

Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening

G. de Groot*

Gepubliceerd als hoofdstuk 5 in:

G.J.M. Corstens e.a., 175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, ISBN 978-90-8974-867-6.

Inhoudsopgave

1. Onderwerp en opzet van deze bijdrage
 - 1.1 Motiveren van uitspraken en bijdragen aan de samenleving
 - 1.2 Focus van deze bijdrage
 - 1.3 Waar het niet over gaat
 - 1.4 Taal en logica
 - 1.5 Opzet
2. Opmaat: van 150 jaar naar 175 jaar
 - 2.1 1988 en 2013: Hoge Raad en samenleving
 - 2.2 Een kleine terugblik
 - 2.3 Een schot voor de boeg
3. Motiveren van uitspraken door de Hoge Raad: inleiding
 - 3.1 Kerntaken en motivering
 - 3.2 Nadere eisen voor motiveringseisen
4. Signalen over motiveren
 - 4.1 Begrip van begrijpelijkheid krijgen
 - 4.2 Uitspraakstijlen
 - 4.3 Verhullend motiveren
 - 4.4 Motiveren en open normen
 - 4.5 Internationalisering, rechtsvergelijking
 - 4.6 Motiveren: voor wie?
5. Iets over doelen en functies van motiveren
6. Een juridische caleidoscoop: ideeën en verwachtingen over motiveren
 - 6.1 Inleiding
 - 6.2 Breed en smal, diep en ondiep
 - 6.3 Hier Tilburg voor Den Haag
 - 6.4 Factoren van Leijten
 - 6.5 Motiveren en goed koopmansgebruik
 - 6.6 Toetsingskader voor civiele vonnissen
7. Iets over rechtvaardigheid
8. Motiveren en het gedachtegoed van Harvard-onderhandelen
 - 8.1 Inleiding

* Prof. mr. G. (Dineke) de Groot is raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden, tevens bijzonder hoogleraar Rechtspraak en conflictoplossing aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

- 8.2 De van-geval-naar-geval-benadering
- 8.3 De kunst om onderliggende vragen te onderkennen
- 8.4 Kernpunten van Harvard-onderhandelen: een potentiële invalshoek?
- 8.5 Harvard-onderhandelen
- 8.6 Twee soorten onderhandelen en de van-geval-naar-geval-benadering

- 9. Een gedachtenexperiment in het verkeersaansprakelijkheidsrecht
 - 9.1 Inleiding
 - 9.2 Billijkheidscorrectie: de 100%-regel en de 50%-regel
 - 9.3 Ontwikkeling van de 100%-regel
 - 9.4 De 50%-regel: van geval naar geval of nieuwe positie?
 - 9.5 De plotselinge vrije val van een volgende stap
 - 9.6 Een begaanbare weg

- 10. Tot besluit

1. Onderwerp en opzet van deze bijdrage

1.1 Motiveren van uitspraken en bijdragen aan de samenleving

De Hoge Raad is op 1 oktober 1838 met zijn werkzaamheden begonnen. Sindsdien zijn 175 jaar verstreken. Het motiveren van rechterlijke uitspraken is steeds onderdeel geweest van de taakvervulling van de Hoge Raad. Het thema van het symposium van 1 oktober 2013 is: 'Bijdragen aan de samenleving'. De motivering van rechterlijke uitspraken in cassatie en het toezicht van de Hoge Raad op de motivering van rechterlijke uitspraken in feitelijke instantie spelen een cruciale rol in het inzicht dat de Hoge Raad geeft in zijn taakvervulling, in zijn bijdrage aan de samenleving. Zo bezien nodigt het thema van dit symposium uit om stil te staan bij de kunst een rechterlijke beslissing in de motivering ervan goed uit te leggen.

1.2 Focus van deze bijdrage

Tegen deze achtergrond is het onderwerp van deze bijdrage: het motiveren van rechterlijke uitspraken, in het bijzonder uitspraken van de Hoge Raad¹ in civiele en fiscale zaken.² Een klassiek betoog waarin een hypothese met gebruik van bronnen wordt onderzocht en getoetst, is het niet. Misschien had ik een hypothese kunnen formuleren over wat goed motiveren is, maar dat vraagt om het kiezen van richting in een vroeg stadium van het denken, over een thema dat een veel breder terrein bestrijkt dan het klassieke juridische terrein. Zinvoller leek het mij bij dit thema aan de gang te gaan met een wat vrijere verkenning.³ Deze bijdrage bevat een verslag daarvan, met als primaire invalshoek verwondering. Mijn onderliggende invalshoek (die van een rechter) zal vanzelf wel blijken. Een rechter streeft ernaar om rechterlijke beslissingen degelijk en begrijpelijk uit te leggen. Het verwondert me dat velen dagelijks bezig zijn met het motiveren van rechterlijke uitspraken en dat er zelfs onder juristen, in wetenschap en rechtspraak, weinig overeenstemming lijkt te zijn over wat een goede motivering is en waarom. Een motivering bevat een mix van cognitieve en intuïtieve aspecten. De overtuigingskracht wordt uiteindelijk bepaald door het subjectieve oordeel van de lezer. Kan de rechter aan de lezer, aan de samenleving, uitleggen wat die van een motivering van een rechterlijke uitspraak mag verwachten als de parameters, de meetgegevens, tamelijk abstract zijn? In deze bijdrage ben ik op zoek gegaan naar gezichtspunten, parameters, ijkpunten, en dergelijke, van keuzes bij het motiveren van uitspraken, in het bijzonder in cassatie. Ik was benieuwd of het mogelijk is die explicieter in beeld te krijgen. Daar zit uiteindelijk in zekere zin wel een vraag onder, namelijk of een meer expliciet zicht op keuzes in een motivering behulpzaam kan zijn bij de vervulling van de kerntaken van de Hoge Raad, maar in deze bijdrage is mijn ambitie beperkt tot het genereren van meer inzicht in die gezichtspunten en dergelijke. Tegen het einde raak ik aan de vraag of het overweging verdient een referentiekader te ontwikkelen voor het motiveren van uitspraken in cassatie (par. 8.6)

1.3 Waar het niet over gaat

Gezien het voorgaande heeft geen toelichting dat mijn bijdrage niet beoogt een overzicht te geven van het debat dat in de loop der jaren over de motivering van uitspraken van de Hoge Raad is gevoerd. Het gaat ook niet primair over het proces van rechterlijke oordeelsvorming als zodanig.⁴ Het gaat me

¹ Buiten beschouwing blijft de toepassing van de art. 80a en 81 Wet RO. Zie over de toepassing van art. 81 Wet RO bijv.: C.E.C.J. Ponsioen, Toepassing 81 RO door de civiele kamer van de Hoge Raad. Een kwantitatief onderzoek tegen de achtergrond van het rapport Hammerstein, in: A.G. Castermans e.a., *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 131-159; J.E.H.M. Pinckaers, *Artikel 101a RO* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 1997.

² Het thema van dit symposium wordt in de bijdrage van mr. D.J.C. Aben belicht in verband met de taakvervulling van de Hoge Raad in strafzaken.

³ Vgl. Andrew J. Wistrich, Defining Good Judging, in: David Klein & Gregory Mitchell, *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 249.

⁴ In de zin zoals bijv. bij: J.H. Nieuwenhuis, Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel, RM Themis 1976, p. 494-515; R.C. Hartendorp, *Praktisch gesproken: alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2008; R.C. Hartendorp, *Alledaagse rechtspraak*.

in deze bijdrage niet om de combinatie van het vinden van de beslissing en het vinden van de rechtvaardiging ervoor, al komt een motivering deels in die combinatie tot stand, maar om het motiveren zelf. Het doel is zeker ook niet het ei van Columbus te zoeken voor de kunst van het motiveren. Als dat er was, was het in de afgelopen twee eeuwen vast wel ontdekt en aangereikt. Op een veel langere ervaring kunnen we hierbij overigens niet terugvallen. In vroeger tijden was het in Europa vrij gebruikelijk dat rechterlijke uitspraken niet werden gemotiveerd, bijvoorbeeld vanuit de gedachte dat rechtspraak werd uitgeoefend op vanzelfsprekend koninklijk gezag, of omdat het wenselijk werd geacht de aanwending van een rechtsmiddel te ontmoedigen.⁵

1.4 Taal en logica

Uitgangspunt van deze bijdrage is dan ook dat er vooralsnog een onoplosbaar dilemma is:⁶ zonder aan te knopen bij een van de vele specifieke invalshoeken is het nog niet mogelijk gebleken om in andere dan algemene juridische termen te zeggen aan welke eisen de motivering van een beslissing behoort te voldoen. Daarmee wordt het juridische domein van motiveren op zaaksoverstijgend niveau eigenlijk gedomineerd door taalgebruik en regels van logica. Ook hiervan kan overigens worden gezegd dat het maar één van de vele invalshoeken is van waaruit naar motiveringseisen kan worden gekeken. Wat daarvan ook zij, commentaar op de controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van een motivering pleegt in alle denkbare invalshoeken vooral te worden geuit in de vorm van al dan niet logisch gefundeerde kritiek op gebezigde en ontbrekende bewoordingen. Als toetsstenen worden onder meer gebruikt: is een motivering begrijpelijk, voldoende inzichtelijk, innerlijk consistent, logisch opgebouwd, volledig? Ook 'transparant' wordt gebruikt, soms als alternatief voor inzichtelijkheid, soms in de bredere betekenis van 'openheid' of 'openbaarheid'.⁷

1.5 Opzet

Als opmaat gaat paragraaf 2 terug naar het symposium van 1988 ter gelegenheid van het 150-jarig bestaan van de Hoge Raad. Gedachten die Schuyt toen heeft geuit over de veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving blijken behulpzaam om het thema motiveren eerst in wat bredere zin te benaderen, in de context van het thema van dit symposium ter gelegenheid van het 175-jarige bestaan van de Hoge Raad: 'Bijdragen aan de samenleving.'

In paragraaf 3 leid ik het thema in van deze bijdrage, het motiveren van uitspraken in cassatie. In paragraaf 4, 5 en 6 ga ik in op uiteenlopende aspecten van juridisch redeneren, taal en logica in de motivering van uitspraken. Daarbij is ook aandacht voor wat volgens sommigen goed is in een motivering, of juist wordt gemist. In paragraaf 4 doe ik een kleine greep uit andermans wijsheden en eigen waarneming over motiveren. In paragraaf 5 sta ik kort stil bij doelen en functies van motiveren. Paragraaf 6 is gewijd aan enkele ideeën, wensen en verwachtingen over motiveren in uiteenzettingen over rechterlijke oordeelsvorming of rechtsontwikkeling (rechtsvorming) door de Hoge Raad. Ook meer ambachtelijke aspecten van motiveren komen daar aan de orde.

Paragraaf 7 gaat over de plaats van minder rationele aspecten van motiveren in een rationeel georiënteerde motivering. Daarbij maak ik gebruik van het onderscheid uit de sociale psychologie tussen distributieve en procedurele rechtvaardigheid.

Een pragmatische kijk op oordeelsvorming, *Rechtstreeks* 2009/2 (www.rechtspraak.nl); Maria IJzermans, *De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

⁵ Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 118. Zie ook: E. Korthals Altes, Het motiveringsvereiste in burgerlijke zaken als toetsingsgrond in cassatie, in: J.L.W. Sillevius Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 89-103.

⁶ Vanuit de gedachte van onoplosbaarheid en gezien de focus van de bijdrage laat ik ook het debat rusten of invoering van dissenting opinions bij de Hoge Raad het dilemma hanteerbaarder zou kunnen maken.

⁷ O.a. D. Broeders, C. Prins e.a., *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*, Den Haag, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Amsterdam University Press 2013; S.J. Stuiveling, *Transparantie en rechtspraak: kennis delen met de samenleving*, *Rechtspraaklezing* 2009 (www.rechtspraak.nl).

In paragraaf 8 neem ik de veronderstelling tot uitgangspunt dat de taakvervulling van de Hoge Raad ermee gebaat is als bij de keuze van een motivering ook expliciet wordt stilgestaan bij eigen verwachtingen en verwachtingen van anderen over de taakvervulling door de Hoge Raad, zoals naar mijn ervaring ook gebruikelijk is. Vervolgens ga ik in op de van-geval-naar-geval-benadering, waarin stapsgewijs aan de hand van concrete gevallen aan de rechtsontwikkeling wordt gewerkt. Hoe zit het in die benadering met de mogelijkheden om keuzes in de rechtsontwikkeling te expliciteren en inzichtelijk te maken in de motivering? Deze vraag wordt in paragraaf 8 nader verkend tegen de achtergrond dat de motivering van cassatieuitspraken een instrument is om partijen en derden in de samenleving te informeren over de wijze waarop de Hoge Raad invulling geeft aan rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming. Ik maak hierbij gebruik van inzichten uit het zogenoemde Harvard-onderhandelen over verschillen tussen probleemoplossend onderhandelen en positioneel onderhandelen.

In paragraaf 9 volgt een gedachtenexperiment waarin centraal staat of het gedachtegoed van probleemoplossend onderhandelen een zinvolle invalshoek kan zijn bij het motiveren van uitspraken volgens de van-geval-naar-geval-benadering. Aan de hand van voorbeelden uit de rechtspraak van de Hoge Raad in civiele zaken verken ik of er aanwijzingen zijn dat het hanteren van het onderscheid tussen positioneel onderhandelen en de kernpunten van Harvard-onderhandelen bij uitspraken van de Hoge Raad een begaanbare weg is.

Paragraaf 10 bevat een enkel woord ter afsluiting.

2. Opmaat: van 150 jaar naar 175 jaar

2.1 1988 en 2013: Hoge Raad en samenleving

Vijfentwintig jaar geleden, in 1988, heeft de Hoge Raad bij zijn 150-jarig bestaan – dat een jubileum werd genoemd⁸ – een symposium georganiseerd met de titel 'De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel; de veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer'.⁹ De titel zegt het al, toen ging het in het bijzonder over de wijze waarop de Hoge Raad in het civiele recht, het strafrecht en het belastingrecht invulling geeft aan zijn rechtsvormende taak, en daarnaast, staatsrechtelijk, over de plaats van de rechterlijke macht in de trias politica. Dat was, bijvoorbeeld, achttien jaar nadat Koopmans de ontwikkeling van codificatie naar modificatie signaleerde,¹⁰ en vijfentwintig jaar nadat de eerste versie van Wiarda's *Drie typen van rechtsvinding* verscheen.¹¹ Wie de symposiumbundel uit 1988 ter hand neemt, wordt nog altijd getroffen door de rijkdom aan reflecties op de rol van de Hoge Raad die erin zijn te vinden. Bij de voorbereidingen voor het symposium van 2013 trof mij echter ook iets anders. Het laatste deel van de symposiumbundel van 1988 gaat over de Hoge Raad en de toekomst. Daar valt in de inhoudsopgave het woord 'samenleving' in verbinding met het instituut cassatierechter. Zo bezien pakt het symposium van 2013, met als titel 'Hoge Raad 175 jaar; bijdragen aan de samenleving', de draad naadloos op.

⁸ N.J.H. Huls & F. Bruinsma, Interview met mr. H.E. Ras, president van de Hoge Raad, *Nederlands Juristenblad* 1988/3, p. 1574-1579.

⁹ *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. V. Tegelijk is door personen met ervaring binnen de Hoge Raad een bundel over de Hoge Raad tot stand gebracht: *De Hoge Raad der Nederlanden: 1838-1988. Een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

¹⁰ T. Koopmans, De rol van de wetgever, in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 221 e.v.

¹¹ G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972 (eerste druk), is een bewerking van zijn "Drie typen van rechtsvinding. Rechters als spreekbuis der wet, als wetsvertolkers en als 'goede mannen' oordelend naar billijkheid", in: A. van Duinkerken e.a., *Een bundel gedachten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963 (wat weer een bewerking was van zijn lezing op 10 november 1962 voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak).

2.2 Een kleine terugblik

Over de toekomst van de Hoge Raad ontvouwde rechtssocioloog Schuyt onder de titel 'De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving' in die symposiumbundel van 1988 behartigenswaardige gedachten. Hij schreef onder meer:

"Het maatschappelijke element in recht en rechtspraak is nooit miskend, maar toch hebben juristen en rechters immer een lastige verhouding tot het maatschappelijke of tot de maatschappelijke verhoudingen gehad. Bijna alle rechtszaken gaan impliciet over maatschappelijke verhoudingen, maar toch behoren (persoonlijke) opvattingen over de juistheid of de gewenstheid van die verhoudingen niet de uitkomsten van rechtsgedingen te bepalen. Ook is menig rechter huiverig veranderingen in die verhoudingen aan te brengen via rechtspraak: dat is bij uitstek het terrein van de wetgever. In principe wordt recht gesproken krachtens regels van bestaand recht en er zijn geen regels ontwikkeld om "het maatschappelijke" te waarderen. Waar dit toch gebeurt gaat dit meestal via de uitleg van ruime bepalingen van de goede trouw, de redelijkheid en de billijkheid. (...) [D]e relatie tussen de plaats van de rechter, in het bijzonder van de hoogste rechter, en de maatschappelijke ontwikkelingen, zal nooit een directe, monocausale, relatie zijn (...) maar verloopt steeds op *indirecte* wijze. (...) Het gewogen oordeel van de Hoge Raad van en over diverse maatschappelijke ontwikkelingen bepaalt zelf of en hoe de Hoge Raad invloed ondergaat en/of invloed uitoefent op de maatschappelijke ontwikkelingen. De maatschappij beweegt en de Hoge Raad beweegt, niet willens nillens, maar willens en wetens mee. Een objectieve verankering van jurisprudentie van de Hoge Raad in maatschappelijke ontwikkelingen is dus niet te geven. (...) [H]et gaat om het beeld, dat rechters zich vormen van de maatschappij en dit beeld in al zijn vormen en variaties, kan men zo veel mogelijk in rechtspraak verdisconteren. Deze opvatting van het maatschappelijke geeft in principe een grote vrijheid aan de rechter en daarmee tevens een verantwoordelijkheid om het rechtersbeeld niet te ver te laten afwijken van het beeld, dat de wetgever zich van diezelfde maatschappij gemaakt heeft en het beeld, dat de burgers zelf van hun maatschappij gevormd hebben."¹²

Over dat beeld van burgers merkte Schuyt nog op dat volgens Friedman¹³ in Amerika het verwachtingspatroon van rechtzoekenden ten aanzien van het recht was veranderd. Anders dan voorheen ondergingen burgers de gevolgen van natuurrampen en maatschappelijke problemen niet meer gelaten. In de tweede helft van de twintigste eeuw zochten ze compensatie van bijna elk geleden verlies. Er bestond inmiddels een gegeneraliseerde verwachting bij het publiek dat recht wordt gedaan aan verkeerd gelopen zaken en dat schadevergoeding wordt toegekend voor geleden onheil.¹⁴

Of in de rechtspraak van de Hoge Raad een patroon viel te onderkennen dat wijst op duidelijke invloeden vanuit de samenleving op de Hoge Raad, betwijfelde Schuyt.¹⁵ Tegelijk voorzag hij echter dat de Hoge Raad nog vele malen positie zou moeten kiezen temidden van maatschappelijke ontwikkelingen, waarvan een belangrijk deel buiten zijn bereik zou liggen. En hij wees erop dat de geschiedenis heeft geleerd dat hoogste rechtscolleges zich slechts bij hoge uitzondering v^{er} (kunnen)

¹² C.J.M. Schuyt, De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving, in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 301 en 303-304.

¹³ L.M. Friedman, *Total justice*, New York: Russell Sage 1985.

¹⁴ C.J.M. Schuyt, De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving, in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 321.

¹⁵ C.J.M. Schuyt, De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving, in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 329.

losmaken van de dominante macht en cultuur in een samenleving, een macht die in democratische tijden wordt vertegenwoordigd door de wetgever.¹⁶

Schuyt raakte hier aan een dilemma dat nog steeds actueel is en tijdloos lijkt. Rechtspraak vindt plaats voor individu en samenleving, in de samenleving, en door mensen uit de samenleving. De wisselwerking tussen rechtspraak en samenleving is moeilijk waarneembaar en slechts in beperkte mate beïnvloedbaar. Er zijn geen regels om het maatschappelijke te waarderen, zoals Schuyt zegt. Is rechtspraak, cassatierechtspraak, dan een reactieve bezigheid? Als het beeld zou zijn dat de Hoge Raad reageert op maatschappelijke ontwikkelingen zo goed en zo kwaad als hij kan, en lijdzaam roeit met de riemen die hem worden verstrekt, is mij dat te somber. De ramen zijn opengezet, zoals oud-president Haak in 2001 zei van de daken te willen roepen,¹⁷ en wel bij de gehele rechtspraak. Een recent, concreet voorbeeld hiervan is dat de Hoge Raad in de prejudiciële procedure (art. 392 Rv), die op 1 juli 2012 in werking is getreden, kan bepalen dat derden zich bij de Hoge Raad kunnen uitspreken over een aanhangige prejudiciële vraag (*amicus curiae*).¹⁸

Schuyt heeft echter ongetwijfeld een punt als het erom gaat dat voor ons als tijdgenoten niet valt te beoordelen welke gebeurtenissen in de samenleving, bijvoorbeeld in de afgelopen vijftientig jaar, wezenlijk invloed hebben gehad op de cassatierechtspraak. Die vraag roept zijn bijdrage uit 1988 niettemin bij mij op. Dat is deels uit nieuwsgierigheid (waren er na 1988 gebeurtenissen die de Hoge Raad positie hebben doen kiezen temidden van maatschappelijke ontwikkelingen buiten zijn bereik?). Deels echter ook omdat het nog nauwelijks gaat over de wijze waarop de Hoge Raad *uitlegt* hoe hij zijn taken vervult. Positie kiezen gebeurt in een context die de Hoge Raad in de vervulling van zijn taken zelf mede vorm geeft. Het ging in de symposiumbundel van 1988 nog veel meer over de bandbreedte en de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter dan over de wijze waarop de cassatierechter zijn taakvervulling over het voetlicht brengt. Naar mijn indruk is in ieder geval de wijze waarop een instituut zoals de Hoge Raad uitleg geeft over zijn taakvervulling, in de afgelopen vijftientig jaar in de samenleving relevanter geworden. Een verschijningsvorm daarvan is wellicht dat in 1988 persvoorlichting over uitspraken nog uitzonderlijk was,¹⁹ maar de Hoge Raad tegenwoordig een professionele persvoorlichter en in elke kamer een persraadsheer heeft.

2.3 Een schot voor de boeg

Voordat ik met Schuyt aannam dat niet valt in te schatten welke gebeurtenissen in de samenleving na 1988 wezenlijk invloed hebben gehad op de cassatierechtspraak - en dus bijvoorbeeld *best practises* van motiveren niet of nauwelijks zullen zijn terug te voeren op gebeurtenissen - aarzelde ik daarover. Ik dacht na over gebeurtenissen in de afgelopen vijftientig jaar en over uitspraken na 1988, in een poging beter te begrijpen wat hij bedoelde. Daarna sprak ik met hem hierover. Niet alleen werd ik toen door hem overtuigd, maar ik kreeg ook zicht op twee uitgangspunten die wat mij betreft fundamenteel zijn bij het denken over het motiveren van rechterlijke uitspraken. Daarover gaat het laatste deel van deze opmaat.

