

Motivering door de Nederlandse cassatierechter

*Mr. drs. B.T.M. van der Wiel**

1. Inleiding

Over de motivering van civiele uitspraken heeft de president van Nederlands hoogste rechtscollege ongeveer twee eeuwen geleden een heldere opvatting gegeven. Als lid van de grondwetscommissie stelde hij 'het motiveren van civile vonnissen nietig, belachelijk, althans onbeduidende' te vinden.¹

Daar is geen woord Frans bij. Dat Frans is wel te vinden in het in Frankrijk in 1790 ingevoerde *Loi sur l'organisation judiciaire*. Artikel 15 van Titel V² daarvan bepaalt dat vonnissen hun 'motifs' tot uitdrukking moeten brengen. In Nederland is de overeenkomstige regel uit de *Code de Procédure civile* gaan gelden in 1811, met de invoering van de Franse wetgeving. En ondanks het dringende afraden van de eerdergenoemde opperrechter en grondwetcommissaris, C.F. van Maanen, is de motiveringseis voor civiele uitspraken in 1815 in onze grondwet opgenomen, als een van de Franse bijdragen aan de rechtsontwikkeling in Nederland.³

In de ban van het hier en nu van de dagelijkse praktijk is het voor ons moeilijk voorstelbaar dat het, nog niet zo heel lang geleden, voor discussie vatbaar was of civiele uitspraken een motivering moesten hebben.⁴ Ons huidige denken heeft de motiveringseis als uitgangspunt, dat mede wordt gefundeerd op artikel 6 EVRM.⁵ Het debat gaat dus niet over de vraag of een vonnis gemotiveerd moet zijn, maar over de vraag aan welke inhoudelijke eisen een motivering moet voldoen.

Nog niet heel lang geleden werd hier dus fundamenteel anders over gedacht. De rechtvaardiging van de rechterlijke uitspraak werd toen uitsluitend gezien in het gezag waarmee de rechter was bekleed. Het gezag van de rechter was vanzelf-

sprekend en dat van de uitspraak viel daarmee samen. Motivering zou maar tot discussie over de uitspraak kunnen leiden. Zo bezien zou een motivering het gezag van de rechter en zijn uitspraak alleen maar kunnen schaden.⁶

Wat heeft voor de omslag gezorgd die ons heeft gebracht bij onze huidige visie dat een civiele uitspraak niet zonder motivering kan? Ik noem twee samenhangende ontwikkelingen die hiervoor verantwoordelijk kunnen worden geacht. Ten eerste is dit het verlichtingsdenken. In dit denken is gezag als rechtvaardigend principe verdrongen door rationaliteit. Een beslissing wordt dan niet zozeer gerechtvaardigd door het gezag waarmee de beslisser is bekleed als wel door de redenering die hij als onderbouwing van zijn beslissing geeft. Een zodanige, niet in gezag maar in rationaliteit gelegen rechtvaardiging maak motivering onontbeerlijk: uit de motivering blijkt immers de rationaliteit.

Een tweede ontwikkeling die als basis van de eis van een motivering kan worden gezien, is de scheiding der machten. De wetgevende en de rechtsprekende macht krijgen nadrukkelijker een eigen positie in het staatsbestel. Door zijn motivering laat de rechter zien dat hij zich aan zijn taak binnen het bestel houdt: rechtspreken volgens de wet.

2. Motiveringseisen voor de feitenrechter

Als gezegd is het debat verschoven van de vraag of een motivering vereist is, naar wat deze moet inhouden. Die discussie staat vooral in het teken van de eisen voor de motivering van uitspraken van de feitenrechter. De invalshoek van die discussie is vooral de controle die de cassatierechter op die motivering uitoefent.

In een eerdere ontwikkelingsfase was alleen de motivering onder de maat die 'slot noch zin' inhield.⁷ Een dergelijke zeer terughoudende maatstaf kennen we nog slechts als vernietigingsgrond voor arbitrale vonnissen.⁸ Tegenwoordig wordt het kader van het debat gevormd door de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf dat:⁹

(...) elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daar-

* Mr. drs. B.T.M. van der Wiel is advocaat bij Houthoff te Amsterdam en redacteur van TCR. De auteur dankt mr. drs. E.M. Hoogervorst (professional support lawyer bij Houthoff) en H. Kleijn (student aan de Universiteit van Amsterdam) voor hun ondersteuning.

Dit artikel is een bewerking van een voordracht gehouden op 9 juni 2018 te Den Haag bij de vergadering van de Europese Vereniging van Balies bij de Hoogste Gerechtshoven.

1. H.T. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet. Tweede deel*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1909, p. 409.
2. Deze Titel draagt weliswaar als opschrift 'Des juges d'appel', maar het in artikel 15 gegeven motiveringsvoorschrift betreft expliciet ook uitspraken in eerste aanleg.
3. Toen als artikel 173 Gw, tegenwoordig terug te vinden in artikel 121 Gw.
4. Zie hierover bijv. M.J.A.M. Ahsmann, 'Motieven om te motiveren', *AA* 2015, p. 939-945.
5. Zie bijv. H.J. Snijders, G.J. Meijer & C.J.M. Klaassen, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 40 met verwijzingen naar rechtspraak van het EHRM.

