

HR 28 JUNI 1996
(De Nieuwe Woning/Staat), NJ 1997, 495,
een beloning voor regelgevende rechterlijke samenwerking
in (civiele) zaken

door

Prof. mr. H.J. SNIJDERS(1)

1. De Belgische jurist die aan een Nederlandse collega vraagt binnen enkele seconden de belangrijkste arresten over Nederlands burgerlijk recht te noemen, zal vaststellen dat deze zich haast een lans te breken voor Lindenbaum/Cohen(2), dat de deur openzette voor aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad in de zin van onzorgvuldig handelen naar ongeschreven recht, waarvan de annotator met vooruitziende blik schreef dat ons hoogste rechtscollege zelden een arrest heeft gewezen, „waarvan zoo heilzame invloed op ons rechtsleven mag worden verwacht”. Prompt zou hij daarna Staat/Landelijke Specialistenvereniging(3) en Nieuwe Meer(4) kunnen noemen, waarbij de Hoge Raad ruim baan maakte voor de groepsactie resp. de algemeen-belangactie, die van enorme rechts-politieke en macrostructurele betekenis zijn geweest. Ongetwijfeld had hij ondanks de tijdnood nog snel een paar uitspraken gepreveld die baanbrekend zijn geweest voor de totstandkoming en de rechtsgevolgen van overeenkomsten resp. vorderingen uit onrechtmatige overheidsdaad. Hij was echter niet meer toegekomen aan de thans te behandelen uitspraak: het arrest De Nieuwe Woning tegen de Staat der Nederlanden (DNW/Staat)(5).

DNW/Staat ben ik in het kader van mijn recente studies over het nog relatief jonge verschijnsel van de regelgevende rechterlijke samenwerking in (civiele) zaken gaan beschouwen als een uiterst belangrijke, vooralsnog de belangrijkste grondslag voor de verkrijging van status van recht van regels, die door rechterlijke samenwerking tot

(1) Hoogleraar burgerlijk recht Universiteit Leiden.

(2) HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161 (Molengraaff).

(3) HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360 (MS). In dezelfde zin HR 1 juli 1983 (Staat/Koninklijke Notariële Broederschap), *RvdW* 1983, 131.

(4) HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743 (WHH).

(5) HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 495 (HJS) bevestigd door HR 4 april 1997 (Van Schaik/Verboom), *NJ* 1998, 220 (HJS).

stand zijn gekomen. Het gaat hier om studies voor een studieweekend van de Nederlandse gerechtshoven resp. en met name een symposium te Leiden(6).

2. Er is zo langzamerhand al tamelijk veel over rechterlijke samenwerking geschreven, maar de fundamentele vragen rond dit verschijnsel zijn nog allerminst afdoende beantwoord en ook thans nog niet afdoende te beantwoorden. Intussen komt er steeds meer rechterlijke samenwerking en komt er ook steeds meer rechterlijke samenwerking die niet meer verborgen wordt onder de rechterlijke toga.

Het gaat hier m.i. om de meest actuele, interessante discussie die over rechtsvinding bestaat. Eeuwen lang hebben wij juristen ons bekreund over de mate van vrijheid die de rechter ten opzichte van de wet moet hebben. Oeverloos bespraken wij extremen als *bouche de la loi*(7) en *Freie Rechtsfinder*. Inmiddels beschikken wij over wetgeving die zoveel ruimte laat voor rechtsvinding *intra legem* — de meest essentiële normen in het civiel recht zijn open kwalitatieve normen met normbestanddelen als redelijkheid, zorgvuldigheid, toerekenbaarheid en misbruik en/of open kwantitatieve normen — dat het praktisch gezien bijna altijd mogelijk is zonder schending van de wet een billijke oplossing te vinden(8). De centrale vraag is niet meer hoeveel ruimte de rechter ten opzichte van de wetgever heeft, maar hoe hij die onmetelijke ruimte invult samen met en in verhouding tot zijn rechterlijke collegae met wie hij met inachtneming van de eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid beslissingen dient te geven.

3. In DNW/Staat geeft de Hoge Raad de status van recht aan een regelgevend product van rechterlijke samenwerking dat is vastgesteld door (de algemene vergadering van) een van onze gerechten: het rolreglement van de rechtbank te Den Haag. Dit gebeurt in de context van art. 99 van onze Wet op de Rechterlijke Organisatie (RO), dat cassatie tegen uitspraken van de lagere rechter afgezien van verzuim van vormen slechts toelaat in geval van schending van het recht.