Het recht richt zich, zoals Pels Rijcken schreef, in de eerste plaats tot de deelnemers aan de samenleving wier onderlinge betrekkingen het wil regelen.²⁰ Dit gebeurt niet kleurloos, maar vanuit

¹⁶ C.J.M. Schuyt, De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving, in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 331.

¹⁷ Paul van der Heijden & Ulli d'Oliveira, De ramen staan open bij de Hoge Raad. Interview met W.E. Haak, President van de Hoge Raad, *Nederlands Juristenblad* 2001/15, p. 699-707.

¹⁸ Art. 8.1 en 8.2 Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden (www.rechtspraak.nl). Vgl. Geert Corstens & Reindert Kuiper, De Hoge Raad als knooppunt van rechterlijke samenwerking, *Trema* 2011/7, p. 234-237.

¹⁹ N.J.H. Huls & F. Bruinsma, Interview met mr. H.E. Ras, president van de Hoge Raad, *Nederlands Juristenblad* 1988/3, p. 1574.

²⁰ Bijv. L.D. Pels Rijcken, Rechtszekerheid, Assepoester van rechtsvindingstheorieën, in: *Non sine causa, Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 311-318.

een visie op rechtvaardigheid. Rechtspraakbeoefenaren in een hedendaagse democratische rechtsstaat zijn een soort evenwichtskunstenaars. Van hen wordt verlangd dat zij individuele vrijheid en ontplooiing enerzijds en de verdeling (of: het behoud) van maatschappelijke goederen anderzijds met elkaar in evenwicht houden, en waar nodig brengen. Dat moet geschieden op een in het recht verankerde wijze.²¹ Deze evenwichtsoefening is niet zo makkelijk. Er plegen bijvoorbeeld meer dan genoeg botsende rechten, plichten en belangen bij te komen kijken. Het wordt echter min of meer acrobatiek als verwachtingen een rol gaan spelen die niet bij rechtspraak passen, bijvoorbeeld verwachtingen over een uitkomst die zich niet met fundamentele rechtsbeginselen verdraagt, of de verwachting dat de uitkomst door beide partijen als subjectief rechtvaardig moet kunnen worden ervaren²² (terwijl het zelden mogelijk is beide partijen in het gelijk te stellen). Verwachtingen die het rechtssysteem te buiten gaan, verdragen zich niet goed met het kenmerk van rechtspraak dat een onherroepelijke beslissing ook dient om rechtmatig een einde te maken aan een situatie van verdeeldheid of verstoring.

Beide vormen, de evenwichtsoefening en de acrobatiek, vragen aandacht van degene die een uitspraak aan het motiveren is. De acrobatiek voorzag Schuyt al in 1988, onder verwijzing naar Amerikaanse ervaringen. Ook in Nederland is het verwachtingspatroon van burgers ten opzichte van gezagsdragers in de loop der jaren onmiskenbaar veranderd.²³ In de samenleving verandert de communicatie. Beeld en geluid hebben, naast taal en nonverbale communicatie, een eigen plaats gekregen. Verwachtingen en beelden kunnen snel wisselen. Internet en sociale media hebben grote impact op de samenleving en de beleving van geografische grenzen. Zou de behoefte aan veiligheid in de eigen omgeving toenemen naarmate de wereld groter lijkt te worden? Wat daar ook van zij, de individualisering schrijdt voort. De burger verwacht dat overheid, dokter of werkgever zorgen voor zijn optimale veiligheid en dat, als daarbij onverhoopt iets misgaat, zijn advocaat een behoorlijke schadevergoeding voor hem verovert. Ontwikkelingen zoals deze vestigen de aandacht op het belang van responsieve rechtspraak en van rechtspraak die een visie heeft op het management van verwachtingen in de samenleving.²⁴ Betrokken op het motiveren van uitspraken rijst hier bijvoorbeeld de vraag: komt het over, en op wie wil de Hoge Raad dat het overkomt? Keuzes op dit vlak zijn onder meer terug te zien in het twitteren over uitspraken door de persvoorlichter van de Hoge Raad, en in een voorlichtingsbeleid waarin ook aandacht is voor scholieren. Aandacht voor begrijpelijk Nederlands schrijven in uitspraken hoort hier ook bij, al is daarmee niet gezegd wat in een rechterlijke uitspraak begrijpelijk Nederlands is en voor wie.²⁵

Motivering volgens de evenwichtsoefening is van alle tijden. Daarmee is de rechter²⁶ meer vertrouwd dan met recent acrobatisch verwachtingenmanagement. In de verantwoording van een beslissing gaat het in essentie vaak om het geven van inzicht in de afweging tussen enerzijds individuele vrijheid en anderzijds de inperking ervan. Inperking kan rechtmatig of onrechtmatig zijn geïnitieerd door een individu, een collectief of vanuit de samenleving, al dan niet met toepassing van overheidsgezag. De rechter beoordeelt wat in welk geval volgens het recht prevaleert, waarbij zelfbeschikking, solidariteit en verantwoordelijkheid dagelijks de revue passeren. Individuele rechten en plichten, wederzijdse rechten en plichten, en de sociale, economische en maatschappelijke context in Nederland en Europa keren in de motivering van het rechterlijk oordeel telkens terug.

²¹ Vgl. bijv. A.M. Hol, Rechten en doeleinden, in: A.M. Hol & M.A. Loth, *Dilemma's van aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 128-129.

²² 'De burger van de moderne samenleving verlangt totale rechtvaardigheid', aldus A.M. Hol, *Principe of pragmatisme?*, in: E.T. Feteris e.a., *Op goede gronden, Bijdragen aan het tweede symposium juridische argumentatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 13.

²³ Zie bijv. A.M. Hol, *Overtuigende rechtspraak: ethos, pathos, logos*, in: O. Tans e.a. (red.), *De grenzen van het goede leven*, Nijmegen, Ars Aequi Libri 2009, p. 200-203; Paul Frissen, *Rechtspraak op afstand*, Rechtspraaklezing 2012 (www.rechtspraak.nl).

²⁴ Zie bijv. C.M.T. Eradus, *Het ideale gerecht*. Rechtspraaklezing 2010 (www.rechtspraak.nl).

²⁵ Zie bijv.: Wessel Visser, *Het moet. Het kan ook. Maar we gaan het niet doen*. Begrijpelijke juridische taal, in: *Trema* 2009/7, p. 305-310.

²⁶ Het woord 'rechter' gebruik ik als verzamelterm voor rechters en raadsheren.

Terwijl ik nadacht over eigen ervaringen in relatie tot het voorgaande, merkte ik dat twee gebeurtenissen voor mij symboliseren dat die evenwichtsoefening een fundament vormt bij het motiveren van rechterlijke uitspraken.

De ene gebeurtenis prentte me in dat de afweging van de evenwichtsoefening een groot goed is: de val van de Berlijnse muur in 1989. In Nederland wordt de val van de Berlijnse muur veelal voornamelijk gezien als de markering van de eenwording van Duitsland. In 1989 studeerde ik in Wenen, dat geografisch in het voormalige Oost-Europa lag en eeuwenlang nauwe banden heeft gehad met de landen in Oost-Europa. Een reusachtig standbeeld van een Russische soldaat markeert op de Schwarzenbergplatz dat Oostenrijk zich in 1955 definitief aan de invloed van de Sovjet-Unie wist te onttrekken. Daar hoorde een nationale feestdag bij. Op de rechtenfaculteit werd het vak 'The Concept of Soviet Law' gedoceerd. Toen de grens met Tsjechoslowakije openging, was de Ring opeens vergeven van de Trabi's. Op vertoon van een Tsjechoslowaaks paspoort was de opera gratis en gaven winkels cadeaus. Op straat heerste een sfeer van bevrijding en verbroedering. Dat maakte indruk. Toen in Berlijn de muur viel, kwamen medestudenten terug met zo'n stuk steen waarvan nu wordt gezegd dat er asbest in zat. In cafés kwamen mensen de foto's van de muur vol mensen bekijken, die in alle Europese kranten op de voorpagina stonden. In Duitsland ging ik met vrienden in een dorp op het platteland de grens over naar de voormalige DDR. We kwamen over de dreigende kilometerslange betonweg voor tanks, pal langs de zojuist geopende grens. We liepen zonder vrees onder wachttorens door van waaruit was geschoten als iemand de DDR probeerde te ontvluchten. Boedapest en Praag waren opeens even makkelijk bereikbaar als Venetië. In mijn tijd in Wenen beleefde ik de opening van de grens met Tsjechoslowakije en de val van de Berlijnse muur als het pad naar individuele vrijheid en ontplooiing. Dat daar ook een keerzijde aan zat en de opening van Oost-Europa ook in die landen zeker niet alleen vrijheid en voorspoed heeft gebracht, behoeft geen toelichting. In 1989 nam ik echter waar dat een niet democratisch gelegitimeerde afweging tussen vrijheid en inperking ervan niet houdbaar is, en door mensen kan worden omgezet naar een positieve wisselwerking tussen recht en vrijheid.

De andere gebeurtenis was de aanslag op de Twin Towers in New York in 2001, met zijn enorme impact een negatieve wisselwerking tussen recht en vrijheid. Die aanslag gaf wereldwijd aanleiding tot de introductie van controlebevoegdheden en veiligheidsmaatregelen door overheden die tot dan toe ongekend waren. Er werden ook maatregelen getroffen die burgerlijke vrijheden inperken. Eén ervan bracht een bizarre situatie in een zaak teweeg, die me erop attendeerde dat motiveren mede strekt tot het behoud van de positieve wisselwerking tussen recht en vrijheid. Niet lang na 9/11 nam ik in de Rechtbank Amsterdam deel aan de behandeling van een zaak waarin iemand vroeg om schrapping van zijn naam van een VN-lijst 'met gevaarlijke personen'. Wie op die lijst stond, werd in zijn vrijheden beperkt, bijvoorbeeld door blokkering van al zijn bankrekeningen en reisbeperkingen. Het openbaar ministerie vroeg om afwijzing van het verzoek, maar wilde niet onderbouwen waarom. De redenen van de plaatsing van betrokkene op de lijst 'waren geheim'. Dat was evenwichtskunst op het scherp van de snede: moest de rechter voorrang geven aan de vrijheid van het individu en diens belang bij rechtsbescherming tegen ongecontroleerde machtsuitoefening door de overheid, of moest hij op gezag van het openbaar ministerie aannemen dat de persoon tegenover hem in de zittingszaal terecht in basale vrijheden werd beperkt wegens 'de grote dreiging die van hem uitgaat'? Welke betekenis zou het motiveringsbeginsel nog kunnen hebben als het tweede alternatief reëel is?²⁷

De Hoge Raad opereert in een krachtenveld. In de beslissing en de motivering van zijn uitspraken laat hij aan partijen en derden in de samenleving zien welke richting hij kiest en waarom. Hij bevindt zich als tijdgenoot echter zelf ook in dat krachtenveld. Alleen al daarom is hij lang niet altijd in staat het hele veld zo te overzien als degene die er met wijsheid achteraf naar kan kijken. Bij het nemen van beslissingen kunnen beginselen van rechtspraak dan mede als oriëntatiepunt dienen. Denk bijvoorbeeld aan openbaarheid van rechtspraak, onpartijdigheid van de rechter, het beginsel van hoor en wederhoor, of (de bewaking van) rechtseenheid en rechtszekerheid. In zulke beginselen komen ook

²⁷ De Hoge Raad heeft een spoorboekje aangereikt voor de beoordeling van een weigering in een civiele procedure om inlichtingen te verstrekken. Vgl. HR 11 juli 2008, rov. 3.4.8, ECLI:NL:HR:2008:BC8421 (Telegraaf/Staat).

verwachtingen tot uitdrukking die door de jaren heen algemeen in de samenleving heersen ten aanzien van de wijze waarop de rechter beslissingen neemt. Op soortgelijke wijze zouden oriëntatiepunten ten aanzien van de motivering van de beslissing wellicht een hulpmiddel kunnen zijn bij het maken van keuzes in de motivering van een beslissing. In de volgende paragraaf zal naar voren komen dat concrete oriëntatiepunten voor de motivering echter niet ruim voorhanden zijn.

3. Motiveren van uitspraken door de Hoge Raad: inleiding

3.1 Kerntaken en motivering

Algemeen wordt aangenomen dat cassatierechtspraak van de Hoge Raad tot doel heeft rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming te bewaken en te bevorderen.²⁸ Rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming worden ook wel kerntaken van de Hoge Raad genoemd. Als instrumenten zijn hiervoor voornamelijk beschikbaar de uitspraken (arresten en beschikkingen) in individuele zaken die worden behandeld door de civiele kamer, de strafkamer en de belastingkamer²⁹ (art. 75 Wet RO), en de conclusies van de leden van het Parket bij de Hoge Raad (art. 111 Wet RO).

Aan de inhoud van een conclusie stelt de wet geen eisen. De leden van het Parket hebben tot taak de Hoge Raad van conclusies te voorzien 'in de bij de wet bepaalde gevallen' (art. 111 lid 2 aanhef en onder b Wet RO). De conclusie is het advies van een onpartijdige deskundige, schreef Bruinsma.³⁰ Het is in alle onafhankelijkheid overgelaten aan de leden van het Parket om de inrichting van conclusies naar eigen inzicht af te stemmen op de adequate taakvervulling van de cassatierechter. Welke visie zij daarop ontwikkelen en hoe zij verantwoording afleggen van de wijze waarop zij aan hun onafhankelijke rol invulling geven, is evenzeer aan hen overgelaten. In veel conclusies wordt aandacht besteed aan processuele aspecten, de juridische merites van de zaak en rechtspolitieke dimensies van kwesties die in cassatie aan de orde zijn. Soms wordt ook ingegaan op kwesties die door de middelen niet aan de orde zijn gesteld, maar volgens de advocaat-generaal uit een oogpunt van samenhang of rechtsontwikkeling aandacht verdienen.

De wet stelt wel eisen aan de inhoud van een uitspraak. In hoofdzaak betreft het twee categorieën eisen, namelijk eisen aan de beslissingen die de Hoge Raad kan nemen (bijv. art. 79 Wet RO), en eisen aan de motivering van zijn uitspraken. Op de eerste categorie ga ik niet verder in. Het is de tweede categorie, de motivering van zijn uitspraken, die in deze bijdrage centraal staat. De wetgever moet hebben gedacht dat het belang van de motivering van rechterlijke uitspraken niet vaak genoeg kan worden benadrukt. De motiveringseis staat niet alleen in de Grondwet (art. 121), maar ook in de Wet op de rechterlijke organisatie (art. 5 lid 1) en in de wetten die het procesrecht regelen in civiele zaken, strafzaken en bestuursrechtelijke (waaronder fiscale) zaken.³¹ De wetgever stelt de eis dat de beslissingen de gronden inhouden waarop zij berusten, soms met de toevoeging 'waaronder de feiten waarop de beslissing berust', en heeft in het civiele en bestuursrecht niet nader geregeld aan welke eisen een motivering moet voldoen.

²⁸ In deze zin, negatief geformuleerd, art. 81 Wet RO. Vgl. art. 118 lid 2 en 3 Gw. Zie bijv. Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen* (2005), nr. 73; Commissie-Hammerstein, *Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad*, Den Haag 2008, p. 9; Freek Bruinsma, *Cassatierechtspraak in civiele zaken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 28; Paul van der Heijden & Ulli d'Oliveira, *De ramen staan open bij de Hoge Raad*. Interview met W.E. Haak, President van de Hoge Raad, *Nederlands Juristenblad* 2001/15, p. 707; P.A. Stein, *Over de rol en betekenis van de Hoge Raad, in: Hoge Raad anno nu: 1815-1989, interuniversitair symposium 16 februari 1989, Amsterdam 1989*; J.K. Franx, *De Hoge Raad: voorgaan, doorgaan of omgaan*, Deventer: Kluwer 1994.

²⁹ Uitspraken van de vierde kamer van de Hoge Raad blijven in deze bijdrage buiten beschouwing. Zie over de vierde kamer bijv. www.rechtspraak.nl > Organisatie > Hoge Raad > Over de Hoge Raad.

³⁰ Freek Bruinsma, *Cassatierechtspraak in civiele zaken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 23.

³¹ Respectievelijk art. 30 Rv, art. 359 Sv, art. 8:67 lid 2 en 8:77 lid 1 Awb, en de schakelbepalingen waarmee zij in hoger beroep en cassatie gelden.

Bij de Hoge Raad kan al 175 jaar worden geklaagd over de motivering van een uitspraak van een rechter in feitelijke instantie. Bezien vanuit de kerntaken van de Hoge Raad ligt het voor de hand dat de Hoge Raad op enig moment de kans kreeg nadere invulling te geven aan die motiveringseis. Aanvankelijk werd motivering in rechtspraak en literatuur echter beschouwd als een zuiver vormvereiste, waaraan was voldaan indien een uitspraak enige motivering bevatte. Later ging de Hoge Raad bepaalde eisen stellen aan de motivering van uitspraken om zijn taken als cassatierechter naar behoren te kunnen vervullen. Het beginpunt daarvan ligt volgens Veegens/Korthals Altes & Groen in 1919. Vanaf 1941 heeft de Hoge Raad volgens hen meer algemene motiveringseisen ontwikkeld, afgeleid uit de functie van de motiveringsplicht als waarborg voor deugdelijke rechtspraak.³² De algemene juridische motiveringseis zoals die tegenwoordig wordt gehanteerd, is door de Hoge Raad 155 jaar na zijn oprichting geformuleerd. Die eis houdt in dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als derden, in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.³³ Daarbij heeft de Hoge Raad vermeld dat deze eis behoort tot de grondbeginselen van een goede procesorde. De eis geldt dus evenzeer voor uitspraken van de Hoge Raad³⁴ en is bijvoorbeeld behulpzaam bij de concipiëring van de motivering van uitspraken of bij reflectie naar aanleiding van commentaar op uitspraken. De door de Hoge Raad geformuleerde algemene motiveringseis sluit aan bij rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens waarin als onderdeel van het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM is aangemerkt dat in een rechterlijke uitspraak de redenen van de beslissing worden vermeld en wordt ingegaan op standpunten van een partij die relevant kunnen zijn voor de beslissing. De achtergrond hiervan is volgens het EHRM dat een partij moet kunnen waarnemen dat zijn standpunten deugdelijk zijn onderzocht en het recht op een rechtsmiddel effectief moet kunnen benutten, en dat het in een democratische samenleving een publiek belang van een ieder is om kennis te kunnen nemen van de redenen van beslissingen die met publieke verantwoordelijkheid zijn genomen.³⁵

3.2 Nadere eisen voor motiveringseisen

Hoe ziet nu een motivering eruit die voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als derden, onder wie de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken? Zou deze vraag in een zaak kunnen worden gesteld, dan zou de Hoge Raad misschien antwoorden: die vraag kan niet in algemene zin worden beantwoord, het antwoord is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In een tijd vol open normen geen ongebruikelijk antwoord. Het is misschien een voor de hand liggend antwoord, maar zonder de gebruikelijke context van een zaak geeft het haast geen houvast en richting. Is het mogelijk de inhoud van motiveringseisen scherper af te bakenen?

Over de vraag aan welke eisen een motivering van een rechterlijke beslissing moet voldoen, valt vanuit veel verschillende invalshoeken veel te zeggen en dat is in rechtspraak en wetenschap in de loop der jaren op allerlei niveaus van abstractie ruimschoots gebeurd. Op het niveau van zaakstypen of bepaalde categorieën gevallen formuleert de Hoge Raad met enige regelmaat voor gemengde beslissingen een palet van gezichtspunten waarin motiveringseisen besloten liggen. Controle op de rechtspraak in feitelijke instantie gaat daar samen met richting geven aan rechtsontwikkeling. Uit de vele denkbare voorbeelden noem ik er slechts twee. Civielrechtelijk valt te denken aan de

³² Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 117. Vgl. Freek Bruinsma, *Cassatierechtspraak in civiele zaken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 17 en 30.

³³ Vaste rechtspraak, zie voor civiele zaken: HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, NJ 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade.

³⁴ S.K. Martens, Motivering van uitspraken van de cassatierechter, in: J.L.W. Sillevius Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 133-153.

³⁵ Bijv. D.J. Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 268.

Kelderluikcriteria,³⁶ waarmee de Hoge Raad in 1965 nadere invulling heeft gegeven aan te stellen veiligheidseisen in het kader van de algemene zorgvuldigheidsnorm (handelen in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt). Een fiscaalrechtelijk voorbeeld is een arrest waarin de Hoge Raad de bakens heeft gegeven om te beoordelen of een legesverordening onverbindend is in geval van overschrijding van de opbrengstlimiet van artikel 229b lid 1 Gemeentewet.³⁷

Op een zaaksoverstijgend, meer generiek niveau is er echter nauwelijks een nadere invulling van de algemene motiveringseis beschikbaar. Wie zich verdiept in juridische literatuur over motiveringseisen, zal onder meer zien dat onder juristen geen overeenstemming bestaat over wat een goede motivering van een rechterlijke beslissing is. Het is een onderwerp dat door velen vanuit veel verschillende perspectieven wordt benaderd, vanuit bijvoorbeeld een juridische, sociale, economische en/of maatschappelijke invalshoek, vanuit een meer collectief of juist individueel perspectief, vanuit wetenschap en rechtspraktijk, vanuit doelen en functies van (rechtspraak en) motivering, als instrument ten behoeve van een bepaald doel, enzovoort. Verwachtingen ten aanzien van de motivering van een uitspraak in cassatie lijken onder meer ook af te hangen van het soortgelijk gewicht dat aan de verschillende kerntaken wordt toegekend. Een voorbeeld: de Commissie-Hammerstein heeft tot uitgangspunt genomen dat de Hoge Raad de kwaliteit van de onder hem ressorterende rechtspraak dient te bewaken en te bevorderen, en door het beantwoorden van rechtsvragen in concrete zaken richting dient te geven aan de rechtsontwikkeling, en de rechtseenheid en de rechtszekerheid dient te bevorderen.³⁸ Daarmee is ook een standpunt ingenomen over het soortelijk gewicht van de kerntaken, namelijk dat de vervulling daarvan afhankelijk is van de behandeling van individuele zaken. Motiveringseisen zullen dan primair zaaksgebonden zijn. In de dagelijkse cassatiepraktijk kan zo'n scala aan invalshoeken leiden naar basale vragen die evenmin veel houvast en richting geven bij de keuze van een motivering: wie worden door deze uitspraak bereikt, wat wil de Hoge Raad met deze uitspraak bereiken, waarom, en hoe kan dat gestalte krijgen?