6. Ahsmann, *o.c.*, p. 939.

7. Zie bijv. HR 19 maart 1942, *NJ* 1942/445.

8. HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, *NJ* 2005/190 m.nt. H.J. Snijders (*Nannini/SFT*), r.o. 3.5.2.

9. HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, *NJ* 1993/659 m.nt. D.W.F. Verkade (*Vredo/Veenbuis*), r.o. 3.4.

aan ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden — in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen — controleerbaar en aanvaardbaar te maken.'

De Hoge Raad noemt controleerbaarheid en aanvaardbaarheid als bepalend voor de eisen die aan een motivering kunnen worden gesteld. Zowel over controleerbaarheid als aanvaardbaarheid kan het nodige worden gezegd. Ik concentreer mij hierna op controleerbaarheid, maar zal de aanvaardbaarheid niet geheel onbesproken laten.

De Hoge Raad heeft het over controleerbaarheid door partijen en derden. Daarbij laat de Hoge Raad een belangrijk aspect van controleerbaarheid impliciet, spiegelbeeldig aan de controle door de rechtzoekende, namelijk de zelfcontrole van de rechter. Velen zullen de ervaring herkennen dat de eerste inschatting van een zaak wordt gelogenstraft door het feit dat het op papier niet te beredeneren valt.

Ik ga hierna dieper in op controleerbaarheid van de motivering van uitspraken. Eerst ga ik in op de motivering van uitspraken van de feitenrechter, in het licht van de cassatiecontrole. Vervolgens kom ik op de controleerbaarheid van uitspraken van de cassatierechter zelf.

3. Controleerbaarheid van uitspraken van de feitenrechter

Bij de controleerbaarheid van uitspraken van de feitenrechter onderscheid ik drie facetten, die samenhangen met de cassatiecontrole.

Controleerbaarheid kan ten eerste in verband worden gebracht met het partijdebat: heeft de rechter wel alle argumenten in aanmerking genomen? Deze controle is aan partijen en de eventueel door hen ingeschakelde beroepsinstantie; voor derden is doorgaans niet goed na te gaan of een uitspraak recht doet aan de argumenten van partijen. Zij kennen het debat niet.

Als de cassatierechter wordt ingeschakeld, bevindt zijn controle op dit punt zich tussen twee uitersten. Enerzijds hoeft de rechter niet op ieder aangevoerd punt afzonderlijk in te gaan. Maar anderzijds kan de rechter geen argumenten laten liggen die, indien gegrond, tot een andere beslissing zouden leiden.¹⁰

Een tweede facet van controleerbaarheid is de kwaliteit van de rechterlijke redenering. Die is, behalve door partijen en de hogere rechter, wél door derden te controleren. De toets is daar of de redenering 'navolgbaar' is. Dat wil zeggen dat de uitspraak een voldoende concreet en logisch sluitend bouwsel moet zijn, ook voor derden.

Het derde facet is de rechterlijke rechtsopvatting; beslissingen waarin een impliciete of expliciete opvatting over de inhoud van het objectieve recht wordt gegeven. Ook die beslissingen kunnen worden gecontroleerd door zowel procesdeelnemers als door derden, waaronder de hogere rechter. Bij deze controle is iets bijzonders aan de hand. De cassatiecontrole

beperkt zich tot de inhoudelijke toetsing van de rechtsbeslissingen. Zo'n rechtsbeslissing is juist of onjuist, wat er ook zij van de motivering. Feilen in de eventuele motivering van een rechtsbeslissing doen er niet toe: naast de rechtsbeslissing zelf heeft die motivering geen belang, en dat geldt dus ook voor klachten daarover.¹¹

Dat een zuiver rechtsoordeel geen motivering behoeft, heeft dus een cassatietechnische achtergrond. De regel strookt met een meer klassieke opvatting van de al genoemde machtscheiding en van de taak en werkzaamheid van de rechter. Het recht is afkomstig van de wetgevende macht en als zodanig voor de rechter en partijen een gegeven. Daarbij geldt de fictie dat het recht een gekend gegeven is. De rechter hoeft zo bezien slechts een lakmoesproef te verrichten: moet hetgeen voor hem is aangevoerd en door hem is vastgesteld op basis van het objectieve recht tot toe- of afwijzing van het gevorderde leiden?

Het ontbreken van een motiveringseis voor rechtsbeslissingen laat zich met name als gebrek voelen in gevallen waarin twee rechtsopvattingen tegenover elkaar staan. Voor de controleerbaarheid van een uitspraak die op een dergelijk debat volgt, is motivering van de rechtsopvatting vereist. Dat doet er niet aan af dat hier geen zinvolle cassatiecontrole mogelijk is: het belangvereiste staat hieraan als gezegd in de weg.

