

DE REDACTIE PRIVAAT

DE JUISTE VISIE ?

1. *DJV*. Wie in de *Nederlandse Jurisprudentie* uit de jaren '40, '50 en '60 van de vorige eeuw bladert, komt deze initialen onder menige annotatie tegen. Zij verwijzen naar D.J. Veegens (1899-1984), advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, schrijver van het handboek *Cassatie in burgerlijke zaken*(1) én annotator van uitspraken van de Hoge Raad in de *Nederlandse Jurisprudentie*. Bekend is de tamelijk flauwe woordspeling dat *DJV* ook staat voor *De Juiste Visie*. En het moet gezegd: Veegens legde in zijn noten dikwijls op overtuigende wijze mankementen in de arresten van de Hoge Raad en de daaraan voorafgaande conclusies van het parket bloot.

Als advocaat was Veegens bij uitstek in staat om beslissingen van de Hoge Raad op het terrein van het burgerlijk procesrecht kritisch te commentariëren. Maar als privatist-generalist, die iedere cassatieadvocaat behoorde (en behoort) te zijn, overzag hij ook de andere deelgebieden van het privaatrecht. En dankzij zijn kennis van en inzicht in de regels inzake de rechtspleging in cassatie begreep hij als geen ander binnen welke cassatietechnische marges de Hoge Raad opereert en welk stempel de concrete procesconstellatie op iedere uitspraak drukt.

De tijd van Veegens is voorbij, in menig opzicht. In de eenentwintigste eeuw geloven wij niet meer in het bestaan van *De Juiste Visie* op uitspraken van de Hoge Raad, laat staan in *De Juiste Visie op Het Recht*. Bovendien is het privaatrecht – evenals de andere rechtsgebieden – zo uitgedijd dat er nog maar weinig privatisten-generalisten bestaan. Zelfs binnen de cassatiebalie, ooit het bolwerk der generalisten, is een zekere mate van specialisatie gegroeid. Ook annotatoren zijn specialisten geworden. Zo zet de *Nederlandse Jurisprudentie* anno 2006 liefst 30 annotatoren in, van wie er 17 het brede terrein van het privaatrecht bestrijken, terwijl *Ars Aequi* beschikt over 22 hoogleraren-annotatoren, onder wie 12 privatisten. Naast deze twee klassiekers is een woud van gespecialiseerde jurisprudentietijdschriften gegroeid, waarbij elk

(1) De eerste druk (1959) en de tweede druk (1971) zijn van de hand van D.J. Veegens; de derde druk (1989) en de vierde druk (2005) zijn van de hand van E. Korthals Altes en H.A. Groen.

tijdschrift prat gaat op een eigen leger annotatoren. Het publiceren en becommentariëren van rechtspraak is *big business* geworden.

Toch is niet alles uit de tijd van Veegens verdwenen. Wat is gebleven – althans niet verloren zou mogen gaan – is de noodzaak om uitspraken van de Hoge Raad te lezen en te verstaan met kennis van zaken. Tot die kennis behoort – naast expertise op het relevante deelgebied van het privaatrecht en liefst ook enige privaatrechtelijk-generalistische bagage – inzicht in de cassatietechnische marges waarbinnen de Hoge Raad opereert en oog voor de wijze waarop de concrete procesconstellatie de uitspraak van de Hoge Raad beïnvloedt. Op laatstgenoemde punten kunnen veel annotatoren nog wat van Veegens leren. Zo lees ik niet zelden annotaties waarin beslissingen van de Hoge Raad onder de loep worden genomen, maar de commentaar en de kritiek een matige kennis van de cassatietechniek en weinig oog voor de processuele context suggereren. Ik geef drie voorbeelden, alledrie gelegen op het terrein van het internationaal privaatrecht, het rechtsgebied waarmee ik mij het nauwst verbonden acht.