4. Signalen over motiveren

4.1 Begrip van begrijpelijkheid krijgen

Sinds ik dertig jaar geleden als student begon met het lezen van uitspraken van de Hoge Raad (en dus meteen 145 jaar achterliep), heeft mij gefascineerd dat er zoveel facetten aan uitspraken zijn die stof tot overpeinzing geven. Waarom lees ik te hooi en te gras graag terug vanuit het heden tot aan (en voorbij) 1838, als ik de kans krijg? Een paar voorbeelden. Over welke onderwerpen gaan zaken, wat zie je in een uitspraak van de tijdgeest, hoe is het taalgebruik, hebben de preciezen of de rekkelijken de overhand, vindt er finale geschilbeslechting plaats, spreekt er gevoel uit voor de mensen over wiens juridische problemen de zaak gaat, valt er moed, wereldvreemdheid, terughoudendheid, vernieuwingsdrang in te bespeuren, wat is de toegevoegde waarde in het bouwwerk van het rechtssysteem, spreekt er een praktische inslag uit? Als beginner heb ik mij over één ding verbaasd: het bleek moeilijk om de betekenis van uitspraken te duiden, zonder eerst de conclusie van de advocaat-generaal te hebben gelezen. Dat gaat voorbij door juridische kennis te verzamelen waarmee uitspraken in een rechtssystematisch kader kunnen worden geplaatst. De herinnering aan het onbegrip van de achttienjarige kan nu en dan echter nog behulpzaam zijn om te reflecteren op de begrijpelijkheid of het apodictisch gehalte van een motivering.

³⁶ HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten. Zie ook HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:47, NJ 2013/366.

³⁷ HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BC3691, BNB 2009/194, m.nt. Van Leijenhorst.

³⁸ Commissie-Hammerstein, Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag 2008, p. 9-10.

4.2 Uitspraakstijlen

In minder subjectieve zin is een beter begrip van uitspraken naar mijn indruk mogelijk gemaakt door de Hoge Raad. De stijl van uitspraken van de Hoge Raad is onmiskenbaar veranderd. Na de overschakeling van de indirecte naar de directe rede rond 1980 en de introductie van artikel 81 Wet RO (destijds art. 101a Wet RO) in 1988³⁹ heeft een geleidelijke ontwikkeling plaatsgevonden van een stijl waarin spaarzaamheid met woorden de boventoon voerde, naar een meer narratieve uitspraakstijl. Volgens Martens heeft dat laatste te maken met de leidinggevende taak van de Hoge Raad in de rechtsontwikkeling, die bijzondere eisen stelt aan de motivering van zijn uitspraken.⁴⁰ Het is tegenwoordig in civiele en fiscale zaken gebruikelijk eerst de feiten weer te geven waarvan in cassatie kan worden uitgegaan, dan de rechtsoverwegingen van de bestreden uitspraak waartegen in cassatie klachten zijn aangevoerd en vervolgens te benoemen over welke rechtsvraag een zaak gaat. Geregeld wordt de relevante rechtsvraag ook in een bredere context geplaatst voordat de beantwoording plaatsvindt. In een discursief arrest⁴¹ worden voors en tegens of alternatieven besproken. De ontwikkelingen in de stijl van schrijven lijken te passen in de door Veegens, Korthals Altes & Groen gesignaleerde ontwikkeling van algemene motiveringseisen die zijn afgeleid uit de functie van de motiveringsplicht als waarborg voor deugdelijke rechtspraak.⁴² Daarmee is echter niet gezegd dat de ene stijl overtuigender is dan de andere, of dat een motivering in de ene stijl meer kans heeft dan in de andere stijl om begrijpelijk, logisch en consistent te zijn.

4.3 Verhullend motiveren

Een ander aandachtspunt is in hoeverre de motivering van de beslissing eigenlijk in de uitspraak is te vinden. Omstreeks 1994 nam ik deel aan de SSR-cursus *Recht en taal*, waar rechtsfilosoof Arend Soeteman aan de hand van diverse uitspraken van de Hoge Raad demonstreerde dat, ook als de beslissing algemeen aanvaardbaar is, de argumenten niet altijd worden gegeven of expliciet worden gemaakt. Soms valt uit subtiliteiten in de weergave van de feiten te vermoeden dat bepaalde argumenten van belang zijn. Zijn meest in het oog springende voorbeeld was de zaak waarin de Hoge Raad onder verwijzing naar de eisen van redelijkheid en billijkheid en in afwijking van de toepasselijke wettelijke bepaling, sanctioneerde dat een man die zijn vrouw kort na de sluiting van het huwelijk had vermoord, geen aanspraak kon maken op zijn eigen aandeel in de gemeenschap van goederen.⁴³ In deze zaak vermeldt de Hoge Raad dat hij in cassatie uitgaat van het volgende:

" L die geboren is in 1944, heeft vanaf jan. 1983 de 72-jarige hulpbehoevende Van Wylick tegen betaling verpleegd en verzorgd, aanvankelijk enkele dagen per week en later dagelijks. Op 29 sept. 1983 is L met Van Wylick gehuwd zonder dat vooraf huwelijkse voorwaarden werden opgemaakt. Het huwelijk werd gesloten buiten de woonplaats van de aanstaande echtelieden en er werd geen ruchtbaarheid aan gegeven. L bezat vrijwel niets, terwijl Van Wylick een aanzienlijk vermogen aanbracht. Beiden wisten dat het huwelijk een aanzienlijke vermogensverschuiving teweeg zou brengen. L had sinds 1976 een relatie met een andere man, welke relatie hij niet heeft verbroken. Vijf weken na het huwelijk heeft L Van Wylick op geraffineerde wijze en met grof misbruik van het door haar in hem gesteld vertrouwen van het leven beroofd. L is wegens moord veroordeeld tot een langdurige gevangenisstraf."

³⁹ Wet van 16 juni 1988, Stb. 1988/286, in werking getreden op 1 juli 1988.

⁴⁰ S.K. Martens, *Motivering van uitspraken van de cassatierechter*, in: J.L.W. Sillevius Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 137.

⁴¹ Wel eens uitvergroot tot 'in hamletiaanse stijl schrijven en handenwringend komen naar een eindoplossing'. Zie Ivan Verougstraete, *Een nieuw soort rechters?*, in: H. Cousy e.a., *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne: Kluwer 2000, p. 90.

⁴² Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen* (2005), nr. 117.

⁴³ HR 7 december 1990, NJ 1991/593, m.nt. E.E.A. Luijten.

Volgens huwelijksvermogensrecht was door het huwelijk een gemeenschap van goederen ontstaan, waarin L voor de ene helft was gerechtigd en Van Wylick voor de andere helft. Bij de ontbinding van het huwelijk door haar overlijden kon L als erfgenaam haar helft volgens het wettelijke erfrecht niet erven, omdat hij haar had vermoord. Zijn eigen helft, waaronder de helft van het door haar bij het huwelijk ingebrachte vermogen, behoorde hem echter wettelijk toe volgens artikel 1:100 lid 1 BW. Het hof oordeelde niettemin dat toepassing van deze regel in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, wat normaal gesproken geen criterium is om een toepasselijke wettelijke bepaling niet toe te passen. L kreeg hierdoor niets uit het vermogen van Van Wylick. De Hoge Raad liet dat oordeel van het hof in stand. In de weergave van de Hoge Raad had het hof

"(...) vooropgesteld dat (...) in het licht van 'de wel zeer bijzondere omstandigheden van dit geval' enerzijds betekenis toekomt aan algemene rechtsbeginselen en anderzijds aan de eisen van redelijkheid en billijkheid waarnaar L zich als deelgenoot in de tot stand gebrachte algemene gemeenschap van goederen heeft te gedragen. Vervolgens heeft het hof in zijn r.o. 5.13 - 5.17 overwogen dat in het onderhavige geval twee algemene rechtsbeginselen behoren te worden toegepast en dat op grond daarvan L geen aanspraak kan maken op de bevoordeling die het gevolg is van het ontstaan van algehele gemeenschap van goederen."

Die algemene rechtsbeginselen waren dat "hij, die opzettelijk de dood van een ander veroorzaakt, die hem begunstigd heeft, geen voordeel uit die begunstiging behoort te kunnen trekken" (hof rov. 5.13), "nauw verwant" aan het rechtsbeginsel "dat men geen voordeel behoort te hebben van de opzettelijk veroorzaakte dood van een ander" (hof rov. 5.16). Kortom, dat was twee keer bijna hetzelfde rechtsbeginsel, zij het dat het hof verschillende wettelijke bepalingen aanhaalde waarin ze tot uitdrukking kwamen.

In zijn redengeving om het oordeel van het hof in stand te laten, overwoog de Hoge Raad eerst dat het hof had "geoordeeld dat onder de bijzondere omstandigheden van dit geval 'en mede bezien in het licht van de genoemde algemene rechtsbeginselen' de aanspraken van L dermate onredelijk en onbillijk zijn dat de uitoefening van die aanspraken hem geheel dient te worden ontzegd. Blijkens de geciteerde zinsnede spelen de bedoelde rechtsbeginselen in dit verband slechts deze rol, dat het bestaan van die beginselen heeft bijgedragen tot 's hofs oordeel dat de eisen van redelijkheid en billijkheid die uitoefening ontoelaatbaar maken". Hierop volgt een op zichzelf ambachtelijk staaltje van 'wegschrijven van de klachten'⁴⁴, waarin echter niet aanstonds duidelijk wordt waarom de rechtsopvatting dat de wet in dit geval gezien de weergegeven feiten moet wijken voor die beide algemene rechtsbeginselen niet onjuist is:

"Voor zover de onderdelen A en B in r.o. 5.18 lezen dat het hof deze beginselen rechtstreeks als rechtsgrond voor voormelde ontzegging heeft gebezigd, missen zij feitelijke grondslag. Voor zover zij de klacht inhouden dat die beginselen niet tot 's hofs voormelde oordeel konden bijdragen, gaan zij uit van een onjuiste rechtsopvatting. Onderdeel C valt r.o. 5.18 aan met de stelling dat de rechter niet op grond van redelijkheid en billijkheid mag afwijken van het bepaalde in art.1:100 lid 1 BW. Deze stelling is in haar algemeenheid onjuist. Een afwijking is immers niet geheel uitgesloten. Het hof heeft terecht vooropgesteld dat een dergelijke afwijking niet dan in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan worden aangenomen, in verband waarmee het hof spreekt van 'een zware maatstaf'. In de omstandigheden die het hof blijkens het hiervoor overwogene tot uitgangspunt heeft genomen, is het hof terecht tot het oordeel gekomen dat de onverkorte toepassing van de krachtens art. 1:100 lid 1 tussen deelgenoten in een ontbonden huwelijksgemeenschap geldende regel van

⁴⁴ Zo'n werkwijze is door Martens beschreven als de verwerpende variant die 'het middel aanvalt' (naast de verwerpende motivering die 'de bestreden uitspraak aankleedt'). Zie S.K. Martens, Motivering van uitspraken van de cassatierechter, in: J.L.W. Sillevius Smitt e.a. (red.), Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 145.

verdeling bij helfte — in de bewoordingen van art. 6:2 lid 2 NBW — naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Op die grond heeft het hof dan ook geoordeeld dat L bij de verdeling van die gemeenschap geen aanspraak kan maken op toedeling van de goederen die van de zijde van Van Wylick in die gemeenschap zijn gevallen.

Voor zover onderdeel C nog klaagt over 'onbillijke consequenties' van 's hofs beslissing, werpt het feitelijke stellingen op die niet eerder zijn aangevoerd en dus in cassatie niet kunnen worden behandeld."

De rode draad in dit oordeel is kennelijk dat het rechtsbeginsel dat iemand geen voordeel behoort te hebben van de opzettelijk veroorzaakte dood van een ander, ook betekenis heeft in de toepassing van artikel 1:100 lid 1 BW, en dat een andere uitkomst gelet op het gewicht van dat rechtsbeginsel onaanvaardbaar wordt geacht. Tegenwoordig zou de Hoge Raad in zo'n geval wellicht met een vooropstelling beginnen. Soeteman betoogde dat de Hoge Raad in deze uitspraak de redengeving van zijn oordeel onvoldoende had geëxpliciteerd. Hij meende dat, juist als wettelijke regels geen aanvaardbare oplossing bieden in een zaak en een rechterlijk oordeel daarvan afwijkt, de onderliggende argumenten expliciet moeten worden gemaakt, omdat het oordeel zich anders aan controlemogelijkheden onttrekt.⁴⁵

De kwestie of en wanneer in een rechterlijk oordeel de wet buiten toepassing mag worden gelaten en hoe die beslissing dient te worden gemotiveerd, is onderwerp van debat in de literatuur geweest. Hier gaat het me om de motivering van zo'n oordeel. Langemeijer schreef onder verwijzing naar Leijten⁴⁶ en Crombag⁴⁷ dat rechtspraak waarin wordt afgeweken van de wet, 'slechts in heel bijzondere gevallen verdedigbaar is en vooral: als men haar hanteert, dient men het ronduit te zeggen!' uit een oogpunt van 'gewoon menselijke waarheidsliefde', van wetenschappelijkheid en van een maatschappelijk klimaat waarin toch al veel tegenstellingen worden verdoezeld om compromissen in een democratisch bestel te bereiken.⁴⁸ Een recent voorbeeld van 'het ronduit zeggen', is misschien een fiscale zaak waarin door twee zakelijke partners een geregistreerd partnerschap was aangegaan voor de duur van één dag met als doel verijdeling van overdrachtsbelasting. De Hoge Raad oordeelde dat doel en strekking van de wettelijke vrijstelling van overdrachtsbelasting bij het aangaan van een geregistreerd partnerschap (artikel 2 en artikel 3, lid 1, letter b, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer) zich verzetten tegen toepassing daarvan in een geval waarin dat partnerschap naar de bedoeling van partijen is aangegaan voor een zo korte periode dat de door de wet eraan verbonden plichten geen reële praktische betekenis konden hebben. Daaraan werd toegevoegd dat de beslissing in deze zaak zich onderscheidt van een eerder, vergelijkbaar geval, waarin geen aanwijzing bestond dat het huwelijk slechts was aangegaan om overdrachtsbelasting te vermijden.⁴⁹ Dat lijkt te stroken met een in de literatuur geuite wens die in paragraaf 6 ter sprake komt, dat de gevolgen van de beslissing voor andere, vergelijkbare gevallen in ogenschouw worden genomen.

In gevallen die langs of tegen de wet in scharnieren, wordt wel eens gezegd '*the proof of the pudding is in the eating*', om uit te drukken dat een wenselijke beslissing die zich niet deugdelijk laat opschrijven, geen goede beslissing is. Die wijsheid verliest naar mijn idee aan kracht tegen de achtergrond van het voorgaande. Een voor velen aanvaardbare beslissing kan wel degelijk een onvolkomen motivering bevatten. Onderdeel van de kunst van het motiveren is om onvolkomenheden tijdig voor de uitspraakdatum te onderkennen, zodat aanvulling nog mogelijk is. Hiermee is overigens niet bedoeld dat er geen andere verklaringen zouden zijn voor onvolkomen motiveringen. Ras noemde

⁴⁵ A. Soeteman, De onwaardige deelgenoot, HR 7 december 1990, Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie 1993/2, p. 125-136.

⁴⁶ J.C.M. Leijten, Wie komt daar uit zijn hokje? Over civiele rechtspraak en haar grenzen, RM Themis 1974, p. 679-732.

⁴⁷ H.F.M. Crombag e.a., *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 89. Zie ook: H.F. Crombag e.a., *Het rechterlijk oordeel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.

⁴⁸ G.E. Langemeijer, Een nieuwe episode in de rechtsvindingsleer, in: *Non sine causa, Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 215 en 219.

⁴⁹ HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0548.

bijvoorbeeld in 1988 twee inhoudelijke redenen voor de Hoge Raad om zuinig te zijn in een motivering, gevallen waarin dat wordt ingegeven door de noodzaak om tot overeenstemming te komen en gevallen waarin de Hoge Raad meent een bepaalde materie onvoldoende te overzien en de handen vrij wil houden voor toekomstige zaken.⁵⁰

4.4 Motiveren en open normen

De grote betekenis van open normen in het recht heeft een eigen invulling gekregen in de motivering van uitspraken, die hier slechts wordt aangestipt. In civiele zaken gaat het dan vaak over de werking van de redelijkheid en billijkheid. Reurich heeft beschreven dat de rechter in essentie drie rollen kan spelen bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid: hij zoekt aansluiting bij sociale normen die onder rechtzoekenden leven, hij programmeert op eigen gezag normen, of hij treedt op als wetgever-plaatsvervanger. Uiteindelijk lost de vraag hoe de redelijkheid en billijkheid als open norm werkt, zich echter op in het vraagstuk hoe de rechter werkt.⁵¹ In paragraaf 3.2 kwam al ter sprake hoe de Hoge Raad op dit punt 'werkt': in geval van beslissingen waarin open normen een rol spelen, formuleert hij geregeld gezichtspunten waarin motiveringseisen besloten liggen. Ook wordt wel gesproken van vuistregels of subregels.⁵² Dit is op zichzelf een manier om controle uit te oefenen op de rechtspraak in feitelijke instantie en leiding te geven aan de rechtsontwikkeling.

In een dergelijke benadering is de uitkomst van de toepassing van open normen in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dat stuit in de literatuur soms op bezwaren uit een oogpunt van rechtszekerheid. Ook als dan de begrijpelijkheid van de motivering wordt bekritiseerd, gaat het in essentie vaak over materieelrechtelijke bezwaren (die ik in deze bijdrage laat rusten). Zo heeft Hartlief betoogd dat de Hoge Raad met het geven van gezichtspunten herhaaldelijk vooral vragen oproept en geen richting geeft aan de beoordeling van toekomstige gevallen. Ook maakt de Hoge Raad in de visie van Hartlief keuzes niet altijd voldoende expliciet. Hij heeft de wens geuit dat de Hoge Raad vaker zelf materieelrechtelijk knopen doorhakt in kwesties die ook feitelijk zijn.⁵³ Het komt echter ook voor dat juist wordt benadrukt dat het in de toepassing van open normen aan de feitenrechter is om over de feiten te oordelen.⁵⁴

Discussie is er bijvoorbeeld ook over de vraag hoe de aanvaardbaarheid moet worden beoordeeld van een rechterlijk oordeel op het terrein van vage normen, zoals redelijkheid en billijkheid. Voor de overtuigingskracht van het rechterlijk oordeel is volgens Nieuwenhuis mede van belang of ook anderen tot dit oordeel zouden zijn gekomen en de samenleving uiteindelijk kan worden overtuigd van de juistheid ervan.⁵⁵

⁵⁰ N.J.H. Huls & F. Bruinsma, Interview met mr. H.E. Ras, president van de Hoge Raad, *Nederlands Juristenblad* 1988/3, p. 1576.

⁵¹ Lucien Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II. Vaagheid van normen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 176-177.

⁵² Zie bijv. S.F. Sagel & E. Verhulp, Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet? in: S.F. Sagel & E. Verhulp (red.), *Voor De Laet: de Hoge Raad*, Kluwer: Deventer 2005, p. 98; V. van den Brink, Alle omstandigheden van alle gevallen, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2012/1.

⁵³ T. Hartlief, Gezichtspunten, vingerwijzingen en vuistregels. Kan dat anders? in: A.L.M. Keirse e.a. (red.) *Beter burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-15.

⁵⁴ Bijv. C.E. Smith, *Feit en rechtswaarde. Een methodologisch onderzoek naar de betekenis van de feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publishing 1998; J.D.A. den Tonkelaar, Het motiveren van op de eisen van redelijkheid en billijkheid gegronde beslissingen, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 1998/1, p. 1-4; P.S. Bakker, 'Degene die het recht zoekt, doet dat in gebondenheid'. Over redelijkheid en billijkheid en Wiarda's 'Drie typen van rechtsvinding', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2013/6, p. 173-179.

⁵⁵ Bijv. J.H. Nieuwenhuis, Münchhausen of het probleem van de toereikende grond bij het vinden van het recht, in: E.T. Feteris e.a. (red.), *Op goede gronden: bijdragen aan het tweede symposium juridische argumentatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 8.

4.5 Internationalisering, rechtsvergelijking

De grote invloed van het internationale recht op het nationale recht heeft vooral betekenis voor de rechtsvinding en de inhoud van de beslissing.⁵⁶ De taak van de Nederlandse rechter is veranderd doordat hij zich ook bezighoudt met de toepassing en uitleg van internationaal recht. Uit internationale bron zijn voor de inhoud van de motiveringseisen van een rechterlijke uitspraak als zodanig in feite echter vooral de motiveringseisen van betekenis die door het EHRM zijn geformuleerd en door de Hoge Raad zijn geïncorporeerd (par. 3.1).

De eventuele invloed van rechtsvergelijking op de motivering van uitspraken in cassatie valt uit die uitspraken in het algemeen niet af te leiden. In conclusies van een advocaat-generaal wordt soms ingegaan op rechtsvergelijkende argumenten voor de beantwoording van een rechtsvraag. Dat gebeurt ook wel in schriftelijke toelichtingen van cassatieadvocaten. De Hoge Raad besteedt in uitspraken in civiele en fiscale zaken zelden expliciet aandacht aan resultaten van rechtsvergelijkend onderzoek. Vranken heeft erop gewezen dat in andere landen, zoals Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland, wel met regelmaat wordt verwezen naar buitenlands recht.⁵⁷ In Nederland is het evenmin gebruikelijk in rechterlijke uitspraken te verwijzen naar bijvoorbeeld projecten in het licht van de eenwording van privaatrecht, zoals de *Draft Common Frame of Reference*, het Gemeenschappelijk Referentiekader van de Europese Commissie, de *Principles of European Contract Law*, of naar *soft law* van binnen- of buitenlandse oorsprong. De Nederlandse rechter houdt zich bezig met nationaal en Europees recht, maar of in andere landen andere oplossingen van dezelfde juridische problemen voorhanden zijn, is geen vraag die met regelmaat in rechterlijke uitspraken is terug te zien.⁵⁸ Bij de toepassing van buitenlands recht kan de rechter gebruikmaken van de kennis van het Internationaal Juridisch Instituut. Zelf kennis van buitenlands recht verwerven is tijdrovend en vraagt ook om kennis van methoden van rechtsvergelijking.

Of de Hoge Raad kennisneemt van rechtsvergelijkende argumenten en wat de invloed daarvan is op de beslissing, pleegt dus zelden tot uitdrukking te komen in de motivering van uitspraken. Aanvankelijk gold hetzelfde voor rechtspraak en literatuur. Ook daarnaar nam de Hoge Raad geen verwijzingen op. Martens betoogde in 1993 dat er geen aanleiding was om hierin wijziging te brengen en in uitspraken van de Hoge Raad literatuurverwijzingen te gaan opnemen. Bij een rechterlijke uitspraak paste volgens hem een gedecideerde, van een bepaalde opvatting getuigende betoogtrant beter dan de onzekere, wikkende en wegende uitspraak.⁵⁹ Verwijzingen naar eigen rechtspraak en rechtspraak van HvJEU en EHRM neemt de Hoge Raad tegenwoordig echter veelvuldig op in zijn uitspraken. Verwijzingen laten consistentie zien. Ze kunnen ook dienen om zo duidelijk mogelijk te zeggen of met een zinsnede iets nieuws is bedoeld of niet. Ook verwijzingen naar literatuur komen met enige regelmaat voor, rechtstreeks of via een verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal.

