een lager niveau, alsmede de desbetreffende rechter zélf, zijn dan gebonden op dezelfde wijze als zij aan gewone precedenten van hogere rechters gebonden zijn. Deze binding is echter zeker niet onbeperkt: de rechter zal mogen afwijken in gevallen waarin vasthouden aan de regeling tegen de achtergrond van onder meer gewijzigde maatschappelijke opvattingen of overtuigingen niet langer aanvaardbaar is.

Deze vorm van precedentbinding strekt zich slechts uit tot de normatieve oordelen over het recht (rechtsoordelen) die in een rechtersregeling zijn neergelegd en die door een hogere rechter als eigen rechtsopvatting worden overgenomen. Het kan hierbij gaan om wetsuitleg in algemene zin, zoals bijvoorbeeld de uitleg van begrippen als 'eis in de hoofdzaak', 'tijdige betekening' of 'niet te goeder trouw ontstane schulden'. Het kan echter evenzeer gaan om de vaststelling van factoren die een bepaalde vorm van rechterlijke beleidsruimte normeren. Een voorbeeld van dit laatste vormen de in de kantonrechtersformule neergelegde factoren (loon en arbeidsduur) die in acht moeten worden genomen bij de bepaling van een ontbindingsvergoeding.

Binding aan een rechtsopvatting die in eerste instantie was neergelegd in een rechtersregeling, berust na overname daarvan door de rechtspraak strikt genomen niet op die rechtersregeling zélf, maar op de uitspraken waarbij de regeling is aanvaard. Dit is in overeenstemming met hetgeen eerder is betoogd: de beantwoording van rechtsvragen door de rechter dient uiteindelijk te geschieden via uitspraken.[78] De vaststelling van rechtersregelingen ter zake is op zich niet 'verboden' – en in bepaalde opzichten zelfs positief te waarderen[79] – , maar zal slechts achteraf, na aanvaarding van de regeling in een of meer uitspraken, kunnen leiden tot binding van de betrokken rechters.

## 8.4 Horizontale precedentwerking van rechtersregelingen

### 8.4.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is de naar Nederlands recht meest geaccepteerde vorm van precedentwerking – welke loopt via uitspraken van hogere rechters –

78 Zie § 4.5.5.
79 Vgl. § 4.5.3.3.

besproken en verder uitgewerkt voor de situatie waarin in zodanige uitspraken een rechtersregeling wordt toegepast. Bij rechtersregelingen zal deze verticale precedentwerking zich echter niet zeer frequent voordoen omdat dit soort regelingen juist veelal wordt vastgesteld in die gevallen waarin rechtsmiddelen in het geheel niet openstaan of althans niet voldoende uitkomst bieden.[80] Het gaat dus daarnaast – en vooral – om de vraag naar de eventuele binding op horizontaal niveau: in hoeverre zijn lagere rechters gebonden aan de precedenten van andere lagere rechters waarin een rechtersregeling wordt toegepast?

Deze vraag is minder eenvoudig te beantwoorden dan de vraag naar verticale binding. In § 7.5.3 werd reeds geconstateerd dat precedentwerking op horizontaal niveau, tussen rechters van gelijke rang onderling, nog vrij onontgonnen terrein is. Naar huidige rechtsopvatting worden lagere rechters onderling in het algemeen niet gebonden geacht (en achten zij zich, naar het zich laat aanzien, in de praktijk ook niet gebonden) aan elkaars uitspraken. Tot op zekere hoogte is dit ook terecht: aangezien op horizontaal niveau geen sprake is van een hiërarchische verhouding tussen de verschillende rechters, speelt het 'autoriteitsargument', dat een factor vormt bij het aannemen van binding aan precedenten, hier geen rol.[81] Precedentbinding op horizontaal niveau in dezelfde vorm als op verticaal niveau (waarbij ook één enkele uitspraak een bindend precedent kan opleveren) zou voorts vanuit het oogpunt van rechtsontwikkeling minder gewenst zijn. Het is immers niet de bedoeling dat reeds de eerste, wellicht nog enigszins experimentele, uitspraak van een rechtbank over een bepaalde nieuwe rechtsvraag voor alle andere rechtbanken bindend zou zijn, zelfs niet als deze binding slechts 'voorwaardelijk' zou zijn.[82]

Anderzijds is het, in het licht van algemene rechtsbeginselen als (met name) het gelijkheidsbeginsel, alsmede uit oogpunt van rechtseenheid, niet wenselijk wanneer rechters van gelijke rang zich in het geheel niets aan elkaars uitspraken gelegen laten liggen. Deze stelling kan geïllustreerd worden aan de hand van een uitspraak van de kantonrechter te Sittard.[83] In deze zaak ging het om een verzoek van werkneemster Kelleners tot ontbinding van haar arbeidsovereenkomst, onder toekenning van een vergoeding conform de kantonrechtersformule. De Sittardse kantonrechter overwoog daaromtrent onder meer:

> "(-) dat Kelleners zich beroept op een aanbeveling. Deze aanbeveling is echter geen recht in de zin van art. 99 RO en voorzover relevant: evenmin is gesteld of gebleken dat de kantonrechters c.q. de kantonrechter te Sittard zich aan deze richtlijn hebben gebonden."

80 Zie § 1.2.
81 Vgl. § 7.5.2.3.
82 Zie § 7.5.2.3.
83 Ktr. Sittard 27 maart 2000, *Prg*. 2000, 5467.

Gegeven het feit dat de kantonrechtersformule, ook ten tijde van deze uitspraak, al geruime tijd door (vrijwel) alle kantonrechters werd gehanteerd in ontbindingszaken,[84] is het niet aanvaardbaar dat de kantonrechter te Sittard deze formule zonder enige adequate motivering naast zich neer zou mogen leggen.[85] Het feit dat deze kantonrechter zich wellicht niet aan deze rechtersregeling heeft 'gebonden' doet hieraan mijns inziens niet af.

Dat rechters van gelijke rang, ook al staan zij niet in een hiërarchische relatie tot elkaar, in elk geval tot op zekere hoogte betekenis dienen te hechten aan precedenten over en weer valt ook af te leiden uit het arrest Druijff/Bouw.[86] De Hoge Raad overwoog in deze uitspraak ten aanzien van de begroting van het smartengeld onder meer:

> "De rechter *dient* bij zijn begroting tevens te letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen (-)" [mijn cursivering – KT]

Deze overweging lijkt naar haar strekking niet beperkt tot de begroting van smartengeld, maar heeft in meer algemene zin betekenis voor de verhouding van lagere rechters onderling, met name in die gevallen waarin de hoogste rechter zich afzijdig houdt. Dit zijn nu juist de gevallen waarop rechtersregelingen veelal betrekking hebben.

De stand van zaken op horizontaal niveau kan hiermee als volgt worden samengevat: enerzijds is op dit gebied tot dusver geen sprake van 'echte' precedentwerking; anderzijds kan echter verdedigd worden dat de uitspraken van lagere rechters wel degelijk een bepaalde betekenis voor andere lagere rechters dienen te hebben. In het vervolg van deze paragraaf zal getracht worden deze betekenis verder te onderbouwen.

### 8.4.2 Precedentwerking van 'vaste rechtspraak'

#### *8.4.2.1 Algemeen*

Hoewel op het niveau van de lagere rechters onderling tot dusver geen sprake lijkt te zijn van enige binding aan elkaars uitspraken, bleek in de voorgaande paragraaf dat enige invulling van deze leemte wenselijk, zo niet noodzakelijk is. Hiervoor zijn in de literatuur op het gebied van precedenten tot nu toe een tweetal mogelijke aanknopingspunten te vinden, die overigens met name in een verder verleden de aandacht genoten maar thans enigszins in de vergetelheid geraakt lijken te zijn. Ten eerste is er de theorie dat precedenten in latere

84 Zie ook hierna § 8.4.2.2.
85 Zo ook Snijders 2001, p. 30.
86 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB.

gevallen bindend kunnen zijn indien en voorzover daardoor *gewoonterecht* is ontstaan.[87] Een variant hierop is de opvatting dat de rechter gebonden is aan precedenten, eventueel ook van rechters op gelijk niveau, indien gesproken kan worden van *vaste rechtspraak*.[88] De achterliggende gedachte is in beide gevallen dat, zelfs wanneer aan precedenten aanvankelijk geen bindende werking wordt toegekend, dit anders kan komen te liggen indien bepaalde uitspraken zich met een zekere frequentie herhalen.

Hoewel deze redenering op het eerste gezicht zonder meer plausibel lijkt, bieden beide theorieën bij nadere beschouwing geen volledig adequate onderbouwing hiervoor. De klassieke vereisten voor het ontstaan van gewoonterecht – de aanwezigheid van een vaste gewoonte (*'usus'*) gekoppeld aan de overtuiging dat rechtens aldus gehandeld behoort te worden (*'opinio necessitatis'*)[89] – laten zich niet steeds even goed toepassen op (vaste) rechtspraak.[90] Vaak zal het immers zo zijn dat een gewoonte in de maatschappij aanvankelijk niet aanwezig is, maar eerst onder invloed van de rechtspraak ontstaat. Dit kan overigens ook reeds het gevolg zijn van één standaardarrest, dat (nog) niet in meerdere uitspraken is herhaald. Van een in de maatschappij levende rechtsovertuiging behoeft evenmin steeds sprake te zijn in gevallen van vaste jurisprudentie. Een voorbeeld waarin dit wél het geval was, is de door de Hoge Raad aanvaarde mogelijkheid van eigendomsoverdracht tot zekerheid onder het oude recht:[91] hiervan kan inderdaad gezegd worden dat – voorzover deze rechtspraak al niet moet worden opgevat als erkenning van reeds bestaand gewoonterecht – als gevolg daarvan in de maatschappij zich een regel van gewoonterecht heeft gevormd.[92] Aangezien een dergelijke situatie zich echter zelden zal voordoen, lijkt deze redenering slechts op zeer specifieke situaties toepasbaar. De gevallen waarin wel sprake is van een 'gevestigde' rechtspraak, maar niet is voldaan aan de eisen voor het ontstaan van gewoonterecht, worden door deze theorie niet bestreken.

De andere genoemde theorie, die uitgaat van de mogelijkheid van binding aan vaste rechtspraak zónder dat dit wordt opgevat als een vorm van gewoonterecht, zou voor deze gevallen uitkomst kunnen bieden. Ook deze zienswijze levert echter problemen op indien getracht wordt een en ander preciezer uit te werken. Ten eerste is er de vraag hoeveel uitspraken in dezelfde zin nood-

87 Zie aldus bijv. Van Apeldoorn 1972, p. 100-101 en p. 132; zie hierover ook Poortinga 2001, p. 36.

88 Zie bijv. Losecaat Vermeer 1926, p. 154-158; in vergelijkbare zin Asser-Scholten 1974, p. 90 en 92; Bregstein 1939, p. 8-9.

89 Zie hierover Franken e.a. 2003, p. 126-128.

90 Zie hierover Ohly 2001, p. 32-33.

91 HR 25 januari 1929 (Bierbrouwerij), *NJ* 1929, 616.

92 Het bijkomend gevolg van deze constatering is overigens dat de rechter van een dergelijke regel nog slechts zal kunnen afwijken indien deze ophoudt gewoonterecht te zijn of de wetgever ingrijpt (vgl. Ohly 2001, p. 33). In zoverre bestaat hier een verschil met de 'normale' binding aan precedenten.

zakelijk zijn (twee, drie, vijf, tien of nog meer?), wil gesproken kunnen worden van 'vaste' rechtspraak. Deze vraag is niet op bevredigende wijze te beantwoorden.[93] Een ander bezwaar is de alles-of-niets situatie waartoe deze opvatting leidt: tot het moment dat een vaste rechtspraak is ontstaan – welk moment, als gezegd, niet precies kan worden afgebakend – wordt aan uitspraken die in dezelfde richting gaan geen enkele betekenis toegekend; vanaf dit 'omslagpunt' ineens wel. Aldus ontbreekt een verklaring voor het feit dat de bindende werking van dergelijke uitspraken allengs in sterkte kan toenemen, naarmate meer uitspraken in dezelfde zin worden gedaan.[94]

Constructies als binding aan 'gewoonterecht' of aan 'vaste rechtspraak' blijken dus beide enige bezwaren van dogmatische en praktische aard op te leveren. Belangrijk is echter de achterliggende gedachte: naarmate een bepaalde lijn in de rechtspraak meer gevestigd raakt kan, ook op het niveau van lagere rechters onderling, een bepaalde – en steeds toenemende – mate van binding aan die rechtspraak ontstaan.[95] Dit biedt interessante mogelijkheden de betekenis van (lagere) rechtspraak nader te bepalen.

#### *8.4.2.2 Te baseren op de 'algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging'*

Een betere onderbouwing voor de gedachte dat lagere rechters ook onderling tot op zekere hoogte aan elkaars uitspraken betekenis dienen toe te kennen, kan gevonden worden in de 'algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging'.

Eerder is al vastgesteld dat algemene rechtsbeginselen als het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel onder de noemer 'algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging' ook een belangrijk normatief kader vormen voor het handelen van rechters.[96] De rol van deze beginselen kwam al tot uitdrukking op een drietal punten. Zo is betoogd dat een bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen kan worden afgeleid uit de toekenning van beslissingsruimte aan de rechter, in combinatie met de verplichting van rechters om gelijke gevallen gelijk te behandelen en om meer in het algemeen op consistente wijze met de hun toekomende beslissingsruimte om te gaan.[97] Voorts bleek de (voorafgaande) binding die toekomt aan een rechtersregeling die voldoet aan de criteria uit het rolrichtlijnen-arrest gebaseerd te kunnen worden op het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.[98] Ook bij de fundering van de gebondenheid aan precedenten spelen het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel (overigens

93 Vgl. op dit punt de kritiek van Haazen 2001, p. 338-339 alsmede Kottenhagen 1986, p. 65.
94 Vgl. Ohly 2001, p. 32-33; zie ook hierna § 8.4.2.2.
95 In dezelfde zin Snijders 1997b, p. 1796-1797.
96 Zie § 4.4.3.2.
97 Zie § 4.4.4.2.
98 Zie § 4.4.5.

naast andere factoren als de rechtsontwikkelings- en rechtseenheidsfunctie van de rechtspraak) een belangrijke rol.[99]

Voor de hier besproken vraag – welke betekenis hebben uitspraken van lagere rechters voor andere lagere rechters? – kan bij deze algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging eveneens aansluiting worden gezocht. Het meest in het oog springend lijkt hierbij het gelijkheidsbeginsel te zijn. De eis dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden geldt immers niet slechts binnen de afzonderlijke arrondissementen, maar kan ook voor de rechtspraak als geheel worden gesteld. Hoewel lagere rechters niet in een bepaalde hiërarchische verhouding tot elkaar staan en zij ook overigens onafhankelijk van elkaar zijn, kan het gelijkheidsbeginsel aan deze vrijheid bepaalde grenzen stellen.[100] Dit alles kan tevens worden gezien als een uitvloeisel van de rechtseenheidsgedachte,[101] die onder meer in het instituut van cassatie tot uitdrukking komt: in het gehele land dient ten aanzien van hetzelfde onderwerp hetzelfde recht te gelden.[102] Hoewel de zorg voor de rechtseenheid in de eerste plaats een taak voor de cassatierechter is,[103] ligt hier – zeker op die gebieden waar de cassatierechter verstek moet laten gaan – mijns inziens ook een eigen verantwoordelijkheid bij de lagere rechters.

Het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel spelen in dit verband wellicht een wat minder prominente rol: betoogd zou immers kunnen worden dat een justitiabele niet gerechtvaardigd kan vertrouwen op de uitspraak van een rechter die in casu niet eens (relatief) bevoegd is. Daar staat echter tegenover dat *iedere* rechterlijke uitspraak uit de aard der zaak in zekere mate het vertrouwen wekt dat deze ook in latere gevallen gevolgd zal worden. Naarmate de rechtspraak meer gevestigd is, spreekt dit vertrouwen nog des te sterker.[104]

De algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging wijzen daarmee ook op het niveau van de lagere rechters in de richting van erkenning van een zekere onderlinge gebondenheid aan precedenten. Precedentwerking op dit niveau zou daarom onderbouwd kunnen worden via de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en in iets mindere mate het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel. Het beroep op deze beginselen wint aan kracht naarmate in meer (vergelijkbare) gevallen eenzelfde rechtsoordeel is gegeven. Dan is immers sprake van een toenemend aantal gelijke of althans vergelijkbare gevallen; daarnaast zal een sterker gerechtvaardigd vertrouwen bestaan dat de eerdere uitspraken ook door

99 Zie § 7.5.2.4.
100 Vgl. § 3.2.3.
101 Vgl. Brenninkmeijer 2001b, p. 57-58.
102 Zie over deze 'rechtseenheidsfunctie' van de rechtspraak ook § 7.5.2.3.
103 In deze zin Asser-Vranken 1995, nr. 186, die hieruit echter afleidt dat op het niveau van de lagere rechters geen sprake zou kunnen zijn van onderlinge gebondenheid aan precedenten (zie hierover ook § 7.5.2.3).
104 Vgl. § 7.5.2.4.

(andere) latere rechters gevolgd zullen worden. Aldus valt te verklaren hoe de bindende werking van gelijkluidende uitspraken gradueel in sterkte kan toenemen, zonder dat op enig moment gesproken kan worden van een 'omslagpunt' tussen wel of geen binding.[105]

Terzijde kan nog worden opgemerkt dat ook op dit punt een parallel met het bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur valt te trekken. Eerder werd een dergelijke parallel al getrokken tussen bestuurlijke beleidsregels en de categorie rechtersregelingen die voldoet aan de criteria om te gelden als 'recht' in de zin van art. 79 RO: in beide gevallen leidt de vaststelling van een dergelijke regeling tot een bepaalde, 'voorafgaande', zelfbinding van het bestuur, respectievelijk de rechter, dit op grond van beginselen als het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel.[106]

In gevallen waarin een bestuursorgaan geen beleidsregel heeft vastgesteld, maar wél een bepaald 'beleid' (in de zin van een vaste gedragslijn) volgt, kan het bestuur daaraan eveneens gebonden zijn. Ook dit wordt gebaseerd op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[107] Naar analogie hiermee kan een beroep op vaste rechtspraak in de hier beschreven vorm daarom, zo men wil, ook worden beschouwd als een beroep op 'vast beleid' van rechters.[108]

De hier uiteengezette redenering inzake de betekenis van (vaste) lagere rechtspraak kan worden doorgetrokken naar de situatie waarin in die rechtspraak een bepaalde rechtersregeling wordt toegepast. Een goed voorbeeld hiervan biedt de kantonrechtersformule: deze formule wordt inmiddels (vrijwel) unaniem door de kantonrechters toegepast.[109] Weliswaar moet hierbij aangetekend worden dat door 'terugrekenen' via de C-factor in theorie élke ontbindingsvergoeding als toepassing van de kantonrechtersformule beschouwd zou kunnen worden, maar zelfs indien met deze omstandigheid rekening wordt gehouden kan geconstateerd worden dat inmiddels de overgrote meerderheid van de kantonrechters uitdrukkelijk de kantonrechtersformule toepast bij de berekening van ontbindingsvergoedingen. Daarmee is de in die formule neergelegde rechtsopvatting – inhoudend dat de factoren 'loon' en 'duur van de arbeidsovereenkomst' in beginsel bepalend behoren te zijn voor de toe te

105 Vgl. hetgeen aan het slot van § 8.4.2.1 is opgemerkt ten aanzien van de gebondenheid aan 'vaste rechtspraak'.

106 Zie § 4.4.6.

107 Zie hierover Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 226; De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 65.

108 Zie voor een geval waarin uitdrukkelijk een beroep werd gedaan op 'vast beleid' van de kantonrechters inzake de mogelijkheid tot ontbinding van een huurovereenkomst bij een huurschuld van tenminste 3 maanden Rb. Middelburg 8 augustus 2001, *Prg*. 2001, 5786. Door de rechtbank werd dit beroep verworpen, met de overweging dat een dergelijk beleid in een concrete zaak 'immers' niet bindend is. Gezien hetgeen in deze paragraaf is besproken, is m.i. de vraag of deze overweging in zoverre juist is te achten.

109 Zie bijv. de overzichten van Scholtens 2003a en b en 2004a en b; zie voorts Van der Meer 2003, p. 3.

kennen ontbindingsvergoeding[110] – in een groot aantal uitspraken van kantonrechters als eigen rechtsopvatting overgenomen. Gegeven deze stand van zaken kan nu verdedigd worden dat, op basis van het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, kantonrechters in toekomstige gevallen in sterke mate aan deze formule gebonden zijn te achten. Gezien het grote aantal gevallen dat inmiddels onder de formule is gebracht zal zich immers niet spoedig meer een 'ongelijk' geval voordoen, terwijl voorts gezegd kan worden dat een sterke mate van gerechtvaardigd vertrouwen is ontstaan ten aanzien van de toepassing van deze rechtersregeling. Een rechter die de kantonrechtersformule in een volgend geval buiten toepassing zou willen laten, zal daarvoor dan ook met sterke argumenten moeten komen.[111]

De zaken liggen echter niet altijd zo duidelijk als in dit voorbeeld. Het kan immers ook gebeuren dat door lagere rechters juist tegenstrijdige of tegengestelde uitspraken worden gedaan. Deze situatie doet zich thans bijvoorbeeld voor bij de toepassing van de kantonrechtersformule bij kennelijk onredelijk ontslag. Door verschillende kantonrechters en rechtbanken is inmiddels geoordeeld dat de kantonrechtersformule niet alleen bij de bepaling van ontbindingsvergoedingen, maar ook bij de bepaling van vergoedingen voor kennelijk onredelijk ontslag dient te worden toegepast. De meningen over deze rechtsvraag zijn echter verdeeld; de opvattingen lijken elkaar getalsmatig ongeveer in evenwicht te houden.[112] Ik meen dat een dergelijke stand van zaken eraan in de weg staat, zich met succes erop te beroepen dat op grond van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging een volgende kantonrechter eveneens de kantonrechtersformule bij kennelijk onredelijk ontslag behoort toe te passen. Het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel hebben hier ten aanzien van beide standpunten immers ongeveer hetzelfde gewicht, zodat daaruit geen keuze voor één van de twee mogelijke antwoorden is af te leiden.

Iets soortgelijks geldt voor het rapport Voor-werk II. Voorzover rechtspraak met betrekking tot deze rechtersregeling is gepubliceerd,[113] lijkt daaruit te kunnen worden afgeleid dat de aanbevelingen uit dit rapport op het niveau van de rechtspraak in eerste aanleg breed ingang hebben gevonden.[114] Op

110 Vgl. § 8.2.3.

111 Zie over de mogelijkheid tot afwijking van dergelijke 'vaste rechtspraak' hierna § 8.4.3.

112 Zie hierover Scholtens 2002; zie voorts Van der Meer 2003, p. 6-7.

113 Zie over (ontoereikende) publicatie van rechterlijke uitspraken ook § 8.5.4.

114 Zie bijvoorbeeld: Rb. 's-Hertogenbosch 23 juni 2004, LJN-nr. AP 5823; Ktr. Gouda 17 juni 2004, LJN-nr. AP 5007; Rb. Zutphen 12 mei 2004, LJN-nr. AP 4568; Ktr. Haarlem 11 februari 2004, LJN-nr. AO 7599; Rb. Haarlem 24 maart 2004, LJN-nr. AO 8130; Rb. Arnhem 22 december 2003, LJN-nr. AO 4955; Rb. Maastricht 21 mei 2003, LJN-nr. AF 9038; Rb. Leeuwarden 19 februari 2003, LJN-nr. AF 5089; Ktr. Maastricht 12 februari 2003, LJN-nr. AF 4144; Rb. Zwolle 22 januari 2003, LJN-nr. AF 6175; Rb. Utrecht 3 september 2002, LJN-nr. AE 7119; Rb. Almelo 13 juni 2001, LJN-nr. AB 2180; Rb. Middelburg 11 april 2001, LJN-nr. AB 1815.

het niveau van de hoven zijn de opvattingen daarentegen verdeeld: Voor-werk II wordt zowel toegepast[115] als (soms impliciet) verworpen.[116]

Een belangrijk verschil met de § 8.3 besproken precedentwerking in verticale verhoudingen is dat laatstgenoemde variant reeds kan ontstaan op grond van één enkele uitspraak, hetgeen zich met name zal voordoen bij (principiële) uitspraken van de Hoge Raad.[117] De hier bedoelde precedentwerking op horizontaal niveau vormt zich daarentegen pas na verloop van tijd, en neemt eerst toe in kracht naarmate meerdere uitspraken in dezelfde richting zijn gedaan. De binding aan een dergelijke reeks van uitspraken zal echter juist weer verzwakt kunnen worden indien ook tegengestelde uitspraken worden gedaan door rechters.

Deze wijze van redeneren ten aanzien van precedenten op horizontaal niveau biedt aldus het voordeel dat de (eventuele) bindende werking daarvan inderdaad niet als een kwestie van 'alles of niets' wordt gezien, maar als iets dat in sterkte kan toenemen. Deze vorm van precedentwerking – met aanvankelijk een (zeer) zwakke en eerst later een sterkere betekenis – strookt daardoor ook beter met de argumenten die met recht tegen een 'echte' precedentbinding op horizontaal niveau kunnen worden aangevoerd: het ontbreken van hiërarchische verhoudingen tussen lagere rechters onderling, alsmede het feit dat de rechtsontwikkeling soms erbij gebaat kan zijn wanneer lagere rechters (in elk geval gedurende een zekere tijd) komen tot verschillende oordelen omtrent hetgeen rechtens geldt.[118]

*8.4.2.3 Niet beperkt tot rechtsoordelen maar ook bij 'vaste gedragslijnen' toepasbaar*

In § 8.2.3 is besproken dat precedentwerking in beginsel slechts ziet op de oordelen omtrent het objectieve recht (ook wel aan te duiden als rechtsoordelen, rechtsopvattingen of rechtsbeslissingen) die door de rechter in een uitspraak zijn neergelegd. Wanneer de rechter slechts gebruik maakt van een bepaalde vorm van beleidsruimte waarover hij beschikt, zonder dat daaraan een bepaald rechtsoordeel ten grondslag ligt, leidt dit niet tot een precedent in de gebruikelijke betekenis van het woord. Dit is een situatie die zich ook bij de toepassing van een rechtersregeling soms zal voordoen. Als voorbeeld hiervan kan worden gewezen op de NVvR-alimentatienormen: de toepassing hiervan zal waarschijnlijk doorgaans niet zozeer berusten op het oordeel van de rechter dat deze rechtersregeling de enig juiste rekenmethode inhoudt, als

115 Hof 's-Hertogenbosch 6 april 2004, LJN-nr. AO 9790 en Hof Arnhem 10 februari 2004, *NJF* 2004, 176; zie voorts Hof 's-Hertogenbosch 1 december 1999, *NJ* 2000, 618 m.b.t. de eerste versie van het rapport Voor-werk.