(6) Gepubliceerd in de congresbundel *De Mogelijkheden en Grenzen van Rechterlijke Samenwerking*, PrinsengrachtReeks, Amsterdam 1997/4, 16 e.v. en in bewerkte vorm ook in *NJB* 1997, 1793 e.v. resp. ongeveer tegelijk met deze annotatie te publiceren in de desbetreffende bij Kluwer te Deventer uit te geven symposiumbundel. Beide manifestaties en bundels zijn geheel gewijd aan de rechterlijke samenwerking, inmiddels een centraal thema van onderzoek binnen ons Leidse E.M. Meijers Instituut. Deze annotatie vormt een bewerking van een deel van laatstbedoelde bundelbijdrage.

(7) Mijn Word-spellingscontroleur suggereerde hier van te maken *bonusje de la looi*, wat sympathieker klinkt, maar reeds hierom heb ik deze spellingssuggestie niet overgenomen.

(8) Ik heb dit uitgewerkt in *Trema* 1997, 47 e.v.

4. Het gaat in deze zaak om een toepassing van art. 9a van het Haagse rolreglement in hoger beroep. Geïntimeerde had zijn kans om een memorie van antwoord in te dienen op grond van art. 9a verspeeld volgens de rechtbank. De rechtbank verleent aan appellant desgewenst dan ook „akte van niet-dienen”, hetgeen betekent dat geïntimeerde in hoger beroep de kans ontnomen wordt alsnog schriftelijk standpunt te bepalen in het door appellant ingestelde hoger beroep. Onderdeel 1 van het cassatiemiddel gaat ervan uit dat de desbetreffende rolrichtlijnen zijn aan te merken als recht in de zin van art. 99 RO. De Hoge Raad overweegt hieromtrent:

„3.2 (...) Dit uitgangspunt is juist. De in mei 1987 door de Rechtbank te 's-Gravenhage vastgestelde rolrichtlijnen — afgedrukt in Lever-De Vree, Civiele rolrichtlijnen voor de rechtspraak 95/6, Deventer 1995, p. 83 e.v. — hebben het karakter van door die Rechtbank vastgestelde regels omtrent de uitoefening van haar rolbeleid, welke regels weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar de rechter wel op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging binden, en zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de daarbij betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast. Uit ambtshalve ingewonnen informatie is de Hoge Raad gebleken dat de richtlijnen en de sedert mei 1987 tot stand gebrachte aanpassingen ervan overeenkomstig het onder art. 18 van de richtlijnen bepaalde ter kennis zijn gebracht van alle leden van de Orde van Advocaten bij de Hoge Raad der Nederlanden (zijnde tevens de balie van het arrondissement Den Haag; HJS). Ook aan het vereiste dat de regels behoorlijk zijn bekendgemaakt, is derhalve voldaan.

(...)

3.5 Onderdeel 1 strekt ten betoge dat de rolrechter ter rolle van 12 juli 1994 ten onrechte heeft overwogen dat de zaak overeenkomstig art. 9a) van de rolrichtlijnen was opgebracht en ten onrechte „conform voormelde bepaling in de rolrichtlijnen” akte van niet-dienen heeft verleend.

3.6 Daartoe voert subonderdeel 1.1.3 (...) aan dat uit de brief van de procureur van de Staat van 6 juli 1994 aan de rolrechter, waarin hij deze verzocht de zaak vervroegd op de rol van 12 juli 1994 te plaatsen en De Nieuwe Woning, indien zij niet zou concluderen, akte van niet-dienen te verlenen, niet — zoals art. 9a) eist — blijkt dat van die brief ook een afschrift aan de procureur van De Nieuwe Woning is gezonden. Nu uit deze brief niet blijkt — en ook niet van elders is gebleken — dat een kopie ervan aan de procureur van De Nieuwe