4.6 Motiveren: voor wie?

Nog een andere wijsheid is 'een uitspraak wordt geschreven voor de verliezer'. Die wordt nog wel eens geadviseerd aan mensen die uitspraken leren schrijven.⁶⁰ Onder advocaten valt daarentegen wel eens

⁵⁶ Zie bijv. W.M.E. Thomassen, De rol van de rechter in het internationale recht, in: E. Bauw e.a. (red.), *Mijnheer de voorzitter... Liber Amicorum A.H. van Delden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 179-189.

⁵⁷ J.B.M. Vranken, Omgaan met buitenlands recht in rechtspraak en rechtswetenschap, in: M. de Boer e.a., *Strikwerda's conclusies, Opstellen aangeboden aan mr. L. Strikwerda ter gelegenheid van zijn afscheid als advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2011, p. 541.

⁵⁸ Ulrich Drobning, The Use of Comparative Law by Courts, in: Ulrich Drobning & Sjef van Erp, *The Use of Comparative Law by Courts, XIVth International Congress of Comparative Law*, Den Haag: Kluwer Law International 1999.

⁵⁹ S.K. Martens, Motivering van uitspraken van de cassatierechter, in: J.L.W. Sillevius Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 143.

⁶⁰ M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2011, p. 197; L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, Epiloog. Een rode draad: zwarte gaten in de motivering, in: L.E.

te beluisteren dat alleen het dictum telt; de motivering zou (slechts) dienen om een onwelgevallig oordeel bij de hogere rechter te bestrijden. Voor zover mij bekend is er in Nederland geen *evidence based* onderzoek gedaan waaruit voor het een of het ander onderbouwing blijkt. Uit een oogpunt van behoorlijke rechtspleging ligt bij de motivering van een rechterlijke uitspraak de nadruk op de individuele zaak waarin de uitspraak wordt gedaan. Een uitspraak wordt allereerst gemotiveerd ten behoeve van de partijen in de procedure. In de motivering van de beslissing behoort te worden ingegaan op hun essentiële stellingen die relevant zijn voor de beslissing.⁶¹ Verder wordt de uitspraak gemotiveerd ten behoeve van een juridisch forum dat bestaat uit de procesvertegenwoordigers van partijen en daarnaast, bij publicatie van de uitspraak, ook uit andere juristen in wetenschap, advocatuur en rechterlijke macht. Juristen in opleiding zijn daarin overigens onder meer uit een oogpunt van continuïteit in de rechtspleging een afzonderlijke groep, omdat zij hun juridische referentiekader, dat wil zeggen hun kennis, vaardigheden en attitude als beroepsbeoefenaar, mede ontleen aan de bestudering van rechterlijke uitspraken.⁶² De rechtsvormende taak van de Hoge Raad legt een eigen accent op de noodzaak dat een motivering zo goed mogelijk kan worden begrepen door het juridisch forum. De dialoog over het recht binnen het juridisch forum strekt voortdurend tot nadere rechtsvorming. De Hoge Raad is daarin een partij met het nodige gezag. Dat onderstreept het belang dat een motivering van de Hoge Raad in het juridisch forum zo goed mogelijk wordt begrepen. De Hoge Raad verantwoordt in de motivering van zijn uitspraken dus niet alleen de wijze waarop hij zijn rechtsprekende bevoegdheid in individuele zaken uitoefent. Hij legt daarin ook aan de samenleving als geheel verantwoording af van de wijze waarop hij zijn kerntaken vervult.

5. Iets over doelen en functies van motiveren

De vraag voor wie een motivering wordt geschreven, kan niet los worden gezien van meer inhoudelijke vragen, zoals: waartoe dient motiveren, wat is de functie ervan, of wat betekent motiveren voor het gezag en de legitimatie van cassatierechtspraak? Uit deze veelomvattende vragen wil ik enkele basale aspecten belichten die naar mijn idee relevant zijn bij het verkennen van parameters van keuzes bij het motiveren van uitspraken.

Op zaaksniveau dwingt de motivering de rechter allereerst om de juistheid en inzichtelijkheid van de eigen beslissing te controleren. Ook dient de motivering ertoe partijen en derden inzicht te geven in de beweegredenen van de rechter, met als doel dat de beslissing voor hen controleerbaar en aanvaardbaar is. Motivering maakt het mogelijk over dezelfde kwestie een andere rechter te raadplegen, in het geval van de Hoge Raad: HvJEU en EHRM. Zij moeten mede door de motivering van de Hoge Raad in staat worden gesteld hun rechterlijke taken te vervullen.

In paragraaf 2 vergeleek ik de kunst van het motiveren met een evenwichtsoefening. In de verantwoording van een beslissing gaat het in essentie vaak om het geven van inzicht in de afweging van individuele, wederzijdse en collectieve rechten en plichten in een juridische, sociale, economische en maatschappelijke context in Nederland en Europa. De rechter heeft weliswaar van de wetgever bevoegdheden gekregen om die afweging te maken, maar aan rechtspraak is inherent dat hij in elke zaak zelf beoordeelt of hij daadwerkelijk bevoegd en in staat is om te doen wat hem wordt gevraagd.⁶³

de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 324.

⁶¹ In woorden van het EHRM: 'It is true that Article 6 requires a tribunal to state adequately the reasons on which its judgments are based. However, this requirement does not go so far as to require a detailed answer to every argument put forward (...)' (EHRM 9 juli 2002, nr. 48334/99 (Polman/Nederland)).

⁶² Bijv.: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, Epiloog. Een rode draad: zwarte gaten in de motivering, in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 319-333.

⁶³ Vgl. bijv. J.C.M. Leijten, Wie komt daar uit zijn hokje? Over civiele rechtspraak en haar grenzen, RM Themis 1974, p. 686.

De motivering is een mogelijkheid om te toetsen of de rechter zijn taak naar behoren heeft verricht.⁶⁴ Een motivering van een uitspraak geeft dus niet alleen inzicht in de gronden van de beslissing in de individuele zaak, maar laat ook meer algemeen zien of de rechter getrouw zijn taken vervult en het vertrouwen verdient dat een rechterlijke macht nodig heeft om bij te dragen aan het behoud en de verdere ontwikkeling van een democratische rechtsstaat.⁶⁵ Motivering van uitspraken is dan ook onderdeel van de democratische legitimatie van rechtspraak, naast openbaarheid van rechtspraak en de grondwettelijke waarborgen voor de benoeming van rechters.

Daarmee is veel maar ook weinig gezegd. Motiveringseisen kunnen op zichzelf worden gebruikt om de argumenten voor de beslissing in de zaak te geven, om het proces van rechtsvinding (de heuristiek van het rechterlijk oordeel) te beschrijven, om inzicht te geven in de afwegingen voor en tegen de beslissing, enzovoort. In welke zaak welk gebruik passend is, daarover verschillen de meningen. Zo bevat een Tilburgs experiment onder redactie van Giesen en Vranken (par. 6.3) voorbeelden waarin het proces van rechtsvinding wordt beschreven, maar behoort volgens Nieuwenhuis de motiveringseis niet te worden opgevat als verplichting tot het beschrijven van de gevolgde zoekprocedure.⁶⁶ Veel van wat over doelen en functies van motiveren is gezegd en valt te zeggen, staat of valt met de invalshoek van waaruit naar de kerntaken van de Hoge Raad wordt gekeken (par. 3.2). Binnen de Hoge Raad spelen doelen en functies van motiveren vanzelfsprekend een rol in het debat over de inrichting van een motivering. De Hoge Raad besteedt ook in jaarverslagen aan de hand van uitspraken per kamer aandacht aan de wijze waarop hij zijn uitspraken motiveert en hoe zich dat verhoudt tot de vervulling van zijn kerntaken. Wat bij dit alles niet uit het oog mag worden verloren, is dat motiveren in cassatie, evenals in feitelijke instantie, handwerk is: een ambachtelijke bezigheid (par. 6.6).

Inzicht in doelen en functies van motiveren kan dus geen *hard and fast rules* voor de inrichting van de motivering in categorieën zaken opleveren. Wel vestigt het de aandacht op een (fundamentele) parameter: de motivering van een rechterlijke uitspraak bepaalt in een democratische rechtsstaat mede de democratische legitimatie van rechtspraak. Deze parameter is op ten minste drie fronten in de taakvervulling van de Hoge Raad actief: de Hoge Raad dient zijn eigen uitspraken deugdelijk te motiveren, hij dient de motivering van beslissingen van de rechter in feitelijke instantie deugdelijk te controleren, en de motivering van een uitspraak in cassatie vervult een voorbeeldfunctie voor onder meer de gerechten in feitelijke instantie.

6. Een juridische caleidoscoop: ideeën en verwachtingen over motiveren

6.1 Inleiding

In uiteenzettingen over rechterlijke oordeelsvorming of rechtsontwikkeling (rechtsvorming) door de Hoge Raad, zijn soms ook ideeën, wensen en verwachtingen te vinden over de motivering van uitspraken door de Hoge Raad. In deze paragraaf bespreek ik daar een aantal van om te illustreren dat er enerzijds ideeën aan zijn te ontleen over mogelijke parameters voor motiveren, en dat anderzijds de bruikbaarheid van ideeën mede afhankelijk is van accenten die de Hoge Raad legt in de vervulling van zijn kerntaken. Datzelfde ligt besloten in de aan het slot van deze paragraaf aangehaalde bevindingen van de Commissie-Neleman, die een toetsingskader heeft ontwikkeld om de ambachtelijke kwaliteit van civiele rechtbankvonnissen te beoordelen.

⁶⁴ J.B.M. Vranken, Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken, in: J.L.W. Sillevius Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 229-243.

⁶⁵ Door Barendrecht aangeduid als het afleggen van verantwoording tegenover de maatschappij (J.M. Barendrecht, Controle, aanvaarding en bestrijding. Motivering en verantwoording tegenover de maatschappij, in: J.L.W. Sillevius Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 35-51.

⁶⁶ J.H. Nieuwenhuis, Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel, RM Themis 1976, p. 515.

6.2 Breed en smal, diep en ondiep

De vervulling van de kerntaken van de Hoge Raad in de behandeling van zaken biedt een zekere ruimte voor keuze en beleid in de rechtsvinding.⁶⁷ Hoe wordt het gebruik van die ruimte zichtbaar gemaakt in de motivering? Loth e.a. hebben suggesties aangereikt om dit te doen met gebruik van de theorie van (rechterlijk) minimalisme van Cass Sunstein,⁶⁸ waarin het onderscheid breed/smал en diep/ondiep wordt gehanteerd. Zij beschrijven dat de Hoge Raad een beslissing en motivering breed en smal kan trekken, en diep en ondiep. Een smalle uitspraak heeft betekenis voor het berechte geval en eventueel voor een beperkt aantal nieuwe gevallen. Een brede uitspraak heeft betekenis voor een zo groot mogelijk aantal nieuwe gevallen, bijvoorbeeld doordat naar aanleiding van de zaak een duidelijke regel, vuistregels of een catalogus van gezichtspunten voor soortgelijke gevallen worden geformuleerd.⁶⁹ Een diepe uitspraak berust op feitelijke en juridische overeenstemming en is daardoor volledig gemotiveerd. Diepe uitspraken laten geen onduidelijkheid bestaan over de feitelijke en de rechtsgronden, en over de principiële en pragmatische argumenten. Een ondiepe uitspraak berust op gedeeltelijke overeenstemming en is onvolledig gemotiveerd. Een ondiepe uitspraak geeft wel uitsluitel over de beslissing, maar niet over alle gronden. Loth e.a. geven tal van voorbeelden van uitspraken die ondiep en smal zijn, ondiep en breed, diep en smal, en diep en breed. Zij bespreken de risico's van beide benaderingen. Ook vermelden zij tal van overwegingen aan de hand waarvan in een zaak de keuze kan worden gemaakt voor smaller en ondieper, of breder en dieper beslissen en motiveren. Die zijn in essentie terug te voeren op de vraag of een geschilpunt in een zaak aanleiding geeft tot rechtsvorming met een zaaksoverstijgende betekenis.⁷⁰

Zijn de door Loth e.a. aangereikte suggesties te gebruiken als parameters voor het maken van keuzes in de motivering van een uitspraak? Ze vestigen in ieder geval de aandacht erop hoezeer keuzes zaaksgebonden zijn. Keuzes en mogelijkheden voor beleid in de rechtsvinding en de motivering zijn behoorlijk afhankelijk van de zaken die zich aandienen.⁷¹ Leidend is de aanpak van de cassatieadvocaat. Van invloed is de conclusie van de advocaat-generaal (die in fiscale zaken bovendien slechts in een beperkt aantal zaken kan worden genomen).⁷² Daarbinnen is de Hoge Raad aan zet. Barendrecht heeft geopperd dat de Hoge Raad zou kunnen overwegen vaker in één beslissing een aantal met elkaar verwante rechtsvragen te beslissen. Het stapje voor stapje werken aan een systeem is misschien goed, schreef hij, als het moeilijke en maatschappelijke problemen betreft, maar lijkt inefficiënt voor alle betrokkenen als het gaat om vragen die uiteindelijk toch allemaal door de Hoge Raad moeten worden beantwoord.⁷³ Van den Berge heeft daarentegen (in de context van fiscale zaken) betoogd dat de opstelling van partijen maatgevend is. De stapsgewijze benadering, ook wel de van-geval-naar-geval-benadering van de Hoge Raad genoemd, omschreef hij als de benadering waarin de Hoge Raad een nieuw uitgangspunt neerlegt in een basisarrest en dat uitgangspunt vervolgens aan

⁶⁷ Bijv. J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 137. J.B.M. Vranken, *Toeval of beleid. Over rechtsvorming door de hoogste rechters*, Nederlands Juristenblad 2000/1, p. 1-5.

⁶⁸ Cass R. Sunstein, *One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Massachusetts: Harvard University Press 1999.

⁶⁹ Dat gebeurt tegen de achtergrond van wat wel de contextualisering van rechtsregels wordt genoemd. Zie bijv. J.B.M. Vranken, *Productief misverstaan*, in: J. van Duijvendijk-Brand e.a., *Variatie in cassatie, Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.A. Groen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 242; N. Frenk, *De prejudiciële procedure: ruimere mogelijkheden voor de rechtsontwikkeling bij de toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen*, in: A.M. Hol e.a. (red.), *De Hoge Raad in 2015. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 118-119.

⁷⁰ Marc Loth e.a., *Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte*, in: *Trema* 2007/8, p. 317-325.

⁷¹ Een voorbeeld: 21 jaar na de invoering van art. 3:37 BW werd in 2013 aan de HR de in het rechtsverkeer basale vraag voorgelegd wanneer een schriftelijke verklaring mag worden geacht de geadresseerde te hebben bereikt (HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4104).

⁷² Zie over de rol van cassatieadvocaat en A-G bijv. M.V. Polak, 'Non tali auxilio?' De driehoeksverhouding Hoge Raad – advocaat-generaal – cassatieadvocaat, in: Th.M. de Boer e.a., *Strikwerda's conclusies, Opstellen aangeboden aan mr. L. Strikwerda ter gelegenheid van zijn afscheid als advocaat-generaal bij de Hoge Raad der*

Nederlanden, Deventer: Kluwer 2011, p. 349-364.

⁷³ J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 139.

de hand van nieuwe gevallen bijstelt en uitwerkt. Wensen partijen antwoord op vervolgvragen die in hun zaak nog niet aan de orde zijn, dan zal volgens hem voor de medewerking van de Hoge Raad van doorslaggevend belang zijn of zij het grote maatschappelijke belang van een directe beantwoording duidelijk weten te maken. Van den Berge heeft hierbij gewezen op de spanning tussen doel (de bevordering van rechtsontwikkeling) en methode (beslissen op de door partijen aangevoerde klachten). Volgens hem is het formuleren van een algemene regel moeilijk te realiseren aan de hand van één bepaald geval en is het kader van het te berechten geval een keurslijf als het aankomt op de uitwerking van de regel in andere denkbare gevallen. Wel zag hij mogelijkheden voor zaaksoverstijgende beantwoording van rechtsvragen in procedurele kwesties en in gevallen waarin de Hoge Raad zaken waarin dezelfde of een vergelijkbare materieelrechtelijke kwestie speelt, tegelijk kan behandelen.⁷⁴

Het voorstel van Barendrecht lijkt te veronderstellen dat de Hoge Raad kan overzien of hij beschikt over de relevante informatie om ook andere rechtsvragen te beantwoorden dan zijn voorgelegd door de cassatieadvocaat en besproken door de advocaat-generaal.⁷⁵ Ook als potentiële rechtsvragen verzameld zouden kunnen worden in een 'rechtsvindingsagenda' (en daargelaten hoever rechtsvorming door de rechter kan gaan), is de uitvoering daarvan uiteindelijk vermoedelijk toch in hoge mate afhankelijk van de vraag of een kwestie aan de orde wordt gesteld in de middelen van een partij, in een cassatiemiddel in het belang der wet of – in de civiele kamer – in een prejudiciële vraag. Met zo'n verzamelagenda zou indien gewenst overigens best een begin zijn te maken, bijvoorbeeld in de wetenschap, in de Commissie cassatie in het belang der wet⁷⁶ (maar die schijnt nog niet te worden overstroomd met rechtsvragen) of in de feitelijke instanties met het oog op te stellen prejudiciële vragen.⁷⁷

Zonder openbare 'lijstjes' van door anderen in het wild gesignaleerde rechtsvragen is het voor het Parket en de kamers, met bijstand van de medewerkers van het Wetenschappelijk Bureau, een kwestie van zelf alert zijn op wat er in zaken voorbij komt en in elke zaak zo goed mogelijk signaleren of er een zaaksoverstijgende rechtsvraag in zit. Keuze en beleid in de rechtsvinding zijn ook om andere redenen behoorlijk afhankelijk van de mensen die de zaken behandelen. Herkennen van relevante zaaksoverstijgende rechtsvragen vraagt om een brede en diepe expertise, om in de terminologie van Loth e.a. te blijven. Een kamer is immers werkzaam over de volle breedte en diepte van een rechtsgebied. Voor de beantwoording is overeenstemming nodig over de vraag of de zaak zich leent voor een antwoord op de desbetreffende rechtsvraag, en zo ja, over het antwoord en de motivering ervan. De Hoge Raad behandelt zaken weliswaar in kamers, maar uit een oogpunt van behoorlijke rechtspraak in willekeurig bepaalde, voortdurend wisselende samenstellingen. Ook al wordt er ruimschoots aandacht besteed aan oordeelsvorming in de hele kamer, 'de zetel beslist'. Verder wisselt de samenstelling van een kamer met enige regelmaat. Dat kan afbreuk doen aan het collectieve geheugen, maar heeft bijvoorbeeld toegevoegde waarde voor de benodigde groepsdynamica.⁷⁸ Dit alles neemt niet weg dat er in menige zaak ruimte is om de mate van rechtsvinding te kiezen en die keuze te motiveren, maar een plan in brede zin kan er niet zijn. Er kan worden teruggegrepen op eerdere zaken, maar vrijwel niet⁷⁹ worden geanticipeerd op eventuele toekomstige zaken en daarin te maken keuzes. Het motiveren van uitspraken is mede de weerslag van keuzes en beleid in de rechtsvinding. Zo bezien is het zaaksgebonden karakter van de invulling van de ruimte van de Hoge Raad voor rechtsvinding leidend bij de inrichting van de motivering, en is het onderscheid breed/smal

⁷⁴ J.W. van den Berge, Wilt u een totaaloplossing?, Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht 2002/722.

⁷⁵ M.A. Loth, Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt, in: A.G. Castermans e.a., *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 12; P. Memelink, *Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten*, in: A.G. Castermans e.a., *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 60.

⁷⁶ Zie www.rechtspraak.nl > Hoge Raad > Over de Hoge Raad > Bijzondere taken HR en PG.

⁷⁷ S.S. van Kampen & I. Giesen, Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, valkuilen voor de Hoge Raad, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2013/1, p. 1-15.

⁷⁸ Zie bijv. Neal Devins & Will Federspiel, *The Supreme Court, Social Psychology and Group Formation*, in: David Klein & Gregory Mitchell, *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 85-100.

⁷⁹ In zekere zin wel, namelijk door in een zaak een smal arrest te wijzen en af te wachten of er een zaak komt die geschikter is om een bepaalde rechtsvraag te beantwoorden.

en diep/ondiep een hulpmiddel om in een zaak de passende ruimte voor rechtsvinding en de reikwijdte van de motivering te kiezen.

6.3 Hier Tilburg voor Den Haag

Onder redactie van Giesen en Vranken is in 2003 de bundel 'De Hoge Raad binnenstebuiten' verschenen, waarin verslag wordt gedaan van een experiment. Dertien uitspraken van de Hoge Raad zijn door onderzoekers van de Universiteit van Tilburg herschreven met als doel uitdrukking te geven aan wat er met een uitspraak wordt bedoeld. In de slotbeschouwing schrijven zij dat de opdracht lastiger bleek dan zij vooraf hadden ingeschat. Het openlijk denken en redeneren in alternatieven in plaats van als uitgangspunt de vraag te nemen 'waar gaat het nu eigenlijk om?' viel niet mee, herschrijven kostte zo'n zestig uur per uitspraak (inclusief de bespreking van elkaars concepten), de auteurs voelden zich gehinderd door een chronisch gebrek aan empirische gegevens over de te beslissen kwesties en gingen zelf op zoek naar aanvullende informatie, ze abstraheerden van de middelen als dat te pas kwam bij het geven van een rechtsoordeel met algemene gelding, en vonden het schrijven in begrijpelijke taal moeilijker dan gedacht. Giesen en Vranken concluderen uit de ervaringen in dit experiment dat de motivering van de Hoge Raad opener kan, minder technisch-juridisch en sterker gericht op zijn taak als rechtsvormer in een Europese context, met oog voor de gevolgen van zijn uitspraken en opgeschreven in zoveel mogelijk gewone mensentaal.⁸⁰

Hiermee formuleren ze een aantal interessante aandachtspunten voor motiveringseisen: een motivering moet in hun visie 'open' zijn, een niet te grote (maar verder onbepaalde) mate van technisch-juridisch argumenteren bevatten, gericht zijn op rechtsvorming in een Europese context, de gevolgen van beslissingen laten zien en voor 'gewone mensen' begrijpelijk zijn.⁸¹ Dat zijn naar mijn idee zonder meer waardevolle gedachten. Naar mijn indruk zijn er diverse uitspraken van de Hoge Raad waarin soortgelijke aandachtspunten herkenbaar zijn.⁸² Wat me intrigeert, is of de herschrijvers niet hetzelfde doen als waarover zij kennelijk kritisch zijn ten aanzien van de Hoge Raad: zij leggen een accent in het soortelijk gewicht van de kerntaken (op rechtsontwikkeling) op basis van veronderstelde behoeften bij procespartijen, juristen en anderen. Als dergelijke veronderstellingen niet worden getoetst, rijst de vraag waaraan de Hoge Raad de legitimatie zou kunnen ontlenuen om het accent te verplaatsen van individuele zaaksbehandeling naar rechtsontwikkeling in algemenere zin.