116 Hof Amsterdam 26 februari 2004, *Prg.* 2004, 6215 en Hof Leeuwarden 27 februari 2002, *NJkort* 2002, 21.

117 Zie § 8.3.3.

118 Zie § 7.5.2.3.

wel op overwegingen van praktische aard – bijvoorbeeld dat de rechtbank beschikt over software die specifiek op de alimentatienormen is afgestemd. Een precedent in de gebruikelijke zin zal deze toepassing dan ook niet opleveren.[119]

De vraag is echter of hierover niet anders moet worden geoordeeld indien een of meer rechters deze alimentatienormen – of een andere rechtersregeling – stelselmatig toepassen. Zoals Dubbink reeds in 1980 schreef met betrekking tot de alimentatienormen:

> "Wanneer een rechter negen maal de methode van de werkgroep heeft gevolgd, zal hij de tiende keer niet meer mogen afwijken. Het is een rechtsbeginsel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Natuurlijk is het waar dat het rapport van de werkgroep de afzonderlijke rechter niet bindt, ook niet wanneer een vergadering van rechters met het rapport zou hebben ingestemd. *Maar wie zich gewend heeft de richtlijnen van het rapport toe te passen, is wél gebonden*."[120] [Mijn cursivering – KT]

Inderdaad zou het merkwaardig zijn wanneer een rechter die consequent de NVvR-alimentatienormen toepast, in een volgend geval opeens deze normen buiten toepassing zou kunnen laten, zelfs al was die eerdere toepassing enkel gebaseerd op gemakzucht in plaats van op een rechtsoordeel omtrent de toepasselijkheid van deze rechtersregeling.

De in de vorige paragraaf uiteengezette theorie kan echter ook toepassing vinden in dit soort gevallen, waarin slechts sprake is van louter 'feitelijk' gevolgde (vaste) gedragslijnen bij de invulling van (rechterlijke) beleidsruimte. Anders dan precedentwerking in de gebruikelijke zin, waaraan mede het feit ten grondslag ligt dat door de rechter, ter onderbouwing van de uiteindelijke beslissing, een normatief oordeel is gegeven omtrent hetgeen rechtens geldt, is de hier bedoelde vorm van precedentwerking uitsluitend gebaseerd op algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel. Het valt echter niet in te zien waarom deze fundamentele beginselen bij de invulling van rechterlijke beleidsruimte geen betekenis zouden hebben. Integendeel, de beleidsruimte van de rechter wordt steeds begrensd door het recht, waartoe ook de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging behoren.[121] De wijze waarop rechters met de hun (aanvankelijk) toekomende beleidsruimte omgaan, kan dan ook – via de werking van deze rechtsbeginselen – leiden tot nieuwe grenzen.[122] Een voorbeeld hiervan vormt het eerder besproken arrest Druijff/Bouw,[123] waarin de beslissingen van rechters in vergelijkbare

119 Vgl. § 8.2.3.
120 Dubbink 1980, p. 94.
121 Zie § 4.4.2.4.
122 Ook hier blijkt dat het verschijnsel (rechterlijke) beleidsruimte een dynamische grootheid is, die onder invloed staat van de rechtsontwikkeling (vgl. § 4.4.2.3).
123 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB.

gevallen door de Hoge Raad uitdrukkelijk werden genoemd als factor (ofwel: grens) die de rechter bij de begroting van het smartengeld in acht dient te nemen.

Aldus is ook bij de uitoefening van beleidsruimte een zekere precedentwerking van rechtersregelingen mogelijk te achten. Wanneer een rechtersregeling waarin een bepaalde vorm van beleidsruimte wordt ingevuld, min of meer consequent in rechterlijke uitspraken wordt toegepast, zal die regeling een steeds sterker wordende mate van precedentwerking kunnen verkrijgen. Zoals in de vorige paragraaf al werd aangegeven komt in deze situatie – anders dan in verticale verhoudingen het geval kan zijn – niet reeds binding toe aan één enkele uitspraak, maar ontstaat allengs een toenemende mate van gebondenheid wanneer een reeks van uitspraken in dezelfde lijn wordt gedaan. Dit zou bijvoorbeeld betoogd kunnen worden ten aanzien van de NVvR-alimentatienormen of de diverse liquidatietarieven: rechtersregelingen die zodanig frequent door rechters worden toegepast dat een zekere – of zelfs sterke – precedentwerking daarvan kan worden aangenomen.

Bij het voorgaande moet tot slot erop worden gewezen dat diverse vormen van rechterlijke beleidsruimte ook nog op andere wijze via een rechtersregeling bindend kunnen worden ingevuld. Indien een rechtersregeling op dit gebied immers voldoet aan de criteria uit het rolrichtlijnen-arrest[124] – met name: is vastgesteld door het bevoegde orgaan en behoorlijk bekend is gemaakt – bindt zij de rechter reeds op voorhand, en geheel los van de vraag of de regeling ook door de rechter wordt toegepast.[125] De hier besproken vorm van precedentwerking is dus op het gebied van rechterlijke beleidsruimte vooral van belang voor die rechtersregelingen die (nog) niet aan de criteria uit het rolrichtlijnen-arrest voldoen, zoals bijvoorbeeld de zojuist genoemde alimentatienormen en liquidatietarieven.[126] Ten aanzien van rolreglementen en aanverwante regelingen zal precedentwerking in deze vorm in het algemeen geen rol spelen,[127] aangezien dit bij uitstek de rechtersregelingen zijn die wél op voorhand de rechter kunnen binden.

### 8.4.3 Mogelijkheden tot afwijking

Hoewel de in de voorgaande paragraaf beschreven vorm van horizontale precedentwerking een kwestie van gradaties is en daardoor leidt tot een vrij flexibele vorm van gebondenheid, kan ook hierbij uiteraard de vraag naar afwijking aan de orde komen. Ten aanzien van de mogelijkheden op dit gebied

124 HR 28 juni 1996 (De Nieuwe Woning/Staat), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS, waarover § 4.2.4.
125 Zie hierover hoofdstuk 4, in het bijzonder § 4.4.5.
126 Vgl. § 4.4.4.4.
127 Tenzij het zou gaan om precedenten m.b.t. de *toepassing* van een rolreglement.

kan in de eerste plaats worden verwezen naar hetgeen in § 8.3.5.2 werd behandeld: afwijking – ook van werkelijk gevestigde rechtspraak – is mogelijk in gevallen waarin het volgen daarvan, gelet op de thans geldende opvattingen en omstandigheden, niet langer aanvaardbaar is te achten.

Aangezien precedentwerking op horizontaal niveau, zoals hiervóór omschreven, voornamelijk berust op argumenten die te ontlenen zijn aan het gelijkheidsbeginsel en (in iets mindere mate) aan het vertrouwensbeginsel, zullen eventuele argumenten voor afwijking in het bijzonder in deze sleutel gezet kunnen worden. De rechter zal aldus in zijn uitspraak kunnen aangeven dat en waarom het voorliggende geval geen 'gelijk geval' is in vergelijking met eerdere uitspraken. Zo kan hij beslissen dat de kantonrechtersformule geen toepassing behoort te vinden in gevallen waarin de arbeidsovereenkomst slechts van zeer korte duur is geweest.[128] De situatie waarin slechts een zeer kort dienstverband heeft bestaan, is immers niet zonder meer vergelijkbaar met de 'normale' gevallen waarin een ontbindingsvergoeding volgens de kantonrechtersformule is berekend.[129] Hierbij moet evenwel worden opgemerkt dat naarmate de groep gevallen waarin een bepaalde rechtersregeling reeds is toegepast groter wordt (anders gezegd: hoe meer gevestigd deze toepassing in de rechtspraak is), de kans afneemt dat een nieuw geval met geen enkel eerder geval vergelijkbaar is en op die grond nog van de desbetreffende rechtersregeling kan worden afgeweken.

Tot slot verdient opmerking dat ook in dit verband weer als eis kan worden gesteld, dat afwijkingen van een rechtersregeling waaraan een zekere precedentwaarde toekomt, gemotiveerd worden. Verwezen kan worden naar hetgeen in § 8.3.5.4 is besproken. Daaraan valt voor deze situatie nog toe te voegen dat aan de motivering zwaardere eisen zijn te stellen naarmate de lijn in de eerdere rechtspraak meer gevestigd is, al is het hierbij uiteraard niet mogelijk exact aan te geven aan welke eisen de motivering in een gegeven geval precies dient te voldoen.

### 8.4.4 Conclusies

In deze paragraaf is onderzocht in hoeverre de toepassing van een rechtersregeling in de lagere rechtspraak kan leiden tot een bepaalde mate van gebondenheid daaraan van de lagere rechters onderling. Hierbij is uitgegaan van de

---

128 In deze zin oordeelden bijv. Ktr. Nijmegen 8 december 2000, *NJ* 2001, 244; Ktr. Amsterdam 8 februari 2001, *Prg.* 2001, 5729; Ktr. Rotterdam 31 mei 2001, *JAR* 2001, 165; Ktr. Hoorn 13 februari 2004, *JAR* 2004, 60 en Ktr. Lelystad 1 maart 2004, *JAR* 2004, 91.

129 Dit zou overigens ook gezien kunnen worden als een vorm van '*distinguishing*'. Daaraan ligt immers evenzeer ten grondslag dat de omstandigheden van het voorliggende geval zozeer verschillen van die van het precedent, dat de daarin neergelegde rechtsregel niet verder kan worden doorgetrokken, dan wel in reikwijdte moet worden beperkt (zie hierover § 7.4.4.3).

gedachte dat naarmate een bepaalde lijn in de rechtspraak meer gevestigd raakt, ook op het niveau van lagere rechters onderling een zekere – en steeds toenemende – graad van binding aan die rechtspraak kan ontstaan. Deze gedachte kan onderbouwd worden via de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging, in het bijzonder het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel. Een beroep op deze beginselen wint aan kracht naarmate in meer vergelijkbare gevallen eenzelfde beslissing is gegeven.

Het voordeel van deze wijze om op horizontaal niveau met precedenten en rechtersregelingen om te gaan is dat zij de nodige flexibiliteit biedt. Deze flexibiliteit lijkt ook noodzakelijk omdat juist op horizontaal niveau (anders dan in 'verticale' verhoudingen) het 'autoriteitsargument' geen rol speelt en bovendien de rechtsontwikkeling erbij gebaat kan zijn dat in eerste instantie verschillende oordelen worden gegeven ten aanzien van eenzelfde rechtsvraag.[130] Wanneer reeds de eerste uitspraak van een lagere rechter over een bepaalde kwestie bindend zou zijn voor alle andere lagere rechters is het gevaar van verstarring van het recht niet denkbeeldig.

De hier uiteengezette theorie kan bovendien zowel worden toegepast op de rechtsoordelen of rechtsopvattingen die in een rechterlijke uitspraak zijn neergelegd, als op de daarin louter 'feitelijk' gevolgde gedragslijnen. Dit laatste onderwerp valt buiten de 'klassieke' precedententheorieën, terwijl eigenlijk niet goed valt in te zien waarom de rechter aan 'vast beleid' niet ook tot op zekere hoogte gebonden zou kunnen zijn, in elk geval na verloop van tijd. Ook op dit gebied is overigens enige flexibiliteit noodzakelijk, omdat dit in sommige gevallen juist een belangrijke reden vormt om de rechter beleidsruimte te laten.[131]

Met het voordeel van de flexibiliteit is tevens een belangrijk nadeel genoemd: aan de hier omschreven vorm van precedentwerking is een zekere mate van vaagheid inherent. De mate van binding van de rechter is slechts in termen van meer en minder, dan wel sterk en zwak aan te geven. Hetzelfde geldt ten aanzien van de mogelijkheden tot afwijking. Hoe 'meer' een bepaalde lijn in de rechtspraak gevestigd is, hoe 'sterker' de argumenten zullen moeten zijn om ervan af te mogen wijken. Ook hier kan niet op voorhand exact worden aangegeven welke argumenten in welk geval sterk genoeg zijn of welke mate van motivering afdoende is te achten. Niettemin is van (groot) belang dat ook voor het niveau van de lagere rechters kan worden onderbouwd dat en waarom hun uitspraken een bepaalde betekenis hebben voor andere lagere rechters, zodat een rechter niet geheel voorbij zal mogen gaan aan een rechtersregeling als bijvoorbeeld de kantonrechtersformule, die in constante rechtspraak door andere rechters wordt toegepast.

130 Zie hierover § 7.5.2.3.
131 Vgl. § 4.4.4.3.

## 8.5 TOEPASSING IN DE PRAKTIJK

### 8.5.1 Inleiding

In de voorgaande paragrafen is geconcludeerd dat de toepassing van een rechtersregeling in de rechtspraak zal kunnen leiden tot het ontstaan van een zekere 'precedentbinding' van rechters daaraan. Heeft de Hoge Raad eenmaal een uitspraak gedaan waarbij een rechtsregel is aanvaard die inhoudelijk overeenkomt met een eerdere rechtersregeling, dan zijn zowel de Hoge Raad zelf als de lagere rechters in de toekomst in beginsel daaraan gebonden. Een soortgelijke redenering kan gevolgd worden voor uitspraken van appèlrechters, zij het dat de precedentwaarde daarvan in zoverre geringer is dat hierdoor in beginsel slechts de onder de desbetreffende appèlrechter ressorterende lagere rechters gebonden kunnen worden. Op horizontaal niveau liggen de zaken minder duidelijk. Ook hier kan echter, zo is betoogd, de toepassing van een rechtersregeling door rechters na verloop van tijd ertoe leiden dat ook andere rechters daaraan in zekere mate gebonden zijn.

Tot zover de theorie. Vanuit het perspectief van procespartijen is uiteraard de meest interessante vraag wat hiervan nu de praktische consequenties zijn. Kan (of moet) bijvoorbeeld een beroep worden gedaan op een rechtersregeling die de hier geschetste precedentwaarde heeft? En wat zijn de gevolgen indien een rechter zich niet houdt aan de theoretisch op hem rustende verplichting een bepaalde rechtersregeling toe te passen?

In deze paragraaf wordt ingegaan op een drietal aspecten van dit onderwerp. Ten eerste is er de vraag of, indien geconcludeerd moet worden dat een rechtersregeling die in eerdere uitspraken is toegepast inderdaad een zekere precedentbinding toekomt, de rechter in een later geval deze regeling ook ambtshalve dient toe te passen (§ 8.5.2). Verder zal bezien worden welke mogelijkheden tot controle hoger beroep en cassatie in dit verband bieden (§ 8.5.3). Tot slot komen enige praktische belemmeringen die zich bij een beroep op precedenten kunnen voordoen aan de orde (§ 8.5.4).

### 8.5.2 Ambtshalve toepassing door de rechter?

Ingevolge art. 25 Rv vult de rechter ambtshalve de rechtsgronden aan die niet door partijen zijn aangevoerd.[132] Deze verplichting van de rechter geldt evenwel slechts binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen, behoudens wanneer het gaat om rechtsregels die van 'openbare orde' zijn.[133] In § 6.4.3 is al ingegaan op de vraag of de plicht van de rechter tot ambtshalve toepas-

132 Zie over deze bepaling uitgebreider Vriesendorp 1970 en 1981; Smith 2004; *Burgerlijke Rechtsvordering* (Asser), art. 48 Rv (oud); zie voorts § 6.4.

133 Zie hierover § 6.4.2.

sing ook geldt voor rechtersregelingen die voldoen aan de criteria uit het rolrichtlijnen-arrest. Dit bleek inderdaad het geval te zijn: aangenomen moet worden dat zowel de rechters die een dergelijke regeling mede hebben vastgesteld, als (althans in bepaalde situaties) hogere rechters gehouden zijn de regeling zo nodig ambtshalve toe te passen.

Ten aanzien van rechtersregelingen waaraan, op grond van hun toepassing in rechterlijke uitspraken, een bepaalde precedentbinding toekomt kan eveneens de vraag worden gesteld of de rechter dergelijke regelingen in voorkomend geval ook ambtshalve dient toe te passen. Bij de beantwoording van deze vraag kan tot uitgangspunt worden genomen dat regels van ongeschreven recht, daaronder begrepen regels van jurisprudentierecht, ook vallen onder de rechtsgronden van art. 25 Rv.[134] De 50%- en 100%-regels uit het verkeersaansprakelijkheidsrecht[135] en de 'omkeringsregel' uit het bewijsrecht[136] zijn typische voorbeelden van rechtsregels die in de rechtspraak zijn gevormd, en door de rechter zo nodig ook ambtshalve dienen te worden toegepast.[137]

In beginsel kan met betrekking tot rechtersregelingen die door rechters in hun uitspraken zijn overgenomen hierbij worden aangesloten: de rechter zal een dergelijke rechtersregeling (binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen) eveneens ambtshalve moeten toepassen. Wanneer bijvoorbeeld de Hoge Raad beslist dat een vordering in kort geding kan gelden als 'eis in de hoofdzaak' als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv,[138] is daarmee de eerdere – inhoudelijk gelijkluidende – rechtersregeling 'gepromoveerd' tot een rechtsregel die valt binnen het kader van art. 25 Rv.[139]

Het bijzondere karakter van rechtersregelingen maakt echter enkele kanttekeningen bij het zojuist geformuleerde uitgangspunt van ambtshalve toepassing noodzakelijk. Ten eerste geldt dit uitgangspunt slechts de oordelen omtrent het objectieve recht die, na eerst te zijn neergelegd in een rechtersregeling, door de rechter worden overgenomen. Een rechtersregeling kan evenwel ook betrekking hebben op de invulling van een bepaalde aan de rechter toekomende beleidsruimte, bijvoorbeeld op de oproeping van een schuldenaar alvorens verlof voor conservatoir beslag wordt verleend.[140] De rechter kan, indien een rechtersregeling ter zake is vastgesteld door het bevoegde orgaan en behoorlijk bekendgemaakt is, reeds op voorhand daaraan gebonden zijn, in

134 Vgl. *Burgerlijke Rechtsvordering* (Wesseling-Van Gent), art. 25 Rv, aant. 2.

135 Geïntroduceerd in HR 28 februari 1992 (IZA/Vrerink), *NJ* 1993, 566 m.nt. CJHB, resp. HR 1 juni 1990 (Ingrid Kolkman), *NJ* 1991, 720 m.n.t CJHB.

136 Zie voor de huidige formulering van deze regel HR 29 november 2002 (TFS/NS), *NJ* 2004, 304 m.nt. DA onder *NJ* 2004, 305.

137 Zie aldus m.b.t. de omkeringsregel HR 24 december 1999 (Gouda/Lutz), *NJ* 2000, 428 m.nt. HJS.

138 HR 26 februari 1999 (Ajax/Reule), *NJ* 1999, 717 m.nt. HJS, o.m. besproken in § 8.3.3.

139 Al zou men in dit voorbeeld natuurlijk evenzeer kunnen zeggen dat het hier de wet (art. 700 lid 3 Rv), zoals uitgelegd door de (hoogste) rechter, is die ambtshalve moet worden toegepast.

140 Zie § 4.4.2.2 en § 4.4.2.3.

welk geval hij de regeling ook ambtshalve zal moeten toepassen.[141] Is aan genoemde eisen niet voldaan dan kan niettemin na verloop van tijd een zekere binding ontstaan aan een regeling die regelmatig wordt toegepast in de rechtspraak, en wel op grond van het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel.[142]

De vraag is nu of hierdoor op dezelfde wijze een 'rechtsregel' ontstaat als in het eerstgenoemde voorbeeld. De precedentwerking van een dergelijke rechtersregeling berust immers veeleer op een *feitelijke* situatie dan op het feit dat door een rechter een bepaald *rechtsoordeel* is gegeven. Zeker aanvankelijk gaat het hierbij bovendien om een vrij zwakke vorm van binding.[143] Uit een en ander zou dan ook kunnen worden afgeleid dat een partij die zich op deze wijze op eerdere uitspraken wil beroepen, zelf deze uitspraken zal moeten aanvoeren, dit als uitvloeisel van de normale regels inzake stelplicht en bewijslast (art. 149 en 150 Rv). Anderzijds zou echter ook betoogd kunnen worden dat de werking van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging kan leiden tot een *uit het recht* voortvloeiende grens aan de beleidsruimte van de rechter,[144] en daarmee in elk geval in zoverre tot een rechtsregel die door de rechter ambtshalve kan (en moet) worden toegepast. Het zal waarschijnlijk van de mate van 'gevestigdheid' afhangen of een dergelijke rechtersregeling op een zeker moment inderdaad als rechtsregel kan worden beschouwd.

Een tweede kanttekening kan worden gemaakt ten aanzien van de positie van hogere rechters. Eerder bleek dat een rechtersregeling die nog slechts in de lagere rechtspraak is aanvaard, niettemin voor de lagere rechter zélf een bepaalde mate van precedentbinding zal kunnen opleveren.[145] De hogere rechter is in het algemeen echter niet gebonden aan de rechtsopvattingen van de lagere rechter, ongeacht de vraag of deze nu wel of niet in een rechtersregeling hun neerslag hebben gevonden. Van een verplichting tot ambtshalve toepassing door de hogere rechter kan in dat geval dus geen sprake zijn. Hooguit zou dit anders kunnen liggen in de zojuist genoemde situatie, waarin een bepaalde toepassing van een rechtersregeling tot min of meer 'vast beleid' van lagere rechters is geworden. De wijze waarop de (lagere) rechter van de hem toekomende beleidsruimte gebruik maakt, wordt immers in appèl (soms) en cassatie (altijd) slechts in beperkte mate getoetst.[146] Daarbij is het mogelijk dat de beslissing van de lagere rechter tevens getoetst wordt aan een rechtersregeling waaraan deze laatste gebonden was te achten.[147]

Betoogd is dat aan rechtersregelingen die als recht in de zin van art. 79 RO zijn aan te merken, in een dergelijke situatie door de appèl- of cassatierechter (binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen) ook ambtshalve getoetst

141 Zie § 6.4.3.
142 Zie § 8.4.2.3.
143 Zie § 8.4.2.2.
144 Vgl. § 8.2.3.
145 Zie § 8.4.2.2.
146 Zie § 6.2.3.3 en § 8.3.2.
147 Zie § 6.2.3.3.

dient te worden.[148] In het hier besproken geval van een rechtersregeling die tot 'vast beleid' van lagere rechters is geworden, zou deze verplichting mijns inziens eveneens aangenomen kunnen worden. Een mogelijk (praktisch) bezwaar hierbij is overigens dat een rechtersregeling die voldoet aan de criteria om als recht in de zin van art. 79 RO te kunnen gelden, 'behoorlijk bekendgemaakt' dient te zijn,[149] zodat de hogere rechter in elk geval geacht kan worden hiervan op de hoogte te zijn.[150] Of dit bij (vaste) lagere rechtspraak ook steeds het geval is, kan echter worden betwijfeld.[151]

De vraag naar een eventuele verplichting tot ambtshalve toepassing blijkt aldus niet voor alle situaties even eenvoudig te beantwoorden. Zoals in de volgende paragraaf nog zal blijken gaat het hier echter in zekere zin om een academische kwestie, nu de verplichting van de rechter een rechtersregeling met precedentwerking (al dan niet ambtshalve) toe te passen, hoe dan ook slechts in een beperkt aantal gevallen gesanctioneerd zal kunnen worden.

### 8.5.3 Hoger beroep en cassatie

Het feit dat een rechter in theorie wellicht gebonden is aan een rechtersregeling, biedt nog geen garantie dat hij deze regeling inderdaad zal toepassen. Gewezen kan worden op het in § 8.4.1 aangehaalde voorbeeld van de Sittardse kantonrechter die eenvoudigweg weigerde de kantonrechtersformule toe te passen, terwijl verdedigd kan worden dat hij daartoe, op grond van het feit dat deze regeling door ongeveer alle kantonrechters werd en wordt gehanteerd, wél gehouden was. De voor partijen meest interessante vraag is uiteraard of een dergelijke onjuistheid door het instellen van een rechtsmiddel valt te corrigeren.

In § 6.3 werd deze vraag al besproken voor rechtersregelingen die voldoen aan de criteria om als recht in de zin van art. 79 RO te kunnen gelden. Daarbij bleek onder meer dat juist bij de toepassing van rechtersregelingen een aantal beperkingen bestaat aan de mogelijkheid, de (correcte) toepassing daarvan zo nodig bij een hogere rechter af te dwingen. Aangezien op deze algemene beperkingen in § 6.3.6 al uitgebreider is ingegaan, herhaal ik hier slechts de belangrijkste punten.

Allereerst is, wil men bij een hogere rechter met succes erover kunnen klagen dat een bepaalde rechtersregeling niet is toegepast, uiteraard noodzakelijk dát beroep op een hogere rechter openstaat. Juist op de gebieden waarop rechtersregelingen worden vastgesteld is dit niet per definitie het geval. Een voor de praktijk belangrijk voorbeeld vormt de procedure tot ontbinding van

148 Zie § 6.4.3.3.
149 Zie hierover § 5.3.
150 Zie § 6.4.3.3.
151 Zie hierna § 8.5.4.

een arbeidsovereenkomst, ten aanzien waarvan door de Kring van Kantonrechters enkele 'aanbevelingen' (waaronder de kantonrechtersformule) zijn ontwikkeld. Het appèl- en cassatieverbod van art. 7:685 lid 11 BW staat hier in de weg aan een eventuele controle door een hogere rechter op de toepassing van deze aanbevelingen.[152] Een soortgelijke beperking doet zich voor bij de verlening van verlof voor conservatoir beslag: wordt het verlof verleend dan staat daartegen ingevolge art. 700 lid 2 Rv geen hogere voorziening open. Dit betekent dat wanneer een gerecht een regeling kent op grond waarvan de schuldenaar desverzocht kan worden gehoord (het zogeheten 'grijs' of 'zwart' maken[153]), deze schuldenaar niettemin geen hoger beroep kan instellen indien hij ten onrechte niet zou worden gehoord.[154]

Voor die gevallen waarin wél rechtsmiddelen openstaan, kan aan de hand van enkele voorbeelden worden geschetst hoe de controle door een hogere rechter zou kunnen verlopen. Ten eerste is er de situatie waarin de lagere rechters gebonden zijn aan (een regel uit) een rechtersregeling die door de Hoge Raad is aanvaard. Als voorbeeld hiervan kan wederom de regel uit het arrest Ajax/Reule[155] – een vordering in kort geding kan gelden als 'eis in de hoofdzaak' in de zin van art. 700 lid 3 Rv – worden genoemd. Stel nu dat een rechtbank of hof deze regel niet toepast en een kortgedingvordering níet als eis in de hoofdzaak aanmerkt. Wanneer tegen een dergelijk oordeel (uiteindelijk) beroep in cassatie wordt ingesteld ligt de zaak vrij simpel: de Hoge Raad zal de desbetreffende uitspraak kunnen vernietigen, tenzij hij zelf bij die gelegenheid terug zou komen op zijn eerdere rechtspraak.

Het is echter ook mogelijk dat een bepaalde rechtsopvatting (neergelegd in een rechtersregeling van de lagere rechters) niet in uitspraken van de appèl- of cassatierechter is aanvaard om de eenvoudige reden dat deze hogere rechters nog niet de gelegenheid hebben gehad zich over de bewuste kwestie uit te

152 Zoals besproken in § 6.3.6.3 levert het enkele feit dat de aanbevelingen niet zijn toegepast, naar alle waarschijnlijkheid geen grond op voor doorbreking van dit rechtsmiddelenverbod.