4. Controleerbaarheid van uitspraken van de Hoge Raad

De door de Hoge Raad in het kader van zijn controle van de uitspraken van de feitenrechter geformuleerde motiverings-eisen gelden voor elke rechterlijke uitspraak en dus ook voor de uitspraken van de Hoge Raad zelf. Ook uitspraken van de Hoge Raad moeten controleerbaar en aanvaardbaar zijn. En ook hier kan worden onderscheiden tussen de drie genoemde facetten van controle: is aan het debat beantwoord, sluit de redenering, en is het oordeel rechtens juist? De vraag is of de uitspraken van de Hoge Raad in deze opzichten voldoende controleerbaar zijn. Dit kan niet los worden gezien van de bijzondere positie van de cassatierechter en de bijzondere aard van de cassatieprocedure.

Op deze plaats vragen twee bijzondere motiveringswijzen voor de verwerping van cassatieberoepen die de wetgever mogelijk heeft gemaakt: de verwerping op grond van de artikelen 80a en 81 Wet RO. Artikel 80a Wet RO laat een niet nader gemotiveerde verwerping toe indien er geen twijfel over is dat het belang ontbreekt of dat de klachten falen. En artikel 81 Wet RO laat een niet nader gemotiveerde verwerping toe indien de klachten falen en motivering niet nodig is in het belang van rechtseenheid en rechtsontwikkeling.

Van deze afdoeningsmethoden wordt met beleid gebruik gemaakt. Het laatste jaar komt verwerping op grond van het tamelijk nieuwe artikel 80a Wet RO in civiele zaken nauwelijks meer voor.¹² Men zegt wel dat dit komt door de versterk-

10. Zie voor voorbeelden Asser/Veegens/Korthals Altes & Groen 7 2015/188.

11. Asser/Veegens/Korthals Altes & Groen 7 2015/185.

12. Zie <https://jaarverslaghogeraad.nl/civiele-zaken/inleiding-en-cijfers/>, waaruit blijkt dat artikel 80a Wet RO in 2017 in civiele zaken slechts tweemaal is toegepast.

te kwaliteit van de cassatieadvocaten. Als dat juist is, is dat een mooi resultaat van het naar buitenlands voorbeeld in 2012 ingevoerde stelsel van gekwalificeerde cassatieadvocaten (artikel 9j Advocatenwet).

Artikel 81 Wet RO speelt al decennia een belangrijke rol. Ruim een derde van de beroepen wordt via artikel 81 Wet RO verworpen. Naar mijn inzicht wordt van deze mogelijkheid over het geheel genomen op gepast terughoudende wijze gebruik gemaakt. De ervaring leert dat de conclusie van een advocaat-generaal, die steeds als advies aan de Hoge Raad aan de civiele uitspraken voorafgaat, in geval van verwerping met toepassing van artikel 81 Wet RO als motivering wordt gevoeld. Kennelijk, zo is de gedachte, is de Hoge Raad het met de advocaat-generaal eens. Dat laatste betekent dat ik me niet kan vinden in de – spaarzaam voorkomende – toepassing van artikel 81 Wet RO in gevallen waarin de advocaat-generaal de Hoge Raad heeft geadviseerd te vernietigen. Controleerbaarheid en aanvaardbaarheid komen hier te zeer in de knel.

Tot slot van deze korte schets van de instrumenten van artikelen 80a en 81 Wet RO wijs ik er nog op dat zij volgens het EHRM beide door de beugel van artikel 6 EVRM kunnen.¹³

En dan nu: welke maatstaven gelden voor motivering door de cassatierechter ten aanzien van de drie door mij onderscheiden facetten van controle – debat, redenering en recht?

Eerst het debat. Het debat in cassatie kent een onevenwichtig karakter. Formeel gezien is het middel allesbeslissend; in beginsel hoeft de Hoge Raad alleen daarop te reageren. Die reactie dient gelijke tred te houden met de klachten. Ieder (werkelijk) zelfstandig argument verdient een zelfstandig antwoord waarvan de diepgang correspondeert met de kracht van de klacht. Indien de klacht gegrond wordt bevonden, zal bij de betreffende motivering, minimaal impliciet, aandacht dienen te worden besteed aan het eventuele tegen de klacht gevoerde verweer. Hoe uitgebreid die aandacht is, en of impliciete aandacht voldoende is, hangt af van de kracht en de reikwijdte van het verweer.