2. In een beschikking op het terrein van de kinderalimentatie⁽²⁾, oordeelde de Hoge Raad dat het cassatieberoep gegrond was (beschikking, r.o. 3.3). Vervolgens besloot de Hoge Raad de zaak zelf af te doen (beschikking, r.o. 3.5), waartoe de Hoge Raad op grond van de artikelen 420-423 juncto artikel 429 lid 2 Rv bevoegd was en is. In dit geval dwong de “eigen afdoening” de Hoge Raad ertoe om zich te begeven in het Duitse procesrecht. Annotator Th.M. de Boer bekritiseert deze aanpak van de Hoge Raad en wijst daartoe op (thans) artikel 79 lid 1 aanhef en onder b Wet RO, dat als cassatiegrond noemt “schending van het recht met uitzondering van het recht van vreemde staten”. Hoe kan de Hoge Raad op de voet van artikel 422 Rv “over rechtspunten, waaromtrent nog geen uitspraak is gedaan ... naar bevind van omstandigheden ... een beslissing geven”, als het geval niet wordt beheerst door het Nederlandse recht, maar door buitenlands recht, zo vraagt de annotator zich af. Heeft de Hoge Raad de grenzen van artikel 79 Wet RO verlegd?

Deze kritiek op de aanpak van de Hoge Raad miskent dat artikel 79 Wet RO uitsluitend de cassatiegronden bevat en daarmee de Hoge Raad belet om een uitspraak van een lagere rechter te vernietigen wegens de onjuiste toepassing van buitenlands recht. Heeft de Hoge Raad eenmaal – opererend binnen de marges van artikel 79 Wet RO – een

(2) HR 21 maart 1997 (*L/Raad voor de Kinderbescherming*), NJ 1998, 568 (ThMdB).

uitspraak gecasseerd, en staat hij vervolgens voor de vraag of hij – op de voet van de artikelen 420-423 Rv – het geding zelf zal afdoen dan wel de zaak zal verwijzen, dan is hij niet meer gebonden aan artikel 79 Wet RO. In dit vervolgstadium treedt de Hoge Raad niet langer op als cassatierechter, maar als “gewone” rechter. En voor iedere “gewone” rechter, die op grond van artikel 25 Rv is gehouden ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, nemen het Nederlandse en het buitenlandse recht een gelijkwaardige positie in: ook vreemd recht is recht in de zin van artikel 25 Rv. Zo bezien strookt de aanpak van de Hoge Raad met de regels inzake de rechtspleging in én *na* cassatie.

3. In zijn noot onder het arrest *BUS/Chemconserve c.s.*(3), vraagt dezelfde annotator De Boer zich af waarom de Hoge Raad geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft gesteld over de kwestie of de rechterlijke bevoegdheid bij een vordering tot schadevergoeding, gebaseerd op het onrechtmatig afbreken van onderhandelingen, dient te worden bepaald aan de hand van artikel 5 aanhef en onder 1 EEX (“verbintenissen uit overeenkomst”) dan wel aan de hand van artikel 5 aanhef en onder 3 EEX (“verbintenissen uit onrechtmatige daad”). Het antwoord luidt mijns inziens dat de Hoge Raad heeft geprobeerd het Hof van Justitie, de procespartijen en zichzelf nodeloos werk te besparen.