153 Zie hierover § 2.3.

154 De schuldenaar kan in dat geval wél in kort geding opheffing van het beslag vorderen (art. 705 Rv), zodat langs die weg doorgaans hetzelfde resultaat verkregen zal kunnen worden als met een beroep op de rechtersregeling in appèl. Vgl. in dit verband Pres. Rb. Amsterdam 28 november 1998, *KG* 1998, 19, die een in Amsterdam verleend verlof voor conservatoir beslag op een onroerende zaak in het arrondissement Utrecht ophief op de grond dat in een aantal arrondissementen de mogelijkheid tot 'grijs maken' van een beslag bestaat. Dit brengt mee dat de (aspirant-)beslagene ervan moet kunnen uitgaan dat beslagverlof bij de door de wet als relatief bevoegd aangewezen president wordt gevraagd. Zie in min of meer tegengestelde zin ook Hof Amsterdam 23 januari 2003, *JBPr* 2003, 29 m.nt. A.W. Jongbloed, waarin de beslagene zich zonder succes beriep op de relatieve onbevoegdheid van de rechter te Amsterdam, op de grond dat door de mogelijkheid tot 'zwart maken' van het beslag in het arrondissement Groningen het vertrouwen zou zijn gewekt dat hij voorafgaand aan de verlofverlening gehoord zou worden.

155 HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 717 m.nt. HJS, besproken in § 8.3.3.

spreken.[156] Zoals werd betoogd in § 8.4.2.2 bestaat nu niettemin de mogelijkheid dat de toepassing van de desbetreffende regeling in lagere rechtspraak er – via de werking van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging – toe leidt dat in elk geval de lagere rechters zélf daaraan tot op zekere hoogte gebonden zijn te achten. Wanneer nu echter één der lagere rechters zich hieraan niet conformeert en vervolgens tegen zijn uitspraak hoger beroep of cassatie wordt ingesteld, staat het de hogere rechter steeds vrij, anders te oordelen over de voorliggende rechtsvraag. Dit betekent dat een verplichting van lagere rechters om tot op zekere hoogte met de uitspraken van andere lagere rechters rekening te houden, niet afdwingbaar is via het instellen van een rechtsmiddel (tenzij de hogere rechter zich bij die gelegenheid juist aansluit bij de lagere rechtspraak). Zo erg als het wellicht lijkt is dit overigens niet: in het geval waarin een rechtersregeling weliswaar door lagere rechters wordt toegepast, maar die regeling achteraf als rechtens onjuist blijkt te worden beoordeeld, kan men er moeilijk bezwaar tegen hebben dat een lagere rechter zelf zich er ook niet aan heeft gehouden.

Een verdere mogelijkheid tot controle door een hogere rechter zou kunnen lopen via de band van motiveringseisen. Indien aan een rechtersregeling een bepaalde precedentwaarde toekomt, dient een rechter die niettemin van de regeling zou willen afwijken dit immers te motiveren, zo werd aangenomen.[157] Met name in cassatie bestaat de mogelijkheid om over de schending van dergelijke motiveringseisen met succes te klagen.[158]

Een probleem hierbij is echter dat het negeren van eventuele motiveringseisen voor de afwijking van, of het terugkomen op, een bepaalde rechtsregel in het algemeen geen zelfstandige grond voor vernietiging door de cassatierechter zal opleveren. Het is immers van tweeën één: ofwel de door de (feiten)rechter gehanteerde afwijkende rechtsopvatting wordt door de Hoge Raad rechtens juist geacht, maar in dat geval doet een eventuele ontoereikende motivering er niet meer toe; ofwel de afwijkende rechtsopvatting wordt onjuist geacht, in welk geval echter reeds op die grond vernietiging zal kunnen volgen. Partijen hebben in cassatie derhalve geen belang bij klachten over een onvoldoende motivering van de afwijking van geldend jurisprudentierecht, indien de beslissing uiteindelijk toch rechtens juist blijkt te zijn.[159]

Een uitzondering op het voorgaande zou evenwel aanwezig kunnen zijn indien het gaat om een rechtersregeling ter invulling van beleidsruimte, die

156 Zodat de rechtersregeling evenmin door een hogere rechter is *verworpen* (zou dit wel het geval zijn, dan kan van binding daaraan überhaupt niet meer worden gesproken).
157 Zie § 7.5.4 en § 8.3.5.4.
158 Zie hierover § 6.3.2.2.
159 Om deze reden kan een rechtsoordeel in cassatie niet met een motiveringsklacht worden bestreden; zie Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 117.

in (vaste) lagere rechtspraak wordt gehanteerd.[160] De cassatierechter toetst de uitoefening van beleidsruimte door de feitenrechter immers slechts 'marginaal'[161] en daarbij zouden motiveringseisen eventueel wél een zelfstandige rol kunnen spelen. Ten eerste is voorstelbaar dat het niet volgen van een vaste gedragslijn door de lagere rechter, zonder dat dit toereikend wordt gemotiveerd, in cassatie als 'onbegrijpelijk' wordt beoordeeld. Een andere mogelijkheid is dat een uitdrukkelijk en onderbouwd beroep op een rechtersregeling met 'precedentwaarde' wordt beschouwd als een essentiële stelling, die de rechter niet ongemotiveerd mag passeren.[162]

### 8.5.4 Praktische belemmeringen

Een beroep op precedenten door een procespartij moet niet alleen theoretisch, maar ook praktisch mogelijk zijn. In de huidige praktijk lijkt op dit vlak tenminste een tweetal knelpunten aanwezig te zijn. Ten eerste worden de uitspraken waarin rechtersregelingen worden toegepast (hoogstwaarschijnlijk) veelal niet gepubliceerd; daarnaast kan een rechtersregeling ook in uitspraken worden toegepast zónder dat uitdrukkelijk naar die regeling wordt verwezen. In hoeverre wordt hierdoor de mogelijkheid tot precedentwerking van rechtersregelingen beïnvloed?

De publicatie van een rechterlijke uitspraak is, in elk geval theoretisch bezien, geen noodzakelijke voorwaarde om een bepaalde precedentbinding aan die uitspraak toe te kennen.[163] De argumenten voor het aannemen daarvan gaan immers vrijwel alle ook op met betrekking tot ongepubliceerde uitspraken. Alleen het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel zal in dat geval een minder sterke rol spelen, al zijn ook ongepubliceerde uitspraken openbaar en kan daarvan bij de griffier van het desbetreffende gerecht een afschrift worden opgevraagd.[164]

In praktische zin is de publicatie van uitspraken uiteraard wél een belangrijke voorwaarde om daarop in latere gevallen een beroep te kunnen doen: ongepubliceerde uitspraken zijn zowel voor de rechter als voor partijen in veel gevallen niet werkelijk kenbaar. Problematisch is in dit verband met name

160 Als gevolg van een dergelijke (constante) toepassing kan immers een zekere binding van rechters aan de regeling worden aangenomen (zie § 8.4.2.3).

161 Zie § 4.4.2.5.

162 Vgl. in deze zin ook Snijders 2001, p. 28; zie voorts § 6.3.5.

163 Aldus geldt in Engeland nog steeds de regel dat ook een ongepubliceerde uitspraak als (bindend) precedent kan worden aangevoerd, mits bepaalde daartoe bevoegde personen voor de juistheid daarvan instaan (zie hierover Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 523-524; zie voorts de *Courts and Legal Services Act 1990*, s. 115). Aan het citeren van (zowel gepubliceerde als ongepubliceerde) uitspraken zijn echter wel enige grenzen gesteld door de *Practice Direction (Citation of Authorities)*, [2001] 1 WLR 2001.

164 Zie art. 28 lid 2 Rv.

het feit dat de lagere rechtspraak (nog) niet op grote schaal wordt gepubliceerd. Zo vinden in Nederland per jaar doorgaans zo'n 30.000 tot 50.000 procedures tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst plaats,[165] waarvan (naar alle waarschijnlijkheid) in vele gevallen de kantonrechtersformule wordt toegepast. Het totaal aantal in tijdschriften[166] gepubliceerde uitspraken schommelt jaarlijks echter rond de honderd.[167] Slechts een fractie van de uitspraken wordt dus gepubliceerd; waarschijnlijk zijn dit niet eens de standaardzaken maar juist de uitschieters naar boven of naar beneden. Als gevolg hiervan is het zeer moeilijk een goed beeld ervan te krijgen hoe het werkelijk staat met de toepassing van de kantonrechtersformule in de rechtspraak.

Een tweede mogelijke belemmering is hierin gelegen dat in veel gevallen rechters een bepaalde rechtersregeling (waarschijnlijk) wel volgen, maar niet met zoveel woorden naar die regeling verwijzen. Soms zal het evident zijn dat inderdaad van toepassing c.q. aanvaarding van een rechtersregeling sprake is. Sprekend voorbeeld is ook hier het arrest Ajax/Reule:[168] in dit geval was er geen redelijke twijfel mogelijk over de vraag of de opvatting van de Hoge Raad overeenstemde met de eerdere rechtersregeling van de rechtbankpresidenten.

Meestal is deze vraag echter minder eenvoudig te beantwoorden. Wat bijvoorbeeld te denken van een uitspraak van de Hoge Raad inzake de weigering van schuldsanering bij niet te goeder trouw ontstane schulden (art. 288 lid 2 sub b Fw)?[169] In deze zaak ging het om een verzoek tot schuldsanering, dat door rechtbank en hof was afgewezen op de grond dat de (meer dan zes jaar vóór het verzoek ontstane) schulden uit bijstandsfraude niet te goeder trouw waren ontstaan. De Hoge Raad besliste echter dat de rechter bij de toepassing van de facultatieve afwijzingsgronden van art. 288 lid 2 Fw rekening moet houden met 'alle omstandigheden van het geval'. Nu het hof voorbij was gegaan aan de door verzoeker aangevoerde omstandigheden, waaronder het tijdsverloop sinds het ontstaan van de fraudeschulden, werd de aangevallen uitspraak vernietigd.

Wat betekent deze uitspraak van de Hoge Raad nu voor de 'Aanbevelingen tot de toepassing van de Wet schuldsanering natuurlijke personen' van de rechters-commissarissen in faillissementen (Recofa)?[170] Eén van deze aanbevelingen luidt immers:

---

165 Gegevens Centraal Bureau voor de Statistiek (www.cbs.nl).

166 Voorzover via internet op uitgebreidere schaal publicatie plaatsvindt (bijvoorbeeld via de algemene website van de rechterlijke macht, www.rechtspraak.nl) zijn deze uitspraken zonder goed zoek- en signaleringssysteem nog steeds niet werkelijk toegankelijk.

167 Gegevens ontleend aan Scholtens. 2003a, p. 3 en Scholtens 2004a, p. 5.

168 HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 717 m.nt. HJS.

169 HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 567 m.nt. PvS.

170 Zie over deze rechtersregeling § 2.8.

> "Niet te goeder trouw zijn in elk geval de schulden uit misdrijf, waaronder met name zijn te noemen de ontnemingsvorderingen, sociale-zekerheids- en belastingfraudes alsmede boetes en schadevergoedingen in verband met misdrijven. Niettemin kan een schuldenaar met succes verzoeken om toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling, indien zekere tijd is verstreken na ontdekking van het misdrijf. Uitgangspunt is daarbij een termijn van vijf jaar na ontdekking van het misdrijf."

Eén mogelijkheid is dat deze aanbeveling in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad onjuist moet worden geacht: de formulering dat 'in elk geval' de schulden uit misdrijf als niet te goeder trouw worden beschouwd is wellicht te kort door de bocht, nu de rechter van de Hoge Raad juist rekening moet houden met *alle* omstandigheden van het geval.[171] De uitspraak van de Hoge Raad zou daarentegen ook een ondersteuning van de Recofa-aanbeveling kunnen inhouden: de uitspraak van het hof werd immers vernietigd omdat het hof geen rekening had gehouden met de aangevoerde bijzondere omstandigheden van het geval, waaronder het tijdsverloop van meer dan vijf jaar sinds het ontstaan van de fraudeschulden. Een dergelijk tijdsverloop is juist een omstandigheid die ook volgens de aanbeveling ertoe kan leiden dat een schuldenaar, ondanks het ontbreken van goede trouw ten aanzien van het ontstaan van de schulden, toch tot de schuldsaneringsregeling kan worden toegelaten.

Nu de Hoge Raad in zijn uitspraak niet met zoveel woorden naar de Recofa-aanbevelingen verwijst, is het lastig te bepalen hoe zijn oordeel daarover precies luidt. Meer in het algemeen is het, teneinde de precedentwaarde van een rechtersregeling te kunnen vaststellen, doorgaans noodzakelijk dat rechters die een zodanige regeling toepassen, dit ook uitdrukkelijk doen. Zolang dit niet gebeurt, ligt ook hier een (groot) praktisch obstakel.

### 8.5.5 Conclusies

De verschillende varianten van precedentbinding aan een rechtersregeling blijken in zoverre weinig 'hard' te zijn dat de partijen in een procedure er lang niet altijd met succes een beroep op zullen kunnen doen. Een eerste belemmering, van voornamelijk praktische aard, is gelegen in de (vaak nog ontoereikende) beschikbaarheid van rechterlijke uitspraken: vooral de uitspraken van lagere rechters worden in veel gevallen niet, of althans niet op werkelijk toegankelijke wijze, gepubliceerd. Daar komt bij dat de toepassing van een rechtersregeling in uitspraken lang niet altijd met zoveel woorden geschiedt. Dit alles maakt een beroep op precedenten ter zake zowel voor partijen als voor de rechter in veel gevallen lastig, niettegenstaande het feit dat de rechter

171 Vgl. Lankhorst 2001, p. 235.

theoretisch bezien een rechtersregeling met precedentwaarde soms ook ambtshalve zal moeten toepassen.

Belangrijker nog is het feit dat 'controle' door de hogere rechter op de toepassing van dergelijke rechtersregelingen in veel gevallen niet aanwezig zal zijn. Hogere rechters zijn immers niet gebonden aan de rechtsopvattingen van een lagere rechter. Als gevolg hiervan zal bovendien de enkele niet-naleving van motiveringseisen voor afwijking doorgaans niet voldoende zijn voor vernietiging in hoger beroep of cassatie. Zelfs wanneer, zoals in dit hoofdstuk is betoogd, in bepaalde gevallen de rechter via precedentwerking aan een rechtersregeling gebonden kan worden geacht, is deze gebondenheid aldus vaak louter theoretisch van aard. Daarmee is zij overigens nog niet afwezig: van de rechter mag immers verwacht worden dat hij conform het recht oordeelt, ook als controle- of sanctiemogelijkheden ter zake ontbreken.[172]

## 8.6 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre de toepassing van een rechtersregeling in de rechtspraak[173] kan leiden tot het ontstaan van een zekere 'precedentwerking' van die regeling. Twee wegen waarlangs een zodanige werking kan ontstaan zijn in kaart gebracht. De eerste route ligt eigenlijk tamelijk voor de hand en loopt via de uitspraken van hogere rechters: wanneer de Hoge Raad in een uitspraak een rechtsregel aanvaardt die inhoudelijk overeenkomt met een eerdere rechtersregeling, dan zijn zowel de Hoge Raad zelf als de lagere rechters in de toekomst in beginsel aan die rechtsregel gebonden. De verhouding tussen appèlrechters en rechters in eerste aanleg kan naar analogie hiermee worden ingevuld, zij het dat de precedentwaarde van een appèluitspraak in zoverre geringer is dat hierdoor in beginsel slechts de onder de desbetreffende appèlrechters ressorterende lagere rechters gebonden worden. Meer in het algemeen leidt de toepassing van een rechtersregeling niet tot een onverkorte binding: evenals van 'gewone' precedenten kan ook van een (in de rechtspraak aanvaarde) rechtersregeling in bepaalde gevallen weer worden afgeweken.

Naast deze binding in verticale zin valt ook op horizontaal niveau – waar het bij rechtersregelingen in de praktijk vaak om gaat – een zekere gebondenheid van lagere rechters aan elkaars uitspraken te onderbouwen. Aangezien een binding aan precedenten op dit niveau nog niet tot ontwikkeling lijkt te zijn gekomen, maar wél (althans tot op zekere hoogte) wenselijk is, is een

172 Vgl. Drion 1950, p. 30.

173 Hetgeen hieromtrent is gezegd zal in het algemeen van overeenkomstige toepassing zijn indien een rechtersregeling is gebaseerd op reeds eerder gedane uitspraken. Aangezien deze situatie zich in de praktijk slechts zelden lijkt voor te doen (zie § 8.1), is daarop in dit hoofdstuk niet afzonderlijk ingegaan.

theorie uiteengezet waarmee deze leemte kan worden ingevuld. Daartoe is uitgegaan van de gedachte dat naarmate een bepaalde lijn in de rechtspraak meer gevestigd raakt, ook op het niveau van lagere rechters onderling een zekere – en steeds toenemende – graad van binding aan die rechtspraak kan ontstaan. Deze gedachte bleek gefundeerd te kunnen worden via de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging, in het bijzonder het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel: een beroep op deze beginselen wint aan kracht naarmate in meer vergelijkbare gevallen eenzelfde beslissing is gegeven. De precedentwerking die aldus kan ontstaan is echter (nog) flexibeler van karakter dan de binding aan 'verticale' precedenten.

Voor partijen zal het slechts in weinig gevallen mogelijk zijn zich met succes erop te beroepen dat een rechtersregeling moet worden toegepast, *uitsluitend* op grond van het feit dat deze regeling een bepaalde precedentwaarde heeft verkregen. Een hogere rechter kan de rechtsopvattingen van lagere rechters 'overrulen', ook in situaties waarin de lagere rechter zélf daaraan in beginsel gebonden was te achten. Het enkele feit dat de niet-toepassing of afwijking van een rechtersregeling onvoldoende of onbegrijpelijk wordt gemotiveerd door de rechter, kent doorgaans niet een zelfstandige sanctie in de vorm van vernietiging van de desbetreffende uitspraak. Het beroep op, en daarmee de toepassing van, precedenten waarin een rechtersregeling wordt toegepast wordt voorts bemoeilijkt door enige belemmeringen van praktische aard, waarvan met name het gebrek aan (toegankelijke) publicatie van de lagere rechtspraak kan worden genoemd.

De mogelijkheid tot precedentwerking van rechtersregelingen, die tot gevolg heeft dat een aanvankelijk niet-bindende regeling 'achteraf' toch een bepaalde juridische betekenis kan verkrijgen, heeft dus tot op zekere hoogte een theoretisch karakter. Niettemin vormt zij een belangrijk complement aan de mogelijkheid tot 'voorafgaande' zelfbinding van rechters aan een rechtersregeling, die in de hoofdstukken 4 tot en met 6 aan de orde kwam. Precedentwerking ziet immers met name op oordelen van de rechter omtrent het objectieve recht (rechtsoordelen of rechtsopvattingen), ten aanzien waarvan een voorafgaande binding juist op bezwaren stuit.[174] Rechtsopvattingen die zijn neergelegd in een aanvankelijk niet-bindende rechtersregeling, kunnen aldus via 'doorwerking' daarvan in rechterlijke uitspraken alsnog (een zekere) bindende werking verkrijgen. Hetzelfde geldt voor rechtersregelingen als de kantonrechtersformule, de NVvR-alimentatienormen of de diverse liquidatietarieven, die (thans) niet voldoen aan de criteria om te gelden als 'recht' in de zin van art. 79 RO maar die wél in constante rechtspraak worden toegepast.

174 Zie § 4.5.5.

# 9 Afsluitende opmerkingen

## 9.1 INLEIDING

Dat de rechter, zeker de burgerlijke rechter, een belangrijke rechtsvormende taak vervult was reeds geruime tijd bekend.[1] Relatief nieuw is dat rechters tegenwoordig ook *buiten* het kader van de beslechting van concrete geschillen regels opstellen: 'rechtersregelingen'. Hieronder zijn te verstaan regels die door een of meer rechters zijn vastgesteld teneinde de beslissingsruimte waarover de rechter ten aanzien van een bepaald onderwerp beschikt nader in te vullen, maar die niet zijn gevormd via een rechterlijke uitspraak. In dit boek is onderzocht welke juridische betekenis (of anders gezegd: bindende werking) deze rechtersregelingen hebben en hoe deze theoretisch kan worden onderbouwd.

Rechtersregelingen zijn afkomstig van rechters en berusten dus niet op enige wetgevende bevoegdheid. Twee wegen via welke een rechtersregeling niettemin een bepaalde juridische betekenis kan verkrijgen zijn in het voorgaande in kaart gebracht. In de eerste plaats is er de door de Hoge Raad aanvaarde mogelijkheid dat een rechtersregeling 'recht' in de zin van art. 79 RO vormt. Rechtersregelingen die tot deze categorie behoren berusten op 'zelfbinding' door rechters, die te vergelijken is met de wijze waarop bestuursorganen zich aan hun (eigen) beleidsregels kunnen binden.[2] De vaststelling van een rechtersregeling omtrent de invulling van de hun toekomende beslissingsruimte leidt ertoe dat de betrokken rechters vervolgens (althans in beginsel) aan de desbetreffende regeling gebonden zijn. Deze binding ontstaat via de werking van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging als het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel. Belangrijk is dat de binding aan dit type rechtersregeling een *voorafgaande* binding is, die reeds ontstaat op het moment van vaststelling en bekendmaking van de regeling. Het gaat hierbij om een vrij sterke binding, al bestaat steeds de mogelijkheid tot afwijking van de regeling in bijzondere gevallen.[3]

Een tweede mogelijkheid is dat een rechtersregeling een bepaalde bindende werking kan verkrijgen via 'doorwerking' daarvan in rechterlijke uitspraken. Naar huidig recht geldt immers dat aan rechterlijke uitspraken – precedenten – in latere gevallen een meer of minder sterke bindende werking (precedentwer-

1 Zie § 3.3.2.2.
2 Zie hierover hoofdstuk 4.
3 Zie hierover § 6.2.2.

king) kan toekomen.[4] Dit geldt niet slechts voor de uitspraken van een hogere of de hoogste rechter; ook op het niveau van lagere rechters onderling valt een zekere gebondenheid van rechters aan elkaars uitspraken te onderbouwen.[5] Wanneer nu in die uitspraken een bepaalde rechtersregeling wordt toegepast, deelt de rechtersregeling in de precedentwaarde van de desbetreffende uitspraak. De bindende werking van een dergelijke 'rechtersregeling met precedentwaarde' is daarmee variabel: zij is afhankelijk van de bindende werking die toekomt aan de rechterlijke uitspraak (of uitspraken) waarin de regeling is toegepast, en kan dus meer of minder sterk zijn. Het gaat hierbij bovendien niet om voorafgaande gebondenheid, maar juist om binding 'achteraf': pas ná toepassing van een rechtersregeling in een of meer rechterlijke uitspraken, kan gesproken worden van 'precedentwerking' van die regeling.

## 9.2 De rechtersregeling als rechtsregel

De rechtersregeling is een rechtsfiguur met een hybride karakter. Enerzijds vertonen rechtersregelingen kenmerken van wettelijke regels: zij zijn in algemene termen (en veelal artikelsgewijs) geformuleerd en worden bijvoorbeeld via media als de Staatscourant bekendgemaakt, soms zelfs voorzien van een datum van 'inwerkingtreding'. Echte wettelijke regels zijn het evenwel niet, nu rechters immers niet beschikken over wetgevende bevoegdheden. Anderzijds vertonen rechtersregelingen gelijkenissen met 'rechtersrecht': zij worden immers door rechters vastgesteld. Anders dan de in rechterlijke uitspraken gevormde regels, zijn rechtersregelingen echter juist niet gevormd via de beslissing in een concrete zaak.

Dit hybride karakter (geen echte wetgeving, maar ook geen echt jurisprudentierecht) komt tot uiting wanneer getracht wordt de rechtersregeling in te passen in het bestaande systeem van rechtsregels. Deze inpassing kan, zoals opgemerkt in de vorige paragraaf, op twee wijzen geschieden. Aangesloten kan in de eerste plaats worden bij de beleidsregel uit het bestuursrecht (waarbij het eveneens gaat om 'zelfbinding' door organen zonder wetgevende bevoegdheden). De nadruk ligt dan op het karakter van de rechtersregeling als *algemene regel*, die direct na haar vaststelling en bekendmaking tot binding van de betrokken rechters kan leiden. In de tweede plaats kan worden aangeknoopt bij jurisprudentierecht, ofwel precedenten. In dat geval ligt het accent veeleer op het feit dat een rechtersregeling gevormd is *door rechters*.

Ik heb betoogd dat hierbij als afbakening kan worden aangehouden dat de voorafgaande zelfbinding van het eerste type rechtersregeling vooral geschikt is voor de invulling van rechterlijke 'beleidsruimte': gevallen waarin het objectieve recht de rechter de keuze laat uit meerdere alternatieven. De

4 Zie hierover hoofdstuk 7, in het bijzonder § 7.5.
5 Zie hierover § 8.4.

gebondenheid 'achteraf' die ontstaat via precedentwerking is juist beter geschikt voor gevallen van 'interpretatieruimte', waarbij het gaat om de vaststelling van de precieze inhoud van het objectieve recht.[6] De twee mogelijke grondslagen voor de bindende werking van rechtersregelingen vormen aldus in zekere zin elkaars complement.[7]

De achtergrond van deze afbakening is in de eerste plaats gelegen in de principiële grenzen die (nog steeds) bestaan tussen de rechtsprekende en de wetgevende functie. Weliswaar vervult de rechter tegenwoordig naast de wetgever een belangrijke rechtsvormende taak; de rechter beschikt hierbij echter niet over dezelfde democratische legitimatie als de wetgever. De legitimatie van rechtsvorming door de rechter is veeleer gelegen in de band met de beslechting van het concrete geschil, waarbij de rechter als onafhankelijke en onpartijdige beslisser optreedt in een met waarborgen omklede procedure, en hij in dat kader tot de vorming van rechtsregels kan én mag komen.[8] Doorbreking van deze band – zoals bijvoorbeeld zou plaatsvinden wanneer een vergadering van rechtbankpresidenten bindend zou kunnen vaststellen wat als 'eis in de hoofdzaak' in de zin van art. 700 lid 3 Rv heeft te gelden – zou ertoe leiden dat de essentie van de rechtsprekende functie te zeer wordt aangetast. Rechterlijke zelfbinding kan niet zó ver gaan dat de rechter zich daarmee op voorhand de mogelijkheid kan ontnemen om uiteindelijk, in het kader van een concreet geschil, een bepaalde rechtsvraag nog te beantwoorden. Dit ligt anders wanneer het niet gaat om de vorming van regels van objectief recht maar om 'beleid' (de invulling van de keuzeruimte die het objectieve recht overlaat aan de rechter), dat wordt neergelegd in een rechtersregeling.[9]

In de tweede plaats speelt bij de gekozen afbakening de verhouding tussen lagere rechters (die meestal degenen zijn die rechtersregelingen vaststellen) en de hogere, dan wel de hoogste rechter een rol. Een hogere rechter is niet gebonden aan de rechtsopvattingen van lagere rechters, ook niet wanneer deze in een rechtersregeling zijn neergelegd. De hogere rechter kan zijn eigen rechtsopvatting voor die van de lagere rechter in de plaats stellen, en aldus ook een rechtersregeling op haar inhoudelijke merites controleren. Hoewel dus de vaststelling van 'wetsinterpreterende' rechtersregelingen geoorloofd is,[10] hebben zij uit de aard der zaak een andere, want voorlopiger, status dan andere rechtersregelingen.