In cassatie komt het regelmatig voor dat het verweer van dien aard is dat er afzonderlijk op dient te worden gerespondeerd, ook los van de behandeling van de klachten. Zo is in het arrest *Rabobank/X*, het verweer gehonoreerd dat een rechtsklacht belang ontbeert, omdat de betreffende regel sowieso niet van toepassing is.¹⁴

Waar een dergelijk vérstrekkend cassatieverweer onbehandeld blijft, doet dit af aan de overtuigingskracht van de uitspraak. Een voorbeeld. In een kortgedingzaak uit 2011 honoreerde de Hoge Raad de klacht dat de kortgedingrechter zijn uitspraak niet had afgestemd op een uitspraak van de bodemrechter over hetzelfde geschil. Deze klacht is gebaseerd op de zogenoemde ‘afstemmingsregel’. De Hoge Raad maakt geen woorden vuil aan het argument van verweerder dat die klacht niet opgaat omdat de betreffende uitspraak van de bodemrechter tussen deels andere partijen is gegeven. De annota-

toren betonen zich weinig kritisch.¹⁵ Dat doet weinig af aan het gevoel dat dit wezenlijke verweer expliciete behandeling verdiende. Het is immers gebaseerd op een essentieel gegeven, en is in potentie fataal voor de klacht.

In een enkel geval is het voorgekomen dat de Hoge Raad een klacht niet heeft behandeld. Het valt positief te waarderen dat hij in dat geval bereid is gebleken zijn uitspraak aan te vullen, met oprekking van de kaders van artikel 31-32 Rv.¹⁶

Een lastig punt vind ik de gevallen van ‘zelfwerkzaamheid’ van de Hoge Raad. Daarmee doel ik op de gevallen waarin hij met een oplossing komt die niet valt terug te voeren op het partijdebat of op de conclusie van de advocaat-generaal.¹⁷

Ook als de door de Hoge Raad in zo’n geval bereikte uitkomst inhoudelijk overtuigend is, blijft knagen – uiteraard vooral bij de verliezende partij – dat hij zich over die oplossing niet heeft kunnen uitlaten. Dat doet vooral af aan de aanvaardbaarheid van de uitspraak, maar toch ook aan de controleerbaarheid: de vraag wat de Hoge Raad zou hebben gedaan met de argumenten die men zou hebben aangevoerd maar niet heeft kunnen aanvoeren, blijft onbeantwoord. Ik zou menen dat de Hoge Raad er verstandig aan zou doen om in dit soort gevallen een tussenuitspraak te wijzen, waarin hij zijn voorgenomen motivering aan partijen voorhoudt. Op die manier krijgen partijen gelegenheid hun argumenten te geven. Zo krijgt de uitspraak van de Hoge Raad extra kwaliteit, kracht en gezag: hij komt in verband te staan met het partijdebat, is op voorhand door partijen gecontroleerd via hun argumentatie, en die argumentatie geeft de Hoge Raad ook aanknopingspunten voor zelfcontrole. Tot veel vertraging hoeft dit niet te leiden; ik zie voor mij dat dit ongeveer op dezelfde wijze zou gaan als wanneer de Hoge Raad een tussenuitspraak doet waarin hij voorgenomen prejudiciële vragen aan partijen voorhoudt.¹⁸

Deze kritiek betreft uitzonderingen. Om te voorkomen dat het beeld onevenwichtig wordt, vermeld ik dat de uitspraken van de Hoge Raad in het algemeen, in mijn ervaring, op het partijdebat aansluiten op een wijze die strookt met de maatstaf die daarbij volgens mij moet gelden: op wezenlijke argumenten wordt afzonderlijk gereageerd, op een wijze die gelijke tred houdt met de inhoudelijke merites van die argumenten.

Hiermee kom ik toe aan het tweede facet van controleerbaarheid: de redenering. Iedere advocaat, en dus ook iedere

13. EHRM 24 april 2018, zaak 55385/14 (*Baydar/Nederland*).

14. HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, *RvdW* 2018/690 (*Rabobank/X*), r.o. 3.5.1 e.v.

15. HR 7 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0015, *NJ* 2011/304 m.nt. H.B. Krans sub 8-9, *JBPr* 2011/20 m.nt. G. van Rijssen sub 6 (*Yukos/Promneftstroy & Rosneft*).

16. HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3569, *RvdW* 2016/52 (*ICL/PPC*).

17. Zie bijv. HR 11 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN9967, *NJ* 2012/388 m.nt. L.C.A. Verstappen (*Van Zundert/Kort c.s.*), r.o. 3.7; HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299, *NJ* 2016/425 m.nt. Th.M. de Boer & A.I.M. van Mierlo (*Promneftstroy/Glendale & Yukos Capital*), r.o. 3.5.1 e.v.; HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3092, *JBPr* 2017/44 m.nt. S.J. Schaafsma (*ICL/PPC*), r.o. 3.5.3. Vanwege eigen betrokkenheid of verkregen dossierkennis is mij bekend dat geen van de aangehaalde overwegingen grondslag vindt in het partijdebat.