Woning is gezonden, moet ervan worden uitgegaan dat zodanige verzending achterwege is gebleven, ofschoon art. 9a) verzending voorschrijft. Dit voorschrift is van wezenlijke betekenis, omdat ervan moet worden uitgegaan dat de procureur op de hoogte is van de bij zijn rechtbank geldende rolrichtlijnen en zijn correspondent, die in een ander arrondissement werkzaam is, daaromtrent nader zal informeren, zeker indien het daarbij gaat om een onderdeel ervan met zo ingrijpende gevolgen als te dezen art. 9a) aan het niet-concluderen verbindt. Een en ander brengt mede dat de rolrechter art. 9a) van de rolrichtlijnen heeft geschonden door te oordelen dat de zaak overeenkomstig dit artikel was opgebracht, en door akte van niet-dienen te verlenen.” Nu zou men kunnen menen dat deze statusverlening weinig opzienbarend is, nu die slechts procesrechtelijke regels van ondergeschikte betekenis betreft en bovendien geconcentreerd is binnen één gerecht. Van ondergeschikte betekenis is de thans toegepaste regel echter niet gelet op de consequenties uit het oogpunt van hoor en wederhoor (rolbeslissingen van ondergeschikte betekenis zijn volgens vaste rechtspraak in het geheel niet cassabel).

Verder is de beperking tot de rechtbank te Den Haag slechts een toevallige althans voorlopige: inmiddels is in gemeen overleg en decentraal in alle rechtbanken een „Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken” vastgesteld, dat op basis van DNW/Staat zonder meer beschouwd kan en zal worden als recht in de zin van art. 99 RO(9).

Tenslotte wijst niets erop dat de uitspraak slechts op procesrechtelijke rechterlijke regelgeving zou zien. Het gehanteerde argument voor de statusverlening dat het rolreglement de rechter bindt „op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging” is ook toepasbaar op materieelrechtelijke regelgeving van rechterlijke origine. Men denke alleen maar aan het beginsel van de rechtsgelijkheid, dat onder meer ondersteund wordt door art. 1 van onze Grondwet, waarvan ik thans slechts de eerste zin citeer: „Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld”. Deze observatie vraagt mede naar aanleiding van DNW/Staat om uitwerking.

5. Eerst merk ik op dat de draagwijdte van DNW/Staat voor CRR's op het terrein van het gemene burgerlijk recht des te interessanter is nu

(9) Zo ook b.v. H.Ae. UNIKEN VENEMA, *Adv.bl.* 2000, 695 e.v. Het landelijk reglement is onder meer gepubliceerd in de Staatscourant 2000, 124 en tevens op de internetsite www.rechtspraak.nl.

Nederland onder meer op dit terrein inmiddels bol staat van de regelgevende rechterlijke samenwerking. De als collectieve rechtersregeling (hierna ook: *CRR*) aan te duiden producten van die rechterlijke samenwerking blijven ook steeds minder verborgen onder de rechterlijke toga. De naamgeving varieert. Men komt *CRR*'s tegen onder namen als reglementen, richtlijnen, formules en (alimentatie)normen. Er wordt ook wel onder invloed van het bestuursrecht gesproken van beleidsregels. De term „beleidsregels” roept teveel associaties op met producten van bestuurlijke autoriteiten; het gaat niet om het voeren van bestuurlijk beleid en ook niet om rechters die dit beleid uitvoeren(10). De term „normen” dekt ongetwijfeld een deel van de producten van regelgevende rechterlijke samenwerking, maar suggereert voor een ander deel van die producten toch meer rechtsstatus dan wordt beoogd.

Gemeen hebben al deze figuren het karakter van min of meer als bindend bedoelde regelgeving van rechterszijde — niet noodzakelijkerwijze rechtspraakzijde — ter invulling van bestaand recht, die bedoeld is invloed uit te oefenen op de rechtspraak van een of meer groepen van rechters, ook die van andere rechters dan de personen die de regeling hebben geïnitieerd.

Zo kennen wij naast rolreglementen de zogenaamde Recofa-aanbevelingen(11) voor de behandeling van verzoeken tot schuldsanering van natuurlijke personen (b.v. met betrekking tot de eis van goede trouw van verzoeker) en richtlijnen voor de behandeling van faillissementen, die ontwikkeld zijn onder auspiciën van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR). Wij kennen de kantonrechtersformule voor de berekening van vergoedingen voor werknemers als hun arbeidsovereenkomst zonder dringende reden wordt beëindigd, die door de Kring van Kantonrechters is vastgesteld. Wij kennen voorts b.v. de NVvR-alimentatienormen voor de berekening van uitkeringen tot levensonderhoud bij scheiding. En dan spreek ik nog slechts over landelijke *CRR*'s. Men denke b.v. ook aan (nadere) *CRR*'s voor de berekening van alimentaties binnen het ressort van een hof(12).