Rechtersregelingen zijn aldus ondergeschikt aan het recht dat afkomstig is van de wetgever én aan de in de jurisprudentie (met name die van de hoogste rechter) gevormde rechtsregels. Daarmee zijn rechtersregelingen, althans in bepaalde gevallen, (inderdaad) te beschouwen als rechtsregels – dat

6 Zie § 4.5.
7 Zie § 8.7.
8 Zie § 3.3.3.4.
9 Zie § 4.5.4 en § 4.5.5.
10 Zie § 4.5.2.

wil zeggen regels met een algemene strekking, waaraan een bepaalde bindende werking kan toekomen –, maar dan wel als een bijzonder type rechtsregels. Rechtersregelingen zijn rechtsregels van een 'lagere orde', die dienen te blijven binnen de grenzen van hetgeen wetten, verdragen, jurisprudentierecht en (overig) ongeschreven recht de rechter aan beslissingsruimte bieden.[11] Aan deze grenzen kan een rechtersregeling (dan wel een beslissing van de rechter die is gebaseerd op een rechtersregeling) in voorkomend geval dan ook worden getoetst. Bovendien is de bindende werking, indien aanwezig, van een rechtersregeling niet onbeperkt, aangezien afwijking van een rechtersregeling in bepaalde gevallen mogelijk is. Soms is deze bindende werking zelfs vrij zwak te noemen, bijvoorbeeld wanneer een (niet 'vooraf' bindende) rechtersregeling nog slechts in een klein aantal uitspraken van lagere rechters is overgenomen.[12]

## 9.3 Mogelijkheden en onmogelijkheden

Rechtersregelingen dienen ertoe de (soms aanzienlijke) beslissingsruimte waarover de rechter in bepaalde gevallen beschikt, nader te normeren. Deze normering wordt gerechtvaardigd (men kan zelfs zeggen: geëist) door algemene rechtsbeginselen als het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Dergelijke beginselen zijn immers ook voor het optreden van de rechter van fundamentele betekenis. Wanneer rechters beschikken over veel beslissingsruimte dienen zij, teneinde de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid voor justitiabelen zo veel mogelijk te waarborgen, te streven naar een consistente invulling daarvan. Deze invulling kan bijvoorbeeld geschieden via de vaststelling van een rechtersregeling.[13]

Daarnaast is een rechtersregeling in meerdere opzichten flexibel van aard. Het wijzigen van een rechtersregeling is in het algemeen eenvoudiger (en dus minder tijdrovend) dan het wijzigen van een wet. Voorts draagt een rechtersregeling, zelfs wanneer deze in beginsel bindend is voor de betrokken rechters, altijd de mogelijkheid tot afwijking in het concrete geval in zich, zodat de mogelijkheid blijft bestaan voor de rechter om recht te doen aan de bijzondere omstandigheden van het individuele geval.[14] Het gebruik van een rechtersregeling, als instrument voor (nadere) invulling van het recht, biedt aldus zekere voordelen: de beslissingsruimte van de rechter wordt verkleind (waardoor rechtsgelijkheid en rechtszekerheid voor justitiabelen kunnen worden vergroot), maar deze invulling is niet zó rigide dat daardoor geen rekening meer zou kunnen worden gehouden met de bijzonderheden van het geval.

11 Zie § 4.4.4.3.
12 Vgl. § 8.4.2.2.
13 Zie § 4.4.3.2.
14 Zie § 4.4.5.3.

De rechtersregeling kent echter ook haar natuurlijke grenzen. Deze worden in de eerste plaats gevormd door 'hogere' rechtsregels: wetten en verdragen, maar bijvoorbeeld ook regels die in jurisprudentie van de hoogste rechter zijn gevormd. De bindende werking van rechtersregelingen, indien deze überhaupt aanwezig is, is minder sterk dan die van (bijvoorbeeld) wettelijke regels, en is bovendien lang niet altijd 'afdwingbaar' voor partijen in die zin dat zij zich in een procedure met succes op een rechtersregeling zouden kunnen beroepen.[15]

Gezien deze grenzen kan de vraag worden opgeworpen of, en zo ja, in hoeverre de rechtersregeling eigenlijk een geschikt instrument is voor (nadere) regelgeving, naast reeds bestaande instrumenten als de vaststelling van regels door de wetgever of rechtsontwikkeling via jurisprudentie. Ik meen dat de rechtersregeling hiervoor inderdaad bruikbaar kan zijn. In het bijzonder geldt dit voor gevallen die een of meer van de volgende kenmerken hebben: (a) het geldende recht laat veel beslissingsruimte aan de rechter over; (b) het gaat om een (rechts)vraag of een situatie die zich in de praktijk veelvuldig voordoet; (c) invulling van de bestaande beslissingsruimte via jurisprudentie is niet (snel) te verwachten (bijvoorbeeld omdat het gaat om een onderwerp waarbij toetsing door de hoogste rechter niet of slechts in beperkte mate plaatsvindt, of omdat sprake is van nieuwe wetgeving die meteen in een groot aantal gevallen moet worden toegepast); (d) invulling door de wetgever is niet (snel) te verwachten. Die gevallen zijn niet zeldzaam. Zo is het burgerlijk procesrecht op veel punten slechts in grote lijnen in de wet geregeld.[16] Ook het materiële burgerlijk recht bevat een groot aantal vage normen en discretionaire bevoegdheden voor de rechter. In sommige gevallen sluit de wet (of de jurisprudentie) rechtsmiddelen zelfs geheel uit, zodat er geen hoogste rechter is om bepaalde vragen te beslissen. Niet toevallig zijn dit overigens juist de terreinen waarop ook thans al veel rechtersregelingen zijn ontwikkeld.[17]

Wel blijven andere instrumenten – de vaststelling van regels door de wetgever en rechtsontwikkeling door de rechter via jurisprudentie – principieel gezien voorop staan. Waar die echter tekortschieten kan de rechtersregeling worden ingezet als middel voor nadere invulling van het geldende recht.[18] Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat er ook gevallen van beslissingsruimte zullen zijn die zich juist níet lenen voor invulling via een rechtersregeling, bijvoorbeeld omdat doel en strekking van een bepaalde regel meebrengen

15 Zie over dit laatste punt § 6.3.6 en § 8.5.

16 Vgl. hierover ook Asser, Groen & Vranken 2003, p. 253-255. Zie voor een aantal voorbeelden voorts het rapport d.d.. 22 juni 2004 van de 'Commissie Verbetervoorstellen Civiel (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, onder Raad voor de rechtspraak/Publicaties). Hierin wordt een groot aantal voorstellen gedaan voor nadere verfijning van het burgerlijk procesrecht, waarvan een deel via rechtersregelingen zou moeten worden uitgevoerd.

17 Vgl. hierover hoofdstuk 2.

18 Vgl. in deze zin ook Martens 1997, p. 24.

dat invulling daarvan slechts van geval tot geval mogelijk is.[19] Ook bij gevallen die in de praktijk slechts zelden voorkomen, zoals bijvoorbeeld het gebruik van de discretionaire wijzigingsbevoegdheden van de rechter bij dwaling (art. 6:230 BW) of onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW), zal nadere normering via een rechtersregeling veelal niet zinvol zijn.

Rechtersregelingen vormen aldus een belangrijke aanvulling op het bekende scala aan rechtsregels. In algemene zin zullen zij dan ook een blijvend verschijnsel vormen. Als het gaat om concrete onderwerpen zal een rechtersregeling daarentegen vaak een tijdelijke regeling zijn: een nadere invulling van een bepaalde ruimte in het recht, die slechts dienst doet totdat de wetgever (of, in bepaalde gevallen, de rechtspraak) zelf deze ruimte invult. Hierbij kan de rechtersregeling worden overgenomen of gecodificeerd, maar ook worden 'overruled'.[20] Hier bestaat overigens geen verschil met de vorming van rechtsregels door de rechter via jurisprudentie: ook daarbij kan de wetgever immers de rechter 'overrulen' door de wet aan te passen, of de rechter volgen door een rechterlijke uitspraak te codificeren. Een en ander strookt met de taakverdeling tussen wetgever en rechter op het gebied van de vorming van rechtsregels, en meer in het algemeen met het karakter van recht als 'discursieve grootheid': het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging.[21]

## 9.4 ENIGE AANBEVELINGEN

Aan de hand van hetgeen in de voorgaande hoofdstukken is onderzocht, kan tot slot een aantal aanbevelingen worden geformuleerd.

In de eerste plaats verdient het aanbeveling de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen op enigerlei wijze in de wet (bijvoorbeeld in de Wet RO) te regelen. Weliswaar kan ook thans een impliciete bevoegdheid van rechters tot vaststelling van rechtersregelingen worden geconstrueerd[22] en is in die zin een uitdrukkelijke regeling dus niet noodzakelijk; het zou mijns inziens echter zuiverder en duidelijker zijn indien deze bevoegdheid ook in de wet neergelegd zou worden. Gewezen kan worden op de beleidsregel in het bestuursrecht, ten aanzien waarvan in het verleden een vergelijkbare ontwikkeling heeft plaatsgevonden.[23]

Een bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen kan in algemene zin worden opgenomen in de wet, bijvoorbeeld op soortgelijke wijze als art. 4:81 Awb thans in algemene zin bepaalt dat een bestuursorgaan beleidsregels

19 Zie hierover § 4.4.4.3.
20 Zie voor enkele voorbeelden § 4.4.4.2.
21 Aldus Asser-Vranken 1995, nr. 105.
22 Zie § 4.4.4.2.
23 Zie § 4.3.4.

kan vaststellen met betrekking tot een hem toekomende bevoegdheid. Een andere mogelijkheid is dat de wetgever voor specifieke situaties aangeeft dat nadere invulling via een rechtersregeling kan of moet plaatsvinden. Als voorbeeld hiervan kan het huidige art. 35 Rv worden genoemd. Hoewel in de tekst van deze bepaling wordt verwezen naar een algemene maatregel van bestuur, blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de in art. 35 Rv bedoelde nadere regels inzake termijnen en uitstel, het verloop van de procedure en de eenheid in de wijze van rechtspleging, naar de opvatting van de wetgever bij voorkeur door de rechterlijke macht zélf tot stand gebracht dienen te worden.[24] Een bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen zou dus ook voor een specifiek onderwerp in een bepaling als art. 35 Rv opgenomen kunnen worden (met dien verstande dat dan uiteraard niet aan een algemene maatregel van bestuur, maar aan een rechtersregeling dient te worden gerefereerd). Deze laatste aanpak heeft echter als mogelijk nadeel, dat vervolgens uit het ontbreken van zo'n uitdrukkelijke bepaling bij andere onderwerpen *a contrario* zou kunnen worden afgeleid dat daar de invulling via een rechtersregeling dus níet is toegestaan. Aangezien algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel ook voor andere gevallen meebrengen dat rechters op consistente wijze van de hen toekomende beslissingsruimte gebruik dienen te maken (hetgeen een bevoegdheid of eventueel zelfs een plicht tot vaststelling van rechtersregelingen impliceert), zou dit echter niet juist zijn.

Wanneer ervoor wordt gekozen de rechtersregeling op enigerlei wijze in de wet te regelen, biedt dit als voordeel dat ook hiermee samenhangende vragen kunnen worden geregeld. De herziening van de Wet RO heeft op dit punt nog het een en ander te wensen overgelaten. Zo maakt bijvoorbeeld de huidige wet niet duidelijk welk orgaan binnen de gerechten bevoegd is tot vaststelling van rechtersregelingen. De parlementaire geschiedenis van de Wet RO wijst in de richting van een bevoegdheid van de sectorvergaderingen en/of de gerechtsvergadering van ieder gerecht.[25] Dit zou ook stroken met het feit dat de rechterlijke onafhankelijkheid weliswaar niet aan de vaststelling van (bindende) rechtersregelingen in de weg staat, maar wél meebrengt dat de individuele rechters zoveel mogelijk in de gelegenheid dienen te zijn, op de totstandkoming van een rechtersregeling invloed uit te oefenen.[26] Deze bevoegdheid van de sector- en gerechtsvergadering zou dus uitdrukkelijk in de Wet RO kunnen worden neergelegd. Voorts verdient het aanbeveling de wijze van vaststelling van rechtersregelingen in de wet te regelen.[27] Hierbij valt met name te denken aan regels op het gebied van de stemverhouding (kan een rechtersregeling bij gewone meerderheid worden vastgesteld of niet?) en een

24 Zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 114; zie hierover ook § 4.4.4.2.
25 Zie § 5.2.3.4.
26 Zie § 3.2.3.
27 Zie § 5.2.3.4.

eventueel quorum. Momenteel worden deze onderwerpen door alle gerechten afzonderlijk geregeld in hun bestuursreglementen en bestaan ter zake (dus) verschillende regels.[28] Een ander belangrijk onderwerp dat een wettelijke regeling verdient, is de wijze van bekendmaking van rechtersregelingen. Voor het ontstaan van (voorafgaande) binding aan een rechtersregeling is, blijkens de rolrichtlijnen-jurisprudentie van de Hoge Raad, immers een 'behoorlijke bekendmaking' vereist. Gelet op de vereiste rechtszekerheid zou mijns inziens in de wet geregeld dienen te worden via welk medium of welke media deze bekendmaking zou moeten geschieden, wil de desbetreffende rechtersregeling tot binding kunnen leiden.[29]

Zoals zojuist opgemerkt is de bekendmaking van een rechtersregeling een voorwaarde voor het ontstaan van (voorafgaande) binding aan die regeling én voor het verkrijgen van de status van 'recht' in de zin van art. 79 RO. Een andere vraag is óf rechtersregelingen (in alle gevallen) bekendgemaakt zouden moeten worden. Momenteel gebeurt dit vaak niet en worden bestaande rechtersregelingen intern gehouden. Een verplichting tot bekendmaking van rechtersregelingen in alle gevallen kan uit het geldende recht, ook uit art. 6 EVRM, niet worden afgeleid.[30] Het invoeren van een dergelijke algemene verplichting zou mijns inziens ook te ver gaan. Er kunnen in bepaalde gevallen immers legitieme redenen aanwezig zijn om een rechtersregeling (nog) niet te publiceren, bijvoorbeeld wanneer de regeling inhoudelijk nog niet voldoende is uitgekristalliseerd.[31] Ook kan het zo zijn dat gebondenheid aan een rechtersregeling (nog) niet wenselijk wordt geacht door de betrokken rechters of gerechten, terwijl publicatie een dergelijke binding juist in het leven zou kunnen roepen, of althans een verkeerd beeld zou kunnen geven omtrent de status van de desbetreffende regeling.

Niettemin is het mijns inziens wenselijk dat rechters of gerechten, meer dan thans gebeurt, inzicht geven in de rechtersregelingen die binnen hun gerecht bestaan. Een oplossing voor het probleem dat publicatie van een rechtersregeling onjuiste verwachtingen omtrent de toepassing daarvan zou kunnen wekken, kan gelegen zijn in het onder (uitdrukkelijk) voorbehoud bekendmaken van rechtersregelingen.[32] Zoals besproken in § 2.3 bestaat bijvoorbeeld een (ongepubliceerde) 'beslagsyllabus' van de presidentenvergadering (thans vastgesteld door het Landelijk overleg van sectorvoorzitters civiel), waarin verschillende aanbevelingen inzake het conservatoir beslag zijn opgenomen. Hoewel deze aanbevelingen voor de afzonderlijke gerechten niet (recht-

28 Zie § 5.2.3.4.
29 Zie § 5.5.
30 Zie § 5.3.4.
31 Al zou men in dat geval ook kunnen zeggen dat nog niet werkelijk sprake is van een rechtersregeling, maar nog slechts van een 'rechtersregeling in wording'.
32 Zie § 5.3.3; zie hierover ook Teuben 2004, p. 737-738.

streeks) bindend zijn (de presidentenvergadering of het overleg van sectorvoorzitters vormen immers geen 'bevoegd orgaan'[33]), is het voor de rechtspraktijk uiteraard van groot belang om daarvan op de hoogte te zijn. Waarom zou dus deze rechtersregeling niet 'onder voorbehoud' gepubliceerd kunnen worden, bijvoorbeeld vergezeld van de uitdrukkelijke vermelding dat partijen daaraan geen rechten kunnen ontlenen? Bekendmaking kan ook de discussie over de inhoud van deze rechtersregeling bevorderen en (dus) uiteindelijk de rechtsontwikkeling bespoedigen, bijvoorbeeld ten aanzien van de op dit moment omstreden vraag of ook een bindend adviesprocedure kan gelden als 'eis in de hoofdzaak' als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv.[34] *A fortiori* geldt dit alles indien binnen een gerecht wél is afgesproken een bepaalde rechtersregeling voortaan toe te passen: in dat geval zou publicatie mijns inziens steeds moeten plaatsvinden. Het niet publiceren van een dergelijke regeling zou bovendien wel eens kunnen leiden tot strijd met het uit art. 6 EVRM voortvloeiende *right to adversarial proceedings*.[35]

Daarnaast zouden rechters ook in hun uitspraken meer inzicht kunnen geven in het bestaan en de toepassing van rechtersregelingen, bijvoorbeeld door uitdrukkelijk aan te geven wanneer (en op grond waarvan) ze een bepaalde regeling toepassen, of deze juist buiten toepassing laten. In de praktijk gebeurt dit soms al – zo wordt bijvoorbeeld naar regelingen als het rapport Voor-werk II of de NVvR-alimentatienormen met enige regelmaat verwezen – maar naar mijn indruk zou dit nog vaker kunnen gebeuren.[36] Dit geldt overigens ook voor de Hoge Raad. Ook indien een rechtersregeling niet voldoet aan de eisen om als 'recht' in de zin van art. 79 RO te gelden (en de aangevallen uitspraak dus niet aan de rechtersregeling zélf kan worden getoetst), is het zinvol wanneer de cassatierechter met zoveel woorden (eventueel via een overweging ten overvloede) aandacht besteedt aan de desbetreffende rechtersregeling. Voor de rechtspraktijk, daaronder begrepen de feitenrechters, is het immers van belang te weten hoe de Hoge Raad oordeelt over de inhoud van een bepaalde rechtersregeling. Hieraan ontbreekt het soms nog. Een voorbeeld hiervan vormt een uitspraak van de Hoge Raad in een schuldsaneringszaak, waarbij het ging om de toepassing van de weigeringsgrond van art. 288 lid 2 sub b Fw (niet te goeder trouw ontstane schulden).[37] Hoewel over de uitleg van deze weigeringsgrond door Recofa een voor de praktijk belangrijke aanbeveling is geformuleerd,[38] komt deze aanbeveling in het arrest van de Hoge Raad in het geheel niet aan de orde. Dit is een gemiste kans. In een dergelijk

33 Zie § 5.2.3.5.

34 In een eerdere versie van de beslagsyllabus was de aanbeveling neergelegd dat een bindend advies niet als 'eis in de hoofdzaak' kan gelden. Zie over deze vraag ook Rb. Haarlem 22 april 2003, *JBPr* 2003, 65 met (kritische) noot van G.J. Meijer.

35 Zie § 5.3.4.2.

36 Vgl. § 8.5.4.

37 HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 567 m.nt. PvS, waarover ook § 8.5.4.

38 Zie hierover § 2.8.

geval zou aan een relevante rechtersregeling, ook indien deze niet geldt als 'recht' in de zin van art. 79 RO, niet voorbijgegaan moeten worden, maar zou deze juist uitdrukkelijk in de beschouwingen betrokken moeten worden.

# Samenvatting

In Nederland heeft zich de afgelopen decennia een wijd verbreide praktijk van 'rechterlijke samenwerking' ontwikkeld. Rechters overleggen in verschillende gremia met elkaar, teneinde de wijze waarop zij bepaalde typen zaken zullen behandelen of beslissen beter op elkaar af te stemmen. Deze samenwerking leidt in veel gevallen tot de totstandkoming van *rechtersregelingen*: algemene regels die ertoe dienen de beslissingsruimte waarover de rechter ten aanzien van een bepaald onderwerp beschikt nader in te vullen, maar die niet zijn gevormd via een rechterlijke uitspraak. In dit boek wordt onderzocht wat de juridische betekenis (of anders gezegd: bindende werking) van deze rechtersregelingen is en hoe deze betekenis theoretisch kan worden onderbouwd.

In *hoofdstuk 2* wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste rechtersregelingen die inmiddels tot stand gebracht zijn. Onder meer gaat het hierbij om rolen procesregelingen, regels met betrekking tot het conservatoir beslag, 'liquidatietarieven' voor veroordelingen in de proceskosten, het rapport 'Voor-werk II' inzake de vergoeding voor buitengerechtelijke kosten, alimentatienormen, de 'kantonrechtersformule' voor procedures inzake de ontbinding van een arbeidsovereenkomst en aanbevelingen voor de toepassing van de Wet schuldsanering natuurlijke personen.

Voorafgaand aan de vraag naar de juridische betekenis van rechtersregelingen, dient te worden bezien hoe de vaststelling van deze regelingen zich verhoudt tot de traditionele rol van de burgerlijke rechter als onafhankelijke beslechter van individuele geschillen. In *hoofdstuk 3* wordt daarom bezien hoe de onafhankelijkheid van de rechter, alsmede de staatsrechtelijke verhouding tussen rechter en wetgever, de mogelijkheid tot vaststelling van (bindende) rechtersregelingen beïnvloeden.

Geconcludeerd is dat de vaststelling van rechtersregelingen niet in strijd komt met de eis dat de rechter ook ten opzichte van andere rechters tot op zekere hoogte onafhankelijk dient te zijn. Deze eis brengt immers niet mee dat de rechter zich niets behoeft aan te trekken van wat andere rechters doen of dat hij slechts volgens zijn eigen, hoogstpersoonlijke, rechtsopvatting zou kunnen rechtspreken. Wel kan de individuele onafhankelijkheid van de rechter bepaalde eisen meebrengen voor de wijze waarop rechtersregelingen tot stand dienen te komen.

Voorts bleek dat naar huidige opvattingen van een strikte scheiding tussen wetgevende en rechtsprekende functie geen sprake meer is. De rechter vervult, naast de wetgever, een eigen rechtsvormende taak. In het kader hiervan kan de rechter de bestaande rechtsregels nader concretiseren, aanvullen of verfijnen of tot de vorming van geheel nieuwe rechtsregels komen. De grens ligt daar waar belangrijke afwegingen en keuzen van (rechts)politieke aard moeten worden gemaakt: deze blijven aan de wetgever voorbehouden. Het is echter niet zozeer deze inhoudelijke begrenzing die aan de orde is bij rechtersregelingen: dergelijke regels behelzen immers doorgaans slechts een nadere invulling van het bestaande recht ten aanzien van onderwerpen waarmee de wetgever zich niet of nauwelijks bezig houdt en die niet het voorwerp van politiek debat vormen. De vaststelling van rechtersregelingen brengt veeleer op een andere manier de grens met de wetgever in zicht: de rechter gaat hiermee buiten het kader van de beslechting van een concreet geschil (en daarmee buiten zijn eigenlijke, rechtsprekende, hoedanigheid) over tot de vorming van rechtsregels. Dit kan problematisch zijn in verband met de legitimatie van deze wijze van rechtsvorming door de rechter.

Een eerste mogelijke grondslag voor bindende werking van rechtersregelingen is te vinden in het in 1996 door de Hoge Raad gewezen 'rolrichtlijnen-arrest'. In dit arrest besliste de Hoge Raad dat het rolreglement van een rechtbank (een species van het genus rechtersregeling) onder bepaalde voorwaarden kan gelden als *recht* in de zin van art. 79 (destijds nog art. 99) RO. De Hoge Raad bepaalde voorts dat de rechter via de werking van algemene rechtsbeginselen aan een dergelijke regeling gebonden kan zijn.

In *hoofdstuk 4* wordt onderzocht aan welke voorwaarden een rechtersregeling moet voldoen teneinde op deze wijze als recht in de zin van art. 79 RO te kunnen worden aangemerkt. Rechtersregelingen blijken in relevante opzichten sterke overeenkomsten te vertonen met bestuurlijke beleidsregels. Net zoals bestuursorganen bevoegd zijn omtrent de uitoefening van hun bestuursbevoegdheden beleidsregels vast te stellen, kunnen rechters algemene regelingen vaststellen waarin zij aangeven, hoe in toekomstige gevallen een bepaalde vorm van beslissingsruimte zal worden ingevuld. Beleidsregels en rechtersregelingen kunnen bovendien, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, tot een soortgelijke binding leiden, namelijk op grond van de werking van bepaalde algemene rechtsbeginselen. Hoewel deze beginselen voor het bestuur worden aangeduid met de term 'algemene beginselen van behoorlijk bestuur', terwijl zij voor de rechter 'algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging' worden genoemd, gaat het in beide gevallen om (met name) het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel. Meer in het algemeen geldt dat deze beginselen zowel voor beslissingen van het bestuur als voor beslissingen van de rechter een normatief kader vormen.

Bij de beantwoording van vragen die zich voordoen bij rechtersregelingen kan derhalve in beginsel aansluiting worden gezocht bij gedachten die met

betrekking tot beleidsregels reeds zijn ontwikkeld. De verschillen die tussen bestuur en rechter bestaan (met name ten aanzien van hun positie in het staatsbestel) staan aan een dergelijke analogie niet in algemene zin in de weg, zij het dat een analoge behandeling slechts mogelijk zal zijn voorzover de eigen aard van rechtersregelingen zich daartegen niet verzet.

Teneinde de rechter (direct) te kunnen binden en als recht in de zin van art. 79 RO te kunnen gelden, dient een rechtersregeling te berusten op 'zelfbinding' door de betrokken rechters, hetgeen meebrengt dat de regeling door het daartoe 'bevoegde orgaan' moet worden vastgesteld. Daarnaast moet een rechtersregeling, om voor kwalificatie als recht in de zin van art. 79 RO in aanmerking te komen, 'behoorlijk bekendgemaakt' zijn én zich ertoe lenen 'jegens de daarbij betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast'. Tot slot dient een rechtersregeling te blijven binnen de grenzen van de aan de rechter toekomende beslissingsruimte. Deze grenzen worden met name gevormd door wetten, verdragen, jurisprudentierecht en (overig) ongeschreven recht. Een rechtersregeling mag met deze 'hogere' rechtsregels niet in strijd komen.

De uit het rolrichtlijnen-arrest voortvloeiende mogelijkheid tot (zelf)binding van rechters, die tevens zal leiden tot het ontstaan van recht in de zin van art. 79 RO, is niet per definitie beperkt tot rolregelingen. Geconcludeerd is dat ook in (bepaalde) andere gevallen van rechterlijke 'beleidsruimte', zowel in het procesrecht als in het materiële recht, zelfbinding via een rechtersregeling in beginsel mogelijk moet worden geacht. De 'interpretatieruimte' van de rechter leent zich hier echter niet toe, omdat anders de grenzen van de rechtsprekende functie te zeer zouden worden overschreden. Deze functieafbakening is overigens geen statisch gegeven en zou dus in de loop der tijd kunnen veranderen. Ook dan blijft echter gelden dat een wetsinterpreterende rechtersregeling hoe dan ook slechts kan leiden tot een 'voorlopige' binding van de (lagere) rechter. Hogere rechters in het algemeen, en de Hoge Raad in het bijzonder, kunnen immers zo nodig hun eigen rechtsopvatting voor die van een lagere rechter in de plaats stellen.