Rechtspreken is kiezen, schrijven Giesen en Vranken ook. Dat is kiezen in zaken van mensen over hun rechten, plichten en belangen. In civiele zaken mogen partijen verwachten dat de Hoge Raad zich bij zijn keuzes zal laten leiden door de middelen waarover zij het debat hebben kunnen voeren. Ook in fiscale zaken, waar ambtshalve cassatie mogelijk is, betracht de Hoge Raad op dit punt de nodige behoedzaamheid. In woorden van de Hoge Raad: om het contradictoire karakter van het debat te waarborgen behoort de cassatierechter niet te vernietigen op gronden waarvan de verweerder bij lezing van het middel in redelijkheid niet hoefde te verwachten dat zij in het debat zouden worden betrokken.⁸³ De beslissing en de motivering ervan worden, zoals gezegd en zoals de Commissie-Hammerstein tot uitgangspunt heeft genomen (zie par. 3.1), in belangrijke mate gestuurd door de onderwerpen van individuele zaken. Het soortelijk gewicht van de drie kerntaken van de Hoge Raad (rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming) in de beslissing en de motivering in een

⁸⁰ Ivo Giesen & Jan Vranken (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten: verslag van een experiment*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 171-176.

⁸¹ De begrijpelijkheid (het taalniveau) van een tekst kan worden meten met een meetlat van de Raad van Europa. Zie bijv.: Wessel Visser, Het moet. Het kan ook. Maar we gaan het niet doen. Begrijpelijke juridische taal, in: *Trema* 2009/7, p. 305-310.

⁸² Bijv. recent civiel: HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780 (Albron/FNV Bondgenoten); HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640 (gegevensverstrekking art. 47 AWR, beroep op nemo tenetur-beginsel). Bijv. fiscaal: HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4167 (bepaling gebruikelijk loon, afroommethode); HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:63 (bewijsvermoeden bij beboetbaar feit).

⁸³ HR 14 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AT2350, BR 1976/582, waarover: Freek Bruinsma, *Cassatierechtspraak in civiele zaken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 15.

individuele zaak wordt mede bepaald door die onderwerpen, de hoedanigheid van de partijen, de feiten die tussen hen vaststaan en de wijze waarop is geprocedeerd.

Dat neemt niet weg dat met de door Giesen en Vranken geformuleerde ideeën en wensen voor de motivering van uitspraken in cassatie belangrijke handreikingen zijn gedaan om invulling te geven aan de rechtsvormende taak van de Hoge Raad en de weerslag daarvan in de motivering van uitspraken. Gegeven het feit dat uitspraken in cassatie een aanzienlijk breder publiek bereiken dan de procespartijen, hebben uitspraken van de Hoge Raad over rechtsregels immers een belangrijke functie in de rechtspleging als geheel. De door Giesen en Vranken geformuleerde ideeën en wensen zijn kennelijk bedoeld om juist die functie te versterken. Uitspraken van de Hoge Raad worden bijvoorbeeld gebruikt om de slagingskans van een procedure in een andere zaak in te schatten, om geschillen te schikken of anderszins te beëindigen. Ook gaat er een bepaalde mate van conflictpreventie uit van cassatierechtspraak, doordat in contracten en andere rechtsverhoudingen mede acht pleegt te worden geslagen op rechtsregels die blijken uit cassatierechtspraak.⁸⁴ Bij de inschatting van de betekenis van zulke aspecten van cassatierechtspraak voor de rechtspleging moet worden bedacht dat het merendeel van de geschillen, althans in civiele zaken, niet wordt afgedaan door geschilbeslechting.⁸⁵ Daarnaast is er de dialoog met de wetgever, die mede aan de hand van uitspraken van de Hoge Raad keuzes maakt in de inrichting van nieuwe wetten en wetwijzigingen. Om hun functie in de rechtspleging als geheel te vervullen, moeten uitspraken van de Hoge Raad dus gezaghebbende, zo volledig en helder mogelijk beargumenteerde antwoorden op gerezen rechtsvragen bevatten. Binnen het door de middelen ontsloten gebied heeft de Hoge Raad armslag om ook andere rechtsvragen in de beoordeling te betrekken, zij het dat er voldoende informatie in een zaak voorhanden moet zijn om ook daarop verantwoord te beslissen, en uit wetgeving, rechtspraak of literatuur duidelijk zal moeten zijn dat er behoefte is aan een antwoord. In de door Giesen en Vranken geformuleerde 'motiveringseisen' lijkt met dit alles rekening te kunnen worden gehouden.

6.4 Factoren van Leijten

In het kader van het debat in de literatuur over de vraag of in een rechterlijk oordeel de wet buiten toepassing mag worden gelaten (par. 4.3) heeft Leijten richtinggevende factoren verzameld. Die strekken ertoe om te beoordelen of de rechter die vaststelt dat de wet voor een bepaald geval een onbevredigende oplossing geeft (en wel zonder in de innerlijke waarde van de wet te zijn getreden), vervolgens in strijd met de wet zal mogen beslissen. Hij vermeldde erbij dat ze limitatief noch enuntiatief zijn bedoeld en ten dele in elkaar overgaan of elkaar uitsluiten. Hij beschreef de volgende factoren:

- a. De materie die de wet regelt en waar de beslissing van zou afwijken, mag niet van politieke, sociaal-politieke of levensbeschouwelijke aard zijn.
- b. De oplossing contra legem mag niet in strijd zijn met het duidelijke systeem van het positieve privaatrecht, noch met de grondbeginselen waarop het privaatrecht berust.
- c. De wettelijke regeling is niet van zeer recente datum, of maakt als recente regeling deel uit van een materie die in hoofdzaken eerder is tot stand gekomen.
- d. Het belang van de afwijkende beslissing moet voor de betrokkene niet onaanzienlijk zijn.
- e. Er moet een redelijke kans zijn dat soortgelijke gevallen zich binnen niet al te lange tijd zullen voordoen.
- f. De schade die de partij ondergaat die nadeel lijdt van de beslissing contra legem, moet niet al te groot zijn.
- g. De beslissing in strijd met de wet moet, na globale uiteenzetting van de situatie, voor de niet bij de beslissing betrokken gewone man (*the reasonable man*) zo vanzelfsprekend zijn, dat hij

⁸⁴ Bijv. L.D. Pels Rijcken, Rechtszekerheid, Assepoester van rechtsvindingstheorieën, in: *Non sine causa, Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 311-318.

⁸⁵ Volgens de Geschilbeslechtingsdelta 2009 (www.wodc.nl) heeft over een periode van vijf jaar (2004-2009) 60% van de burgers met een of meer (potentieel) juridische problemen te maken gehad en zijn de meeste problemen (82,4%) civielrechtelijk van aard. In 4,9% van de gevallen is de rechter ingeschakeld en in 7,8% een buitengerechtelijke procedure gevolgd. Van het totaal aantal probleemgevallen (100%) is 40,5% niet opgelost.

- een beslissing volgens de wet als onbegrijpelijk, hoogst onredelijk of absurd zou afwijzen.
- h. De wetgevende instanties moeten het geval in zijn bijzondere aspecten niet duidelijk onder ogen hebben gezien.⁸⁶

In deze factoren vallen ook algemene aandachtspunten en wellicht *best practises* voor de motivering van rechterlijke uitspraken te onderkennen, dus ongeacht of het gaat om een geval waarin de vraag rijst of er aanleiding is van de wet af te wijken. Ik heb er de volgende in ontwaard.

De motivering dient te laten zien dat (of) een beslissing is verankerd in het positieve recht en de daaraan ten grondslag liggende waarderings- en beginselen.⁸⁷ Daarbinnen dient de rechter te laten zien dat de wet leidend is. Naarmate een wet of een wettelijke bepaling van recenter datum is, behoort tot uitdrukking te komen dat die meer gewicht heeft in de beslissing. Als de beslissing niet rechtstreeks uit de wet volgt, moet uit de motivering ook blijken dat de beslissing past binnen het systeem van het positieve recht en de grondbeginselen waarop het berust. De rechter moet in de motivering laten zien dat hij de kenbare belangen van betrokkenen meeweegt.

Voor de rechtsvormende taak van de rechter is ruimte in zaken waarin (1) de wetgever een geval in zijn bijzondere aspecten niet duidelijk onder ogen heeft gezien, (2) de wet een leemte bevat, (3) de wet verouderd is en naast de bedoeling van de wetgever andere aspecten door tijdsverloop aan gewicht hebben gewonnen, en (4) de materie niet van politieke, sociaal-politieke of levensbeschouwelijke aard is.⁸⁸ Als de rechter overgaat tot rechtsvorming, dient de motivering te laten zien welke van deze aspecten zijn meegewogen.

De rechter anticipeert in de motivering op de gevolgen van de beslissing voor andere gevallen en heeft daarbij oog voor mogelijkheden om eventuele schadelijke gevolgen te beperken.

Beslissing en motivering moeten ook voor de niet bij de beslissing betrokken gewone man (*the reasonable man*,⁸⁹ zegt Leijten) niet onbegrijpelijk, onredelijk of absurd zijn.

In deze aandachtspunten lijkt het accent te liggen op het motiveren en beslissen in individuele zaken. Rechtsvorming is hier geen doel op zichzelf, maar is onderdeel van het bewaken en bevorderen van rechtseenheid en het bieden van rechtsbescherming. Onderdeel ervan is het denken in vergelijkingen met andere zaken.⁹⁰ Dat is dus enigszins anders dan in het Tilburgse experiment (par. 6.3), waar het gewicht van rechtsvorming (rechtsontwikkeling) meer zelfstandige betekenis heeft gekregen.

6.5 Motiveren en goed koopmansgebruik

Wanneer de aandachtspunten uit de factoren van Leijten (par. 6.4) worden gelegd naast de handreikingen van Loth e.a. (par. 6.2) en de adviezen van Giesen en Vranken (par. 6.3), lijkt er vanuit juridisch oogpunt aardig wat houvast en richting te bestaan voor het maken van keuzes in de motivering van een rechterlijke uitspraak. Ook begint zich af te tekenen dat de mate waarin explicitering van keuzes nodig en mogelijk is, mede wordt bepaald door het zaaksgebonden accent op de kerntaken. De eisen aan de motivering van een uitspraak in cassatie worden mede ingekleurd door het teken waarin de beslissing staat: ligt het accent op de controle op de kwaliteit van de rechtspraak in feitelijke instantie, op het scheppen of bewaken van rechtseenheid, op het bieden van rechtsbescherming, op richtinggevende rechtsontwikkeling, op een combinatie hiervan, en hoe

⁸⁶ J.C.M. Leijten, Wie komt daar uit zijn hokje? Over civiele rechtspraak en haar grenzen, RM Themis 1974/5-6, p. 730.

⁸⁷ Vgl. J.B.M. Vranken, Le bon juge en onbillijke rechtspraak. Een trendbreuk in het hedendaagse denken over de rechtsvormende taak van de rechter, in: *Met hoofd en hart, opstellen aangeboden aan J.C.M. Leijten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 60.

⁸⁸ Aldus bijv. ook H. Drion, Negen stellingen over rechtsvorming door rechter en wetgever, in: *Geschriften van Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 377-378.

⁸⁹ J. Cartwright, The Fiction of the 'Reasonable Man', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 143-154.

⁹⁰ Zie bijv. J.H. Nieuwenhuis, Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel, RM Themis 1976, p. 494-515; G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding, bewerkt door T. Koopmans*, Deventer: Tjeenk Willink 1999; C.E. Smith, Het belang van de casuïstiek: belangenafweging en vergelijkingsmethode, Trema 2009/9, p. 384-389; C.E. Smith, Heuristiek en legitimatie van het rechtsoordeel: van geval naar regel, Trema 2009/10, p. 420-425.

verhouden de accenten zich tot de rechtszekerheid?

In de fiscale vakliteratuur zijn soortgelijke ideeën en wensen te vinden met betrekking tot de wijze waarop de Hoge Raad invulling geeft aan de motivering van zijn uitspraken. Een van de voorbeelden hiervan is te vinden in een artikel over de rechtspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad over goed koopmansgebruik.⁹¹ Cornelisse en Lubbers beschrijven hierin de ontwikkeling van het leerstuk van goed koopmansgebruik in de rechtspraak van de Hoge Raad sinds de Wet Belastingherziening 1950 de open norm "goed koopmansgebruik" introduceerde om de fiscale jaarwinst te normeren. Ook zetten zij uiteen hoe de Hoge Raad volgens hen zou moeten omgaan met het vermelden van algemene regels. Op dit laatste punt heeft hun betoog⁹² een aanzienlijk bredere strekking dan het leerstuk van goed koopmansgebruik en bevat het diverse overeenkomsten met de adviezen van Giesen en Vranken en de factoren van Leijten:

"Bij het afdoen van zaken formuleert de Hoge Raad regelmatig een algemene regel die ook in andere gevallen toepassing kan vinden. Zo'n algemene regel houdt bijvoorbeeld in: "In het geval van aanneming van werk laat goed koopmansgebruik toe dat winstneming wordt uitgesteld tot het moment waarop het desbetreffende werk is opgeleverd" (HR 26 februari 1997, nr. 31 928, BNB 1997/145). Sommige zaken worden door de Hoge Raad echter afgedaan zonder dat hij overgaat tot het formuleren van zo'n algemene regel. Gedacht kan worden aan het (...) arrest HR 18 december 1991, nr. 27 545, BNB 1992/79, waarin de Hoge Raad aan een aantal feitelijke oordelen van het hof de conclusie verbindt dat "het Hof met juistheid heeft beslist dat goed koopmansgebruik niet toelaat de contante waarde van de uitgaven ten laste van het onderhavige boekjaar te brengen". Ook in zaken als HR 19 mei 1993, nr. 27 826, BNB 1993/240 en HR 9 april 1958, nr. 13 523, BNB 1958/176, geeft de Hoge Raad een oplossing die volledig lijkt te zijn gericht op het beslechten van het geschilpunt in de onderliggende zaak. In laatstgenoemd arrest overweegt de Hoge Raad dat goed koopmansgebruik zich "onder de gegeven omstandigheden" niet verzet tegen waardering van een schuld op nominale waarde. Het is doorgaans lastig om uit deze arresten algemene regels af te leiden die ook in andere gevallen kunnen worden toegepast. Beoordeeld moet immers worden welke feiten en omstandigheden van doorslaggevend belang zijn geweest voor het betreffende oordeel. Hoewel goed koopmansgebruik ook langs deze weg kan worden ingevuld, is dit naar onze mening een aanpak waarbij de invulling langzamer verloopt, sneller kan leiden tot rechtsonzekerheid en daardoor onnodige nieuwe procedures uitlokt.

Gelet op de jurisprudentie die in de loop van de tijd is ontstaan, kan worden geconstateerd dat de meeste leerstukken op het terrein van goed koopmansgebruik zich slechts geleidelijk ontwikkelen. De Hoge Raad volgt in vele gevallen een van-zaak-tot-zaak-benadering bij de ontwikkeling van goed koopmansgebruik. Een in een arrest geformuleerde rechtsregel wordt in latere zaken - naar aanleiding van het onderliggende geschilpunt - uitgebreid, bijgesteld of ingeperkt. Op dit punt zijn er diverse voorbeelden voorhanden. Zo heeft de Hoge Raad in de loop van de tijd zijn regel voor het activeren van aankoopkosten ingeperkt. Sinds HR 8 juni 1927, B. 4069, geldt als algemene regel dat alle uitgaven die verband houden met de aankoop van een bedrijfsmiddel als "aanschaffingskosten" dienen te worden geactiveerd. In HR 24 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262, heeft de Hoge Raad voor de uitgaven die verband houden met de aankoop van een deelneming op dit punt echter een uitzondering gemaakt. Ook kan worden gedacht aan zaken op het terrein van de hiervóór in onderdeel 2.3.1 behandelde renteproblematiek. Hierbij kan HR 23 januari 2004, nr. 38 029, BNB 2004/163, worden beschouwd als een nadere precisering van de arresten HR 28 juni 2000, nr. 34 169, BNB 2000/275 en HR 25 juli 2000, nr. 34 742, BNB 2001/2. Indien de Hoge Raad voortbouwt op rechtsregels die hij in het verleden heeft gegeven, is het van belang dat hij teruggrijpt op de termen en formuleringen die hij in die voorgaande arresten op dat punt heeft gebruikt.

⁹¹ R.P.C. Cornelisse & A.O. Lubbers, De ontwikkeling van goed koopmansgebruik door de Hoge Raad, Weekblad voor Fiscaal Recht 2004/1214. Zie ook R.E.C.M. Niessen, Rechtsvinding in belastingzaken: legitimatie en motivering (oratie Nijmegen), Amersfoort: Sdu 2009, p. 26-28 en 48.

⁹² In het citaat zijn de voetnoten weggelaten.

Wijzigingen in het gebruik van bepaalde termen of formuleringen - bedoeld of onbedoeld - geven immers al snel aanleiding tot speculaties over een koerswijziging van de Hoge Raad. Uit het oogpunt van rechtszekerheid is het daarom van belang consequent te zijn in het gebruik van termen en formuleringen en koerswijzigingen expliciet tot uitdrukking te brengen.

Het zou naar onze mening overigens wenselijk zijn, indien de Hoge Raad af en toe rondom een deelonderwerp een overzicht geeft van de belangrijkste rechtsregels die hij in het verleden heeft geformuleerd of impliciet heeft toegepast. Op andere terreinen doet hij dat ook. Zie bijvoorbeeld HR 15 maart 2000, nr. 34 740, BNB 2000/278, waarin de Hoge Raad een overzicht geeft van de toepassing van de "meerderheidsregel" en daarbij teruggrijpt op een aantal eerder gewezen arresten. Het geven van zo'n overzicht van de relevante jurisprudentie is met name nuttig indien in de literatuur de vraag is opgeworpen of bepaalde arresten inmiddels zijn achterhaald en hoe bepaalde arresten zich tot elkaar verhouden.

Bij het ontwikkelen van goed koopmansgebruik is de Hoge Raad niet snel geneigd rechtsregels te geven voor kwesties die niet aan de orde zijn in de onderliggende zaak. Het hiervóór in onderdeel 2.3.2 besproken hedging-arrest is op dat punt een uitzondering. In r.o. 4.4 wordt een regel gegeven voor een kwestie die in die zaak niet aan de orde is. Dat de Hoge Raad terughoudend is bij het geven van "totaaloplossingen" voor een bepaalde kwestie, is wel begrijpelijk. Bedacht moet worden dat de ontwikkeling van goed koopmansgebruik hand-in-hand is gegaan met de ontwikkeling van de bedrijfseconomie. Door echter in bepaalde gevallen een overweging ten overvloede te geven, kan de Hoge Raad het wetenschappelijke debat rondom het betreffende onderwerp een impuls geven. Met de reacties die zijn overwegingen ten overvloede uitlokken, kan hij in volgende zaken weer zijn voordeel doen."

De fiscaalrechtelijke details laat ik rusten. Waar het me om gaat, is dat hier min of meer categorische wensen en verwachtingen worden geuit ten aanzien van de motivering van uitspraken in cassatie, die erop kunnen duiden dat in de literatuur mogelijk een behoorlijke mate van overeenstemming is over de inhoud van een referentiekader voor het motiveren van uitspraken in cassatie in civiele en fiscale zaken. Een aantal wensen kwam nog niet eerder ter sprake, zoals de wens dat de Hoge Raad uit een oogpunt van rechtszekerheid in zijn arresten eenduidige begrippen hanteert, en de behoefte aan docerende arresten waarin de lijn van de rechtspraak over een bepaalde kwestie in kaart wordt gebracht. Evenals Barendrecht (zie par. 6.2) opperen Cornelisse en Lubbers dat de Hoge Raad zich in bredere zin over rechtsvragen kan uitlaten dan de beslechting van het geschilpunt in een bepaalde zaak meebrengt, omdat bij een zaaksgebonden aanpak 'de nadere invulling van een leerstuk langzamer verloopt, sneller kan leiden tot rechtsonzekerheid en daardoor onnodige nieuwe procedures uitlokt'. Interessant daarbij is het alternatief dat zij noemen voor de (vele) gevallen waarin die voortvarende benadering te zeer een sprong in het diepe zou zijn: de overweging ten overvloede, als een vorm van responsieve rechtspraak. Volgens hen kan de Hoge Raad die kennelijk ook gebruiken om een visje uit te werpen, het debat over een onderwerp een impuls te geven en de reacties daarop in volgende zaken te betrekken.

6.6 Toetsingskader voor civiele vonnissen

Motiveren is uiteindelijk ook gewoon handwerk. Wat het ambachtelijke aspect van motiveren betreft, verdient aandacht dat in 2010 in opdracht van de Raad voor de rechtspraak een toetsingskader is ontwikkeld als hulpmiddel om de ambachtelijke kwaliteit van civiele vonnissen te beoordelen. Dit is gebeurd in een commissie onder voorzitterschap van mr. P. Neleman, voormalig vicepresident van de Hoge Raad.⁹³ De vraag aan de commissie was of het mogelijk was de kwaliteitseisen te expliciteren met behulp waarvan de beoordeling van de kwaliteit van een civiel vonnis kan worden geobjectiveerd en inzichtelijk kan worden gemaakt. De commissie heeft gemeend deze vraag bevestigend te kunnen beantwoorden.⁹⁴

⁹³ Leden van de commissie waren ook mrs. A.E.M. van der Putt-Lauwers, S.J.A. Rullmann, T.R. Hidma, H.J. Schepen, R. Orobio de Castro, H.A. Groen, W.M.J. Bekkers, en ik; secretaris was mr. P. Neijt.

⁹⁴ Commissie-Neleman, Rapport Toetsingscommissie civiele vonnissen, 2010 (www.rechtspraak.nl).

De toetsingscriteria die de commissie daartoe heeft ontwikkeld en uitgeprobeerd, hebben betrekking op het gehele vonnis, waaronder de beslissing en de motivering. Zes onderdelen bepalen volgens de commissie de beoordeling van de kwaliteit van een civiel vonnis:

1. instructie van de zaak;
2. vaststelling van de relevante feiten;
3. juridische beoordeling;
4. motivering en beslissing;
5. inkleding van het vonnis;
6. aanvaardbaarheid van het vonnis en de beslissing.

Elk onderdeel is door de commissie voorzien van aandachtspunten. Bij het onderdeel 'motivering en beslissing' betreft dat:

- a. Zijn alle feitelijke en juridische geschilpunten behandeld en beslist?
- b. Zijn de essentiële stellingen in de beoordeling betrokken?
- c. Is aan de vastgestelde feiten het uit de stellingen van partijen voortvloeiende gewicht toegekend?
- d. Zijn de argumenten van partijen voldoende verdisconteerd?
- e. Is de motivering logisch opgebouwd?
- f. Sluit het dictum aan op de overwegingen?
- g. Zijn er andere opmerkingen?