In dit geval is van belang dat partijen in de procedure voor de rechtbank en het hof louter hadden gedebatteerd over de juiste toepassing van artikel 5 aanhef en onder 3 EEX. In navolging van partijen hadden rechtbank en hof uitsluitend deze bepaling van belang geacht en zich niet uitgelaten over de mogelijke relevantie van artikel 5 aanhef en onder 1 EEX. In cassatie bestreed eiseres tot cassatie BUS het oordeel van het hof dat de Nederlandse rechter op grond van artikel 5 aanhef en onder 3 EEX bevoegd was, waarbij BUS – aldus de Hoge Raad in r.o. 3.3 – “klaarblijkelijk op het voetspoor van het Hof ervan uitgaat dat Chemconserve c.s. een vordering uit onrechtmatige daad hebben ingesteld”. Gegeven deze procesconstellatie kon de Hoge Raad – op grond van zijn vaste rechtspraak over de grenzen van de rechtsstrijd in cassatie (artikel 419 lid 1 Rv) – de beslissing van het hof niet casseren op een andere grond dan door BUS was aangevoerd, dat wil zeggen vanwege een onjuiste of onvoldoende gemotiveerde toepassing van artikel 5 aanhef en onder 3 EEX. Met andere woorden: voor BUS zou een prejudiciële vraag over (de mogelijke relevantie van) artikel 5 aanhef en onder 1 EEX nimmer enig soelaas hebben kunnen bieden.

(3) HR 21 september 2001 (*BUS/Chemconserve c.s.*), NJ 2002, 254 (ThMdB).

Iets anders is dat de Hoge Raad wél had kunnen oordelen dat BUS geen belang had bij haar klachten in cassatie over de toepassing van artikel 5 aanhef en onder 3 EEX, omdat de beslissing van het hof, te weten dat de Nederlandse rechter bevoegdheid toekwam, toch juist was op andere, door de Hoge Raad ambtshalve bijgebrachte gronden. Ten behoeve van dit laatste had de Hoge Raad kunnen grijpen naar artikel 5 aanhef en onder 1 EEX, en in dat verband prejudiciële vragen kunnen stellen. Maar deze omweg van de ambtshalve aanvulling van gronden in cassatie om de bestreden uitspraak te redden, kon de Hoge Raad afsnijden door BUS' klachten in cassatie over de toepassing van artikel 5 aanhef en onder 3 EEX op hun eigen merites te beoordelen en te verwerpen.

Kortom: anders dan de annotator meen ik heel wel te kunnen bevreden waarom de Hoge Raad geen prejudiciële vragen heeft gesteld. Het antwoord op prejudiciële vragen zou in deze zaak nimmer tot cassatie hebben kunnen leiden en slechts een additionele grond voor de verwerping van het cassatieberoep hebben kunnen opleveren. Dat zo zijnde, kan ik billijken dat de Hoge Raad het Hof van Justitie niet heeft ingeschakeld en partijen de tijdrovende en kostbare weg naar Luxemburg heeft bespaard. En de opmerking van de annotator "Omdat de regels betreffende de rechtsmacht van de Nederlandse rechter van openbare orde zijn, had de Hoge Raad, zonder miskenning van art. 419 Rv, op het kwalificatieprobleem kunnen ingaan, ook al hadden partijen, rechtbank en hof er geen punt van gemaakt" miskent dat de Hoge Raad de bestreden uitspraak niet op andere dan de door eiser tot cassatie aangevoerde gronden mag vernietigen, ook niet indien daardoor regels van openbare orde knel raken. Terzijde: de omstandigheid dat het EEX een communautair regime behelst, noopt niet tot een andere aanpak in cassatie – zo leert de uitspraak van het Hof van Justitie in *Van Schijndel*(4).

4. Een van de vele kwesties die IDAT en G verdeeld hielden(5), betrof de vraag welke betekenis de Nederlandse rechter diende toe te kennen aan een uitspraak van een Belgische rechter in een geschil tussen IDAT en CTC. In cassatie voerde IDAT onder meer aan dat het hof in de zaak IDAT/G onvoldoende betekenis had gehecht aan de Belgische uitspraak inzake IDAT/CTC. De eigenaardigheid was dat noch in het

(4) H.v.J. EG 14 december 1995 (C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*), *Jur.* 1995, I-4705, *NJ* 1997, 116 (PJS en HJS). Zie tevens H.v.J. EG 16 maart 2006 (C-234/04, *Kapferer/Schlanck & Schick*), nog niet gepubliceerd.