In *hoofdstuk 5* wordt nader ingegaan op de voorwaarden waaronder een rechtersregeling als 'recht' in de zin van art. 79 RO kan gelden. Hoe deze voorwaarden concreet dienen te worden ingevuld, is niet steeds even eenvoudig te zeggen. Bij de herziening van de Wet RO is niet of nauwelijks aandacht besteed aan de mogelijkheid tot vaststelling van rechtersregelingen, als gevolg waarvan uit de wet zélf niet duidelijk valt af te leiden, welk orgaan of welke organen 'bevoegd' zijn te achten tot vaststelling van (direct bindende) rechtersregelingen. Geconcludeerd is dat rechtersregelingen, ook wanneer deze voor meerdere gerechten bedoeld zijn, steeds door de afzonderlijke gerechten dienen te worden vastgesteld. Hierbij zijn in eerste instantie de sectorvergaderingen, en in bepaalde gevallen ook de gerechtsvergadering, te beschouwen als 'bevoegd orgaan' voor vaststelling.

Ten aanzien van de overige vereisten waaraan een rechtersregeling moet voldoen – 'behoorlijke bekendmaking' en 'toepasbaarheid als rechtsregel' – kan bij de huidige stand van zaken veelal slechts aan de hand van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld of een bepaalde rechtersregeling hieraan al of niet voldoet. Dit betekent dat in veel gevallen niet direct duidelijkheid zal bestaan over de juridische status van een rechtersregeling. Gezien het feit dat het bij rechtersregelingen die recht in de zin van art. 79 RO vormen, juist gaat om een binding die reeds *voorafgaand* aan, en onafhankelijk van, enige toepassing door de rechter ontstaat, is dit een minder gelukkige situatie en is, in ieder geval op termijn, een wettelijke regeling van de rechtersregeling wenselijk.

In *hoofdstuk 6* wordt nader ingegaan op de bindende werking van rechtersregelingen die voldoen aan de voorwaarden om als 'recht' in de zin van art. 79 RO te gelden. Uit het specifieke karakter van deze regels (geen algemeen verbindende voorschriften, maar regels van een lagere orde) vloeit reeds voort dat zij slechts tot een in omvang beperkte binding kunnen leiden. Zo zal de rechter in bijzondere gevallen van een rechtersregeling mogen afwijken, zij het dat van deze ('inherente') afwijkingsbevoegdheid met de nodige terughoudendheid gebruik gemaakt dient te worden. Voorts leidt een rechtersregeling in beginsel slechts tot een *relatieve* binding, namelijk tussen de rechters die de regeling vaststellen en partijen. Andere rechters dan degenen die een rechtersregeling hebben vastgesteld – meer in het bijzonder: hogere rechters – zijn daaraan niet rechtstreeks gebonden. Wel bestaat in bepaalde gevallen een indirecte vorm van gebondenheid, die inhoudt dat de hogere rechter de beslissing van een lagere rechter aan diens rechtersregeling dient te toetsen.

Hoewel de binding aan een rechtersregeling niet ontstaat als *gevolg* van de kwalificatie als recht in de zin van art. 79 RO maar daarvan veeleer als oorzaak moet worden gezien, voegt deze kwalificatie in zoverre iets toe dat de cassatierechter hierdoor toezicht kan uitoefenen op de uitleg en toepassing van een zodanige rechtersregeling. Dit biedt de procespartijen in beginsel de mogelijkheid, daadwerkelijk af te dwingen dat de (lagere) rechter zich aan zijn rechtersregeling houdt. De mogelijkheden tot afdwingbaarheid zijn echter in een aantal opzichten beperkt. Min of meer hiertegenover staat dat de rechter in bepaalde gevallen verplicht is tot ambtshalve toepassing van een rechtersregeling. Ten aanzien hiervan gelden echter eveneens belangrijke begrenzingen, als gevolg waarvan het praktische belang van deze verplichting niet bijzonder groot zal zijn.

Een tweede wijze waarop een rechtersregeling een bepaalde bindende werking kan verkrijgen, ontstaat via 'doorwerking' daarvan in rechterlijke uitspraken. Wanneer rechters een bepaalde rechtersregeling in hun uitspraken toepassen (dan wel wanneer een rechtersregeling gebaseerd is op uitspraken die in het

verleden reeds door rechters zijn gedaan), deelt de rechtersregeling in de precedentwaarde van de desbetreffende uitspraak.

In *hoofdstuk 7* wordt in algemene zin onderzocht welke juridische waarde, ofwel: precedentwerking, in ons rechtsstelsel toekomt aan rechterlijke uitspraken. Hoewel de opvattingen in rechtspraak en literatuur op dit gebied niet geheel eenduidig zijn, valt daaruit niettemin de conclusie te trekken dat ook naar Nederlands recht de rechter in elk geval tot op zekere hoogte gebonden is aan precedenten. Deze gebondenheid bestaat niet slechts indien en voorzover de eerdere uitspraak nog steeds inhoudelijk juist wordt geacht. Zij berust (daarnaast) op andere gronden die, nog los van de inhoudelijke overtuigingskracht, een zelfstandige normatieve waarde aan een rechterlijke uitspraak verlenen. De gebondenheid aan precedenten wordt door deze gronden evenwel niet in absolute zin bepaald, omdat zij alle de mogelijkheid tot afwijking in zich dragen. Het gaat dus veeleer om 'argumenten' die in meerdere of mindere mate in de richting van binding aan precedenten kunnen wijzen. Deze argumenten spreken het sterkst in het voordeel van binding aan precedenten langs 'verticale' lijnen, in het bijzonder ten aanzien van uitspraken van de Hoge Raad. Deze laatste vorm van precedentwerking is dan ook het meest aanvaard. Daarentegen is precedentwerking op 'horizontaal' niveau vooralsnog niet of nauwelijks tot ontwikkeling gekomen. Niettemin zijn ook in de verhouding van lagere rechters onderling argumenten aan te voeren die een bepaalde binding aan precedenten kunnen funderen, al zal het hierbij gaan om een minder sterke binding dan bijvoorbeeld aan uitspraken van de Hoge Raad toekomt.

De binding aan precedenten zoals die naar Nederlands recht wordt aangenomen is zeker niet absoluut van aard, maar is te vergelijken met de betekenis die in het Engelse recht aan de zogeheten *'persuasive precedents'* toekomt. Hoewel de rechter in beginsel aan (bepaalde) precedenten gebonden kan worden geacht, kan hij terugkomen op een eerdere uitspraak indien het, in het licht van de rechtsontwikkeling en de tegenwoordige maatschappelijke opvattingen en omstandigheden, niet langer aanvaardbaar is aan de eerdere uitspraak vast te houden. Aangezien de argumenten vóór gebondenheid aan precedenten, zoals die onder meer te ontlenen zijn aan het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel, steeds een zelfstandige waarde hebben, zal echter niet te spoedig mogen worden aangenomen dat zulks het geval is. Daarnaast zal de rechter die van een (hem bindend) precedent wil afwijken, dit afdoende moeten motiveren.

Hoewel rechtersregelingen op bepaalde punten verschillen van de gebruikelijke regels van jurisprudentierecht, vormt dit gegeven geen principiële belemmering om 'precedentwerking' van een rechtersregeling te kunnen aannemen na toepassing daarvan in een of meer rechterlijke uitspraken. In *hoofdstuk 8* wordt deze mogelijkheid nader onderzocht. Hierbij worden twee vormen van precedentwerking behandeld: 'verticale' precedentwerking (binding aan de uitspra-

ken van een hogere rechter) en 'horizontale' precedentwerking (binding aan uitspraken van rechters op hetzelfde niveau).

Precedentwerking van rechtersregelingen via de uitspraken van hogere rechters levert weinig problemen op. Wanneer de Hoge Raad in een uitspraak een rechtsregel aanvaardt die inhoudelijk overeenkomt met een eerdere rechtersregeling, dan zijn zowel de Hoge Raad zelf als de lagere rechters in de toekomst in beginsel aan die rechtsregel gebonden te achten. De verhouding tussen appèlrechters en rechters in eerste aanleg kan naar analogie hiermee worden ingevuld. De toepassing van een rechtersregeling leidt echter niet tot een onverkorte binding: evenals van 'gewone' precedenten kan ook op een (in de rechtspraak aanvaarde) rechtersregeling in bepaalde gevallen weer worden teruggekomen.

Ondanks het feit dat een 'horizontale' binding aan precedenten in het Nederlandse recht nog niet echt tot ontwikkeling is gekomen valt ook op horizontaal niveau – waar het bij rechtersregelingen in de praktijk vaak om gaat – een zekere gebondenheid van lagere rechters aan elkaars uitspraken te onderbouwen. Naarmate een bepaalde lijn in de rechtspraak meer gevestigd raakt, kan ook op het niveau van lagere rechters onderling een zekere – en steeds toenemende – mate van binding aan die rechtspraak ontstaan. Dit kan gefundeerd worden via de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel. Een beroep op deze beginselen wint aan kracht naarmate in meer vergelijkbare gevallen eenzelfde beslissing is gegeven. De precedentwerking die aldus kan ontstaan is echter (nog) flexibeler van karakter dan de binding aan precedenten in 'verticale' zin. Daarnaast zal het voor partijen slechts in weinig gevallen mogelijk zijn zich met succes erop te beroepen dat een rechtersregeling moet worden toegepast, enkel op grond van het feit dat deze regeling een bepaalde precedentwaarde heeft verkregen.

Hoewel dus de mogelijkheid tot precedentwerking van rechtersregelingen tot op zekere hoogte een theoretisch karakter heeft, vormt zij niettemin een belangrijk complement aan de mogelijkheid tot 'voorafgaande' zelfbinding van rechters aan een rechtersregeling, zoals die in het rolrichtlijnen-arrest is aanvaard. Hiermee kan immers worden onderbouwd waarom aan rechtersregelingen als de kantonrechtersformule, de verschillende liquidatietarieven en de NVvR-alimentatienormen, die (thans) niet voldoen aan de criteria om als 'recht' in de zin van art. 79 RO te gelden maar die wél in constante rechtspraak worden toegepast niet, of althans niet zonder adequate motivering, voorbij mag worden gegaan.

In *hoofdstuk 9* wordt geconcludeerd dat de rechtersregeling een rechtsfiguur is met een hybride karakter, die enerzijds trekken vertoont van wetgeving (het gaat om in algemene termen geformuleerde regels, die niet zijn neergelegd in een concrete beslissing), en anderzijds kenmerken heeft van rechtspraakrecht (een rechtersregeling wordt immers vastgesteld door rechters). Zowel aan

wetgeving als aan jurisprudentierecht is de rechtersregeling echter in zekere zin ondergeschikt, nu zij daarmee niet in strijd mag komen en bovendien tot een minder sterke binding leidt. Ondanks deze begrenzingen kan de rechtersregeling een geschikt (aanvullend) instrument zijn ter nadere invulling van het bestaande recht.

Voor de toekomst is een wettelijke regeling van deze rechtsfiguur wenselijk. Niet alleen is het zuiverder en duidelijker om de bevoegdheid tot vaststelling van rechtersregelingen te codificeren; ook een aantal andere aspecten (bijvoorbeeld de vraag door welke organen en op welke wijze rechtersregelingen vastgesteld dienen te worden en de wijze van publicatie daarvan) kan dan nader worden geregeld.

Voorts verdient het aanbeveling dat de gerechten zelf meer inzicht geven in het bestaan van rechtersregelingen door vaker tot bekendmaking daarvan over te gaan (zo nodig voorzien van het voorbehoud dat aan bekendmaking van de regeling nog geen rechten kunnen worden ontleend). Ook in hun uitspraken dienen rechters inzichtelijker te maken wanneer en op welke wijze zij een rechtersregeling toepassen of deze juist, bijvoorbeeld wegens strijdigheid met hogere rechtsregels of de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden, buiten toepassing laten.

# Summary*

## Cooperative Agreements between Courts

Over the last decades, the Netherlands have witnessed the development of a widespread practice of 'cooperation between courts'. Judges consult each other in different consultative bodies, in order to better coordinate the way in which they will approach certain types of cases and decide on them. In many cases, this cooperation has led to the creation of *rechtersregelingen* (cooperative agreements between courts), i.e. general regulations that exist to specify the discretionary power a court has over a particular subject, but that have not been formed through a court ruling. This book will look into the legal significance or in other words, the binding force, of these cooperative agreements between courts and how this significance can be given a theoretical basis.

*Chapter 2* gives an overview of the most important cooperative agreements between courts that have been effected thus far. These are for instance rules of procedure, regulations on prejudgement seizure, reimbursement rates for legal costs and for extrajudicial costs, standards for calculating maintenance payments, the 'subdistrict court formula' for calculating severance pay and recommendations for applying the Debt Rescheduling (Natural Persons) Act.

Prior to discussing the legal significance of cooperative agreements between courts, what needs to be examined is how adopting these regulations affects the civil court judge's role as an independent arbitrator in individual disputes. *Chapter 3* therefore looks at how the judge's independence, as well as the constitutional relationship between judge and legislator influence the possibility of adopting binding cooperative agreements between courts.

The first possible foundation for a binding force of cooperative agreements between courts can be found in the 'rolrichtlijnenarrest' (ruling on docket procedure) delivered by the Supreme Court in 1996. In this ruling the Supreme Court decided that under certain conditions the docket procedures of a court (a species of the genus of cooperative agreements between courts) may be

---

* Translated by drs. M.C.F.J. van der Loo.

considered *law* for the purposes of Art. 79 of the Judiciary Act, so that the Supreme Court can test a ruling of a lower court against such a cooperative agreement between courts. Further, the Supreme Court ruled that a judge can be bound by such a regulation through the application of general principles of law.

*Chapter 4* examines the conditions a cooperative agreement between courts must meet in order to be able to be considered law for the purposes of Art. 79 of the Judiciary Act. Cooperative agreements between courts appear to have significantly strong similarities to administrative policy rules. In principle, therefore, questions occuring on cooperative agreements between courts can be answered in accordance with insights that have been developed for policy rules.

In order to have direct binding force over courts and to be considered law for the purposes of Art. 79 of the Judiciary Act, a cooperative agreement between courts has to be based on 'self- regulation' by the courts involved, which entails that the regulation must be determined by the 'competent body'. A cooperative agreement between courts must also have been 'duly published' and be able 'to be applied as a legal rule with respect to the parties concerned'. Finally, a cooperative agreement between courts has to remain within the boundaries of the discretionary power belonging to a court. These boundaries are primarily established by laws, treaties, precedents and other unwritten law. A cooperative agreement between courts may not conflict with these 'higher' legal rules.

*Chapter 5* deals in more detail with the conditions under which a cooperative agreement between courts can be considered 'law' for the purposes of Art.79 of the Judiciary Act. The conclusion is that it is at present unclear how these conditions are to be given shape. Often, whether a certain cooperative agreement between courts meets these conditions can only be assessed against the circumstances of a case. In view of this, a statutory provision for cooperative agreement between courts is desirable, certainly in the long run.

*Chapter 6* deals in more detail with the binding force of cooperative agreements between courts that meet the conditions to be considered law for the purposes of Art. 79 of the Judiciary Act. From the nature of these rules – not generally binding regulations, but rules of a lower order – it ensues that they can only lead to a binding force of a limited extent. First, in special cases, courts will be allowed to deviate from the cooperative agreements between courts. Furthermore, a cooperative agreement between courts can only lead to a 'relative' binding, i.e. between the courts that establish the agreement and the parties. Other courts than those that have established the agreement – especially the higher courts – are not directly bound by such an agreement. There is, however, in certain cases an indirect form of binding force, which means that a

higher court must test the decision of a lower court against its cooperative agreement between courts.

The added value of qualifying a cooperative agreement between courts as 'law' for the purposes of Art. 79 of the Judiciary Act is that in this way the Supreme Court can supervise the interpretation and application of such a cooperative agreement between courts. In principle, this gives the parties to the proceedings the possibility to actually enforce a lower court to observe the cooperative agreement between courts. The possiblities of enforceability, however, are limited in certain respects. More or less contrary to this is the fact that in certain cases the court has an ex officio obligation to apply the cooperative agreement between courts. This again, however, also has important limitations, as a result of which the practical significance of this obligation will not be very great.

The second way in which a cooperative agreement between courts can acquire a certain binding force is through its 'carry-over' into court decisions. When courts apply a certain cooperative agreement between courts in their decisions (or when a cooperative agreement between courts is based on decisions that were previously delivered by the courts), the cooperative agreement between courts shares in the precedent-setting value of this decision.

*Chapter 7* looks into the value Dutch law attributes to court decisions (precedents) in general. Although the views held in the case law and literature of this field are not entirely unequivocal, nevertheless, the conclusion can be drawn that in Dutch law the courts are bound by precedents to a certain extent in any case. This binding force does not only exist if and to the extent that a previous decision is still deemed correct as regards content. Apart from its cogency as regards content, it is also founded on other grounds that give a court decision an independent normative value. In Dutch law, the most accepted system of binding precedents is that along 'vertical' lines, especially through Supreme Court decisions. On the other hand, no system of 'horizontally' binding precedents between courts of equal rank has developed so far. However, arguments can be advanced on the relations between lower courts to argue the existence of a certain system of binding precedents, although these will have less binding force than Supreme Court decisions.

The binding force of precedents under Dutch Law is certainly not absolute, but can be compared to the significance English Law awards to so-called '*persuasive precedents*'. Although in principle, a court can be deemed bound by certain precedents, it can reconsider a previous decision, if it is no longer acceptable to adhere to the previous decision in light of the development of law and of current views and circumstances in society. A court that wishes to deviate from a binding precedent will have to give conclusive reasons for doing so.

The fact that cooperative agreements between courts are different from the regular rules laid down in precedents is no fundamental impediment to assume a 'system of binding precedents' from a cooperative agreement between courts, after its application in one or more court decisions. *Chapter 8* further investigates this possibility. Two systems of binding precedents are treated here: the 'vertical' system (binding to decisions of a higher court) and the 'horizontal' system (binding to decisions of courts of the same level).

Binding precedents of cooperative agreements between courts through decisions of higher courts hardly create any problems. Whenever the Supreme Court in its decision accepts a legal rule that corresponds to a prior cooperative agreement between courts as regards content, both the Supreme Court itself and lower courts are to be deemed bound by this legal rule. By analogy with this, the relation between the court of appeal and the court in first instance can be drawn up. Applying a cooperative agreement between courts, however, does not create an unimpaired binding; just like 'ordinary' precedents, a cooperative agreement between courts (accepted in case law) may be reconsidered.

Despite the fact that as yet no 'horizontal' system of binding precedents has developed in Dutch law, at a horizontal level – which in practice is often the case in cooperative agreements between courts – a certain binding of lower courts to each others' decisions can be argued. As a certain trend in case law becomes clearer, at the level of the lower courts a certain – and ever increasing – degree of binding to that case law can arise. This can be argued through the general principles of proper administration of justice, especially the principle of equality and the principles of legal certainty or legitimate expectations. Invoking these principles will become more effective when a similar decision has been delivered in comparable cases. However, the system of binding precedents that may arise this way will still have a more flexible character than the 'vertical' system of binding precedents.

Although the possibility of a system of binding precedents for cooperative agreements between courts is to a certain degree theoretical, it nevertheless forms an important addition to the possibility of 'prior' self-regulation by the courts to a cooperative agreement between courts, as accepted in the ruling on docket procedure. It can provide a substantiation of why cooperative agreements between courts that do not meet the criteria to be considered law for the purposes of Art. 79 of the Judicial Act at this point, but are being applied in consistent case law, should not be dismissed or at least not without giving reasons.

The conclusion of *Chapter 9* is that the cooperative agreement between courts is a hybrid legal concept, which on the one hand shows traits of legislation (rules worded in general terms that have not been laid down in a concrete decision), but on the other hand has characteristics of case law, as a cooperative agreement between courts is determined by courts. However, in a way, the

cooperative agreement between courts is subordinate both to legislation and to law of precedent, since it may not conflict with either and also has a lesser binding force. Despite these limitations the cooperative agreement between courts may be a suitable additional instrument of supplementing existing law.

In future, statutory regulation of this legal concept would be desirable. It is also recommended that courts themselves give more insight into the existence of cooperative agreements between courts by making them public – if necessary with the proviso that no rights may be derived from the publication of the agreement. In their decisions, courts should also make clear when and how they are applying a cooperative agreement between courts, or when they are excluding application, for instance because of a conflict with higher legal rules or the presence of special circumstances.

# Aangehaalde literatuur


Adams 1997
M. Adams, '"Law is as I've told you before". Over de zwaartekrachtwerking van rechterlijke uitspraken in België', *TPR* 1997, p. 1329-1391.

Adams 2002
M. Adams, 'Stare decisis et quieta non movere. Rechtszekerheid en de gebondenheid aan precedenten in het Engelse rechtssysteem. Lessen voor ons?', *TPR* 2002, p. 13-55.

Alkema 2000
E.A. Alkema, 'Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen', *NJB* 2000, p. 1053-1058.

Allen 1964
C.K. Allen, *Law in the Making*, zevende druk, Oxford: Clarendon Press 1964.

Allewijn & Brenninkmeijer 2002
D. Allewijn & A.F.M. Brenninkmeijer, 'De aanspreekbaarheid van de rechter', *Trema* 2002, p. 262-267.

Andrews 2003
N. Andrews, *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford: Oxford University Press 2003.

Van Apeldoorn 1972
L.J. van Apeldoorn, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*, zeventiende druk bewerkt door J.C.M. Leyten, Zwolle: Tjeenk Willink 1972.

Asser 2003
W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003.

Asser, Groen & Vranken 2003
W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Asser-Hartkamp 2001 (4-II)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, elfde druk, Deventer: Tjeenk Willink 2001.

Asser-Hartkamp 2002 (4-III)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht deel III, De verbintenis uit de wet*, elfde druk, Deventer: Tjeenk Willink 2002.

Asser-Hartkamp 2004 (4-I)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht deel I, De verbintenis in het algemeen*, twaalfde druk, Deventer: Kluwer 2004.

Asser-Scholten 1974
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel*, derde druk, bewerkt door mr. G.J. Scholten, Zwolle: Tjeenk Willink 1974.
Asser-Vranken 1995
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Bankowski, MacCormick & Marshall 1997
Z. Bankowski, D.N. MacCormick & G. Marshall, 'Precedent in the United Kingdom', in: D.N. MacCormick & R.S. Summers (red.), *Interpreting Precedents. A comparative study*, Aldershot: Dartmouth 1997, p. 315-354.
Barendrecht 1992
J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.
Bax 1991
C.J. Bax, 'Legitimatie', in: Th. Holterman e.a. (red.), *Algemene begrippen staatsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 259-276.
Ten Berge e.a. 1996
J.B.J.M. ten Berge e.a., *Het bestuursprocesrecht. Ervaringen met de Awb*, Deventer: Tjeenk Willink 1996.
Beukers 1994
Y.E.M Beukers, *Eenmaal andermaal? Beschouwingen over gezag van gewijsde en ne bis in idem in het burgerlijk procesrecht* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1994.
Birks 2000
P. Birks (red.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2000.
Blackstone 1876
W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vierde druk, London: John Murray 1876.
Bloembergen 1989
A.R. Bloembergen, 'Coördinatie van rechtspraak', in: Th.G. Drupsteen e.a. (red.), *Rechtsvorming in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 1989, p. 3-12.
Bloembergen 1990
A.R. Bloembergen, *De eenheid van het recht. Compartimentering en eenheid in rechtspraak, wetgeving en wetenschap* (openingscollege Leiden), 1990.
Bok 1997
A.J. Bok, 'Rechterlijk overleg', in: M. Herweijer, K.F. Schuiling & H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid. Opstellen voor prof. mr. M. Scheltema*, Deventer: Kluwer 1997, p. 233-243.
Van Boneval Faure 1893
R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht I*, derde druk, Leiden: E.J. Brill 1893.
Boon & Van der Wal 1990
G.J. Boon & F.S.P. van der Wal, *De rol (van de) rechter*, Deventer: Kluwer 1990.
Borgers e.a. 2000
M.J. Borgers e.a., 'Een alternatieve visie op de functies van de redelijkheid en billijkheid en de taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 2029-2031.

Bovend'Eert 1997
P.P.T. Bovend'Eert, 'Het bestuur en beheer van de rechterlijke macht in constitutioneel perspectief', *RM Themis* 1997, p. 229-240.
Bovend'Eert 1999
P.P.T. Bovend'Eert, 'De modernisering van de rechterlijke organisatie: integraal management als staatsrechtelijk probleem', in: A.K. Koekkoek (red.), *Organisatie van de rechtspraak*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 3-23.
Bovend'Eert 2001
P.P.T. Bovend'Eert, 'Raad voor de Rechtspraak. Het Paard van Troje voor de poort van de rechterlijke macht', *RM Themis* 2001, p. 39-41.
Bovend'Eert 2003
P.P.T. Bovend'Eert, 'De Raad voor de rechtspraak, minister van Justitie en de Hoge Raad: drie kapiteins op een schip', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003, p. 59-88.
Bovend'Eert & Kortmann 2000
P.P.T. Bovend'Eert & C.A.J.M. Kortmann, 'Het Court-Packing Plan van het kabinet-Kok', *NJB* 2000, p. 1769-1775.
Bregstein 1939
M.H. Bregstein, *Het gezag van de rechtspraak tegenover het geldende recht* (oratie UvA), Haarlem: De erven F. Bohn 1939.
Brenninkmeijer 1987
A.F.M. Brenninkmeijer, *De toegang tot de rechter* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1987.
Brenninkmeijer 1989
A.F.M. Brenninkmeijer, 'De grenzen van de samenwerking tussen rechters', *NJB* 1989, p. 1621-1634.
Brenninkmeijer 1998
A.F.M. Brenninkmeijer, 'Rechtspraak bij de tijd. Bespreking van het rapport van de Commissie-Leemhuis', *NJB* 1998, p. 389-395.
Brenninkmeijer 2001a
A.F.M. Brenninkmeijer, 'Samenwerking tussen rechters in het bestuursrecht', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 49-69.
Brenninkmeijer 2001b
A.F.M. Brenninkmeijer, 'Rechtseenheid', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2001, p. 49-70.
Brenninkmeijer 2001c
A.F.M. Brenninkmeijer, 'De rechtgever', *NJB* 2001, p. 1191-1201.
Bronaugh 1987
R. Bronaugh, 'Persuasive Precedent', in: L. Goldstein (red.), *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press 1987, p. 217-247.
Bröring 1993
H.E. Bröring, *Richtlijnen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.
Bröring 1998
H.E. Bröring, *Beleidsregels*, Deventer: Kluwer 1998.

Brouwer & Schilder 2000
J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'De mythe van het ongewassen varken. Over onverbindend verklaren, buiten toepassing laten en buiten werking stellen', *NTB* 2000, p. 184-186.
Brunner 1994
C.J.H. Brunner, 'Over precedenten in het Nederlandse recht', in: W. Snijders e.a. (red.), *Voorontwerp burgerlijke rechtsvordering. De eerste 'Stein' geworpen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 31-40.
Buijs & Stroink 1997
D.J. Buijs & F.A.M. Stroink, 'Landelijke kantonrechtersformule bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het nieuwe speeltje van de kantonrechters', *SR* 1997, p. 32-37.
*Burgerlijke Rechtsvordering* (naam auteur)
W.D.H. Asser e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Chase 2003
O.G. Chase, 'Discretion in cultural context', in: M. Storme & B. Hess (red.), *Discretionary power of the judge: limits and control*, Mechelen: Kluwer 2003, p. 315-335.
Cleiren 1997
C.P.M. Cleiren, 'Een pleidooi voor (meer) rechterlijke samenwerking', in: P. Ingelse e.a. (red.), *De mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking*, Amsterdam: Prinsengrachtreeks 1997/4, p. 27-35.
Cleiren & Schoep 2001
C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001.
Cliteur 2002
P.B. Cliteur, *Rechtsfilosofie, een thematische benadering*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.
Cross & Harris 1991
R. Cross & J.W. Harris, *Precedent in English Law*, vierde druk, Oxford: Clarendon Press 1991.