18. Zie bijv. HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2643, *RvdW* 2016/1183 en HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, *NJ* 2017/22 (*Synthon/Astellas*).

cassatieadvocaat, kan voorbeelden noemen van uitspraken met een hem geenszins overtuigende redenering. Niet verrassend betreft het doorgaans door betrokkene verloren zaken. Ik ben hierop geen uitzondering. Maar we hebben het hier niet over de vraag of de redenering overtuigt, maar of deze controleerbaar is. Op dat punt heb ik – uiteraard ga ik hier voorbij aan de toepassing van de artikelen 80a en 81 Wet RO – geen enkel voorbeeld kunnen vinden van een uitspraak die op het punt van de redenering onvoldoende controleerbaar is. Dat die controle in sommige gevallen tot de conclusie leidt dat de redenering niet deugt, is een andere kwestie. Gelukkig zijn er naast teleurgestelde advocaten ook annotatoren die ons en de Hoge Raad scherp houden door iets verder te willen gaan dan het tonen van begrip voor de uitkomst. Het is goed dat er, wanneer daar aanleiding toe is, onomwonden wordt geschreven dat ‘de sleutel niet op het slot past’¹⁹ of dat ‘deze uitspraak niet klopt’²⁰ – als die stelling maar van een steekhoudende onderbouwing wordt voorzien.

Ik ga over naar het derde facet van controleerbaarheid: het rechtsoordeel. Bij de bespreking van de motiveringseisen in het kader van de werkzaamheden van de feitenrechter stelde ik al aan de orde dat vanuit het perspectief van cassatiecontrole rechtsoordelen geen nadere motivering behoeven, maar dat een dergelijke motivering vanuit het perspectief van controleerbaarheid en aanvaardbaarheid wel wenselijk kan zijn.

Die wenselijkheid is er bij uitspraken van de hoogste rechter in het algemeen in sterke mate. Juist in de cassatieprocedure gaat het debat immers dikwijls over de vraag wat het recht inhoudt. In theorie kan de Hoge Raad natuurlijk op dat debat reageren met een syllogisme: het recht houdt a in, het hof is in overweging y uitgegaan van a, de klacht dat overweging y getuigt van een onjuiste rechtsopvatting faalt. Of omgekeerd.

Deze aanpak is bevredigend indien eigenlijk wel duidelijk is wat het recht inhoudt, en waar de pijn zit in de vraag of het hof daar al dan niet van is uitgegaan. Waar de inhoud van het recht minder duidelijk is, is een dergelijke aanpak echter vanuit het oogpunt van controleerbaarheid en aanvaardbaarheid minder bevredigend. En juist waar de inhoud van het recht onduidelijk is, komt de Hoge Raad toe aan twee van zijn kerntaken: rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Voor de betreffende partijen is dit dikwijls niet meer dan een bijproduct, maar voor de rechtsgemeenschap is het dé meerwaarde van de rechtspraak van de hoogste rechter.

Met name de rechtsontwikkelingsfunctie van de Hoge Raad is tot grote bloei gekomen, en dat stelt navenante eisen aan de motivering die hij aan zijn rechtsoordelen geeft. Ik wil dit laten zien aan de hand van drie tendensen die hebben bijgedragen aan de bloei van de rechtsvormende taak van de rechter.

5. Dragende tendensen in de rechtsontwikkelingsfunctie I: vage normen

De eerste tendens is de nog steeds toenemende betekenis van vage normen en begrippen in ons recht. De wetgever heeft hier de nadere vaststelling van de inhoud van het recht in feite aan de rechter gedelegeerd. Zo geeft artikel 6:162 lid 2 BW voor de beantwoording van de vraag of gedrag – afgezien van wetschending en rechtsinbreuk – onrechtmatig is, slechts de algemene toetssteen of het betreffende gedrag al dan niet in overeenstemming is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

De norm van betamelijkheid is te abstract voor onmiddellijke toepassing op een voorliggend geval. Om aan de hand van deze norm een casus te beoordelen, is het onontbeerlijk eerst een subnorm te formuleren die voldoende is toegesneden op het gevalstype dat aan de orde is. Zonder een dergelijke norm kan van controle en aanvaardbaarheid geen sprake zijn. Het recht moet dus worden geëxpliciteerd vóór een beslissing kan worden genomen die aan de motiveringseisen voldoet. En daarmee wordt de motivering deels juridisch van inhoud.

Het is niet erg origineel,²¹ maar wel instructief, om hier de criteria voor de aansprakelijkheid voor gevaarlijke situaties als voorbeeld te kiezen. In zijn rechtspraak heeft de Hoge Raad een aantal gezichtspunten geformuleerd die van belang zijn voor het oordeel of een gevaarlijke situatie leidt tot aansprakelijkheid van degene die voor de situatie verantwoordelijk is. Deze gezichtspunten zijn voor het eerst genoemd in de Kelderluik-uitspraak uit 1965. Het ging in die zaak om de vraag naar de aansprakelijkheid van degene die in een café een kelderluik had opengezet tegenover een bezoeker die in het gat was gevallen en daardoor letsel opliep. De Hoge Raad noemt vier criteria: (i) de voorzichtigheid die van derden kan worden verwacht, (ii) de kans dat een gebrek aan die voorzichtigheid tot een ongeval leidt, (iii) de ernst van de mogelijke gevolgen en (iv) de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen.²²

De betekenis van een dergelijke uitspraak valt moeilijk te overschatten. Het geschapen beoordelingskader omvat in feite het volledige maatschappelijk verkeer. Partijen kunnen hun inschattingen eraan toetsen en hun stellingen erop inrichten. De rechter kan zijn beoordeling eraan ophangen, en de hogere rechter kan controleren of dit op rechtens juiste wijze is geschied.