Bij het uitproberen van de toetsingscriteria werd door twee personen ieder voor zich een dossier gelezen en een vonnis getoetst, waarna zij hun 'scores' vergeleken en overleg voerden over de vergelijking. De standpunten liepen meestal niet ver uiteen bij het onderdeel 'motivering en beslissing', maar met enige regelmaat wel bij het weinig 'hard' meetbare onderdeel 'aanvaardbaarheid van het vonnis en de beslissing'. Bij dit onderdeel heeft de commissie als aandachtspunten onderscheiden of het vonnis aanvaardbaar is voor de verliezende partij, en of het vonnis maatschappelijk aanvaardbaar is. Een positief oordeel bij het onderdeel 'motivering en beslissing' kon samengaan met een negatieve score bij het onderdeel 'aanvaardbaarheid van het vonnis en de beslissing', en omgekeerd.⁹⁵ Dat illustreert dat de objectivering en explicitering van de kwaliteitstoetsing van civiele vonnissen complex is. De mix van cognitieve en intuïtieve aspecten van rechterlijk motiveren en beslissen stelt beperkingen aan de mate waarin een methodologische werkwijze mogelijk is. Het streven daarnaar moet naar mijn idee geen doel op zichzelf zijn, maar een ander doel dienen, zoals bij de Hoge Raad: een adequate vervulling van de kerntaken ten dienste van individu en samenleving.

7. Iets over rechtvaardigheid

Na een paragraaf over juridische ideeën en verwachtingen over motiveren, zou bij het symposium '175 jaar Hoge Raad; bijdragen aan de samenleving' niet misstaan dat wordt ingegaan op ideeën en verwachtingen van anderen dan juristen over de motivering van uitspraken in cassatie. Dat is in deze bijdrage echter niet te verwezenlijken. Zoals Schuyt heeft opgemerkt (par. 1), is de wisselwerking tussen rechtspraak en samenleving ongewis. Voor zover mij bekend is er geen *evidence based* onderzoek naar ideeën en verwachtingen over uitspraken van de Hoge Raad van anderen dan juristen.⁹⁶ In algemenere zin zijn daarvoor wel aannames van juristen voorhanden, zoals de treffende typering in een driedeling door Hol: rechtspraak die overtuigend is, onderscheidt zich op het morele, het psychologische en het logische vlak. Om overtuigend te zijn is nodig dat 'de burger' de rechtsprekende macht ziet als betrouwbaar, zijn ervaringen en gevoelens weerspiegeld ziet in

⁹⁵ Commissie-Neleman, Rapport Toetsingscommissie civiele vonnissen, 2010 (www.rechtspraak.nl), p. 14 en 18-19.

⁹⁶ Zie met betrekking tot uitspraken van rechters in feitelijke instantie in strafzaken: M. Malsch, T.J. Lavender & J.F. Nijboer, Van kop tot staart. Helpt de motivering bij het begrijpen van schriftelijke strafvonnissen?, Nederlands Juristenblad 2006/7, p. 363-368.

rechterlijke uitspraken en de door de rechtspraak gepresenteerde betogen als steekhoudend beschouwt.⁹⁷

Buiten het juridische domein biedt de sociale psychologie inzichten over rechtvaardigheid die mogelijk ook betekenis hebben voor het motiveren van rechterlijke beslissingen. In de sociale psychologie is en wordt onderzoek gedaan naar de perceptie, de beleving van rechtvaardigheid. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten rechtvaardigheid. Voor het proces in het civiele recht en het fiscale bestuursrecht zijn in ieder geval relevant: distributieve, procedurele en interactionele rechtvaardigheid.⁹⁸

Bij distributieve rechtvaardigheid gaat het om de rechtvaardigheid van de uitkomst – het resultaat – voor het individu. Het betreft zowel de rechtvaardigheid in absolute zin (voor het individu zelf) als in relatieve zin (voor het individu bezien in vergelijking met de uitkomsten van anderen). Met name in die relatieve zin is distributieve rechtvaardigheid geen louter subjectieve aangelegenheid, maar spelen ook wat meer te objectiveren factoren een rol, zoals de beleving van een oordeel over het gewicht dat in de uitkomst aan bepaalde argumenten is toegekend.

Beide aspecten van distributieve rechtvaardigheid, die voor het individu zelf en die voor het individu in vergelijking met anderen, komen tot uitdrukking in de eis dat de motivering van een rechterlijk oordeel aanvaardbaar dient te zijn. In de rechtspraak zou op zichzelf kunnen worden verondersteld dat een materieelrechtelijk correcte uitkomst van een rechterlijk oordeel ook relevant is voor de beleving van distributieve rechtvaardigheid. Dat lijkt me althans vanuit een oogpunt van de democratische legitimatie van rechtspraak een voor de hand liggende veronderstelling. Werkt die ook zo uit? Dat is in het juridische domein nog geen gebruikelijk onderzoeksveld. Mogelijk wordt dat in de toekomst anders met de opkomst van de civilologie.⁹⁹ Wellicht is de beleving van distributieve rechtvaardigheid van rechterlijke oordelen als zodanig, dat wil zeggen los van procedurele rechtvaardigheid, ook een braakliggend terrein voor de sociale psychologie.

De rechter behelpt zich vooralsnog met tal van onzekerheden en abstracties zoals '*the reasonable man*' (par. 5.4), 'de verkeersopvattingen' (art. 3:4 BW, art. 6:162 lid 3 BW),¹⁰⁰ 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen' en 'de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken' (art. 3:12 BW), 'feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels' (art. 149 lid 2 Rv), 'goed koopmansgebruik' (par. 6.5), enzovoort. De mogelijkheden om in te schatten in hoeverre een bepaalde uitkomst voor de betrokkenen aanvaardbaar zal zijn, zijn beperkt. Hier ligt een teer punt in de kansen en mogelijkheden van de cassatierechter – die in deze veelal het laatste woord heeft en wiens uitspraken een groot publiek kunnen bereiken – om in de motivering in te spelen op verwachtingen (par. 2.3). Het motiveringsbeginsel is hier overigens zelf een essentieel baken: het wekt door zijn grondslag in de eisen van de goede procesorde en in de controlemogelijkheden voor partijen en het publiek (par. 3.1) niet de verwachting dat de uitkomst door een ieder als aanvaardbaar in de zin van distributief rechtvaardig kan worden beleefd, maar slechts dat de redenen van de uitkomst publiekelijk inzichtelijk zijn.

⁹⁷ A.M. Hol, Overtuigende rechtspraak: ethos, pathos, logos, in: O. Tans e.a. (red.), *De grenzen van het goede leven*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 200.

⁹⁸ Zie bijv. K. van den Bos, Procedurele rechtvaardigheid: beleving en implicaties, in: A.F.M. Brenninkmeijer, M. van Dam & Y. van der Vlugt (red.), *Werken aan behoorlijkheid: De Nationale ombudsman in zijn context*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 183-198; A.F.M. Brenninkmeijer, Soorten rechtvaardigheid en hun invloed op mediation, *Tijdschrift voor Conflicthantering* 2011/4, p. 23-25. Zie ook: E.A. Lind & T.R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, New York: Plenum 1988; John Thibaut & Laurens Walker, *Procedural Justice. A Psychological Analysis*, Hillsdale, New Jersey: Erlbaum 1975.

⁹⁹ W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008; W.H. van Boom en I. Giesen (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

¹⁰⁰ P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Interactieve rechtvaardigheid heeft betrekking op de kwaliteit van de interactie tussen personen: gaan mensen correct en respectvol met elkaar om? Juristen nemen de begrippen procedurele en interactieve rechtvaardigheid vaak samen onder de noemer van de procedure. Procedurele rechtvaardigheid heeft betrekking op het juiste gebruik van de juiste procedure en de invloed van de rechtssubjecten op de procedure en de uitkomst. Procedurele rechtvaardigheid wordt wel samengevat met de Engelse woorden *voice*, *control* en *exit*.¹⁰¹ Met *exit* wordt uitgedrukt dat in een procedure wordt gerespecteerd dat een partij op vrijwillige basis deelneemt aan een procedure. In de motivering van de uitspraak in cassatie wordt hieraan in feite al aandacht besteed door de opzet van de uitspraak in cassatie, die in kop, lichaam en staart tot uitdrukking brengt dat de beoordeling van de door een partij gekozen middelen centraal staat. Bij *voice* is het aandachtspunt of iemand zijn stem voldoende heeft kunnen laten horen voordat er wordt beslist. In cassatie lijkt dat al snel neer te slaan in het beginsel van hoor en wederhoor, maar *voice* zou op zichzelf ook voor de Hoge Raad bijvoorbeeld een reden kunnen zijn om een mondelinge behandeling in een zaak te willen houden. Bij *control* is van belang of iemand voldoende invloed heeft kunnen uitoefenen op de procedure en de uitkomst. Het gaat zoals gezegd om de perceptie, de beleving. Voor de effectiviteit van inspanningen in het kader van (procedurele) rechtvaardigheid is dus mede van belang of die expliciet genoeg zijn om ze als zodanig te kunnen waarnemen.

Uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid in de feitelijke instanties van de rechtspraak is bekend dat aspecten van procedurele rechtvaardigheid betekenisvol zijn voor de mate waarin een partij zich rechtvaardig behandeld voelt. De mondelinge behandeling biedt daar een goede gelegenheid om aspecten van procedurele rechtvaardigheid in te bedden in de procedure.¹⁰² De procedure in cassatie kent als regel geen mondelinge behandeling. Daarmee is niet gezegd dat procedurele rechtvaardigheid in cassatie geen rol speelt, maar dat de beleving van procedurele rechtvaardigheid van een procedure in cassatie door partijen, hun advocaten en het publiek zal worden afgeleid uit andere verschijningsvormen. Mogelijk zal de motivering van een uitspraak daarin een rol spelen. In hoeverre de Hoge Raad kan voldoen aan verwachtingen over de beleving van procedurele rechtvaardigheid, bijvoorbeeld in de motivering van een uitspraak, in publieksvoorlichting, informatie op de website, en dergelijke, valt nog niet zo snel te overzien. Het lijkt me nadere overweging te verdienen op welke wijze de Hoge Raad de aandacht voor procedurele rechtvaardigheid die in zijn kerntaken besloten ligt, tot uitdrukking wil en kan brengen, temeer nu van die aandacht in cassatie niet of nauwelijks tijdens een mondelinge behandeling kan blijken.

Dit licht ik toe met een voorbeeld over het motiveren van uitspraken naar aanleiding van de inbreng van derden. Omdat een aanzienlijk breder publiek dan de procespartijen en hun advocaten kennisneemt van uitspraken van de Hoge Raad, kan de vraag rijzen in hoeverre en op welke wijze de Hoge Raad uit een oogpunt van procedurele rechtvaardigheid wil ingaan op informatie die hem van anderen dan partijen en hun advocaten over een zaak heeft bereikt. Zo kan zich bij de beantwoording van een prejudiciële vraag de vraag voordoen of en in welke mate in de motivering aandacht wordt besteed aan van derden (*amicus curiae*) afkomstige informatie. Voor de inhoudelijke motivering van een antwoord zal dat wellicht niet altijd nodig zijn. Nu de deur voor derden is opengezet,¹⁰³ is echter de vraag of de keuze om al dan niet te laten zien wat er met die informatie gebeurt, nog louter kan afhangen van de relevantie van de informatie van derden voor het antwoord en van de processuele waarborg of de procespartijen zich over die informatie hebben kunnen uitlaten (art. 19 Rv). Aan die keuze zit ook een aspect van procedurele rechtvaardigheid. Onderdeel van *voice*, *exit* en *control* is immers dat iemand effectief kan waarnemen wat er met zijn inbreng wordt gedaan.

¹⁰¹ Bijv. A.F.M. Brenninkmeijer, Soorten rechtvaardigheid en hun invloed op mediation, Tijdschrift voor Conflicthantering 2011/4, p. 23-25.

¹⁰² Zie in het juridische domein o.a. D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2011; J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2010.

¹⁰³ Art. 8.1 en 8.2 Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden (www.rechtspraak.nl). Zie ook par. 2.2.

8. Motiveren en het gedachtegoed van Harvard-onderhandelen

8.1 Inleiding

In deze paragraaf neem ik de veronderstelling tot uitgangspunt dat de taakvervulling van de Hoge Raad ermee gebaat is dat bij de keuze van een motivering ook expliciet wordt stilgestaan bij eigen verwachtingen en verwachtingen van anderen over de taakvervulling door de Hoge Raad. Dit wordt in alledaags hogeraads wel aangeduid als de 'absorptietoets', een woord dat Van Dale nog niet heeft bereikt. Van Dale kent wel 'absorptie': het opnemen van stoffen uit de omgeving. Ik denk dat met 'absorptietoets' onder meer wordt bedoeld op de vraag of een motivering voldoende responsief is, sensitief is, zich kan hechten aan het recht en de gebruikers ervan, behulpzaam kan zijn bij de oplossing van andere gevallen, en dergelijke.

8.2 De van-geval-naar-geval-benadering

Rekening houden met dit soort aspecten in de keuze van de motivering, gaat naar mijn indruk gepaard met specifieke, potentiële complicaties in de van-geval-naar-geval-benadering. Die benadering is al enkele malen ter sprake gekomen: de benadering waarin de (verdere) rechtsontwikkeling van een leerstuk zaaksgebonden en stapsgewijs plaatsvindt. In deze paragraaf ga ik nader in op een aantal van die potentiële complicaties.¹⁰⁴

De ruimte voor rechtsontwikkeling door de Hoge Raad is in deze benadering zoals gezegd primair zaaksgebonden. Indien een zaak aanleiding geeft of gelegenheid biedt om een bijdrage aan de rechtsontwikkeling te leveren, rijst al snel de vraag of de zaak zich daadwerkelijk ervoor leent en zo ja, in welke mate de ruimte voor rechtsontwikkeling moet worden benut of genomen. Daarbij wordt geput uit het bouwwerk van het rechtssysteem met gebruik van nationale en internationale bronnen. Bij de keuze kan vaak in algemene zin worden geanticipeerd op de gevolgen ervan, maar niet op de concrete betekenis van een bepaalde keuze voor toekomstige zaken die nog niet aanhangig zijn. Ronduit moeilijk is het in mijn visie om te beoordelen voor welke mate van rechtsontwikkeling de zaak, het veld en de tijd rijp zijn. Wie kan anticiperen op de mate waarin is te verwachten dat een bepaalde keuze in de toekomst tot bijstelling ervan zal moeten leiden? De ontwikkeling van de omkeringsregel in het civiele recht en de afroommethode in het belastingrecht zijn hiervan voorbeelden. Zou de Hoge Raad de onduidelijkheid hebben (kunnen) voorzien die enige tijd rond de reikwijdte van de omkeringsregel heeft geheerst, dan ligt het in de rede dat hij die reikwijdte eerder concreter had willen afbakenen.¹⁰⁵ Zou de Hoge Raad hebben (kunnen) voorzien dat de afroommethode in de praktijk een brede toepassing zou krijgen, dan had hij wellicht bij de introductie ervan iets gezegd over de gevolgen van zijn arrest voor de reikwijdte van de toepasselijkheid van de regeling voor bepaling van gebruikelijk loon.¹⁰⁶ Is de beer eenmaal los, dan is het afwachten of en wanneer zich weer een zaak aandient waarin iets aan een leerstuk kan worden toegevoegd. De ervaringen met de prejudiciële procedure in civiele zaken zullen naar verwachting ook laten zien of dit instrument een nuttige rol kan vervullen in gevallen waarin eerdere rechtspraak van de Hoge Raad in de praktijk nieuwe, veelvoorkomende vragen heeft opgeroepen (art. 392 Rv).

Bij de van-geval-naar-geval-benadering luistert het dus nauw om het relevante veld van een leerstuk zo goed mogelijk te overzien voordat richting wordt gekozen. Dat is complex, want veelal gaat het niet alleen om het (algemene en gespecialiseerde) juridische veld, maar ook om de sociale, economische en maatschappelijke context. De schriftelijke toelichtingen van partijen en de conclusie van de advocaat-generaal kunnen hierin zeer behulpzaam zijn, evenals informatie van derden (*amicus curiae*) bij de

¹⁰⁴ Waarbij ik de van-geval-naar-geval-benadering als een gegeven in de rechtspraak van de Hoge Raad beschouw en geen waardeoordeel geef over bijvoorbeeld de wenselijkheid, noodzaak of juistheid ervan.

¹⁰⁵ Zie over de omkeringsregel bijv. A.J. Akkermans & Chr. H. van Dijk, Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken, *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2012/5, p. 157-177.

¹⁰⁶ HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8666; HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4167.

prejudiciële vraag (par. 2.2). Het gaat erom zo goed mogelijk door te dringen tot de kern van het probleem en zoveel mogelijk van de onderliggende argumenten te overzien. Dat kan bijvoorbeeld worden geïllustreerd aan de hand van de ontwikkeling van de leer van de Hoge Raad over toekenning van schadevergoeding door de burgerlijke rechter na strafvorderlijk optreden tegen gewezen verdachten en onschuldige derden (*innocent bystander*).¹⁰⁷

De Hoge Raad heeft die aansprakelijkheid gebaseerd op onrechtmatige daad, terwijl het volgens sommigen de voorkeur had verdiend haar op rechtmatige daad te baseren. Bakels heeft betoogd dat beide grondslagen dogmatisch verdedigbaar zijn, en heeft laten zien dat de dogmatische discussie het zicht op de onderliggende vraag kan vertroebelen, namelijk of in bepaalde gevallen van strafvorderlijk optreden kan worden gesproken van een zo dwingende fatsoensverplichting dat aansprakelijkheid ontstaat en zo ja, waarom. Die vraag moet volgens hem worden beantwoord aan de hand van de aan de samenleving ten grondslag liggende fundamentele waarden (beginselen), in dit geval het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten (*égalité*beginsel). De beantwoording spitst zich dan erop toe of de geleden schade valt binnen iemands normale maatschappelijke risico. Met het oog op de beantwoording worden de relevante argumenten tegen elkaar afgewogen. Hij noemt voor deze kwestie aan de ene kant, als argumenten die aan aansprakelijkheid in de weg kunnen staan, de vraag of en in welke mate zaaksbeschadiging, ongemak en tijdverlies moeten worden geduld, de betekenis van het fundamentele karakter van vrijheid, de betekenis en reikwijdte van maatschappelijke solidariteit, en de mate waarin de wetgever in het Wetboek van Strafvordering schadevergoeding toelaatbaar acht. Daartegenover stelt hij zes argumenten die tot aansprakelijkheid aanleiding kunnen geven en die kort gezegd zien op de betekenis van het vermoeden van onschuld, de voorzienbaarheid van de schade, het karakter van de schade (toegebracht aan een fundamenteel recht), de potentieel aanzienlijke omvang ervan en de maatschappelijke betekenis ervan voor degene die de schade lijdt, het ontbreken van verzekeringsmogelijkheid, en de hoedanigheid van individu tegenover de Staat die mogelijkheden heeft tot risicospreiding over de samenleving namens wie hij strafvorderlijk optrad.¹⁰⁸

8.3 De kunst om onderliggende vragen te onderkennen

De exercitie van Bakels toont niet alleen een gedegen plan van aanpak voor rechtsvinding door de Hoge Raad, maar roept ook de vraag op of een uitspraak in cassatie aan overtuigingskracht zou winnen als de Hoge Raad in de uitspraak uitvoeriger verslag zou doen van zijn aanpak en afwegingen. Daarover verschillen zoals gezegd de meningen (par. 5). Er zijn ook discursieve arresten geweest waarop een noot volgde van de strekking dat, na het inzichtelijke enerzijds en anderzijds, toch niet duidelijk is geworden waarop de beslissing van de Hoge Raad berust.¹⁰⁹

Wat hiervan ook zij, een van de kwetsbare punten in de geleidelijke rechtsontwikkeling van de van-geval-naar-geval-benadering is, zoals uit de analyse van Bakels naar voren komt, het moment waarop eventuele onderliggende vragen duidelijk worden. Aangezien tevoren zelden duidelijk is welke nieuwe vragen de Hoge Raad nog kan verwachten, ligt het voor de hand om in elke zaak waarin een stapje in de rechtsontwikkeling wordt gezet, nauwkeurig onder ogen te willen zien welke vraag in welke context precies wordt beantwoord. Het is vermoedelijk behulpzaam om na te gaan of de vraag raakt aan eventuele onderliggende, mogelijk fundamenteelere vragen in het kader van het desbetreffende leerstuk, en de vraag te stellen hoeveel zicht de zaak eigenlijk biedt op (het antwoord op) onderliggende vragen die mogelijk ook in volgende zaken zullen spelen. Het ligt in de rede dat dit binnen de in een zaak beschikbare informatie vanuit allerlei invalshoeken zal worden onderzocht.

¹⁰⁷ Zie bijv. F.B. Bakels, *Schadevergoeding na een gestrande vervolging*, in: J. van Duijvendijk-Brand e.a., *Variatie in cassatie, Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.A. Groen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 24-30. Recent: HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7397.

¹⁰⁸ F.B. Bakels, *Schadevergoeding na een gestrande vervolging*, in: J. van Duijvendijk-Brand e.a., *Variatie in cassatie, Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.A. Groen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 30-31.

¹⁰⁹ Bijv. HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU8233, BNB 2012/80, m.nt. J.P. Boer.

8.4 Kernpunten van Harvard-onderhandelen: een potentiële invalshoek?

Een vraag die in dit verband bij mij is opgekomen, is of als invalshoek ook het onderscheid tussen positioneel onderhandelen en probleemoplossend onderhandelen behulpzaam zou kunnen zijn om eventuele onderliggende vragen in een rechtsvraag, en de bijbehorende voors en tegens, tijdig te onderkennen en te expliciteren. Dit onderscheid is onderdeel van het gedachtegoed van Harvard-onderhandelen. Rechtsvinding en motiveren van uitspraken zijn wat mij betreft niet goed vergelijkbaar met onderhandelen, maar dat onderscheid en sommige kernpunten van Harvard-onderhandelen roepen vragen op die mogelijk ook behulpzaam zijn in de van-geval-naar-geval-benadering. Alvorens dat toe te lichten volgt eerst iets over probleemoplossend onderhandelen, beter bekend als Harvard-onderhandelen, en positioneel onderhandelen.