Van Delden 1989
A.H. van Delden, 'Samenwerking tussen rechters', *NJB* 1989, p. 1642-1646.
Dias 1985
R.W.M. Dias, *Jurisprudence*, vijfde druk, London: Butterworths 1985.
Van Dijk 1997
P. van Dijk, 'De 'objectieve' onpartijdigheid van de rechter', *NJB* 1997, p. 1213-1219.
Van Dijke 2001
L.A.M. van Dijke, 'Samenwerking door kantonrechters', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 163-170.
Drion 1950
J. Drion, *Stare decisis. Het gezag van precedenten* (oratie Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1950.
Drion 1973
H. Drion, 'Functies van rechtsregels in het privaatrecht', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 49-61.

Drion 1981
H. Drion, 'Het rechtszekerheidsargument', in: H. Drion e.a., *De hanteerbaarheid van het recht. Bundel opstellen aangeboden aan mr. L.D. Pels Rijcken*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 1-13.
Drion 1982
H. Drion, 'Negen stellingen over rechtsvorming door rechter en wetgever', in: *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 377-378.
Dubbink 1980
C.W. Dubbink, 'Nieuwe taken, nieuwe vragen', *Trema* 1980, p. 92-94.
Duk 1978
W. Duk, 'De zachte kern van het bestuursrecht', *RM Themis* 1978, p. 564-587.
Duk 1988
W. Duk, 'Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid', *RM Themis* 1988, p. 156-169.
Duker 2003
M. Duker, *Legitieme straftoemeting* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
Duynstee 1974
F.J.M. Duynstee, 'Rechterlijke onafhankelijkheid', in: *Rechtspleging, Opstellen rond het thema rechterlijke organisatie, bijeengebracht ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Deventer: Kluwer 1974, p. 35-56.

Evans 1987
J. Evans, 'Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century', in: L. Goldstein (red.), *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press 1987, p. 35-72.

Fernhout 2003
F.J. Fernhout, 'De Trema-normen en -waarden', in: M.L.C.C. de Bruijn-Lückers (red.), *EB klassiek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 121-125.
Fikentscher 1980
W. Fikentscher, 'Eine Theorie der Fallnorm als Grundlage von Kodex- und Fallrecht', *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1980, p. 161-174.
Franken 1997
H. Franken, 'Onafhankelijk en verantwoordelijk' (diesrede Leiden), *Trema* 1997, p. 237-241.
Franken e.a. 2003
H. Franken e.a., *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, tiende druk, Deventer: Kluwer 2003.
Franx 1994
J.K. Franx, *De Hoge Raad: voorgaan, doorgaan of omgaan*, Deventer: Kluwer 1994.
Freudenthal 1996
M. Freudenthal, *Incassoprocedures* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1996.
Frielink 2002
K. Frielink, 'Zitten arresten van de Hoge Raad in de weg?', *WPNR* 6498 (2002), p. 538-540.

Gerards 2002
J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu uitgevers 2002.
Giesen 2002
I. Giesen, 'De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen', *WPNR* 6494 (2002), p. 447-453.
Goodhart 1931
A.L. Goodhart, 'Determining the ratio decidendi of a case', in: A.L. Goodhart (red.), *Essays in jurisprudence and the common law*, Cambridge 1931, p. 161-183.
Goodhart 1934
A.L. Goodhart, 'Precedent in English and Continental Law', *The Law Quarterly Review* 1934, p. 40-65.
Gras 1994
E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde. De rechtskracht van einduitspraken van de burgerlijke rechter* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1994.
Van der Grinten 1974
W.L. van der Grinten, 'Particuliere rechtspraak', in: *Rechtspleging, Opstellen rond het thema rechterlijke organisatie, bijeengebracht ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Deventer: Kluwer 1974, p. 57-70.
Groenendijk 1981
C.A. Groenendijk, *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter* (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

Ten Haaft 2003
H.M. ten Haaft, 'Kroniek Eerste aanleg', *TCR* 2003, p. 75-78.
Ten Haaft 2004
H.M. ten Haaft, 'Kroniek Eerste aanleg', *TCR* 2004, p. 63-67.
Haak 2000
W.E. Haak, 'Rechtsvorming door de hoogste rechter, toeval of beleid?', *NJB* 2000, p. 713-714.
Haak 2002
W.E. Haak, 'Terugblik op het hof', in: C.W.M. van Ballegooijen & P. Ingelse (red.), *Het hof van boven. Amsterdammers in de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 53-61.
Haak 2004
W.E. Haak, 'De taak van de Hoge Raad in Europa en in het Koninkrijk', *NJB* 2004, p. 881-888.
Haak & Ten Kate 2000
W.E. Haak & Th.B. ten Kate, 'De modernisering van de rechterlijke macht', *NJB* 2000, p. 1607-1610.
Van den Haak 2001
H.F. van den Haak, 'Raad voor de Rechtspraak, paard van Troje?', *RM Themis* 2001, p. 42-46.
De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998
P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2: Bestuurshandelingen en waarborgen*, vierde druk, Deventer: Kluwer 1998.

De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001
P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 1: Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2001.
Van Haastert 1999
M.F.H.M. van Haastert, 'Rapport 'voor-werk' geeft nawerk', *TVP* 1999, p. 33-36.
Haazen 2001
O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht* (diss. Tilburg), 2001.
Harris 1990
J.W. Harris, 'Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess?', *Oxford Journal of Legal Studies* 1990, p. 135-199.
Hart 1994
H.L.A. Hart, *The concept of law*, tweede druk, Oxford: Oxford University Press 1994.
Hartlief & Tjittes 1999
T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, tweede druk, Deventer: Kluwer 1999.
Heemskerk 1983
W.H. Heemskerk, 'Bindend advies en arbitrage', in: *Een goede procesorde, Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt*, Deventer: Kluwer 1983, p. 225-238.
Van der Heijden 1984
P.F. van der Heijden, *Een eerlijk proces in het sociaal recht?* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1984.
Heldeweg 1995
M.A. Heldeweg, 'Beleidsregels: naar een nieuwe catechismus voor 'ambtelijke bijbels'?', *NTB* 1995, p. 81-93.
Hendriksen 2001
W.F. Hendriksen, 'Rechterlijke samenwerking in het civielrecht. Enige opmerkingen met betrekking tot het rolreglement', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 150-151.
Hermans 1998
H.L.C. Hermans, 'Rechterlijke onafhankelijkheid, onbevangenheid en onpartijdigheid', *Trema* 1998, p. 301-307.
Hess 2003
B. Hess, 'Judicial discretion', in: M. Storme & B. Hess (red.), *Discretionary power of the judge: limits and control*, Mechelen: Kluwer 2003, p. 45-67.
Hesselink 1999
M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.
Hesselink 2000
M.W. Hesselink, '"Wat is recht"? etc.', *NJB* 2000, p. 2032-2040.
Hijma 1989
Jac. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989.
Hijma 2003
Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2003.
Van der Hoeven 1965
J. van der Hoeven, *Pseudo-wetgeving* (diesrede UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1965.

Van der Hoeven 1966
J. van der Hoeven, *Pseudo-wetgeving* (preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Zwolle: Tjeenk Willink 1966, p. 37 e.v.
Hofhuis 2003
H.F.M. Hofhuis, 'Kroniek Rechterlijke macht', *TCR* 2003, p. 111-113.
Von Hombracht-Brinkman 1994
F.D. von Hombracht-Brinkman, 'Taken en verantwoordelijkheden van arbitrage-instituten bezien in het licht van de driehoeksverhouding partijen-instituut-arbiters', *TvA* 1994, p. 1-21.
Hondius 2002
E.H. Hondius, 'Verouderde rechtspraak: een blijvend verschijnsel', *WPNR* 6507 (2002), p. 735-737.
Hovens 2001a
F.J.H. Hovens, 'De omvang van de rechtsstrijd in hoger beroep in civiele zaken', *AA* 2001, p. 74-81.
Hovens 2001b
F.J.H. Hovens, 'Het civiele hoger beroep in de toekomst', *AA* 2001, p. 866-874.
Hugenholtz/Heemskerk 2002
W. Hugenholtz, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, twintigste druk, bewerkt door W.H. Heemskerk, 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij 2002.
Huls & Schellekens 2001a
N.J.H. Huls & V.M. Schellekens, 'Rechterlijke samenwerking in de praktijk: de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen als sprekend voorbeeld', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 71-87.
Huls & Schellekens 2001b
N.J.H. Huls & V.M. Schellekens, *Je ziet de gaten in hun handen. De eerste ervaringen van rechtbanken en gerechtshoven met de toepassing van de Wet schuldsanering natuurlijke personen*, Utrecht: Lemma 2001.

Ingelse 1996
P. Ingelse, 'Wie verdeelt de strafzaken? Wie koopt de nietjes?', *NJB* 1996, p. 1663-1669.
Ingelse 1998a
P. Ingelse, 'Integraal rechterschap', *NJB* 1998, p. 396-397.
Ingelse 1998b
P. Ingelse, 'Alternatieven voor Leemhuis: het 'functionele model'', *Trema* 1998/6a, p. 11-17.
Ingelse e.a. 1997
P. Ingelse e.a. (red.), *De mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking*, Amsterdam: Prinsengrachtreeks 1997/4.
Ingelse & Mölenberg 2000
C. Ingelse & L. Mölenberg, 'Het tarief voor de te liquideren kosten: richtlijn of standaard?', *Adv.bl.* 2000, p. 1141-1146.

Jellinghaus & De Bont 2004
S.F.H. Jellinghaus & C.M.J. de Bont, 'Hoe gaat de sector kanton om met de pro forma-ontbinding?', *Adv.bl.* 2004, p. 23-25.
Jessurun d'Oliveira 1973a
H.U. Jessurun d'Oliveira, *De meerwaarde van rechterlijke uitspraken* (preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 1973.
Jessurun d'Oliveira 1973b
H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Kassatie in het belang van het recht', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 223-241.
Jessurun d'Oliveira 1999a
H.U. Jessurun d'Oliveira, *Doen wat er gezegd is: precedenten en richtlijnen* (preadvies Nederlandse vereniging voor Rechtsvergelijking), Kluwer: Deventer 1999, p. 135-162.
Jessurun d'Oliveira 1999b
H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Rechters die afstemmen en afhouden. Vragen over de verenigbaarheid van coördinatiestrategieën met artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM', *NJB* 1999, p. 377-384.
De Jong 1971
F.J. de Jong, 'Enkele aspecten van de civiele cassatie', *NJB* 1971, p. 572-579.
Jongbloed 2003
A.W. Jongbloed, 'Nakosten en executiekosten', *JBPr* 2003, p. 436-442.

Kapteyn 1989
P.J.G. Kapteyn, 'Vormen van samenwerking tussen rechters: de Afdeling Rechtspraak', *NJB* 1989, p. 1648-1654.
Klap 1996
A.P. Klap, 'Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing', *Bestuurswetenschappen* 1996, p. 242-258.
Klap & Olivier 1998
A.P. Klap & B.K. Olivier, 'Beleidsregels', *NJB* 1998, p. 772-779.
Van de Klift 2003
A.H.E. van de Klift, 'Wie bewaakt de rechter binnen het gerecht?', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003, p. 89-108.
Knijp 1999
P.C. Knijp, 'De nieuwe Trema-richtlijn buitengerechtelijke kosten', *Adv.bl.* 1999, p. 261-264.
Knijp 2001
P.C. Knijp, 'Rapport over buitengerechtelijke kosten nog niet goed', *Adv.bl*. 2001, p. 223-225.
Knijp & Lindenbergh 2002
G.J. Knijp & S.D. Lindenbergh, 'Buitengerechtelijke kosten in Europees perspectief', *NbBW* 2002, p. 100-103.
Koekkoek 2000
A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet, Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, derde druk, Deventer: Tjeenk Willink 2000.

Koenraad & Van der Meulen 2001
L.M. Koenraad & B.M.J. van der Meulen, 'Procesregeling bestuursprocesrecht. Uniformering van bestuursprocesrecht door rechterlijke beleidsregels', *Trema* 2001, p. 369-373.
Köhne 1997
F.M. Köhne, 'De rechter als wetgever', *Bestuurswetenschappen* 1997, p. 183-192.
Köhne 2000
F.M. Köhne, *Coördinatie van rechtspraak* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
Konijnenbelt & Van Male 2002
H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, twaalfde druk, bewerkt door W. Konijnenbelt & R.M. van Male, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 2002.
Kop 1992
P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap*, tweede druk, Deventer: Kluwer 1992.
Korthals Altes 1981
E. Korthals Altes, 'De cassatierechter op de grens van recht en feit', in: H. Drion e.a., *De hanteerbaarheid van het recht, Bundel opstellen aangeboden aan mr. L.D. Pels Rijcken*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 47-66.
Kortmann 1995
C.A.J.M. Kortmann, 'Straatsburg en de Raad van State; een eerste impressie', *NJB* 1995, p. 1365-1366.
Kortmann 2001
C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2001.
Kottenhagen 1981
R.J.P. Kottenhagen, 'Recente ontwikkelingen in het Engelse precedentensysteem', *NJB* 1981, p. 277-285.
Kottenhagen 1986
R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1986.
Kottenhagen 1988
R.J.P. Kottenhagen & P.A. Kottenhagen-Edzes, 'Gebondenheid aan precedenten bij conflictsbeslechting buiten de rechterlijke macht om', in: H.J. Snijders e.a. (red.), *Overheidsrechter gepasseerd: conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 381-391.
Van Kreveld 1983
J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983.
Kuijer 2004
M. Kuijer, *The blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2004.

Lankhorst 2001
G.H. Lankhorst, 'De Hoge Raad en de afwijzing van een schuldsaneringsverzoek', *Bb* 2001, p. 233-235.
Leijten 2000
J.P. Leijten, 'Een landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken', *TCR* 2000, p. 31-37.

Lindenbergh 1998
S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.
Lindenbergh 2000
S.D. Lindenbergh, 'Buitengerechtelijke kosten; grondslag en betekenis daarvan', in: S.D. Lindenbergh e.a., *Buitengerechtelijke kosten. Vijf visies op de redelijkheid*, Den Haag: Stichting Personenschade Instituut voor Verzekeraars 2000, p. 11-31.
Llewellyn 1960
K.N. Llewellyn, *The Common Law Tradition, Deciding Appeals*, Boston/Toronto: Lottle, Browne and Co. 1960.
Loonstra 2001
C.J. Loonstra, 'De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen', *ArbeidsRecht* 2001/8-9, p. 32-40.
Lord Reid 1972
Lord Reid, 'The Judge as Law Maker', *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 1972, p. 22-29.
Losecaat Vermeer 1926
P.A.J. Losecaat Vermeer, 'Naar aanleiding van het Leeuwardensche vonnis over het arbitraal beding', *NJB* 1926, p. 153-157.
Loth 1998
M.A. Loth, 'Rechtspraak bij de tijd? Of de rechter verloren?', *AA* 1998, p. 757-764.
Loth 2001
M.A. Loth, 'Rechterlijke samenwerking en rechtsvinding', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 111-120.
Luhmann 1969
N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied am Rhein/Berlin: Luchterhand 1969.

Van Maanen 2000
G.E. van Maanen, 'De mythe van het onverbindendverklaren van algemene regelgeving door de burgerlijke rechter: een ongewassen varken', *NTB* 2000, p. 99-101.
MacCormick 1987
N. MacCormick, 'Why Cases have Rationes and what these are', in: L. Goldstein (red.), *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press 1987, p. 155-182.
Mannoury 1960
J. Mannoury, 'Spiegelrecht', in: *Opstellen aangeboden aan prof. mr dr G. van den Bergh*, Alphen a/d Rijn: Samsom 1960, p. 139-152.
Marcus 2003
R.L. Marcus, 'Discretion über alles?', in: M. Storme en B. Hess (red.), *Discretionary power of the judge: limits and control*, Mechelen: Kluwer 2003, p. 453-483.
Margadant 2001
M. Margadant, 'Oproepingsvereisten en wettelijke verhoging: een rondje langs de velden', *ArbeidsRecht* 2001/12, p. 17-22.
Marshall 1997
G. Marshall, 'What is Binding in a Precedent', in: D.N. MacCormick & R.S. Summers (red.), *Interpreting Precedents. A comparative study*, Aldershot: Dartmouth 1997, p. 503-517.

Martens 1988
S.K. Martens, 'De Hoge Raad als adviseur', in: *De Hoge Raad der Nederlanden, 1838-1988: een portret*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 141-167.
Martens 1993
S.K. Martens, 'Motivering van uitspraken van de cassatierechter', in: P. Wackie Eysten e.a., *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 133-153.
Martens 1997
S.K. Martens, 'Mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking, een verkenning', in: P. Ingelse e.a. (red.), *De mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking*, Amsterdam: Prinsengrachtreeks 1997/4, p. 7-25.
Martens 2000
S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *Trema* 2000, p. 171-181.
Martens & Ten Kate 2000
S.K. Martens & Th.B. ten Kate, 'Commentaar d.d. 27 oktober 1999 van de President van en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad op de concept-wetsvoorstellen organisatie en bestuur gerechten en Raad voor de Rechtspraak', *NJB* 2000, p. 1615-1623.
Van Marwijk Kooij 1996
A.G. van Marwijk Kooy, 'Een rondje langs de velden', *ArbeidsRecht* 1996/11, p. 22-23.
Van der Meer 2001
H.Th. van der Meer, 'Praktisch procederen met de buitengerechtelijke kosten: 7 nieuwe aanbevelingen per 1 april 2001', *Praktisch Procederen* 2001, p. 26-30.
Van der Meer 2003
H.Th. van der Meer, 'Kantonrechters tevreden over kantonrechtersformule', *Arbeids-Recht* 2003/1, p. 3-7.
Van der Meer & Rensink 1997
H.Th. van der Meer & G.J. Rensink, '"Achter de aanbevelingen". De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters d.d. 8 november 1996 nader bezien', *SMA* 1997, p. 7-19.
Meijers 1955
E.M. Meijers, 'Eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak volgens de Nederlandsche wet', in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van Prof. Mr E.M. Meijers, Deel 2*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955.
Meijers 1958
E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht, Deel I, De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, tweede druk, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1958.
Meijknecht 1987
P.A.M. Meijknecht, *Heeft de verzoekschriftprocedure (de) toekomst?* (oratie Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1987.
Van der Meulen 1997
B.M.J. van der Meulen, 'Richtlijnen. Rechterlijk beleid, over de rug van het verdronken kalf?', *Trema* 1997, p. 293-299.
Van Mierlo 1998
A.I.M. van Mierlo, *Rolrecht in Nederland*, Deventer: Gouda Quint 1998.

Montesquieu 1964
C.-L. de Secondat Montesquieu, 'De l'esprit des lois', in: *Oeuvres complètes*, Paris: Éditions du Seuil 1964.

Neerhof 1995
A.R. Neerhof, *Het geschil voorbij* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995.
Neerhof 1996
A.R. Neerhof, 'De bestuursrechter en zijn beleid, rechtsvorming in de vorm van scherpe jurisprudentieregels?', *Trema* 1996, p. 388-397.
Nieuwenhuis 1997
J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis: recht, retoriek en burgerlijke moraal*, tweede druk, Deventer: Kluwer 1997.

Ohly 2001
A. Ohly, 'Generalklausel und Richterrecht', *Archiv für die civilistische Praxis* 2001, p. 1-47.
Van Ommeren 1996
F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. VU), Deventer: Tjeenk Willink 1996.
Oosterhagen 2000
M.T. Oosterhagen, *Machtenscheiding* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2000.
Opzoomer 1884
C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de Wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk*, vierde druk, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1884.
Oudelaar 2003
H. Oudelaar, *Executierecht*, Deventer: Kluwer 2003.

*Parl. Gesch. Boek 6*
C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.
*Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*
A.I.M. van Mierlo, met medewerking van F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002.
*Parl. Gesch. Herz. Wet RO*
A.I.M. van Mierlo, met medewerking van F.M. Bart, *Parlementaire Geschiedenis Herziening van de Wet op de Rechterlijke Organisatie*, Deventer: Kluwer 2002.
*Parl. Gesch. Inv. Boek 6*
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.
Paterson 1982
A. Paterson, *The Law Lords*, Londen: MacMillan 1982.
Peletier 1999
M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

Pels Rijcken 1979
L.D. Pels Rijcken, 'Rechtszekerheid, Assepoester van rechtsvindingstheorieën', in: *Non sine causa, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. G.J. Scholten*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1979, p. 310-318.
Pels Rijcken 1983
L.D. Pels Rijcken, 'Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in hoger beroep', in: *Een goede procesorde, Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt*, Deventer: Kluwer 1983, p. 163-179.
Pels Rijcken 1986
L.D. Pels Rijcken, 'Bindend advies als middel tot beslechten van rechtsgeschillen', *NJB* 1986, p. 1053-1056.
Pinckaers 1997
J.E.H.M. Pinckaers, *Artikel 101a RO* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 1997.
Polak 1976
J.M. Polak, *Vormen en beginselen van rechtspraak in het algemeen* (preadvies Vereniging voor Bouwrecht), Kluwer: Deventer 1976.
Polak 1987
J.M. Polak, 'Algemene inleiding', in: *De rechter als dictator*, Lochem: Van den Brink 1987, p. 11-43.
Pontier 1998
J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.
Poortinga 2001
E. Poortinga, *Rechtsbronnen en rechtssysteem*, derde druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.
Van der Pot-Donner 2001
C. van der Pot & A.A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, veertiende druk, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede & G.J.M. van Wissen, Deventer: Tjeenk Willink 2001.
Van Praag 1921
L. van Praag, 'Geschillen over burgerlijke rechten en burgerrechtelijke geschillen', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1921, p. 340-390.

Ras 1966
H.E. Ras, *Het tussenvonnis in het burgerlijk procesrecht* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1966.
Ras/Hammerstein 2001
H.E. Ras, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in civiele zaken*, tweede druk, bewerkt door A. Hammerstein, Deventer: Gouda Quint 2001.
Rijpkema 2001
P. Rijpkema, *Rechtersrecht. Beschouwingen over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
Roelvink 1986
H.L.J. Roelvink, *Stare Decisis*, Rede uitgesproken op 1 mei 1986 bij het afscheid van Mr. T. Drion als Secretaris van Unilever N.V. en PLC, 1986.
Ruygvoorn & Engelhart 2004
M.R. Ruygvoorn & W.J.W. Engelhart, 'Beding buitengerechtelijke incassokosten zinloos?', *JBPr* 2004, p. 259-266.

Sanders 2001
P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht, nationaal en internationaal*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2001.
De Savornin Lohman 1978
O. de Savornin Lohman, 'Noot onder HR 17 juni 1949, NJ 1949, 545', in: *2000 Weken rechtspraak*, Zwolle: Tjeenk Willink 1978, p. 16-18.
*Schadevergoeding* (naam auteur)
A.T. Bolt (red.), *Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Van Schaick 2000
A.C. van Schaick, 'Proceskosten en buitengerechtelijke kosten', *NTBR* 2000, p. 313-315.
Scheltema 1996
M. Scheltema, 'Hoe groot is de rechterlijke vrijheid?', in: E.S.G.N.A.I. van de Griend & B.W.N. de Waard (red.), *Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel** van de Asser-serie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 21-27.
Schlössels 2004
R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 13-43.
Scholten 1949
P. Scholten, 'Kenmerken van Recht', in: G.J. Scholten e.a. (red.), *Verzamelde geschriften van wijlen Prof. Mr. Paul Scholten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1949, p. 1 e.v.
Scholtens 1998
C.G. Scholtens, 'Van Formule Zwartkruis naar Kantonrechtersformule, 25 jaar rechtsontwikkeling van afvloeiingsregelingen', in: A.I.M. van Mierlo & J.H. Wansink (red.), *Zilver voor de Gouden Formule*, Erasmus Universiteit Rotterdam 1998, p. 9-30.
Scholtens 2002
C.G. Scholtens, 'Kennelijk-onredelijkontslagvergoedingen 1992-2001, verschil moet er zijn(?)', *ArbeidsRecht* 2002/11, p. 3-14.
Scholtens 2003a
C.G. Scholtens, 'Statistiek ontslagvergoedingen 2002: stilte voor de storm? (I)', *ArbeidsRecht* 2003/2, p. 31-39.
Scholtens 2003b
C.G. Scholtens, 'Statistiek ontslagvergoedingen 2002: stilte voor de storm? (II)', *ArbeidsRecht* 2003/3, p. 3-9.
Scholtens 2004a
C.G. Scholtens, 'Statistiek ontslagvergoedingen 2003: gerommel in de polder (I)', *ArbeidsRecht* 2004/2, p. 3-12.
Scholtens 2004b
C.G. Scholtens, 'Statistiek ontslagvergoedingen 2003: gerommel in de polder (II)', *ArbeidsRecht* 2004/3, p. 3-14.
Schönfeld 1979
K.M. Schönfeld, *Montesquieu en "la bouche de la loi"* (diss. Leiden), Leiden: New Rhine Publishers 1979.
Senden 2003
L. Senden, *Soft law in European Community law. Its Relationship to Legislation* (diss. Tilburg), Oxford: Hart Publishing 2003.

Simons 1996
Th.G.M. Simons, *De rechterlijke organisatie in Nederland*, Deventer: Tjeenk Willink 1996.
Smith 2004
C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
Smith, Bailey & Gunn 2002
*Smith, Bailey & Gunn on the modern English legal system*, vierde druk, bewerkt door S.H. Bailey e.a., London: Sweet & Maxwell 2002.
Smits 1996
P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1996.
Snijders 1978
H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.
Snijders 1992
H.J. Snijders, 'Independence and responsability of judges and lawyers', in: H.J. Snijders & M. Ynzonides (red.), *Role and organization of judges and lawyers in contemporary societies*, Deventer: Kluwer 1992, p. 29-64.
Snijders 1995
H.J. Snijders, *Retrocipatie* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1995.
Snijders 1997a
H.J. Snijders, 'Rechtsvinding door de burgerlijke rechter in (dood)gewone zaken', *Trema* 1997, p. 43-50.
Snijders 1997b
H.J. Snijders, 'Wordt de samenwerkende rechter tot bestuurder en/of wetgever?', *NJB* 1997, p. 1793-1797.
Snijders 1997c
H.J. Snijders, 'Enige vragen bij schadevergoeding naar draagkracht ex art. 6:109 BW', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber amicorum voor prof. mr. M.G. Rood*, Deventer: Kluwer 1997, p. 263-274.
Snijders 2001
H.J. Snijders, 'Rechterlijke samenwerking in het burgerlijk recht; een tussenstand en voorzichtige vooruitblik', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 15-31.
Snijders 2003
H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht. Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2003.
Snijders, Ynzonides & Meijer 2002
H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, derde druk, Deventer: Kluwer 2002.
Snijders & Wendels 2003
H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, derde druk, bewerkt door H.J. Snijders, Deventer: Kluwer 2003.
Star Busmann/Rutten 1972
C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, derde druk, bewerkt door L.E. Rutten met medewerking van W.H. Ariëns, Haarlem: De erven F. Bohn 1972.