De Hoge Raad is met deze uitspraak verder gegaan dan de (ook) voor hem geldende motiveringseisen. Hij had ervoor kunnen kiezen het te laten bij de welbekende overweging dat het oordeel van het hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en als verweven met waarderingen van feitelijke aard in cassatie niet verder kan worden getoetst. Hij had er ook voor kunnen kiezen te overwegen dat het hof terecht en

19. H.J. Snijders in zijn noot sub 2b onder HR 22 januari 1999, *NJ* 1999/715.

20. A.C. van Schaick, ‘Tegenstrijdige beslissingen’, *NTBR* 2013/1.

21. Zie bijv. G. de Groot, ‘Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening’, in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, § 3.2.

22. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136 m.nt. G.J. Scholten (*Coca-Cola/Duchateau*); in een reeks van uitspraken herhaald, waaronder recent HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345, *NJ* 2017/467 m.nt. J. Spier (*JMV/Zurich*), r.o. 3.3.2.

begrijpelijkerwijs had aangenomen dat degene die het luik had opengezet niet mocht rekenen op voldoende oplettendheid van derden. Maar de Hoge Raad zag nut en ruimte om verder te gaan. Dat dat gelukkig is geweest, blijkt uit de effecten, die zojuist al aan de orde kwamen. Ik veroorloof mij hier een kleine kritische noot, in het voetspoor van een publicatie van Jansen.²³ In de loop der jaren heeft de Hoge Raad in zijn formulering van deze Kelderluik-criteria variaties aangebracht, zonder uit te leggen waarom. Dat is ongelukkig, want het roept de vraag op of de Hoge Raad wellicht anders tegen dit leerstuk is gaan aankijken. Het lijkt mij wenselijk dat de Hoge Raad, waar hij geen ontwikkeling beoogt, consistent is in de bewoordingen van door hem ontwikkelde maatstaven. Dit punt is niet zonder belang, omdat dergelijke lichte variatie in formulering wel vaker vraagtekens oproept.²⁴

6. Dragende tendensen in de rechtsontwikkelingsfunctie II: normstelling en normverfijning

Deze eerste tendens binnen de bloei van de rechtsvormende taak van de rechter, het toenemende belang van open normen, loopt over in een tweede: het toegenomen zelfbewustzijn van de rechter ten aanzien van zijn rechtsvormende taak. Waar de wet witte vlekken vertoont, acht de rechter zich in staat om normstellend op te treden, en waar de wet het algemeen houdt, durft de rechter verfijningen toe te passen. Deze normstelling en verfijning is juridisch van aard, en daarmee wordt dus ook de motivering van de beslissing die erop wordt gebaseerd, in zoverre juridisch van aard.

Opnieuw kies ik voor een overbekend voorbeeld: de zogenaamde ‘omkeringsregel’. Die regel heeft betrekking op de bewijslevering bij oorzakelijk verband in aansprakelijkheidszaken. In het arrest *Dicky Trading II* uit 1996 poneerde de Hoge Raad de regel dat als een gedraging een risico op schade in het leven roept en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven. Het is dan aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan, aldus de Hoge Raad.²⁵

Dit arrest heeft, eufemistisch uitgedrukt, nogal wat losgemaakt. Vranken voorspelde dat er hectoliters drukinkt nodig zouden zijn om de omkeringsregel zijn plek te geven.²⁶ En inderdaad buitelden commentaren en arresten jarenlang over elkaar heen. De Hoge Raad heeft in die periode een reeks aan verduidelijkingen en verfijningen aangebracht.²⁷ Naar aanleiding van deze ontwikkeling is wel gesproken over ‘opkomst en

ondergang van de omkeringsregel’.²⁸ Dat lijkt mij nogal een overdreven dramatisering; de omkeringsregel heeft volgens mij nog steeds aanzienlijke betekenis en is een rustig bezit.