(10) Zoals E.A. ALKEMA, *NJB* 2000, 1058 doet.

(11) Genoemd naar de desbetreffende werkgroep van rechters-commissarissen in faillissementszaken onder auspiciën van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak.

(12) Andere inmiddels al weer aan te vullen voorbeelden ook buiten het burgerlijk recht verschaft de ongepubliceerde Enquête Rechterlijke Samenwerking, die mr. P. Ingelse c.s. met het oog op het studieweekend van de Nederlandse gerechtshoven in 1997 afnamen.

6. De paradoxale situatie doet zich nu voor dat daar waar men over een CRR beschikt, de rechtsongelijkheid nog manifester wordt als die CRR vervolgens door rechters verschillend wordt uitgelegd en toegepast of door een deel der rechters niet en door een ander deel der rechters wel wordt toegepast. Men zou voor dit soort gevallen kunnen overwegen de mogelijkheid te scheppen van een prejudiciële vraag omtrent de uitleg aan de Hoge Raad, dit afgezien van — zoals het in de context van het EG-verdrag heet — *actes clairs* en *actes éclairés*. Dit lijkt een betere oplossing dan een beroepsrecht voor rechters bij de Hoge Raad, dat hen zou plaatsen in een positie van procespartij, zoals bepleit door de van regeringswege ingestelde Commissie Leemhuis en daarna door velen bekritiseerd(13). Wel veronderstelt deze suggestie dat wij hier in beginsel te maken hebben met recht in de zin van art. 99 RO en zo simpel is het niet altijd.

Tijdens het genoemde studieweekend voor de gerechtshoven heeft de toenmalige president van de Hoge Raad, (inmiddels wijlen) mr. S.K. Martens, geadstrueerd dat het mede afhankelijk is van de hoedanigheid van de bron van de CRR, of deze als recht in de zin van art. 99 RO valt te beschouwen. Deze bron dient een bevoegd orgaan te zijn, een eis die niet met zoveel woorden valt te vinden in DNW/Staat, maar wel in de rechtspraak waarop deze berust, al ging het daarbij telkens om een bestuursorgaan. De Kring van Kantonrechters is geen bevoegd orgaan in de zin van DNW/Staat en hun Aanbevelingen — ook al schrijven wij die met een hoofdletter — zijn dan ook geen recht in de zin van art. 99 RO. Hetzelfde geldt voor de alimentatienormen en de NVvR-faillissementsrichtlijnen. Rolreglementen van gerechten, die afkomstig zijn van de algemene vergadering van het gerecht of van een door deze vergadering gemandateerd gremium of een door haar gemandateerd persoon, zijn daarentegen zo blijkt uit DNW/Staat — wel recht in de zin van art. 99 RO. Bevoegd orgaan kan in beginsel ook zijn een gremium van gemandateerde vertegenwoordigers uit de gerechten(14).

(13) O.m. door A.F.M. BRENNINKMEIJER, *NJB* 1998, 395, H.F.M. HOFHUIS, *Trema* 1998, 23, J.M. POLAK, *NJB* 1998, 665 en — zo begrijp ik de laatste — kennelijk ook H. FRANKEN in de NJB-salon van 6 maart 1998.

(14) Zie voor dit alles Martens in de genoemde symposiumbundel in de PrinsengrachtReeks, 16 e.v. en voorts b.v. Burg. Rv (E. Korthals Altes), Boek I, titel 11; art. 99 RO, aant. 6, een en ander onder verwijzing naar uitspraken als HR 11 oktober 1985 (Stenekes/Staat), *NJ* 1986, 322 (MS/G) inzake een sloopregeling, HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 (MS) over een leidraad administratieve boeten van de fiscus en HR 29 juni 1990 (Boadu/Staat), *NJ* 1991, 120 over een vreemdelingencirculaire.