Stolker 1993
C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht', in: M.G. Rood (red.), *Rechters en politiek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 53-83.
Stroink 1999
F.A.M. Stroink, 'De betekenis van de Straatsburgse jurisprudentie inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor het Nederlandse recht', *NJCM-bulletin* 1999, p. 5-32.
Stroink 2001
F.A.M. Stroink, 'Afstemming van rechterlijke uitspraken', *Trema* 2001/4a, p. 51-55.
Struycken & Haazen 1993
T. Struycken & O.A. Haazen, 'De binding aan precedenten', in: H.G. Schermers e.a. (red.), *De rol van de rechter in de moderne westerse samenleving*, Leiden 1993.

Taruffo 1997
M. Taruffo,'Institutional Factors Influencing Precedents', in: D.N. MacCormick & R.S. Summers (red.), *Interpreting Precedents. A comparative study*, Aldershot: Dartmouth 1997, p. 437-460.
Telders 1938
B.M. Telders, 'Het B.W. en de rechtspraak van 1838 tot heden, in het bizonder de standaardarresten van den Hoogen Raad (arrêts de règlement)', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 197-209.
Terlouw 2003
A.B. Terlouw, *Uitspraak en afspraak. Samenwerking tussen vreemdelingenrechters bij het ontbreken van hoger beroep* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
Teuben 2002
K. Teuben, *Rechtersregelingen als 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO*, Den Haag: Jongbloed 2002.
Teuben 2004
K. Teuben, 'Rechterlijke samenwerking op de helling?', *NJB* 2004, p. 737-738.
Tjong Tjin Tai 2000
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Verrassingsbeslissingen door de civiele rechter', *NJB* 2000, p. 259-264.
Tjong Tjin Tai 2002
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', *TCR* 2002, p. 28-35.
Den Tonkelaar 2002
J.D.A. den Tonkelaar, 'Levert verouderde rechtspraak een probleem op?', *WPNR* 6498 (2002), p. 541-542.
Van Triest 2004
A.R. van Triest, 'Het kinderverhoor in het ressort Den Bosch onder de loep', *FJR* 2004, p. 16-26.

Uniken Venema 2001
H.Ae. Uniken Venema, 'Het landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 139-148.

Valk 1999
W.L. Valk, 'Buitengerechtelijke kosten volgens de werkgroep 'voor-werk'', *NbBW* 1999, p. 2-4.
Van der Vlies 1990
I.C. van der Vlies, 'Meer recht in de zin van art. 99 Wet RO', *NJB* 1990, p. 1147-1151.
Veegens 1972
D.J. Veegens, *Het gezag van gewijsde*, Zwolle: Tjeenk Willink 1972.
Veegens 1973
D.J. Veegens, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, deel 1, Algemene grondslagen en Verdeling van de Bewijslast*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973.
Veegens/Korthals Altes & Groen 1989
D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, derde druk, bewerkt door E. Korthals Altes & H.A. Groen, Zwolle: Tjeenk Willink 1989.
Venhuizen 1999
S.M.A.M. Venhuizen, 'De incassokosten volgens het rapport voor-werk', *Ger.deurw.* 1999, p. 234-243.
Venhuizen 2000
S.M.A.M. Venhuizen, 'De incassokosten volgens het gewijzigde rapport voor-werk', *Executief* 2000, p. 217-218.
Verheij & Lubberdink 1996
N. Verheij & H.G. Lubberdink, *Algemene wet bestuursrecht, Derde tranche*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996.
Verhey 2001
L.F.M. Verhey, *De onafhankelijkheid van de rechter naar Nederlands recht* (preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Deventer: Tjeenk Willink 2001.
Voermans 2004
W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
Vriesendorp 1970
J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1970.
Vriesendorp 1981
J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

De Waard 1987
B.W.N. de Waard, *Algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1987.
De Waard 1996
B.W.N. de Waard, '"Asser-Vranken" door bestuursrechtelijke bril gezien', in: E.S.G.N.A.I. van de Griend & B.W.N. de Waard (red.), *Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel** van de Asser-serie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 83-95.
De Waard 1997
B.W.N. de Waard, 'Beleidsregels', in: A.J. Bok e.a. (red.), *Nieuw bestuursrecht: Derde tranche Algemene wet bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 105-127.

De Waard 1998
B.W.N. de Waard, 'Afstemming tussen rechters en gerechten', in: P.M. Langbroek, K. Lahuis & J.B.J.M. ten Berge (red.), *Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 151-166.

Wagner 2001
K. Wagner, *De onafhankelijkheid van de rechter naar Europees recht* (preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Deventer: Tjeenk Willink 2001.

Walker & Walker 1998
*Walker & Walker's English Legal System*, achtste druk, bewerkt door R. Ward, London: Butterworths 1998.

De Werd 1997a
M.F.J.M. de Werd, 'Rechterlijke organisatie nieuwe stijl', *NJB* 1997, p. 325-332.

De Werd 1997b
M.F.J.M. de Werd, 'Geen rechterlijke samenwerking buiten de wet om', in: P. Ingelse e.a. (red.), *De mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking*, Amsterdam: Prinsengrachtreeks 1997/4, p. 37-46.

De Werd 1998a
M.F.J.M. de Werd, 'Een Raad voor de Rechtspraak. Artikel 6 EVRM en het bestuur en beheer van de rechterlijke macht', *NJCM-bulletin* 1998, p. 124-148.

De Werd 1998b
M.F.J.M. de Werd, 'Een Raad voor de Rechtspraak', *Trema* 1998/6a, p. 3-7.

Wesley-Smith 1987
P. Wesley-Smith, 'Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis', in: L. Goldstein (red.), *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press 1987, p. 73-87.

Wesseling-van Gent e.a. 2001
E.M. Wesseling-van Gent e.a., 'Het uniform reglement voor de rechtbanken', *Trema* 2001, p. 135-150.

Wessels 1999
B. Wessels, *Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 1999.

Wiarda 1978
G.J. Wiarda, *Dient de regeling van cassatie in burgerlijke zaken te worden gewijzigd en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?* (preadvies NJV), Handelingen NJV 1978, p. 63-121.

Wiarda 1986a
G.J. Wiarda, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, Preadvies uitgebracht voor de algemene vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht op 30 mei 1952', in: *Verspreide geschriften van G.J. Wiarda*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1986, p. 37-72.

Wiarda 1986b
G.J. Wiarda, 'Rechtsregels als houvast voor rechtspraak', in: *Verspreide geschriften van G.J. Wiarda*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1986, p. 195-201.

Wiarda/Koopmans 1999
G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, vierde druk, bewerkt door T. Koopmans, Deventer: Tjeenk Willink 1999.

Widdershoven 1999
R.J.G.M. Widdershoven, 'Een eerste stap… Enige beschouwingen bij de aanbieding van de Procesregeling Bestuursprocesrecht', *Trema* 1999, p. 360-363.

Van der Wiel 2004
B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.
Wiersma 1998
H.W. Wiersma, *Tussenoordelen en eindbeslissingen* (diss. UvA), Amsterdam 1998.
De Winter 1998
R. de Winter, 'De Raad voor de Rechtspraak: een raadsel voor het staatsrecht', *NJB* 1998, p. 658-660.
Witteveen 1991
W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1991.
Wulffraat-van Dijk 1995
M.S.E. Wulffraat-van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

Ynzonides 1994
M. Ynzonides, 'Grijs en/of zwart maken van conservatoire beslagen', *TCR* 1994, p. 10-13.
Ynzonides 1996
M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1996.

Zwalve 2000
W.J. Zwalve, *C.Ae. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer: Tjeenk Willink 2000.

# Rechtspraakregister


EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

EHRM 26 oktober 1984 (De Cubber/België), *Series A* no. 86 | 201
EHRM 24 mei 1989 (Hauschildt/Denemarken), *NJ* 1990, 627 m.nt. PvD | 201
EHRM 30 oktober 1991 (Borgers/België), *NJ* 1992, 73 m.nt. EEA en ThWvV | 163
EHRM 28 september 1995 (Procola/Luxemburg), *NJ* 1995, 667 m.nt. EAA | 197-198
EHRM 20 februari 1996 (Lobo Machado/Portugal), *Reports* 1996-I, p. 195 e.v. | 163
EHRM 20 februari 1996 (Vermeulen/België), *Reports* 1996-I, p. 224 e.v. | 163
EHRM 18 februari 1997 (Nideröst-Huber/Zwitserland), *NJ* 1998, 590 | 158, 163, 164, 165, 166
EHRM 27 maart 1998 (J.J./Nederland), *NJ* 1999, 110 m.nt. DA onder *NJ* 1999, 111 | 163
EHRM 27 maart 1998 (K.d.B/Nederland), *NJ* 1999, 111 m.nt. DA | 163
EHRM 19 september 2000 (I.J.L. e.a./Verenigd Koninkrijk), *Reports* 2000-IX, p. 323 e.v. | 201
EHRM 8 februari 2000 (McGonnell/Verenigd Koninkrijk), *NJ* 2001, 611 m.nt. EAA | 198-199
EHRM 14 juni 2001 (Kress/Frankrijk), *NJ* 2001, 592 | 158, 163, 165
EHRM 26 februari 2002 (Fretté/Frankrijk), *NJ* 2002, 553 m.nt. SW | 158, 163, 165
EHRM 12 november 2002 (Ploski/Polen), *NJB* 2003, p. 234, nr. 5 | 200
EHRM 27 januari 2004 (Kyprianou/Cyprus), zaaknr. 73797/01 (n.n.g.) | 201

HOGE RAAD

HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, 647 en 650 | 56, 170
HR 25 januari 1929 (Bierbrouwerij), *NJ* 1929, 616 | 285, 317
HR 25 februari 1949 (Doetinchemse woonruimtevordering), *NJ* 1949, 558 | 67
HR 16 maart 1962 (Bakker/Grafische Industrie), *NJ* 1963, 222 m.nt. JHB | 58
HR 25 april 1969 (Pluvier), *NJ* 1969, 303 m.nt. D.J.V. | 57, 170, 173
HR 29 juni 1979 (Stein/Gem. Meeden), *NJ* 1981, 562 m.nt. MS | 57, 170
HR 7 maart 1980 (Stierkalf), *NJ* 1980, 353 m.nt. G.J.S. | 265, 266
HR 4 juni 1980, *NJ* 1981, 564 m.nt. MS | 57
HR 6 juni 1980 (De Ruiter/Staat), *NJ* 1981, 563 m.nt. MS | 57
HR 27 november 1981 (Boon/Van Loon), *NJ* 1982, 503 m.nt. EAAL en WHH | 266
HR 8 januari 1982 (De Rijk/Dorpshuis Kamerik), *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB | 40
HR 29 oktober 1982 (Lobo/Nederlandse Credietbank), *NJ* 1983, 196 m.nt. BW | 26
HR 1 juli 1983 (Staat/LSV), *NJ* 1984, 360 m.nt. MS | 275
HR 3 februari 1984 (Interpolis/X.), *NJ* 1984, 765 m.nt. FHJM en WLH | 47
HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 230 m.nt. G | 36, 265

HR 31 mei 1985, *NJ* 1985, 648 | 57
HR 4 oktober 1985, *NJ* 1986, 51 | 101
HR 11 oktober 1985 (Avanti), *NJ* 1986, 322 m.nt. MS | 57
HR 28 november 1986 (Raad voor de Kinderbescherming/Milutinovic), *NJ* 1987, 380 m.nt. WLH | 284-285
HR 16 oktober 1987 (Pensioenfonds voor Huisartsen/Schmidt), *NJ* 1988, 117 | 58
HR 15 januari 1988, *NJ* 1988, 888 m.nt. EAAL | 275
HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 m.nt. MS | 2, 57-59, 61, 70, 72, 91, 105, 155, 168, 170, 172, 201, 222, 225
HR 1 juni 1990 (Ingrid Kolkman), *NJ* 1991, 720 m.nt. CJHB | 328
HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119 m.nt. ThWvV en MS | 2, 58, 170
HR 29 juni 1990, *NJ* 1991, 120 | 2, 58, 155, 169, 170, 175
HR 28 september 1990 (Huybregts/Van Tuyl), *NJ* 1991, 230 m.nt. JBMV | 227
HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 747 | 284
HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 30 | 101, 147, 153
HR 8 november 1991 (Uytterschout/Ontvanger), *NJ* 1992, 31 | 59
HR 28 februari 1992 (IZA/Vrerink), *NJ* 1993, 566 m.nt. CJHB | 41, 42, 291, 298, 328
HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 475 | 220
HR 8 juli 1992 (AMC/O.), *NJ* 1992, 714 | 79, 287
HR 16 oktober 1992 (Van Gent/Wijnands), *NJ* 1993, 167 m.nt. PAS | 284, 312
HR 5 februari 1993 (Gem. Rotterdam/Staat), *AB* 1993, 239 m.nt. FHvdB | 169
HR 19 februari 1993 (Van de Ven/Pierik), *NJ* 1994, 345 m.nt. HJS | 76
HR 16 april 1993 (Van der Belt/De Open Ankh), *NJ* 1993, 654 m.nt. HER onder *NJ* 1993, 655 | 218
HR 7 mei 1993 (Meulen/Keijsers), *NJ* 1993, 655 m.nt. HER | 218
HR 4 juni 1993 (Vredo/Veenhuis), *NJ* 1993, 659 m.nt. DWFV | 114, 185, 313
HR 10 september 1993 (Fonville/Woningbouwvereniging), *NJ* 1994, 507 m.nt. HJS | 59, 88, 192, 196, 210, 216
HR 10 september 1993 (Moolenbeek/Alcatel), *NJ* 1993, 777 m.nt. PAS | 77, 84, 287
HR 24 september 1993 (Van de Rakt/Veltman q.q.), *NJ* 1994, 299 m.nt. HER | 84
HR 22 oktober 1993 (Van Schijndel/SPF), *NJ* 1994, 94 | 223
HR 9 december 1994 (Smit/De Moor), *NJ* 1995, 250 | 22, 190
HR 13 januari 1995 (Ontvanger/Bos), *NJ* 1997, 366 m.nt. CJHB | 47
HR 22 september 1995 (Andeweg/Boots), *NJ* 1996, 38 | 80
HR 20 oktober 1995 (Van Asseldonk/Ter Schure), *NJ* 1996, 330 m.nt. EAA | 275
HR 1 december 1995, *NJ* 1996, 272 | 175
HR 13 maart 1996, *AB* 1996, 211 m.nt. ThGD | 157, 173, 174
HR 15 maart 1996 (Boumans/Bistro 't Plenkske), *NJ* 1997, 341 m.nt. HJS | 47, 97
HR 28 juni 1996 (De Nieuwe Woning/Staat), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS | 10, 55, 59-62, 100, 114-115, 129, 156, 166, 210, 212-213, 216, 324
HR 25 oktober 1996 (A./Staat), *NJ* 1998, 254 m.nt. MS | 158, 173
HR 28 februari 1997, *NJ* 1997, 306 | 306
HR 4 april 1997 (Van Schaik/Verboom), *NJ* 1998, 220 m.nt. HJS | 10, 60, 156, 166, 210, 216, 217, 227
HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 365 | 101
HR 6 februari 1998 (M./AMEV), *NJ* 1999, 478 m.nt. HJS | 76
HR 3 april 1998 (Lindeboom/Beusmans), *NJ* 1998, 571 | 102, 152-153, 175, 202, 204, 211, 214

HR 1 mei 1998 (Maatschap voor Fysiotherapie/Diepeveen), *NJ* 1999, 563 m.nt. HJS | 217
HR 1 mei 1998 (Malenstein/Van den Berg), *NJ* 1998, 622 | 216
HR 5 juni 1998, *NJ* 1998, 626 | 220
HR 18 december 1998, *NJ* 1999, 271 | 133
HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 715 m.nt. HJS | 269
HR 26 februari 1999 (Ajax/Reule), *NJ* 1999, 717 m.nt. HJS | 22, 42, 81, 161, 172, 207, 307, 311, 313, 328, 331, 334
HR 14 april 1999, *BNB* 1999, 309 (J.W. Zwemmer) | 59
HR 12 mei 1999, *NJ* 2000, 170 m.nt. ARB | 37
HR 28 mei 1999 (Heep/Heep), *NJ* 2000, 220 m.nt. JBMV | 219
HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 510 | 18, 76
HR 24 december 1999 (Gouda/Lutz), *NJ* 2000, 428 m.nt HJS | 328
HR 14 april 2000 (Aapeha/Gem. Tilburg), *NJ* 2000, 626 m.nt. MS | 284
HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 567 m.nt. PvS | 44, 334-335, 347
HR 29 september 2000 (Kuijper/ING), *NJ* 2001, 302 m.nt. PAS | 207-208, 220, 290
HR 3 oktober 2000, *NJ* 2000, 721 m.nt. JdH | 266
HR 17 november 2000 (Druijff/B.C.E. Bouw), *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB | 79, 80, 269, 282, 287, 316, 323
HR 8 december 2000 (Zeegers/Franssen), *NJ* 2001, 197 | 269
HR 15 december 2000 (Intramco/Grotenhuis), NJ 2001, 251 m.nt. PAS | 84, 100, 182
HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 307 m.nt. JdH | 266
HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB | 80
HR 4 mei 2001 (Maalsté/Chan-a-Hun), *NJ* 2002, 214 m.nt. CJHB | 265
HR 22 juni 2001 (K./Van der Velden), *NJ* 2001, 475 m.nt. PAS | 208, 220, 290
HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 495 | 215
HR 29 juni 2001, *NJ* 2002, 6 m.nt. JdB | 290
HR 7 september 2001 (Y. en R./Spliet q.q.), *NJ* 2001, 562 m.nt. PvS | 22, 85-86, 206
HR 5 oktober 2001 (Verbeek/SCH), *NJ* 2002, 514 m.nt. DA | 97
HR 12 oktober 2001 (Staat/Siemons), *NJ* 2001, 636 | 155
HR 2 november 2001 (Elverding en Kruijff/Wienholts), *NJ* 2001, 667 | 100, 182
HR 16 november 2001 (Ajax/Valk), *NJ* 2002, 401 m.nt. HJS | 77-78, 82, 98, 116, 194, 206, 217
HR 30 november 2001 (De Rooy/De Rooy), *NJ* 2002, 143 m.nt. K.F. Haak | 283
HR 21 december 2001 (Caribic/Town House), *NJ* 2004, 34 m.nt. DA | 46
HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 185 | 99
HR 1 februari 2002, *NJ* 2003, 655 m.nt. DA | 218
HR 15 februari 2002, *NJ* 2002, 197 | 7, 102, 214
HR 22 februari 2002 (Woudsend/V.), *NJ* 2002, 240 m.nt. JBMV | 38
HR 22 februari 2002, *NJ* 2003, 483 m.nt. PV | 222
HR 1 maart 2002 (Guérand/PTT), *NJ* 2003, 211 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss | 100, 182
HR 1 maart 2002 (TNO/Ter Meulen), *NJ* 2003, 210 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss | 100, 182
HR 1 maart 2002 (Schneijderberg/Erven Cools), *NJ* 2003, 355 m.nt. HJS | 269
HR 12 maart 2002, *NJ* 2002, 317 m.nt. Sch | 266
HR 14 juni 2002 (NVV/Staat), *NJ* 2003, 689 m.nt. HJS | 275
HR 14 juni 2002 (Interpolis/Obragas), *NJ* 2003, 428 | 289-290, 305
HR 13 september 2002 (Uiterlinden/Van Zijp), *NJ* 2004, 18 m.nt. HJS | 76

HR 25 oktober 2002 (Verhoeven/Lammers), *NJ* 2003, 171 m.nt. MS | 283
HR 1 november 2002 (Op 't Land/ESS), *NJ* 2002, 622 | 272
HR 15 november 2002 (ANP/Spruijt), *NJ* 2004, 2 m.nt. DA | 97
HR 29 november 2002 (TFS/NS), *NJ* 2004, 304 m.nt. DA onder *NJ* 2004, 305 | 287, 328
HR 3 december 2002, *NJ* 2003, 570 | 153
HR 6 december 2002 (Punte/ISA), *NJ* 2003, 140 m.nt. PvS | 285
HR 6 december 2002 (Goedèl/Arts q.q.), *NJ* 2003, 63 | 84
HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 195 m.nt. PvS | 44
HR 17 januari 2003 (IMS/Modsaf-IR), *NJ* 2004, 384 m.nt. HJS | 227, 228
HR 17 januari 2003, *NJ* 2003, 113 m.nt. PV | 36, 266
HR 14 maart 2003 (Hovuma/Spreeuwenberg), *NJ* 2003, 327 m.nt. Ma | 284
HR 11 juli 2003 (Stichting Vervroegd Uittreden/De Bruin), *NJ* 2003, 566 | 99
HR 11 juli 2003 (Van den Kieboom/Lensvelt), *NJ* 2003, 567 | 97, 208
HR 12 september 2003 (Royal/K.), *RvdW* 2003, 140 | 76
HR 26 september 2003 (Regiopolitie/Hovax), *RvdW* 2003, 152 | 46
HR 3 oktober 2003 (Ontvanger/Heemhorst), *RvdW* 2003, 155 | 22, 81, 207, 307
HR 10 oktober 2003, *NJ* 2004, 37 | 214, 215
HR 19 december 2003, *JBPr* 2004, 30 m.nt. E.F. Groot | 76
HR 27 februari 2004, *NJ* 2004, 283 m.nt. SW | 306
HR 23 april 2004, *NJ* 2004, 350 | 60, 211-212
HR 14 mei 2004 (Stal/UWV), *RvdW* 2004, 75 | 86

GERECHTSHOVEN

Hof 's-Gravenhage 19 maart 1996, *NJ* 1997, 362 | 97, 217
Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 1996, *NJ* 1997, 491 | 22
Hof 's-Gravenhage 5 maart 1998, *NJ* 1998, 864 | 97
Hof 's-Hertogenbosch 1 december 1999, *NJ* 2000, 618 | 322
Hof Amsterdam 7 juni 2001, *JBPr* 2003, 45 m.nt. K. Teuben onder *JBPr* 2003, 50 | 183-184, 217
Hof 's-Gravenhage 1 augustus 2001, LJN-nr. AD 4714 | 98, 194
Hof 's-Gravenhage 15 augustus 2001, LJN-nr. AD 3839 | 98, 194
Hof Leeuwarden 27 februari 2002, *NJkort* 2002, 21 | 304-305, 322
Hof 's-Gravenhage 5 juni 2002, LJN-nr. AE 5126 | 98, 184, 194
Hof 's-Gravenhage 25 september 2002, *NJ* 2003, 128 | 184
Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2002, *NJkort* 2002, 86 | 97
Hof Amsterdam 23 januari 2003, *JBPr* 2003, 29 m.nt. A.W. Jongbloed | 331
Hof 's-Hertogenbosch 1 juli 2003, *JBPr* 2004, 6 m.nt. C.J.M. Klaassen | 220
Hof Leeuwarden 20 augustus 2003, *NJF* 2004, 40 | 220
Hof Arnhem 14 oktober 2003, *JBPr* 2004, 4 m.nt. E.L. Schaafsma-Beversluis | 219
Hof Arnhem 10 februari 2004, *NJF* 2004, 176 | 322
Hof Amsterdam 26 februari 2004, *Prg*. 2004, 6215 | 304, 322
Hof 's-Hertogenbosch 6 april 2004, LJN-nr. AO 9790 | 322

RECHTBANKEN

Pres. Rb. Amsterdam 28 november 1998, *KG* 1998, 19 | 331
Rb. Leeuwarden 24 juli 2000, *NJ* 2000, 696 | 29, 187
Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 8 maart 2001, *JV* 2001, 158 m.nt. B.K. Olivier | 30
Rb. Middelburg 11 april 2001, LJN-nr. AB 1815 | 321
Rb. Almelo 13 juni 2001, LJN-nr. AB 2180 | 321
Rb. Middelburg 8 augustus 2001, *Prg*. 2001, 5786 | 320
Rb. 's-Gravenhage 19 juni 2002, *NJkort* 2002, 60 | 267
Rb. Utrecht 3 september 2002, LJN-nr. AE 7119 | 321
Rb. Breda 15 november 2002, *NJ* 2003, 57 | 184
Rb. Zwolle 22 januari 2003, LJN-nr. AF 6175 | 321
Rb. Leeuwarden 19 februari 2003, LJN-nr. AF 5089 | 321
Rb. Haarlem 22 april 2003, *JBPr* 2003, 65 m.nt. G.J. Meijer | 347
Rb. Maastricht 21 mei 2003, LJN-nr. AF 9038 | 321
Rb. Arnhem 22 december 2003, LJN-nr. AO 4955 | 321
Rb. Haarlem 24 maart 2004, LJN-nr. AO 8130 | 321
Rb. Zutphen 12 mei 2004, LJN-nr. AP 4568 | 321
Rb. 's-Hertogenbosch 23 juni 2004, LJN-nr. AP 5823 | 321

KANTONRECHTERS

Ktr. Sittard 27 maart 2000, *Prg*. 2000, 5467 | 315-316, 330
Ktr. Leiden 11 oktober 2000, *Prg*. 2001, 5751 | 89
Ktr. Amsterdam 19 december 2000, *Prg*. 2001, 5752 | 89
Ktr. Amsterdam 8 februari 2001, *Prg*. 2001, 5729 | 298, 325
Ktr. Nijmegen 9 februari 2001, *NJ* 2001, 244 | 182-183, 298, 325
Ktr. Rotterdam 31 mei 2001, *JAR* 2001, 165 | 298, 325
Ktr. Utrecht 4 juli 2001, *JAR* 2001, 169 | 90
Ktr. Rotterdam 12 juli 2001, *JAR* 2001, 169 | 90
Ktr. Utrecht 15 mei 2002, *Prg*. 2004, 6214 | 304
Ktr. Amsterdam 17 mei 2002, *Prg*. 2003, 5969 | 22
Ktr. Heerlen 29 januari 2003, *JBPr* 2003, 50 m.nt. K. Teuben | 217
Ktr. Maastricht 12 februari 2003, LJN-nr. AF 4144 | 321
Ktr. Rotterdam 7 maart 2003, *Prg*. 2004, 6222 | 183
Ktr. Haarlem 11 februari 2004, LJN-nr. AO 7599 | 321
Ktr. Hoorn 13 februari 2004, *JAR* 2004, 60 | 298, 325
Ktr. Deventer 19 februari 2004, LJN-nr. AO 9060 | 184
Ktr. Lelystad 1 maart 2004, *JAR* 2004, 91 | 298, 325
Ktr. Gouda 17 juni 2004, LJN-nr. AP 5007 | 321

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

CRvB 22 maart 2001, *TAR* 2001, 73 | 97
CRvB 17 april 2003, *JB* 2003, 190 m.nt. E.C.H.J. van der Linden | 103

