

4 | Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten

P. Memelink [■]

1 INLEIDING

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

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

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

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

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

2 Zie daarover het derde deel van deze bundel.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7 Zie *NTBR* 2009, p. 282.

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

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

2.1 Het problematische onderscheid tussen feiten en recht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2 De gemengde beslissing onder de loep

Wat is nu precies een 'gemengde beslissing'?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

26 Verslag 2005-2006, p. 32.

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

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

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

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

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

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

2.3 Toepassen van de regel versus *wegen* van omstandigheden

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 KAN DE HOGE RAAD GEMENGDE BESLISSINGEN VOLLEDIG TOETSEN?

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

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

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

En

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

45 A.w., p. 212.

46 A.w., p. 211.

47 A.w., p. 210.

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

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

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

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

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

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

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

4.1 Argumenten voor ruimere toetsing

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2 Argumenten voor terughoudendheid

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

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

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

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

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

60 Hammerstein 2006, p. 9.

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

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

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

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

61 Zo ook Ras 1990, p. 1487.

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

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

64 Ras 1990, p. 1488.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5 WAT IS SPREKEN, WAT IS ZWIJGEN?

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

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

5.1 Spreken door een ‘volledige’ toets

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

74 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 69.

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

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

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

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

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

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

5.2 Spreken en zwijgen bij een beperkte toets

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

81 Hammerstein 2006, p. 9.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

86 Zie met name r.o. 3.6.

87 HR 28 februari 2003, NJ 2003, 272.

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

6 AANZET VOOR EEN DISCUSSIE OVER DE TOETSING VAN GEMENGDE OORDELEN

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

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

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

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

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

voor de problemen. Andere rechtsvindingsmethoden zijn eveneens voorhanden.⁹⁰

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

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

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

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