8.5 Harvard-onderhandelen en positioneel onderhandelen

Harvard-onderhandelen¹¹⁰ wordt ook wel principieel onderhandelen genoemd, integratief onderhandelen of probleemoplossend onderhandelen. Het wordt gezien als de tegenhanger van positioneel onderhandelen, dat ook wel distributief onderhandelen wordt genoemd.¹¹¹

In onderhandelingen van allerlei soort plegen mensen vrij vanzelfsprekend positioneel te onderhandelen. Ze nemen een positie in, voeren daarvoor argumenten aan en doen concessies om een compromis te bereiken. Afdingen en pingelen tussen verkoper en koper is een klassiek voorbeeld. Positioneel onderhandelen kan tot overeenstemming leiden, maar biedt geen waarborgen voor een onderhandelingsresultaat dat voor beide onderhandelaars optimaal is. Innemen van posities in onderhandelingen betekent onder meer dat iemand zich op die posities vastlegt. Hoe duidelijker iemand positie kiest, hoe moeilijker het wordt om in het proces nog van positie te veranderen. De aandacht voor achterliggende motieven en belangen raakt daaraan gemakkelijk ondergeschikt. Onderhandelen over posities is daarnaast niet efficiënt, omdat het loven en bieden eindeloos heen en weer kan gaan, de onderhandelaars elkaar misleiden over hun motieven en kleine concessies doen om de onderhandelingen gaande te houden, maar nauwelijks inzicht verwerven in de vraag of het bereiken van overeenstemming reëel haalbaar is. Verder is positioneel onderhandelen gericht op het benutten van de eigen wilskracht en niet op het behoud van de relatie met de ander.¹¹²

Harvard-onderhandelen is een onderhandelingsmethode die als uitgangspunt hanteert dat een optimaal onderhandelingsresultaat wordt bereikt door onderhandelingen die resulteren in een verstandige overeenkomst die efficiënt tot stand komt en rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de betrokkenen. De methode kent vier kernpunten:¹¹³

1. Mensen: scheid de mensen van het probleem.

Speel niet op de man maar op de bal. Verwar in de communicatie het probleem niet met de relatie.

2. Belangen: concentreer je op belangen, niet op posities.

Achter strijdige belangen gaan niet alleen conflicterende belangen schuil, maar ook gezamenlijke en verenigbare. Ieder brengt de eigen belangen in kaart, beschrijft die aan de ander en erkent dat alle belangen samen onderdeel zijn van het op te lossen probleem. Pas daarna is er ruimte voor het eigen antwoord. Op belangen mag hard worden ingezet, op de mensen niet.

¹¹⁰ Roger Fisher, William Ury & Bruce Patton (Harvard Negotiation Project), *Excellent onderhandelen. Een praktische gids voor het best mogelijke resultaat in elke onderhandeling*, Amsterdam/Antwerpen: Business Bibliotheek 2007.

¹¹¹ A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek mediation*, Den Haag: Sdu 2013, p. 104.

¹¹² Roger Fisher, William Ury & Bruce Patton (Harvard Negotiation Project), *Excellent onderhandelen. Een praktische gids voor het best mogelijke resultaat in elke onderhandeling*, Amsterdam/Antwerpen: Business Bibliotheek 2007, p. 21-28.

¹¹³ Roger Fisher, William Ury & Bruce Patton (Harvard Negotiation Project), *Excellent onderhandelen. Een praktische gids voor het best mogelijke resultaat in elke onderhandeling*, Amsterdam/Antwerpen: Business Bibliotheek 2007.

3. Keuzes: creëer allerlei mogelijkheden alvorens een besluit te nemen.

Scheid het denken van het beslissen. Met dit punt wordt beoogd optimale oplossingen te bedenken in situaties waarin druk, discussie of het zoeken naar de juiste oplossing het volledig zicht belemmeren op het scala aan mogelijkheden. Neem, los van posities, tijd en ruimte om individueel en samen na te denken over mogelijkheden die wederzijdse belangen bevorderen en strijdige belangen creatief verzoenen. Identificeer ook de eventuele belangen waarvoor dit naar gedeeld inzicht niet mogelijk is.

4. Criteria: sta erop dat het resultaat is gebaseerd op een objectieve norm.

Onderhandelingen kunnen vastlopen als een onderhandelaar onverzettelijk vasthoudt aan de eigen opvatting. Wanneer op voorhand duidelijk is dat een persoonlijk standpunt niet genoeg is en overeenstemming alleen kan worden gebaseerd op een voor beiden redelijke norm, kunnen beiden zich onderwerpen aan een redelijke oplossing, zonder dat het resultaat voor een van beiden te zeer afhankelijk wordt van de ander.

8.6 Twee soorten onderhandelen en de van-geval-naar-geval-benadering

Het is naar mijn indruk vooral het onderscheid tussen enerzijds positioneel onderhandelen en anderzijds de kernpunten van Harvard-onderhandelen dat wellicht behulpzaam kan zijn in de motivering van een uitspraak volgens de van-geval-naar-geval-benadering. Daarbij zal van Harvard-onderhandelen vooral het tweede kernpunt centraal staan, 'concentreer je op belangen, niet op posities'.

Gezien de taak van de rechter valt aan te nemen dat het eerste punt, 'scheid de mensen van het probleem', al een gebruikelijk onderdeel is van de beroepsuitoefening van de rechter. Het derde kernpunt, 'creëer allerlei mogelijkheden alvorens een besluit te nemen', is in feite een methode om het tweede kernpunt te operationaliseren. Het vierde kernpunt, 'sta erop dat het resultaat is gebaseerd op een objectieve norm', biedt houvast om oplossingen te vinden wanneer de belangen die met behulp van het tweede kernpunt in beeld zijn gekomen, niet met elkaar kunnen worden verzoend, althans niet zonder een zekere mate van objectivering.

Hoe verhoudt zich dan dat tweede kernpunt tot de taakuitoefening van de rechter? Geschillen plegen positioneel aan de rechter te worden gepresenteerd. Beide partijen willen in het gelijk worden gesteld. Bij het zoeken naar een oplossing kan met behulp van het tweede kernpunt mogelijk explicieter worden onderzocht of oplossingen kunnen worden geoptimaliseerd, door een bewuste inspanning te plegen om door posities heen te kijken en de betrokken belangen te identificeren. Dat hoeft niet ingewikkeld te zijn. Aan de kernpunten van Harvard-onderhandelen ligt ten grondslag dat mensen in hun denk- en handelingsproces expliciet onderscheid kunnen maken tussen posities en belangen. Rechteren zijn gewend met een soortgelijk onderscheid te werken, namelijk tussen rechten en belangen, bijvoorbeeld bij de invulling van open normen.¹¹⁴ Ook zijn ze in staat op basis van zakelijke argumenten te discussiëren, door te vragen naar elkaars achterliggende beweegredenen en zich daarin te verplaatsen. Aan te nemen valt dan ook dat het debat dat voorafgaat aan de keuze van de motivering van een uitspraak, mogelijkheden biedt om het onderscheid tussen posities en belangen te hanteren en te pogen de betrokken belangen te identificeren.

In veel gevallen wordt naar mijn indruk in het proces van rechtsvinding het onderscheid tussen posities en belangen impliciet al op vrij natuurlijke en vanzelfsprekende wijze gehanteerd. Als mijn veronderstelling juist is dat het tweede kernpunt van Harvard-onderhandelen daarin impliciet al wordt

¹¹⁴ Ter vermijding van misverstanden: het gebruik van de kernpunten van Harvard-onderhandelen is in mijn visie een potentiële methode om tot een meer expliciete motivering van uitspraken te komen, en dus geen onderdeel van de rechtsvindingsexercitie als zodanig waarin het antwoord op een rechtsvraag wordt gevonden door rechten en belangen in ogenschouw te nemen. Dit laatste is door Hirsch Ballin omschreven als een verandering in de functie van het recht die neerkomt op een overgang van een toepassingsjurisdictie naar een belangenjurisdictie. Zie: E.M.H. Hirsch Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde, in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 211-237.

toegepast, wat zou het dan nog kunnen toevoegen aan de motivering van uitspraken? In de van-geval-naar-geval-benadering van leerstukken lijken trechters en omgekeerde trechters waar te nemen waarin wordt gekozen op zowel posities als belangen: soms wordt een brede lijn van een leerstuk uitgezet die later door toepassing in andere zaken tot posities wordt versmald (bijv. het al genoemde voorbeeld van de omkeringsregel), soms worden in een reeks van zaken lijnen uitgezet van positie naar positie die zich uiteindelijk kunnen vertalen in een brede lijn, maar die soms ook de vertaling naar een bredere lijn kunnen hinderen, bijvoorbeeld doordat argumenten van rechtszekerheid zwaar meewegen in de vraag of iets wat dogmatisch inmiddels juist lijkt, voor de praktijk ook beter zal werken. Dit dilemma is bijvoorbeeld treffend verwoord door Verstijlen in de openingswoorden van zijn annotatie bij een arrest waarin de Hoge Raad het zogenoemde 'toedoen-criterium' heeft verlaten, het criterium dat werd gebruikt om het ontstaan van boedelschulden te beoordelen. Hij schrijft:

"Het 'frappez toujours' in de doctrine heeft gewerkt. Na decennia verlaat de Hoge Raad zijn lijn van rechtspraak over het ontstaan van boedelschulden; *en passant* introduceert hij een criterium voor faillissementsschulden. Veel is nog onduidelijk; over het arrest zal nog veel worden geschreven."¹¹⁵

De trechter van de van-geval-naar-geval-benadering kan door de loop der dingen goed uitpakken, maar kan ook tot bijstelling van rechtspraak aanleiding geven. Dat is op zich eigen aan rechtsontwikkeling in rechtspraak in cassatie. Mij interesseert of explicietere keuzes op dit punt, vermoedelijk eerst in het rechtsvindingsproces maar in ieder geval in de motivering van de uitspraak, positieve invloed op de loop der dingen zouden kunnen uitoefenen. Zou het bijvoorbeeld mogelijk zijn om met gebruik van kernpunten van Harvard-onderhandelen scherper zicht te krijgen op de kernvraag die in een rechtsvraag besloten ligt, of op de gevolgen van diverse opties voor de beantwoording van de rechtsvraag? Mijn veronderstelling zou zijn: hoe explicieter de keuze en de motivering ervan, hoe beter de kans om tijdig te onderkennen of er voldoende zicht is op eventuele onderliggende vragen, en hoe beter de kans om van daaruit duurzaam de richting te bepalen die bij de vervulling van de kerntaken van de Hoge Raad past. En ook: hoe beter de kans dat in de motivering voldoende inzicht in de afwegingen kan worden gegeven, en hoe meer gelegenheid voor anderen in wetenschap, rechtspraak en samenleving om nuttige suggesties te doen voor eventueel verdere stappen in volgende gevallen.

Hoe zou een vertaalslag kunnen worden gemaakt van het onderscheid tussen positioneel onderhandelen en Harvard-onderhandelen en van het tweede kernpunt van Harvard-onderhandelen naar de motivering van uitspraken? Wellicht zou het toegevoegde waarde hebben om bij de inrichting van een uitspraak waarin iets aan de rechtsontwikkeling wordt toegevoegd, expliciet tot uitdrukking te brengen wat voor soort rechtsvraag in de visie van de Hoge Raad is voorgelegd en kan worden beantwoord. Als bijvoorbeeld louter naar een positioneel antwoord wordt gevraagd en de Hoge Raad aanleiding ziet dat antwoord te geven, zou wellicht tot uitdrukking kunnen worden gebracht dat het een positioneel antwoord is en dat een zodanig antwoord nu eenmaal minder richting kan geven voor andere gevallen dan een antwoord op onderliggende vragen waarmee ook achterliggende belangen, wensen en motieven in bredere zin over het voetlicht worden gebracht. Ook kan wellicht in de motivering explicieter tot uitdrukking worden gebracht waarom eventuele onderliggende vragen wel of niet in een bepaalde zaak kunnen worden beantwoord.

Vanuit vooral het tweede kernpunt van Harvard-onderhandelen lijken dus vanzelf vragen te rijzen bij het maken van keuzes in het proces van rechtsvinding en de motivering van een uitspraak, bijvoorbeeld of er voldoende zicht is op relevante achtergronden van een rechtsvraag, in welke mate een partij de gewenste eigen positie in beeld heeft gebracht en een beeld heeft geschetst van achterliggende belangen, wensen en motieven, in welke mate daarvan blijkt uit andere in de zaak voorhanden en in de literatuur verder te vinden informatie, welke oplossingen denkbaar zijn, in welke mate de diverse oplossingen recht doen aan de situatie van de ene partij, de andere partij en beide partijen, welke gevolgen van de denkbare oplossingen zijn te verwachten, waaruit dat wordt afgeleid

¹¹⁵ Vgl. de noot van F.M.J. Verstijlen in NJ 2013/291 bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9953.

en of daarover (welke) informatie lijkt te ontbreken, aan welke normen de denkbare oplossingen zijn opgehangen, welke plaats die normen innemen in het rechtssysteem, enzovoort.

Ik benadruk dat dit alles slechts een denkoefening is, getriggerd door de vele inzichten van anderen die in deze bijdrage de revue zijn gepasseerd over wat goed motiveren is en waarom. Ik weet dus niet of deze invalshoek kan worden aangeraden, maar het lijkt me een nadere verkenning waard. Het is niet mijn bedoeling dat 'Harvard-onderhandelen in de motivering van uitspraken wordt gebruikt' of iets dergelijks. Het gaat erom of het gedachtegoed van Harvard-onderhandelen kan worden benut bij het explicieter maken van keuzes in het motiveren van uitspraken volgens de van-geval-naar-geval-benadering, door zo veel mogelijk door de verschijningsvorm van het geschil heen te kijken en een bewuste analyse te maken van wat onder of achter het geschil speelt. Als dit een bruikbare invalshoek zou blijken te zijn, lijkt het me een kleine stap om die explicieter gemaakte keuzes ook explicieter tot uitdrukking te brengen in uitspraken in zaken die zich daarvoor lenen.

Tot slot is met deze invalshoek, het gebruik van gedachtegoed van Harvard-onderhandelen bij de motivering van uitspraken, wellicht ook een hulpmiddel in beeld gekomen om nader te onderzoeken of er een referentiekader is te ontwikkelen voor de motivering van uitspraken van de Hoge Raad. Het gebruik ervan zal vermoedelijk immers gepaard gaan met meer inzicht in de beweegredenen voor de aanpak van een motivering. Ik zeg daarmee niet of het wenselijk is zo'n referentiekader te ontwikkelen, alleen dat het volgens mij overweging verdient of dat wenselijk is. Zoals bekend en zoals deze bijdrage ook weer heeft laten zien, zijn er nu eenmaal, deels voor vergelijkbare gevallen, uiteenlopende wensen, inzichten en mogelijkheden met betrekking tot de inrichting van een motivering van een uitspraak van de Hoge Raad. Dat zou voor de Hoge Raad een overweging kunnen zijn om zelf het voortouw te nemen en te laten zien welke parameters gezien zijn kerntaken de inrichting van de motivering van uitspraken bepalen. Bij de ontwikkeling van een referentiekader zouden wensen en inzichten met betrekking tot de motivering van uitspraken van binnen en buiten de Hoge Raad kunnen worden verzameld. Het zou een van de manieren kunnen zijn om in te spelen op verwachtingen ten aanzien van de vervulling van de kerntaken van de Hoge Raad, en de invloed op die verwachtingen uit te oefenen die bij die kerntaken past.

9. Een gedachtenexperiment in het verkeersaansprakelijkheidsrecht

9.1 Inleiding

In de vorige paragraaf ventileerde ik tamelijk abstracte gedachten over het onderscheid tussen positioneel onderhandelen en (kernpunten van) Harvard-onderhandelen als potentiële invalshoek voor het motiveren van uitspraken volgens de van-geval-naar-geval-benadering. In deze paragraaf wil ik aan de hand van voorbeelden uit de rechtspraak van de Hoge Raad in civiele zaken nog verkennen of er aanwijzingen zijn dat het hanteren van het onderscheid tussen positioneel onderhandelen en de kernpunten van Harvard-onderhandelen bij uitspraken van de Hoge Raad een begaanbare weg is. Het betreft een gedachtenexperiment van beperkte omvang. Wat het hanteren van dat onderscheid kan opleveren voor het motiveren van uitspraken, zal hieruit nog niet zonder meer kunnen worden afgeleid.

9.2 Billijkheidscorrectie: de 100%-regel en de 50%-regel

De voorbeelden zijn afkomstig uit het verkeersaansprakelijkheidsrecht en betreffen de ontwikkeling in een reeks arresten van rechtsregels over standaardtoepassingen van de billijkheidscorrectie. De casus is meestal dat een kind jonger dan 14 jaar, een kind van 14 jaar of ouder, of een volwassene een ongeval overkomt met (ernstig) letsel tot gevolg.¹¹⁶ Het kan gaan om een spelend kind, een fietser of een voetganger. Het ongeval is steeds veroorzaakt met een motorrijtuig. Schadevergoeding wordt gevorderd van de bestuurder, eigenaar of verzekeraar van het motorrijtuig. De billijkheidscorrectie (art.

¹¹⁶ Zie over de gevolgen o.a.: S.D. Lindenbergh e.a. (red.), *Kind en schade: wat nu?*, Den Haag: Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars 2009.

6:101 BW) komt aan de orde (meestal nadat is vastgesteld wie er aansprakelijk is en dat de schade ongevalsgevolg is) als het verweer wordt gevoerd dat onvoorzichtigheid aan de zijde van het slachtoffer ten tijde van het ongeval, gevolgen moet hebben voor de omvang van de vergoedingsplicht.

Bij de 100%-regel krijgt een kind jonger dan 14 jaar zijn schade in zo'n geval in beginsel volledig vergoed. Bij de 50%-regel krijgen een kind van 14 jaar of ouder en een volwassene in zo'n geval de schade in beginsel in ieder geval voor 50% vergoed. De Hoge Raad heeft deze twee rechtsregels tussen 1978 en 1992 volgens de van-geval-naar-geval-benadering ontwikkeld. De billijkheidscorrectie van artikel 6:101 BW is daarmee voor bepaalde categorieën gevallen gestandaardiseerd.

Hierna neem ik die ontwikkeling onder de loep in het licht van het onderscheid tussen positioneel onderhandelen en het tweede kernpunt van Harvard-onderhandelen (belangen) tegen de achtergrond van het derde (keuzes) en vierde (criteria) kernpunt daarvan. Daarbij zal naar voren komen dat de Hoge Raad, aanvankelijk vooral vanuit posities, maar gaandeweg meer met gebruik van belangen, keuzes en criteria, de 100%-regel heeft geformuleerd op basis van een uiteindelijk breed gemotiveerde onderliggende rechtsopvatting. Ik betrek in mijn uiteenzetting, indien voorhanden, de visie van de NJ-annotatoren op drie elementen: de geformuleerde rechtsregel, de onderliggende rechtsopvatting en de gevolgen van een arrest voor andere gevallen.¹¹⁷ In de annotaties is bij de geleidelijke ontwikkeling van de 100%-regel nauwelijks tegengas gegeven. Bij de formulering van de hiervan afgeleide 50%-regel is dat anders. Het lijkt erop dat die is ontvangen als een onverhoedse terugkeer van de brede benadering vanuit belangen, keuzes en criteria naar een positie, en niet is herkend als voldoende gefundeerd in deze drie kernpunten.

9.3 Ontwikkeling van de 100%-regel

Het eerste arrest ging over Ebele Dillema, die op vierjarige leeftijd door de schuld van een automobilist ernstig gewond raakte. De Hoge Raad overwoog dat

"(...) voor een zeer jeugdig kind het gemotoriseerde verkeer extra risico's meebrengt,¹¹⁸ welke verband houden met het onvermogen van zulk een kind om een op de gevaren van dat verkeer ingestelde voorzichtigheid te betrachten. Wanneer, gelijk hier, een zeer jeugdig kind wordt aangerezen door een autobestuurder, die door onvoorzichtig rijden aan de aanrijding schuld heeft, is het onbillijk de schade die het kind door het ongeval lijdt geheel of ten dele te zijnen laste te laten op de enkele grond dat het ongeval mede het gevolg is van een – aan de leeftijd van het kind eigen – onvoorzichtig verkeersgedrag. Een dergelijke onbillijkheid ware in strijd met de aan art. 1401 BW ten grondslag liggende beginselen."¹¹⁹

Annotator G.J. Scholten schreef over *de geformuleerde rechtsregel* dat die overeenkwam met het nog niet geldende artikel 6:101 BW, waarin de ernst van de gemaakte fout wordt onderscheiden van de schuld: Ebele droeg geen schuld, ondanks de ernst van zijn fout.

Over *de onderliggende rechtsopvatting* zei Scholten weinig, anders dan dat het resultaat berustte op billijkheidsoverwegingen en dat het resultaat hem en een groep studenten die hij raadpleegde, billijk leek. Hij memoreerde dat men daarover verschillend kan denken en dat uit het arrest volgde dat bepaalde theorieën waren verworpen, en hij noemde vindplaatsen in de literatuur.

Over *de gevolgen van het arrest voor andere gevallen* schreef hij onder meer dat de Hoge Raad geen algemene formule had gegeven voor de mate van vermindering van de schadevergoeding: 'geen

¹¹⁷ In het kader van dit gedachtenexperiment is de overvloedige literatuur voor het overige buiten beschouwing gelaten. Zie o.a. A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013; A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht. Deel II. Verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2012 (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2012).

¹¹⁸ Het ongeval vond plaats in 1970, het arrest werd gewezen in 1978. In de tegenwoordige tijd 'meebrengt' ligt besloten dat dit tijdsverloop kennelijk geen verschil heeft gemaakt voor de inschatting van het risico van gemotoriseerd verkeer voor kinderen.

¹¹⁹ HR 30 juni 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6323, NJ 1978/685, m.nt. G.J. Scholten.

algemene regel, ook geen volstrekt algemene richtlijn, wel een richtlijn voor de categorie gevallen als aangegeven voor pt. 1', waar hij echter louter had vermeld dat het ging om een ongeval waarbij een vierjarig jongetje door schuld van een automobilist ernstig was verwond, het jongetje onvoorzichtig was maar hem dat door zijn zeer jeugdige leeftijd niet kan worden verweten. Dat was wel een zeer beperkte categorie gevallen. Kon het arrest in zijn visie ook een grotere reikwijdte hebben? Hij vroeg zich dat af voor gevallen over anderen dan kleine kinderen, aan wie ook niets te verwijten valt, gevallen van andersoortige onrechtmatige daden dan aanrijdingen, en gevallen waarin het niet gaat om een 'dergelijke' onbillijkheid in strijd met artikel 1401 BW, maar toch om een onbillijkheid. Volgens hem zou in zulke gevallen in ieder geval onderzocht moeten worden of de billijkheid bepaalde eisen stelt.

In de visie van Scholten had de Hoge Raad dus beperkt positie gekozen, namelijk voor toepassing van de billijkheidscorrectie in gevallen waarin een klein kind slachtoffer was geworden van een verkeersongeval en daarbij zelf onvoorzichtig was geweest. Achterliggend belangen kwamen nog niet of nauwelijks ter sprake.