(5) HR 12 maart 2004 (*IDAT/G*), *NJ* 2004, 284 (PV).

middel van cassatie van IDAT noch in haar schriftelijke toelichting ook maar één woord was gewijd aan het internationaalprivaatrechtelijke aspect van dit geschilpunt – een aspect dat beide partijen ook in de lagere instanties hadden verzuimd aan te snijden. Als “schriftelijk pleiter” voor G zag ik mijn kans schoon om het volgende te bepleiten:

(i) de vraag naar de omvang van het gezag van gewijsde van een Belgische uitspraak in Nederland dient op grond van het EEX en de uitspraak van het Hof van Justitie in *Hoffmann/Krieg*(6) aan de hand van het Belgische recht te worden bepaald;

(ii) in cassatie dient uitgangspunt te zijn – want IDAT betoogt in cassatie immers niet het tegendeel – dat het hof conform de hiervoor genoemde regel van internationaal privaatrecht het Belgische recht heeft toegepast;

(iii) rechtsklachten in cassatie falen: (a) voorzover zij berusten op het Nederlandse recht, omdat dit recht niet van toepassing is, en (b) voorzover zij berusten op het Belgische recht, omdat op grond van artikel 79 lid 1 aanhef en onder b Wet RO in cassatie niet kan worden geklaagd over de onjuiste toepassing van buitenlands recht; en

(iv) motiveringsklachten in cassatie falen, omdat IDAT in de feitelijke instanties niet heeft aangevoerd dat het Belgische recht tot een andere uitkomst dwingt dan die waartoe rechtbank en hof zijn gekomen.

Dit betoog vond genade bij A-G Strikwerda (conclusie, paragraaf 18-22) en de Hoge Raad (arrest, r.o. 3.6) en de desbetreffende klacht van IDAT werd verworpen.

In zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad beperkt annotator P. Vlas zich tot enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in *Hoffmann/Krieg* en werpt hij de vraag op of het Hof van Justitie wellicht ruimte laat voor een uitzondering op de hoofdregel dat de omvang van het gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak wordt bepaald door het recht van de Staat van herkomst van de uitspraak. Hij besluit met de opmerking “Veel doet het er in dit geval niet toe, omdat de rechtsklacht van het cassatiemiddel over de uitleg van het Belgische recht afstuit op art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO”.

Deze woorden doen geen recht aan de zaak. De annotator miskent niet alleen dat IDAT in cassatie nu juist in het geheel níet had geklaagd over de uitleg van het Belgische recht, maar ook welke bijzondere rol het internationaalprivaatrechtelijke aspect in deze procesconstel-

(6) H.v.J. EG 4 februari 1988 (145/86, *Hoffmann/Krieg*), *Jur.* 1988, 645, *NJ* 1990, 209 (JCS).

latie speelde. Dit aspect was door partijen in de feitelijke instanties niet aangeroerd en rechtbank en hof hadden er evenmin bij stilgestaan, maar niettemin legt de Hoge Raad de appelrechter in de mond dat en waarom hij wordt geacht het Belgische recht te hebben toegepast, om vervolgens in cassatie de deur dicht te houden. Het is jammer dat de annotator heeft nagelaten de rechtspraktijk aan de hand van deze zaak voor te houden hoe belangrijk het is om vroegtijdig alert te zijn op dergelijke internationaalprivaatrechtelijke elementen van een ogenschijnlijk zuiver intern-Nederlands geschil.

5. Terug naar *DJV*? Niet voor De Juiste Visie. Ik zie liever dat iedere jurist zijn of haar Eigen Verdedigbare Visie op uitspraken van de Hoge Raad en Het Recht ontwikkelt. Maar ik zou wel willen pleiten voor een beetje meer Veegens waar het gaat om het met-begrip-voor-de-cassatietechniek-en-aandacht-voor-de-concrete-procesconstellatie becommentariëren en bekritisieren van uitspraken van de Hoge Raad.

M.V. POLAK