Het is niet zeker of de orgaan-eis in toekomstige HR-jurisprudentie blijft staan⁽¹⁵⁾. Ik heb de neiging dit wel te bepleiten. Publiekrechtelijke bezwaren tegen door privaatrechtelijke verenigingen geïnitieerde, als algemeen verbindend recht toe te passen regelingen nog daar gelaten, kan men van de Hoge Raad moeilijk verwachten dat deze uitvoerig onderzoek doet naar de waarborgen waarmee een regeling tot stand is gekomen en zou deze voorts een op zichzelf goede regeling in de kiem kunnen smoren, omdat de wijze van totstandkoming niet deugt.

Naast die eis van een bevoegd orgaan gelden nog andere wel uitdrukkelijk in DNW/Staat vermelde voorwaarden, die de aandacht vragen: de eis van regels die „zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de daarbij betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast” en de eis dat die regels „behoorlijk zijn bekendgemaakt”.

Gelet op de verschillende soorten rechterlijke samenwerking en hun producten, zal ook voor die laatstbedoelde twee eisen van CRR tot CRR bezien moeten worden of zij hieraan voldoen. Heel vrijblijvend geformuleerde aanbevelingen kunnen reeds gezien dat vrijblijvende karakter buiten het keurmerk van art. 99 RO vallen. Publicatie in een syllabus voor een cursus⁽¹⁶⁾ is ontoereikend. Men kan aarzelen ten aanzien van een publicatie in de rubriek *www.rechtspraak.nl*. Is die vooralsnog ook ontoereikend of geldt zij zo langzamerhand als een behoorlijke bekendmaking in de zin van de HR-rechtspraak op art. 99 RO? Ik denk dat die site beter gelezen wordt, althans toegankelijker is, dan de folio-uitgave van de Staatscourant. Beter lijkt het om toe te gaan naar een publicatiestelsel dat beide vormen van publicatie — in folio en elektronisch — cumulatief voorschrijft.

7. Voor zover een CRR geen recht is in de zin van art. 99 RO, blijkt overigens toch nog enige toetsing in cassatie mogelijk en dit op minstens één zo niet twee verschillende wijzen.

De feitelijke rechter kan vooreerst een dergelijke CRR zodanig toepassen dat de Hoge Raad zijn beslissing vernietigt wegens een motiveeringsgebrek of omdat zij blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting⁽¹⁷⁾, aldus ook al Martens t.a.p. Tenslotte gaat het hier steeds om een rechterlijke regeling binnen de grenzen van het bestaande, geschreven en ongeschreven recht, zoals dat kenbaar is uit wetgeving en

(15) MARTENS, *t.a.p.*, 19.

(16) Vgl. mijn noot onder HR 26 februari 1999 (*Ajax/Reule*), *NJ* 1999, 717 (HJS), waarover dadelijk meer.

(17) Zie ook hiervoor de bronnen die vermeld worden in de vorige noot.

rechtspraak. Die toets moet een beslissing houdende toepassing van een CRR steeds aan kunnen en die toetsing behoort ongeacht de status van de CRR ten opzichte van art. 99 RO wel degelijk tot de gewone taak van de Hoge Raad.

Is nu ook het omgekeerde mogelijk? De feitelijke rechter past een bepaalde regel uit een CRR, die geen recht is in de zin van art. 99 RO, niet toe. De Hoge Raad acht het negeren van die CRR-regel onbegrijpelijk of oordeelt dat die CRR-regel rechtens juist is en dat de rechterlijke beslissing die hiermee overeenkomt of strijdig is dus rechtens ook als juist resp. onjuist valt aan te merken?

Om het negeren van een CRR-regel die geen recht in de zin van art. 99 RO is, als een motiveringsgebrek aan te merken, dat lijkt in het algemeen te ver te gaan. Maar als een procespartij zich beroept op die regel en stelt dat die regel ook het toepasselijk recht weergeeft en dit beroep is van wezenlijk belang voor de afdoening van de zaak, dan zou er wel eens sprake kunnen zijn van het passeren van een essentiële stelling van een der partijen.

Mogelijk lijkt ook dat de Hoge Raad een CRR-regel rechtens juist acht en dat hij de rechterlijke beslissing die hiermee overeenkomt of strijdig is dus rechtens ook als juist resp. onjuist aanmerkt. Sterker nog, dit komt al herhaaldelijk voor, zij het niet uitdrukkelijk.