Een tweede arrest ging over de achtjarige fietser Marcel Woestenburg, die was aangereden door een automobilist. Volgens de automobilist was Marcel onvoorzichtig geweest door, toen hij voor zich in de bocht de auto zag aankomen, onvoldoende rechts te houden en naar links in plaats van naar rechts te sturen. De Hoge Raad vond dat niet relevant. Hij overwoog dat een fietsend achtjarig kind door zijn impulsiviteit en onberekenbaarheid van het gemotoriseerde verkeer aanzienlijk meer gevaar te duchten heeft dan volwassen fietsers, waaronder het gevaar dat hij, door een auto plotseling in een bedreigende situatie gebracht, eerder dan een volwassene in verwarring raakt en daardoor niet meer bij machte is zich te gedragen naar de hem bekende verkeersregels. De Hoge Raad heeft dit in het meervoud geformuleerd, betrokken op 'fietsers van die leeftijd'. In zijn overwegingen betrok de Hoge Raad dat het ging om aansprakelijkheid op de voet van artikel 31 WWV (nu: art. 185 WVW), dat mede ertoe strekt kinderen te beschermen tegen de extra risico's die het gemotoriseerde verkeer voor hen meebrengt. Tot slot vermeldde de Hoge Raad dat niet was gebleken van bijzondere omstandigheden die tot een ander oordeel zouden nopen.¹²⁰

In de bewoordingen van de Hoge Raad is te zien dat achterliggende belangen hebben meegewogen, bijvoorbeeld het belang dat de gezondheid van jeugdige verkeersdeelnemers bij deelname aan het verkeer zo goed mogelijk wordt beschermd. Annotator Brunner ging daarop ook in. Hij schreef over *de onderliggende rechtsopvatting* dat de Hoge Raad aan zijn arrest in de zaak van Ebele Dillema een argument had toegevoegd: de ratio van artikel 31 WWV om kinderen te beschermen tegen de extra risico's die het gemotoriseerd verkeer juist voor hen meebrengt. Hij meende dat die bescherming illusoir wordt als voor de vraag van de beperking van de aansprakelijkheid van de auto-eigenaar wegens eigen schuld, wordt geabstraheerd van de jeugdige leeftijd van het slachtoffer. Hij deelde dus de visie dat dit een relevant argument was.

Over *de gevolgen van het arrest voor andere gevallen* schreef Brunner dat hij het voor waarschijnlijk hield dat de Hoge Raad ook in minder sprekende gevallen van schuld van de automobilist toerekening van eigen schuld aan kinderen in strijd met de strekking van artikel 31 WVW zal achten.

Brunner vermoedde dus dat de Hoge Raad had gekozen voor toepassing van billijkheidsoverwegingen in alle gevallen waarin een kind slachtoffer was geworden van een verkeersongeval. Vanuit de positie in het arrest over Ebele Dillema had vermoedelijk verbreding naar een rechtsregel plaatsgevonden met oog voor belangen, keuzes en criteria. Voor de rechtszekerheid van andere jeugdige slachtoffers was dat een belangrijke constatering, evenals voor hun kansen op een voortvarende schadeafwikkeling buiten rechte.

De juistheid van Brunners vermoeden werd bevestigd door het arrest in de zaak van Lars Ruröde. Hij was tien jaar toen hij geen acht sloeg op waarschuwingen en Vrieling in een weiland probeerde te helpen om het oliereservoir van een vacuümpomp te repareren. Die pomp werd bij het melken

¹²⁰ HR 20 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5545; NJ 1987/483, m.nt. C.J.H. Brunner.

gebruikt om de melkleiding vacuüm te zuigen. Lars werd gegrepen door het aandrijfmechanisme van de pomp en raakte ernstig gewond.

De Hoge Raad verwierp klachten tegen het oordeel van het hof dat de handelwijze van Lars en onzorgvuldigheid van Vrieling in gelijke mate tot het ontstaan van de schade hadden bijgedragen, maar casseerde omdat het hof had nagelaten

"(...) na te hebben vastgesteld dat de over en weer gemaakte fouten in gelijke mate tot het ontstaan van het ongeval hebben bijgedragen, te onderzoeken of de billijkheid wegens de eventueel uiteenlopende ernst van die fouten en de andere omstandigheden van het geval een andere verdeling van de schade eist."¹²¹

De Hoge Raad voegde toe dat de omstandigheden aan de zijde van Vrieling geen andere conclusie toelieten dan dat hij door onzorgvuldigheid een ernstig gevaar in het leven had geroepen, met name voor kinderen in de nabijheid. Wanneer een dergelijk gevaar zich verwezenlijkt ten aanzien van een kind, waarvan in verband met zijn leeftijd slechts een beperkt inzicht mag worden verwacht in het betreffende gevaar en een beperkt vermogen zich naar dit inzicht te gedragen,

"(...) eist de billijkheid in beginsel dat de door het kind geleden schade ten laste komt van degene die, onzorgvuldig handelend, dit gevaar in het leven heeft geroepen."

De feitenrechter die meende dat de omstandigheden van het geval tot een andere uitkomst aanleiding gaven, had volgens de Hoge Raad tot taak om nader te motiveren waarom dit het geval was.

Annotator Brunner schreef over *de geformuleerde rechtsregel* dat eigen schuld van een kind aan door een derde onrechtmatig veroorzaakte letselschade, blijkens het arrest in beginsel niet meer een grond vormde voor vermindering van de verplichting tot schadevergoeding.

In relatie tot *de onderliggende rechtsopvatting* schreef hij dat de beslissing hem juist leek omdat de ervaring leert dat "kinderen, anders dan volwassenen, gevaren niet onderkennen of die onderschatten. De onoplettendheid, zorgeloosheid en overmoed van kinderen berust op een gebrek aan inzicht in en ervaring met de ernstige risico's die hen bedreigen. Derden moeten daarmee rekening houden en hun gedrag daarop afstemmen. Vermindering van de verplichting tot schadevergoeding op de grond dat het kind zich ook zelf onvoorzichtig gedroeg, is onbillijk, omdat dan kinderen die onvoorzichtig zijn, rechtens verantwoordelijk worden gehouden voor hun gedragingen, alsof zij volwassenen waren."

In relatie tot *de rechtszekerheid* noteerde hij dat de beslissing in het licht van de stand van de rechtsontwikkeling niet onverwacht kwam. Hij wees daarbij niet alleen op de arresten in de zaken van Ebele Dillema en Marcel Woestenburg, maar ook op HR 23 maart 1986, NJ 1987/482 (Frank van Holsteijn), waarin het beroep op overmacht werd verworpen van een automobilist die een plotseling de straat oplopende jongen van 8 jaar had aangereden, omdat hij op dat gedrag verdacht had moeten zijn.

Over *de gevolgen van het arrest voor andere gevallen* gaf hij een uiteenzetting waaruit blijkt dat op dat moment in de literatuur nog onduidelijkheid bestond over de dogmatische inbedding van de geformuleerde regel.

Brunner illustreerde aldus in zijn noot dat het arrest geen aflevering was in een reeks van positiebepalingen over de toepassing van billijkheidscorrecties bij verkeersongevallen met kinderen. Hij zag de bredere lijn van de rechtsopvatting van de Hoge Raad dat eigen schuld van een kind bij een verkeersongeval in beginsel niet afdoet aan zijn aanspraak op schadevergoeding. Hij onderkende daarin relevante belangen, keuzes en criteria.

In een daaropvolgende arrest, in de zaak van Ingrid Kolkman, die als fietser betrokken raakte bij een verkeersongeval toen zij bijna 14 jaar was, constateerde de Hoge Raad opnieuw dat het hof louter had beoordeeld of de over en weer gemaakte fouten in gelijke mate tot het ontstaan van het ongeval

¹²¹ HR 8 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0663; NJ 1990/778, m.nt. C.J.H. Brunner.

hadden bijgedragen, en niet of de billijkheid een andere verdeling eiste. Daarop volgde een breed geformuleerde rechtsoverweging:

"Het gaat hier om een aanrijding tussen een motorrijtuig en een niet door een motorrijtuig vervoerd kind dat de leeftijd van veertien jaren nog niet heeft bereikt. De HR heeft in gevallen betreffende zeer jeugdige kinderen reeds enige malen geoordeeld – kort weergegeven – dat de billijkheid eist dat de eigenaar van het motorrijtuig in beginsel voor de gehele door het kind geleden schade aansprakelijk is, ook indien de gedragingen van het kind in belangrijke mate tot het ontstaan van de aanrijding bijgedragen hebben (HR 30 juni 1978, NJ 1978, 685 en 20 febr. 1987, NJ 1987, 483). Daarbij is ervan uitgegaan enerzijds dat kinderen – waaronder ook fietsende kinderen –, door hun impulsiviteit en onberekenbaarheid, van het gemotoriseerde verkeer aanzienlijk meer gevaar te duchten hebben dan volwassen voetgangers of wielrijders, onder meer doordat zij niet in dezelfde mate bij machte zijn zich naar de hun bekende verkeersregels te gedragen, en anderzijds dat art. 31 WvW mede tot strekking heeft om kinderen voor wie het voorgaande geldt, te beschermen tegen de extra risico's die het gemotoriseerde verkeer – waarvoor een verplichting tot verzekering van aansprakelijkheid bestaat – voor hen meebrengt. Dit uitgangspunt – waarbij mede in aanmerking moet worden genomen dat de gevolgen van een aanrijding in het bijzonder wanneer het, zoals in deze zaak, om blijvend lichamelijk of geestelijk letsel gaat, juist voor kinderen uitzonderlijk ingrijpend zijn – dient ook voor een kind van de leeftijd als in deze zaak aan de orde is, als juist te worden beschouwd, waarbij mede betekenis toekomt aan de omstandigheid dat in art. 6:164 NBW een leeftijdsgrens van veertien jaren met betrekking tot de aansprakelijkheid van kinderen in het algemeen is aanvaard. Op grond van een en ander moet worden geoordeeld dat in een geval als het onderhavige de eigenaar van het motorrijtuig in beginsel volledig aansprakelijk is en dat van een vermindering van de schadevergoeding op grond van gedragingen van het kind slechts sprake kan zijn, wanneer die gedragingen opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid ter zake van die aanrijding opleveren."¹²²

Annotator Brunner vermeldde over *de geformuleerde rechtsregel* dat die uitdrukkelijk is gegeven in het kader van de schending door derden van verkeers- en veiligheidsnormen.

Ten aanzien van *de onderliggende rechtsopvatting* merkte hij op dat de Hoge Raad nog steeds niet duidelijk had gemaakt dat die neerkomt op een toepassing van artikel 6:101 BW.

In het kader van de *gevolgen van het arrest voor andere gevallen* memoreerde hij onder meer dat de Hoge Raad het antwoord op een verwante rechtsvraag in het midden liet, namelijk of bij schadeverhaal door een verzekeraar van het slachtoffer, eigen schuld van het slachtoffer wel meeweegt.¹²³

Al met al heeft de Hoge Raad dus met toepassing van de van-geval-naar-geval-benadering, uiteindelijk vier elementen betrokken in zijn rechtsopvatting over de 100%-regel, namelijk (1) de aard en omvang van het risico, (2) het beschermingskarakter van de aansprakelijkheidsregel, (3) het bestaan van een verplichting tot verzekering van aansprakelijkheid, en (4) de gevolgen van verwezenlijking van het risico, in het bijzonder op jeugdige leeftijd.

9.4 De 50%-regel: van geval naar geval of nieuwe positie?

Anderhalf jaar later leidde de Hoge Raad uit de 100%-regel de 50%-regel af, op grond waarvan voetgangers en fietsers van 14 jaar en ouder ten minste de helft van hun schade als gevolg van een verkeersongeval (dus wederom: veroorzaakt door de bestuurder van een motorrijtuig) vergoed krijgen, tenzij sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid. Over de andere 50% wordt geoordeeld met toepassing van de hoofdregel van artikel 6:101 BW.¹²⁴

¹²² HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7631, NJ 1991/720, m.nt. C.J.H. Brunner. Zie ook HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0253, NJ 1991/721, m.nt. C.J.H. Brunner (*Marbrit van Uitregt*).

¹²³ Zie bijv. A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013, p. 121-122.

¹²⁴ A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013, p. 122.

Als doorslaggevend argument heeft de Hoge Raad hiervoor genoemd dat de strekking van artikel 31 WvW om fietsers en voetgangers zo veel mogelijk te beschermen tegen de gevaren van het gemotoriseerde verkeer, eveneens van belang is als het gaat om de schade van een volwassen fietser of voetganger "waarbij opmerking verdient dat ook deze verkeersdeelnemers kwetsbaar zijn, dat ook hun schade ingrijpend kan zijn en dat ook daarvoor een verplichting van het gemotoriseerde verkeer tot verzekering bestaat".¹²⁵

In vergelijking met de hiervoor genoemde vier elementen in de rechtsopvatting van de 100%-regel ontbreekt in de rechtsopvatting die aan de 50%-regel ten grondslag is gelegd, dus alleen de jeugdige leeftijd van het verkeersslachtoffer.

Bij dit arrest kwam annotator Brunner 'uit zijn hokje', zou Leijten misschien zeggen (par. 5.4). Over *de geformuleerde rechtsregel* schreef Brunner dat die in de literatuur de vraag heeft opgeroepen of de Hoge Raad zijn bevoegdheden niet te buiten gaat, omdat de Hoge Raad een invulling geeft aan de ruimte die de wet (art. 6:101 BW) aan de feitenrechter heeft gelaten. De 50%-regel is "geen richtlijn voor de feitenrechter die als uitgangspunt kan dienen voor het afwijken van de hoofdregel, indien de billijkheid dat in de bijzondere omstandigheden van het geval eist, maar een door hem toe te passen vaste en onwrikbare regel, die alleen toepassing mist bij opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid van de voetganger/fietser". Brunner constateerde dat de regel het voordeel heeft van de duidelijkheid, maar het nadeel dat de feitenrechter vergaand in zijn beoordelingsvrijheid wordt beperkt. In het licht van *de onderliggende rechtsopvatting* betoogde hij dat de 50%-regel wetshistorisch geen sterke kaarten heeft, dat de introductie van nieuwe regels door de rechter als 'wetgever-plaatsvervanger' een bijzondere legitimatie behoeft, omdat zij afbreuk doet aan het primaat van de wetgever, en dat de wetgever bezig was met een nieuwe regeling van verkeersaansprakelijkheid. Hij betwijfelde daarom of in de gegeven omstandigheden nieuwe regelgeving door de Hoge Raad wel opportuun was. De uitspraak paste volgens hem wel in de tendens om het eigen schuldverweer bij regelingen met een beschermingskarakter terug te dringen, maar de Hoge Raad had in feite de ruimte voor de wetgever ingeperkt om een andere regel billijk te vinden en liep de wetgever voor de voeten. En: "Het beste wat van de 50 plus-regel kan worden gezegd, is dat hij niet onbillijk is. Maar dat is wat anders dan dat de billijkheid hem eist."

Over *de gevolgen van de uitspraak voor andere gevallen* was annotator Brunner niet positief. Hij sloot niet uit dat de rechter in feitelijke instantie in het vervolg minder snel geneigd zou zijn om schuld aan de zijde van de autobestuurder aan te nemen en eerder tot overmacht zou besluiten. Ook had de Hoge Raad "orakeltaal gebezigd" door de 50%-regel ook toepasselijk te verklaren op vorderingen die niet op artikel 31 WvW, maar op onrechtmatige daad worden gebaseerd. Hij vond onduidelijk wat dat betekent. Aan het slot vermeldde hij dat het arrest in de literatuur "begrijpelijkerwijs" veel commentaren had uitgelokt.¹²⁶

9.5 De plotselinge vrije val van een volgende stap

Bruinsma heeft van oud-president Dubbink de zinsnede aangehaald dat de Hoge Raad makkelijker over verkeersrecht kan praten dan over politiek geladen controversiële onderwerpen.¹²⁷ De annotaties bij de arresten over de 100%-regel ondersteunen dat mogelijk, maar die bij het arrest over de 50%-regel in ieder geval niet.

Zoals gezegd ontbreekt in de rechtsopvatting die de Hoge Raad aan de 50%-regel ten grondslag heeft gelegd, in vergelijking met die van de 100%-regel, alleen de jeugdige leeftijd van het verkeersslachtoffer als een mee te wegen belang. Het verschil in uitkomst is op zichzelf aanzienlijk:

¹²⁵ HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0526; NJ 1993/566.

¹²⁶ Brunner verwees niet naar het commentaar van Barendrecht in diens proefschrift uit 1992. Barendrecht noemde het arrest een 'spectaculair voorbeeld' waarin de taakopvatting van de Hoge Raad tot uiting komt in een geval waarin de Hoge Raad zonder veel aanknopingspunten in wettelijke bepalingen tot scherpe rechtsregels komt (J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 151).

¹²⁷ Freek Bruinsma, *Cassatierechtspraak in civiele zaken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 21.

bij de 100%-regel volgt in beginsel volledige schadevergoeding, bij de 50%-regel volgt in beginsel 'slechts' ten minste halve schadevergoeding. Op dit verschil had de kritiek van Brunner echter geen betrekking. Niet de vermindering van 100% naar 50% werd door hem bekritiseerd, maar het feit dat in de visie van de Hoge Raad een oordeel van de feitenrechter over het verschil tussen 0 en 50% niet nodig is en 50% in beginsel gegeven is. Het betrof kritiek van fundamentele aard over de kerntaken van de Hoge Raad in zijn verhouding tot de wetgever. Vergelijkbare kritiek van Brunner als annotator ontbrak in zijn annotaties bij arresten waarin de 100%-regel is ontwikkeld, hoewel dezelfde argumenten daar te berde hadden kunnen worden gebracht. Daar werden vooral de billijkheidsoverwegingen van de Hoge Raad onderschreven, evenals overigens in de noot bij het arrest over de 50%-regel.

Met wijsheid achteraf constateren dat de Hoge Raad de overgang van 100% naar 50% onvoldoende heeft uitgelegd door alleen de jeugdige leeftijd uit zijn rechtsopvatting te elimineren, is kennelijk niet waarover het gaat. De kritiek duidt meer erop dat in het arrest argumenten worden gemist. Brunner richt zijn pijlen op formele aspecten van de bevoegdheidsuitoefening door de Hoge Raad. Mogelijk ligt daarin een opvatting besloten over de aanvaardbaarheid van de uitkomst op macroniveau, in aanmerking genomen dat hij de billijkheid van de individuele uitkomst onderschrijft. Misschien ging het ook erom dat de 50%-regel een nieuwe, potentieel grote groep van verkeersslachtoffers raakte. Misschien spreekt de visie van de Hoge Raad niet voldoende voor zich dat voor hen, afgezien van het leeftijdsargument, dezelfde argumenten gelden voor een gestandaardiseerde toepassing van (een deel van) de billijkheidscorrectie. Misschien was de verwachting dat bij de uitbreiding tot een andere groep, ook andere argumenten expliciet in de afweging zouden zijn betrokken, bijvoorbeeld een rechtvaardige kostentoedeling met oog voor individuele en maatschappelijke risico's en kosten van verzekering. In deze 'misschiens' is overigens te zien dat het gedachtegoed van probleemoplossend onderhandelen op zichzelf ook aanknopingspunten biedt om na te denken over achterliggende belangen, wensen en motieven in kritiek op een motivering van een uitspraak.

Wat hiervan ook zij, de 50%-regel is regelrecht afgeleid van de 100%-regel, maar is door de annotator in de NJ niet ontvangen als een nieuwe stap in de van-geval-naar-geval-benadering van de ontwikkeling van de 100%-regel, die inmiddels was opgezet als een brede benadering vanuit de drie kernpunten belangen, keuzes en criteria. De 50%-regel is door de annotator ontvangen als een *stand alone*, waarin de Hoge Raad een geheel nieuwe positie had of leek te hebben gekozen. De discussie begon van voren af aan en ging niet over de vraag of ook deze stap kon worden gefundeerd op de drie kernpunten die bij de 100%-regel niet op tegenspraak waren gestuit.

9.6 Een begaanbare weg

Had de Hoge Raad bij de beraadslaging over de beslissing en de motivering in het arrest over de 50%-regel kunnen onderkennen dat zijn van-geval-naar-geval-benadering zou worden opgevat als een nieuwe positie, in plaats van als een volgende stap die was gefundeerd in de kernpunten belangen, keuzes en criteria? Zou het verschil hebben gemaakt als hij zijn afwegingen had gespiegeld aan gedachtegoed van probleemoplossend onderhandelen? Dat kunnen we niet weten. Voor het gedachtenexperiment in deze paragraaf zijn het wat mij betreft ook niet de meest relevante vragen. Naar mijn indruk hebben de besproken voorbeelden laten zien dat het gedachtegoed van probleemoplossend onderhandelen herkenbaar is bij bestudering van uitspraken van de Hoge Raad volgens de van-geval-naar-geval-benadering, dat wil zeggen: als die uitspraken eenmaal zijn gedaan en er commentaar op is geleverd. Daarbij rezen vragen die wellicht ook kunnen helpen om gezichtspunten inzichtelijker en explicieter te maken ten behoeve van nog te maken keuzes in een beslissing en motivering. In zoverre lijkt het een begaanbare weg te zijn om van dat gedachtegoed gebruik te maken in de rechtspraak. Of gedachtegoed van probleemoplossend onderhandelen daadwerkelijk proactief een bruikbaar hulpmiddel kan zijn bij het expliciteren van keuzes in stappen in

de rechtsontwikkeling en in de motivering van uitspraken, is hiermee echter niet gezegd. Nader onderzoek kan daarover wellicht meer informatie verschaffen.¹²⁸

10. Tot besluit

Het motiveren van rechterlijke uitspraken is een soort evenwichtsoefening (par. 2.3). Het is een kunst om uitspraken zo te motiveren dat zowel op het niveau van de individuele zaaksbehandeling als op het institutionele niveau waarop de Hoge Raad zijn kerntaken in de Nederlandse rechtsorde vervult, duidelijk wordt welke richting door de Hoge Raad in de rechtsontwikkeling is gekozen en waarom. Inspelen op verwachtingen in de samenleving en verwachtingenmanagement zijn essentieel om de kracht van de evenwichtsoefening te behouden, en geen acrobatiek te hoeven bedrijven om te voldoen aan de veelsoortige verwachtingen ten aanzien van cassatierechtspraak.

In het voorgaande zijn in dit kader tal van gezichtspunten voorbijgekomen die vorm, inhoud, richting en diepgang van een motivering in een uitspraak in cassatie kunnen bepalen. De inrichting van een motivering lijkt in belangrijke mate te worden ingegeven door de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de kerntaken van de Hoge Raad door de leden van Raad en Parket. Dat is niet verrassend en illustreert wat mij betreft in positieve zin dat de Hoge Raad zich laat leiden door zijn kerntaken. De accenten die in een zaak op één of meer van de kerntaken worden gelegd, bepalen mede in hoeverre de Hoge Raad in een zaak een bijdrage levert aan de rechtsontwikkeling.

Tamelijk diffuus is wanneer welke accenten (kunnen) worden gelegd. Overweging verdient of een referentiekader voor de motivering van uitspraken in cassatie valt op te stellen. Als het mogelijk is in een referentiekader *best practises* te verzamelen, of richtinggevende uitgangspunten voor de motivering van uitspraken, dan zal het naar verwachting een positieve bijdrage kunnen leveren aan de wisselwerking tussen cassatierechtspraak en samenleving.

¹²⁸ Zie voor een ander experiment het betoog van A-G Timmerman dat ondernemingsrechtelijke vragen in het juiste kader kunnen worden geplaatst door onderscheid te maken tussen vraagstukken die met de structuur van de vennootschap verband houden en kwesties die betrekking hebben op de manier waarop vennootschapsfunctionarissen zich binnen die vennootschapsstructuur dienen te gedragen, L. Timmerman, Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad, WPNR 2013/6969, p. 245-248.