Hoe dan ook: aan de situatie dat de omkeringsregel een rustig bezit werd, ging het nodige vooraf. Terugkijkend valt op dat de Hoge Raad bij het poneren van de regel weinig motivering geeft. De regel wordt gepresenteerd als vanzelfsprekendheid. In de conclusie van de advocaat-generaal voor het arrest *Dicky Trading* lezen we er ook niets over terug. Het is geen al te drieste veronderstelling dat de beslissing partijen heeft getroffen als een verrassing. Er wordt wel gezegd dat de omkeringsregel zijn oorsprong vindt in arresten uit de jaren zeventig en zelfs de jaren zestig van de vorige eeuw,²⁹ maar ik denk dat dit gebaseerd is op een geforceerde interpretatie van die oude arresten. Het is niet nodig daar nu verder op in te gaan; waar het hier om gaat, is het volgende. Van alle franje ontdaan, kan worden gezegd dat de Hoge Raad in het arrest *Dicky Trading II* een verstrekkende regel heeft geformuleerd, vrijwel zonder motivering, zonder grondslag in de literatuur en zonder grondslag in het partijdebat. Dat is geen gelukkige basis voor zo’n ferme stap.

Ook hier weer dreigt het beeld onevenwichtig te worden door een kritische schijnwerper op één jurisprudentielijn. En ook hier weer wil ik dit beeld rechtzetten: ook binnen het kader van de tweede tendens – rechtsvorming via invulling en verfijning – pleegt de Hoge Raad naar mijn smaak overtuigend te motiveren. Dat komt omdat de Hoge Raad expliciet verbindingen legt met zijn eerdere rechtspraak, deels impliciet, deels expliciet met het partijdebat en – voornamelijk nog impliciet – met het debat in de literatuur.

Het summum van deze ‘verbindende motivering’ zijn de uitspraken waarin de Hoge Raad een enerzijdsanderzijdsbenadering kiest, in weerwil van de bekende wijsheid dat een goed arrest leest als een pleitnota.³⁰

Een voorbeeld is het recente arrest *Becton c.s./Braun*.³¹ De strijdvraag was in die zaak of de bijzondere proceskostenregeling voor IE-zaken ook van toepassing is als het geschil alleen gaat om een processuele vraag (in dit geval: de ontvankelijkheid van hoger beroep). Het bevestigende antwoord van de Hoge Raad houdt evenzogoed als de omkeringsregel een voorbehoudsloze rechtsregel in. Zowel totstandkomingsprocedé als motivering is echter van geheel andere snit.

De rechtsregel waartoe de Hoge Raad in *Becton c.s./Braun* is gekomen, betreft de kern van het geschil tussen partijen. Partijen hebben er dan ook uitgebreid over gedebatteerd, en vanzelfsprekend heeft de advocaat-generaal daar het nodige aan toegevoegd. De Hoge Raad verwerkt dit materiaal in een

23. K.J.O. Jansen, ‘Hoe luiden de kelderluikfactoren?’, *NTBR* 2018/14.

24. Zie bijv. de noot van W.D.H. Asser sub 4 onder HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, *NJ* 2004/305 (*Kastelijn/Gem. Achkar-spelen*).

25. HR 26 januari 1996, *NJ* 1996/607 m.nt. W.M. Kleijn (*Mr. H./Franken*), r.o. 3.5.1. slot.

26. J.B.M. Vranken in zijn noot sub 15 onder HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9556, *NJ* 2001/524 (*Ter Hofte/Oude Monnik*).

27. Zie Asser Procesrecht/Asser 3 2017/302 en de daar aangehaalde bronnen.

28. I. Giesen, ‘De aantrekkingskracht van de Loreley. Over de opkomst en ondergang van de omkeringsregel’, in: S.D. Lindenbergh & T. Hartlief (red.), *Tien pennenstreken over persoonschade* (LSA-bundel 20), Den Haag: Sdu 2009, p. 69-86.

29. Zie Asser Procesrecht/Asser 3 2017/302 met nadere verwijzingen.

30. Zie S.K. Martens, ‘Motivering van uitspraken van de cassatierechter’, in: J.L.W. Silevis Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd* (Van Boeschoten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 142.

31. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:721, *RvdW* 2018/622 (*Becton c.s./Braun*).

motivering waarin hij de voors en tegens van de door hem gekozen oplossing afloopt en afweegt. Dit draagt niet alleen bij aan controleerbaarheid en aanvaardbaarheid voor partijen, maar ook aan kwaliteit en overtuigingskracht. De kans dat een uitspraak wordt gedaan waarop moet worden teruggekomen of die moet worden genuanceerd omdat er wat tegen in te brengen valt, is vanzelfsprekend aanzienlijk kleiner wanneer in die uitspraak een keur aan argumenten is meegenomen.

7. Dragende tendensen in de rechtsontwikkelingsfunctie III: contra legem

De derde tendens die dragend is voor de rechtsvormende taak van de rechter is de meest verstrekkende. Het betreft de toegenomen vrijheid die de rechter voelt ten opzichte van de wet. De rechter, en ook de Hoge Raad, acht zich, waar hij meent dat de omstandigheden hem daar toe nopen, vrij om afstand van de wet te nemen. Dit leidt tot spectaculaire uitspraken. Niet verrassend is dat de Hoge Raad hoge motiveringseisen in acht neemt waar hij tot een beslissing contra legem komt.