GROOT-BRITTANNIË

*Mirehouse* v. *Rennell* (1833) 1 Cl. & F. 527 | 240
*Beamish* v. *Beamish* (1861) 9 HL Cas. 273 | 240-241
*London Tramways* v. *London County Council* [1898] AC 375 | 241, 245
*Quinn* v. *Leathem* [1901] AC 495 | 253
*Young* v. *Bristol Aeroplane Co. Ltd.* [1944] KB 718 | 244-245
*Police Authority for Huddersfield* v. *Watson* [1947] KB 842 | 243
*Morelle* v. *Wakeling* [1955] 2 QB 379 | 245
*Qualcast (Wolverhampton) Ltd* v. *Haynes* [1959] AC 743 | 251
*Bragg* v. *Crossville Motor Services Ltd.* [1959] 1 All ER 613 | 252
*Eastwood Ltd.* v. *Herrod* [1968] 2 QB 923 | 250
*Jones* v. *Secretary of State for Social Services* [1972] AC 944 | 248, 250
*Casell & Co. Ltd.* v. *Broome* [1972] AC 1027 | 244, 247, 311
*Knuller Ltd.* v. *Director of Public Prosecutions* [1973] AC 435 | 248
*Miliangos* v. *George Frank (Textiles) Ltd.* [1976] AC 443 | 247, 311
*Davis* v. *Johnson* [1979] AC 264 | 247-248
*Khawaja* v. *Secretary of State for the Home Department* [1984] AC 74 | 248
*R* v. *Secretary of State for the Home Department, ex parte Ku* [1995], QB 364 | 251
*Great Peace Shipping Ltd.* v. *Tsavliris Salvage (International) Ltd.*, [2002] EWCA Civ 1407, [2002] 4 All ER 689 | 245, 247

# Trefwoordenregister


***A***

akte van niet-dienen | 60, 183-184, 191, 193, 210, 212, 217-218, 304
algemeen verbindend voorschrift | 58, 71, 73, 105, 120, 140-141
algemene beginselen van behoorlijk bestuur | 58-59, 61, 66, 68, 71, 72, 90-93, 320
algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging | 61, 90-93, 94, 104, 115-116, 181, 195, 271-274, 282, 318-322, 323
alimentatie | 19-20, 79, 99, 214-215, 225, 304, 306
alimentatienormen | 4, 19-20, 101, 125, 147, 153, 157, 174, 202, 214-215, 304, 306, 322-323, 324
alimentatievrije voet | 23, 225
ambtshalve aanvullen van rechtsgronden: zie rechtsgronden
appèl
- binding appèlrechter aan rechtersregeling | 188-192, 220-221, 225-226, 304, 329-330, 332
- devolutieve werking | 190-191, 221, 304
- uitsluiting tussentijds appèl | 217-218

arbitragereglement | 227-228
*arrêts de règlement* | 274-275

***B***

bekendmaking rechtersregeling: zie onder rechtersregeling
beleidsregels
- algemeen | 57-59, 62-63, 107-108, 168
- afwijking van | 72-73, 105-106
- ambtshalve toepassing door rechter | 59, 168, 222, 225, 226-227
- bekendmaking | 71, 73, 155, 157-158, 161
- bevoegdheid tot vaststelling | 59, 68-70, 94, 100, 130, 151
- binding aan | 70-73, 105, 194-195
- controlefunctie | 69, 111

beleidsruimte
- begrip | 64-65
- grenzen van | 66, 69, 83-84, 85, 96-98, 105-106, 109, 111, 205-206, 323, 329
- invulling van | 67-68, 90-93, 98-99, 192, 342-343
- onderscheid tussen beleidsruimte en interpretatieruimte | 64-67, 81-83, 84-87, 117-120, 125, 205-206, 298-302, 304-306
- toetsing door rechter | 66-67, 84-87, 117-120, 191-192, 205-206, 213, 303-306
- van bestuur | 64-67, 86, 108-109
- van rechter | 74-80, 81-88, 94-95, 98-99, 105-106, 108-109, 122, 123, 143, 192, 205-206, 213, 287, 304-306, 322-324, 328-329

beoordelingsruimte | 64, 81
beslagsyllabus | 15-16, 22, 150, 346
bestuur
- beleidsruimte | 64-67, 68, 108-109
- discretionaire bevoegdheden | 64-66, 109
- interpretatieruimte | 64-67, 68, 86, 109-110

bestuursreglement | 136, 145, 146
buitengerechtelijke kosten | 17-19, 22, 23, 24, 99, 125, 190, 304

***C***
cassatie
- binding cassatierechter aan rechtersregeling | 188-192, 212-213, 225-226, 329-330, 332
- cassatie in het belang der wet | 46, 268
- feitelijke, gemengde en rechtsbeslissingen | 87, 117, 191, 204, 210-211, 214, 251-252, 277, 304
- taak cassatierechter | 58, 87, 108, 201-202, 268-269
- wijze van toetsing door cassatierechter | 84-87, 118-120, 191-192, 204, 205-215, 305-306

cassatiegronden
- algemeen | 191, 203
- schending van het recht | 56-61, 192, 203-204, 209-213, 222
- verzuim van vormen | 203, 204, 212, 213-215, 313, 332-333

College van Afgevaardigden | 138, 149-150, 151
Commissie-Leemhuis: zie rapport Rechtspraak bij de Tijd
comparitie na antwoord | 23, 24, 88, 97
conservatoir beslag
- eis in de hoofdzaak | 15, 22, 42, 81, 125, 207, 300, 306, 331, 347
- grijs/zwart maken | 16, 79, 88-89, 331
- procedure tot verlofverlening | 15, 78-79, 88, 300-301, 331

consistentiebeginsel | 67, 71, 91, 94, 115-116, 195
constitutieve theorie | 236-237
coördinatie van rechtspraak | 1-2
Court of Appeal | 242, 243, 244-245, 247-249

***D***
declaratoire theorie | 236-237, 240-241, 260, 263
discretionaire bevoegdheid bestuur: zie onder bestuur
discretionaire bevoegdheid rechter: zie onder rechter
*distinguishing*: zie onder precedenten
doorbreking rechtsmiddelenverbod: zie rechtsmiddelenverbod

***E***
eis in de hoofdzaak: zie onder conservatoir beslag
eisen van een behoorlijke rechtspleging | 77, 78, 84, 98, 206
*equality of arms* | 158, 165-166

***F***
*Fallnorm*-theorie | 262-263, 281
feitelijke beslissing: zie onder cassatie

***G***
gelijkheidsbeginsel | 1, 61, 71, 91, 93, 104, 106, 115-116, 124, 181, 183, 238, 255, 271-272, 282, 315, 319, 321
gemengde beslissing: zie onder cassatie
gerechtsbestuur | 8, 96, 136, 139, 144, 187
gerechtsvergadering | 3, 137, 139, 144-146, 149, 152
gewoonterecht | 260, 317-318
gezag van gewijsde | 276-278, 287
grijs/zwart maken van beslagen: zie onder conservatoir beslag

***H***
herziening rechterlijke organisatie | 135-143, 187
hoor en wederhoor | 44, 46-47, 220
House of Lords | 241, 242, 243, 245-246, 247-249, 258, 311

***I***
impliciete bevoegdheid | 69, 70, 94-96, 344
inherente afwijkingsbevoegdheid | 72-73, 106, 141, 181
inschrijving op de rol | 13, 78, 98, 111, 116, 206
interpretatieruimte:
- onderscheid met beleidsruimte | 64-67, 81-83, 84-87, 117-120, 125, 205-206, 298-302, 304-306
- toetsing door rechter | 66-67, 84-87, 117-120, 205-206, 304-306

- van bestuur | 64-67, 68, 86, 109-110
- van rechter | 80-87, 109-110, 121-122, 123, 143, 205-206, 300, 304-306

***K***

kantonrechtersformule | 4, 20-21, 89-90, 95, 99-100, 102, 156, 173, 182-183, 218, 219, 298, 301, 310, 315, 320-321, 325, 334
kennelijk onredelijk ontslag | 219, 321
Kring van Kantonrechters | 4, 20, 25, 89, 102, 112, 147, 218, 220

***L***

landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken: zie onder rolreglement
landelijk reglement voor de civiele rol van de kantonsectoren: zie onder rolreglement
legisme | 34-35
legitimatie | 37-38, 51-52, 110-111, 121
liquidatietarief | 16-17, 18, 99, 102, 125, 152-153, 157, 174, 178, 184, 202, 211, 214, 324

***M***

machtenscheiding | 32-35, 36, 276
marginale toetsing | 66-67, 84, 86, 119, 191, 205, 305, 333
matiging
- van bedongen buitengerechtelijke kosten | 17, 19, 75, 99
- van bedongen proceskosten | 19, 75, 99
- van wettelijke verplichting tot schadevergoeding | 75-76, 77, 83

motiveringseisen | 113-114, 184-185, 203, 212, 213-215, 286, 312-314, 325, 332-333

***N***

Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak | 4, 6, 17, 21, 25, 101-102, 147, 152, 174

***O***

*obiter dictum* | 42, 250, 252, 254-256, 257, 288, 290-291, 297-298
onafhankelijkheid rechter: zie onder rechter
onpartijdigheid rechter: zie onder rechter
ontbinding arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen | 20-21, 79, 89-90, 95, 112, 119, 173, 207-208, 218, 219, 331, 334
ontbindingsvergoeding | 2, 4, 20-21, 79, 89-90, 95, 99-100, 125, 173, 182-183, 219, 301, 320-321
oproeping belanghebbenden | 75, 76-77, 84, 88, 300
oriëntatiepunten straftoemeting | 153
*overruling*: zie onder precedenten

***P***

Persrichtlijn voor de rechtspraak | 171
pleidooi | 23, 97, 208
positivisme | 235-237, 240
*Practice Statement on Judicial Precedent* | 245-246, 248-249
precedenten
- algemeen | 233-239
- afwijking van | 236-237, 245-246, 247-250, 266, 282-286, 309-314, 324-325
- binding aan | 92, 123, 200, 235-238, 240-250, 260-293, 303-326
- *binding precedents* | 239-241, 244, 250, 256, 257, 280
- *distinguishing* | 234, 249-250, 258, 283, 309, 325
- *overruling* | 234, 245-246, 247-249, 258, 282, 309
- *persuasive authorities* | 239, 252, 255, 256-257, 297
- *persuasive precedents* | 239, 244, 256-257, 280, 290
- precedentwerking | 10, 92, 107, 233

presidentenvergadering | 3, 16, 150-151, 152-153, 306, 346

proceskosten
· bepaling hoogte | 17, 79, 99, 125, 211, 214
· matiging | 19, 75, 99
procesregeling bestuursrecht | 14, 103
procesreglement scheidingsprocedure | 4, 14, 98, 193, 194
pseudo-wetgeving | 56, 62, 141
publicatie
· van rechterlijke uitspraken | 239, 241, 266-267, 333-334
· van rechtersregeling: zie onder rechtersregeling

***R***
Raad voor de rechtspraak | 8, 96, 137-138, 139, 148-150, 152, 178
rapport Rechtspraak bij de Tijd | 135, 148-149
rapport Voor-werk II | 4, 17-19, 23, 99, 102, 125, 157, 174-175, 178, 304, 321-322
*ratio decidendi* | 249, 252-256, 257, 286, 288-290, 297
rechter
· beslissingsruimte | 74-93, 94-95, 98-99, 108-109, 117-122, 141, 143, 205-206, 213, 298-302, 304-306, 322-324, 328-329, 342-343
· democratische legitimatie | 37-38, 51-52, 110-111, 121, 341
· discretionaire bevoegdheid | 25-26, 74-77, 80, 84, 142-143, 252, 300, 343
· onafhankelijkheid | 27-31, 102-103, 130, 132-134, 146, 151-152, 187-188
· onpartijdigheid | 111, 197-201
· rechtsvormende taak | 35-38, 39, 51-52, 110, 121, 200, 237, 263, 265, 270, 341
· verhouding tot wetgever | 32-39, 48-52, 94-95, 110, 121-124, 235, 274-275, 341
rechterlijk beleid | 5-6, 22, 138, 320
rechterlijke samenwerking | 2-5, 119, 142-143, 148
rechtersregeling
· afwijking van | 100, 106, 181-185, 196, 208, 212, 213-215, 309-314, 324-325
· ambtshalve toepassing | 224-229, 327-330
· begripsomschrijving | 7
· bekendmaking | 103-104, 112, 155-168, 170, 175, 177-178, 194, 226-227, 346-347
· besluitvormingsprocedure bij vaststelling | 145-146, 345-346
· bevoegd orgaan voor vaststelling | 101-103, 130, 134-154, 178, 345
· bevoegdheid tot vaststelling | 93-103, 344-345
· binding aan | 8-10, 61, 103-107, 114-115, 118-124, 140-142, 159-160, 171-172, 180-201, 303-326, 339-342
· controlefunctie | 112, 212-213
· externe werking | 170-171
· horizontale werking | 196
· inhoudelijke toetsing van | 85-87, 192, 198-199, 201, 205-209
· toetsing aan | 189, 190-192, 212-213, 226, 229, 329-330, 347
rechtsbeslissing: zie onder cassatie
rechtseenheid | 1, 58, 262, 268-270, 282
rechtsgelijkheid: zie gelijkheidsbeginsel
rechtsgronden, ambtshalve aanvulling van | 46-47, 222-229, 327-330
rechtsmiddelenverbod, doorbreking van | 90, 219-220
rechtsontwikkeling | 35-36, 185, 214, 246, 262, 268, 270-271, 282, 283, 312, 322
rechtspraak
· begrip | 48-50, 121-122
· functies van | 36, 268-271, 280-282
rechtsprekende bevoegdheid | 131-134
rechtsprekende functie | 48-52, 121-122, 123-124, 200, 341
rechtsvinding | 35, 237, 263
rechtsvormende taak rechter: zie onder rechter

rechtszekerheid | 91, 93, 104, 115-116, 124, 183-184, 200, 238, 240, 246, 248, 258, 262, 272-274, 285, 310, 319
Recofa | 21, 43-44, 95, 311, 334-335, 347
regionaal procesrecht | 87-89
*right to adversarial proceedings* | 163-165, 347
rolbeschikking | 90, 112, 119, 191, 216-217, 219, 304
rolreglement
- algemeen | 13-15, 55, 59-61, 88, 103, 112, 114-115, 156-157, 216-218, 227-228
- landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken | 4, 14, 45, 88, 152, 181-182, 183, 193, 206, 209-210, 217, 228
- landelijk reglement voor de civiele rol van de kantonsectoren | 4, 14, 88

***S***
schending van het recht: zie onder cassatiegronden
schuldsanering | 21, 43-44, 95, 119, 334-335, 347
sectorvergadering | 3, 137, 139, 144-146, 149, 152
smartengeld | 2, 79, 84, 125
*soft law* | 9
*stare decisis* | 241, 245, 250, 279

***T***
termijnen | 14, 88, 181-182
terugwijzing, verbod van | 217-218
Trema-normen: zie alimentatienormen
Trias Politica | 28, 32-35
tussentijdse rechtsmiddelen, uitsluiting van | 217-218, 304
tussenvonnis | 90, 112, 191, 210, 216-217, 304

***U***
uniforme rechtstoepassing | 8, 96, 136, 139, 144-145, 148-149, 150
uniform reglement gerechtshoven voor rekestprocedures in familiezaken | 14, 211-212

***V***
vage normen | 2, 35, 87, 119, 204, 213, 343
vaste rechtspraak | 260, 302, 316-318
verbod van willekeur | 67-68, 90, 91, 94, 115
verhouding tussen rechter en wetgever: zie onder rechter
verlichte motiveringsplicht | 73, 113-114
verrassingsbeslissing | 46-47
vertrouwensbeginsel | 61, 71, 104, 160, 181, 183, 238, 272-274, 318-319, 321, 333
verzuim van vormen: zie onder cassatiegronden
Voor-werk II: zie rapport Voor-werk II

***W***
wetgevende bevoegdheid | 9, 56-57, 58, 94, 105, 140-141
wetsinterpreterende beleidsregel | 66-67, 72
wetsinterpreterende rechtersregeling | 82, 86, 109, 118, 119-120, 121, 123-124, 172, 206, 341
wraking | 133, 145

***Z***
zelfbinding | 70, 71, 73, 100-103, 106, 124-125, 130, 133-134, 138-143, 186, 194, 199, 341

# Curriculum vitae

| | |
|---|---|
| 1973 | Geboren te Eindhoven |
| 1990 | Eindexamen Gymnasium β, Van Maerlantlyceum, Eindhoven |
| 1995 | Examen Docerend Musicus klarinet, Koninklijk Conservatorium, Den Haag |
| 1999 | Examen Uitvoerend Musicus klarinet, Sweelinck Conservatorium, Amsterdam |
| 2001 | Doctoraal examen Nederlands recht, Universiteit Leiden |
| 2001-2004 | Assistent in opleiding/PhD Fellow, Universiteit Leiden, Afdeling Burgerlijk recht |
| 2004- | Advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag |

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn verschenen:

MI-1 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 530 7.

MI-2 E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 558 7.

MI-3 M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren. Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting in traditionele en alternatieve procesvormen*, Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 298 2.

MI-4 C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker 1998, ISBN 90 4230 045 0.

MI-5 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 324 5.

MI-6 P.B. Cliteur, G.J.J. Heerma van Voss, H.M.T. Holtmaat & A.H.J. Schmidt (red.), *Sociale cohesie en het recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 618 4.

MI-7 M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 352 0.

MI-8 P.T.C. van Kampen, *Expert Evidence Compared. Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System* (diss. Leiden), Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998, ISBN 90 5095 049 3.

MI-9 N.C. van Steijn, *Mobil Oil III, een uitvinding of een ontdekking? Een onderzoek naar de gevolgen van de Mobil Oil III-beschikking van het Europees Octrooi Bureau van Nederland*, Den Haag: Jongbloed 1999, ISBN 90 7006 221 6.

MI-10 R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen; bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 463 2.

MI-11 J. Junger-Tas & J.N. van Kesteren, *Bullying and Delinquency in a Dutch School Population*, New York: Kugler Publications 1999 (or PB 97747, 2509 GC Den Haag), ISBN 90 6299 171 8.

MI-12 T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 511 6.

MI-13 P.W. Brouwer, M.M. Henket, A.M. Hol & H. Kloosterhuis (red.), *Drie dimensies van recht: rechtstheorie, rechtsgeleerdheid, rechtspraktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, ISBN 90 5454 026 5.

MI-14 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 567 1.

MI-15 H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 557 4.

MI-16 H.I. Sagel-Grande & M.V. Polak (eds.), *Models of conflict resolution*, Antwerpen: Maklu 1999, ISBN 90 6215 651 7.

MI-17 H.J.Th.M. Van Roosmalen, *The King can do no wrong. Overheidsaansprakelijkheid naar Engels recht onder invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, Den Haag: Jongbloed 2000, ISBN 90 7006 223 2.

MI-18 R.A. Lawson & E. Myjer, *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2000, ISBN 90 6750 038 0.

MI-19 C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 2683 622 8.

MI-20 R.P. Raas, *Het Benelux Merkenrecht en de Eerste Merkenrichtlijn: overeenstemming over verwarring?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 028 1.

MI-21 R.H. Haveman, P. Ölçer, Th.A. de Roos & A.L.J. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 3870 798 3.

MI-22 W.J. Zwalve, *Qui solvit alii. Beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 033 8.

MI-23 Hans Krabbendam & Hans Martien ten Napel (eds.), *Regulating Morality. A Comparison of the Role of the State in Mastering the Mores in the Netherlands and the United States*, Antwerpen: Maklu 2000, ISBN 90 6215 736 x.

MI-24 Jan-Peter Loof, Hendrik Ploeger & Arine van der Steur, *The right to property. The influence of Article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law,* Maastricht: Shaker Publishing 2000, ISBN 90 4230 103 1.

MI-25 D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 042 7.

MI-26 T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2683 713 5.

MI-27 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten,* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2715 268 3.

MI-28 H.F. Munneke, *Recht en samenleving in de Nederlandse Antillen, Aruba en Suriname. Opstellen over recht en sociale cohesie*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2001, ISBN 90 5850 011 x.

MI-29 C.P.M. Cleiren, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation,* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 3870 833 5.

MI-30 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. A Sociological and Comparative Study,* Richmond: Curzon Press 2001.

MI-31 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 763 1.

MI-32 X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht,* Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 784 4.

MI-33 P.B. Cliteur & V. Van Den Eeckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 093 1.

MI-34 C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 848 3.

MI-35 A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, openbaar ministerie en multiculturalisme,* Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 847 5.

MI-36 U Drobnig, H.I. Sagel-Grande & H.J. Snijders, *Neue Entwicklungen im deutschen und niederländischen Involvenzrecht sowie Kreditsicherheiten an Mobilien,* Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 6170 546 8.

MI-37 E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 113 x.

MI-38 P.B. Cliteur, H.J. van den Herik, N.J.H. Huls & A.H.J. Schmidt (red.), *It ain't necessarily so,* Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 854 9.

MI-39 E.R. Muller, *Conflictbeslechting: Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde,* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2001, ISBN 90 1408 204 5.

MI-40 H.C. Wiersinga, *Nuance in benadering. Culturele factoren in het strafproces,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 155 5.

MI-41 W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen,* Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2683 887 5.

MI-42 I. Sagel-Grande, *In the best interest of the child. Conflict resolution for and by children and Juveniles,* Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 5170 572 7.

MI-43 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. Sociological and Comparative Study,* Richmond Surrey: Curzon Press 2002, ISBN 07 0071 577 0.

MI-44 M. Dekker, *Het water meester. Het recht rond de overheidszorg voor de beveiliging tegen overstroming,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 188 1.

MI-45 M. Lurks, W. Den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder, *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen ter gelegenheid van zijn afscheid van de Universiteit Leiden op 31 mei 2002*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 004 7.

MI-46 S.C. Huisjes, *Over dode lijnen en een heuvel recht. De privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falende telecommunicatiedienstverlening,* Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 003 9.

MI-47 M. Hallers, C. Joubert & J. Sjöcrona (eds.), *The Position of the Defence at the International Criminal Court and the Role of the Netherlands as the Host State*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2002, ISBN 90 5170 625 1.

MI-48 K. Teuben, *Rechtersregelingen als 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO,* Den Haag: Jongbloed 2002, ISBN 90 7006 231 3.

MI-49 M. Hallers, A.J. Mauritz, E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Beginselen van behoorlijk rampenonderzoek,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 251 9.

MI-50 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten,* Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4117 5.

MI-51 Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, C. de Groot, P.A.C.E. van der Kooij, S.J.A. Mulder (red.), *Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel,* Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4083 7.

MI-52 B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie,* Deventer: Kluwer ISBN 90G 0000 61X.

MI-53 A.F.M. Brenninkmeijer, M. Hallers, A.T. Marseille, N.M. Mulder & G.K. Schoep (red.), *De taakopvatting van de rechter,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 279 9.

MI-54 H. Snijders & S. Weatherill, *E-commerce Law. National and transnational topics and perspectives,* Londen: Kluwer International 2003.

MI-55 F.B. Ronkes Agerbeek, *Zeg ik dat goed? EU-ambtenaren en hun vrijheid van meningsuiting,* Den Haag: Jongbloed 2003, ISBN 90 7006 2 33 x.

MI-56 A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 312 4.

MI-57 P. Vos, *Kredietopvraging en Insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet,* Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00580 2.

MI-58 P.B. Cliteur & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Rechten, plichten, deugden,* Nijmegen: Ars Aequi libri 2003, ISBN 90 6916 485 X.

MI-59 F.J.M. Feldbrugge (red.), *Law's beginnings,* Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2003, ISBN 90 0413 705X.

MI-60 A.F.M. Brenninkmeijer, *Effectieve conflictoplossing bij individuele arbeidsconflicten,* en L.C.J. Sprengers, *Collectieve belangen – uiteenlopende geschillen* (oraties Leiden), Den Haag: Sdu 2003.

MI-61 A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde,* Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00744 9.

MI-62 W.H. Pokorný-Versteeg, *Milieu-effectrapportage in Nederland en de direct aangrenzende EU-lidstaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00946 8.

MI-63 A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensisch bewijs,* Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00964 6.

MI-64 C.L.J. Caminada & K.P. Goudswaard, *Verdeelde zekerheid. De verdeling van baten en lasten van sociale zekerheid en pensioenen,* Den Haag: Sdu 2003, ISBN 90 1210 006 2.

MI-65 B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004.

MI-66 A.J. Mauritz, *Liability of the operators and owners of aircraft for damage inflicted to persons and property on the surface*, Maastricht: Shaker 2003, ISBN 90 423 0234 8.

MI-67 T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003 ISBN 90 13 0092 47.

MI-68 E.I. Helsloot, E.R. Muller, R. Pieterman & W.J.M. Voermans (red.), *Vervoer gevaarlijke stoffen in perspectief. Evaluatie van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen 1996-2002*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 420 1.

MI-69 W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 433 3.

MI-70 M.C. Zwanenburg, *Accountability under International Humanitarian Law for UN and NATO Peace Support Operations*, diss. Leiden 2004.

MI-71 M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2004, ISBN 90 5850 074 8.

MI-72 V.J.A. Sütő, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961),* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 467 8.

MI-73 Paul Cliteur, Hans Franken & Wim Voermans (red.), *Naar een Europese Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 471 6.

MI-74 S.L. Kuipers, *Cast in Concrete? The Institutional Dynamics of Belgian and Dutch Social Policy Reform*, Delft: Eburon Academic Publishers 2004, ISBN 90 5972 028 8.

MI-75 J. Heinsius, *Collectief ontslagrecht. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 502 x.

MI-76 N. Djebali, *Procedures ter beslechting van interstatelijke verrekenprijsgeschillen*, Den Haag: Jongbloed 2004, ISBN 90 70062 36 4.

MI-77 M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid*, Den Haag: Sdu 2004, ISBN 90 5409 448 6.

MI-78 K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, ISBN 90 1302 144 1.

MI-79 K.P. Goudswaard, C.L.J. Caminada & H. Vording, *Naar een transparanter loonstrookje?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 521 6.

MI-80 P.J. Slot & M. Bulterman (eds.), *Globalisation and Jurisdiction,* Den Haag: Kluwer Law International 2004, ISBN 90 411 2307 5.

MI-81 R. Holtmaat, *Grenzen aan gelijkheid*, (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 523 2.

Overige publicaties van het E.M. Meijers Instituut:

H.D. Ploeger, *Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels,* Kluwer Rechtswetenschappelijke publicaties, Deventer: Kluwer 1997, ISBN 90 2683 122 6.

T. Heukels, N. Blokker & M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam; A Legal Analysis*, The Hague: Kluwer Law International 1998, ISBN 90 411 1131 x.
(together with the Europa Instituut, Universiteit Leiden)

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague: Kluwer Law International 1999, ISBN 90 411 1152 2.
(together with Van Asbeck Centrum, Universiteit Leiden)

H. Peter van Fenema, *The International Trade in Launch Services, The Effects of US Laws, Policies and Practices on its Development,* Leiden 1999, ISBN 90 901 3064 0.
(together with International Institute of Air and Space Law)

E.C. Nieuwenhuys & M.M.T.A. Brus, *Multilateral Regulation of Investment,* Den Haag: Kluwer Law International 2001, ISBN 90 411 9844 x.

E. Nieuwenhuys, A. Toussaint & M. Valstar, *Verslag van het symposium Internationale Dimensies van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen,* Leiden: E.M. Meijers Instituut 2002, ISBN 90 9016 080 9.

E.R. Muller & J.P. Coenen, *Parlementair onderzoek in Nederland,* Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, ISBN 90 1209 700 2.