Een recent voorbeeld is de zaak *Pieringer/Allianz*.³² Pieringer werd in 2007 tijdens een boottocht getroffen door een afbrekende giek en heeft daarbij ernstig letsel opgelopen. Verzekeraar Allianz erkent aansprakelijkheid, maar beroept zich op de wettelijke aansprakelijkheidslimiet van € 137.000. De mogelijkheid van een limiet is neergelegd in de wet; de limiet zelf is neergelegd in lagere regelgeving uit 1991. De schade van Pieringer komt ver boven de limiet uit. Pieringer probeert in rechte door de wettelijke limiet heen te breken met een beroep op artikel 6:2 lid 2 BW, dat bepaalt dat een tussen partijen in beginsel geldende regel buiten toepassing blijft als toepassing van die regel in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is.

De rechtbank geeft Pieringer nul op het rekest en houdt vast aan de limiet. In hoger beroep kiest het hof een tussenoplossing door een inflatiecorrectie op de limiet toe te passen. In cassatie probeert Pieringer alsnog tot ongelimiteerde aansprakelijkheid van Allianz te komen. Het incidentele beroep van Allianz strekt ertoe dat haar aansprakelijkheid beperkt blijft tot de limiet zonder inflatiecorrectie.

In zijn uitspraak pakt Hoge Raad uit op een wijze die illustratief is voor de huidige werkwijze van de Nederlandse cassatierechter in zaken die er toe doen. Hij begint met het uiteenzetten van de stand en de achtergrond van het geldende recht. Vervolgens formuleert hij de centrale vraag: in hoeverre kan een wettelijke limiet als onaanvaardbaar terzijde kan worden gesteld? Hij oordeelt dat de wet in formele zin, die grond geeft aan het principe van limitering als zodanig, hier niet opzij kan worden gezet, in essentie vanwege het primaat en de discretie van de wetgever. Vervolgens toetst hij de lagere regelgeving waarin de limiet zelf is neergelegd. Hij oordeelt dat de wetgever in redelijkheid niet tot het handhaven van de limiet heeft kunnen komen. Daarbij neemt hij het systeem en de ontwikkeling van de relevante supranationale en nationale regelgeving, de taakverdeling tussen wetgever en rechter, en de

standpunten van partijen uitdrukkelijk en nauwgezet in aanmerking. Over de inhoudelijke merites van de uitspraak zal ongetwijfeld een debat losbarsten, maar één ding is zeker: deze uitspraak is bij uitstek controleerbaar.

8. Besluit

Omljst met wat wensen en kritiekpunten, heb ik een schets gegeven van de motiveringseisen voor en de motiveringspraktijk van de Hoge Raad. De schets is gekleurd: ik heb ingezoomd op een aantal pregnante aspecten. Daarom een laatste bijstelling van het beeld: uiteraard zijn veel van de circa 500 civiele uitspraken die de Hoge Raad in een jaar doet, aanzienlijk minder spectaculair dan de uitspraken waaraan ik aandacht heb besteed.

Het accent bij mijn schets lag op controleerbaarheid. Ik voeg daaraan nog iets toe over aanvaardbaarheid. Die speelt op verschillende niveaus. Op het niveau van rechtseenheid en rechtsontwikkeling wordt de aanvaardbaarheid vooral bepaald door de mate waarin een uitspraak kan worden geplaatst binnen het systeem van het geldende recht. Dat klinkt dor en dogmatisch, maar daar zitten toch wel degelijk meer fundamentele noties achter. Een moeilijk te plaatsen uitspraak creëert onbehagen, zowel vanuit het oogpunt van rechtszekerheid als rechtvaardigheid. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, omdat de uitspraak niet past bij hetgeen op grond van wat er al was, mocht worden verwacht. En vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid, omdat een uitspraak die niet strookt met het systeem botst met een van onze hoogste geboden: gelijke gevallen gelijk behandelen, en ongelijke gevallen ongelijk, naar de mate van hun ongelijkheid.³³

Op het niveau van de individuele zaak wordt de aanvaardbaarheid bepaald door het antwoord op de vraag of ieder het zijne heeft gekregen. In cassatie is die vraag slechts marginaal aan de orde. Vaak springt niet erg in het oog dat een van partijen 'natuurlijk' gelijk hoort te krijgen. Maar waar dit wel zo is, is mijn stellige indruk, rekt en strekt de Hoge Raad tot het uiterste om een aanvaardbare uitkomst te bereiken.³⁴ En daar komt een laatste aspect van motivering aan de orde: ook al is een motivering nog zo *richtig*, als de uitkomst *verkeert* is,³⁵ zal zij niet kunnen overtuigen.

32. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, *RvdW* 2018/620 (*Pieringer/Allianz*).

33. Zie bijv. J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *RMThemis* 1976, p. 494-515, i.h.b. p. 495 en 506.

34. Zie bijv. HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1103 (*Allianz/X*), r.o. 3.4.2.

35. Vgl. R. von Jhering, *Der Besitzwille, zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena: Fischer 1889, p. 212.