Een voorbeeld vormt het arrest Ajax/Reule(18), waarin de Hoge Raad overweegt ten aanzien van de regel van art. 700 lid 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat binnen een bepaalde termijn na een conservatoir beslag een eis in de hoofdzaak dient te worden ingesteld:

„De strekking van het conservatoire beslag (...) levert een toereikende rechtvaardiging op voor de door de wetstekst niet uitgesloten en inmiddels in de rechtspraak van kort geding rechters in eerste aanleg gangbaar geworden opvatting dat ook een vordering in kort geding, strekkende tot een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot voldoening aan de vordering waarvoor het conservatoir beslag is gelegd, kan gelden als eis in de hoofdzaak in de zin van art. 700 lid 3”.

Wie het empirisch bewijs van die gangbaarheid zou willen leveren, krijgt het vermoedelijk niet zo gemakkelijk. Waar de Hoge Raad mogelijk op doelt, is de afspraak van de presidenten van de rechtbank om art. 700 lid 3 Rv zo en niet anders uit te leggen. Het gaat hier om een intern „Overzicht van aanbevelingen en beleidsbesluiten van de vergadering van rechtbankpresidenten met betrekking tot het verlot tot conservatoire beslaglegging, gerechtelijke bewaring, plaatsing op

(18) HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 717 (HJS).

de grijze lijst en te volgen oproepingsprocedures”, meer i.h.b. art. 6 van dit overzicht.

Een ander voorbeeld vormt het Rivierenlandarrest(19) over de verkorte registratieprocedure voor de stille verpanding van vorderingen op naam, dat impliciet regionale RC-richtlijnen tot aanvaarding van die verkorte registratieprocedure ondersteunt en regionale RC-richtlijnen tot verwerping daarvan in de ban doet.

Nog een ander voorbeeld zou een schuldsaneringsarrest van mei 2000 kunnen zijn(20) (PvS), dat zich laat interpreteren als impliciete ondersteuning van een van de reeds genoemde Recofa-aanbevelingen. Het gaat hier om de aanbeveling dat een verzoek tot schuldsanering niet behoeft te worden afgewezen wegens fraude en daaruit blijkende aannemelijkheid van afwezigheid van goede trouw, indien zekere tijd-uitgangspunt: vijf jaar- is verstreken na ontdekking van dit misdrijf.

8. Dat de regelgevende rechterlijke samenwerking niet alleen bijval krijgt, maar ook tal van deels fundamentele vragen heeft opgeroepen, is evident. Ik moet mij bedwingen hier thans slechts enkele woorden aan te wijden(21).

Empirisch gezien lijkt het pleit in het fundamentele geschil tussen met name de rechtsgelijkheid als eisende partij en de individuele rechterlijke onafhankelijkheid als gedaagde ten gunste van de eerste te zijn beslecht. Natuurlijk is van velerlei zijde en terecht de betekenis van de individuele onafhankelijkheid van de rechter als essentieel element van de onafhankelijkheid in het algemeen onderstreept en dan doel ik niet alleen op diens onbetwiste rechtspositionele onafhankelijkheid maar ook en in de eerste plaats op diens functionele onafhankelijkheid. Ook de Europese mensenrechtenjurisprudentie geeft aanwijzingen voor de gelding van die eis van individuele onafhankelijkheid(22). Aan die eis van individuele, functionele onafhankelijkheid van de rechter wordt echter een natuurlijk halt toegeroepen door het recht zelf: de individuele rechter, die geen boodschap heeft aan wat zijn rechterlijke collegae beslissen, neemt welbewust het risico aldus *contra precedentem* te beslissen. Zo waant hij zich onafhankelijk van het recht. Deze attitude lijkt met alle respect voor de mogelijkheid van

(19) HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447 (WMK).

(20) HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 567 (PvS), *Bb* 2000, 225 (G.H. Lankhorst) met een commentaar van B. WESSELS, *NJB* 2000, 1778 e.v.

(21) Zie nader o.m. de reeds genoemde symposiumbundels.

(22) Zie b.v. E.H.R.M. 30 november 1987, Series A vol. 127-B, § 51.

incidentele, gelegitimeerde afwijkingen van eerdere rechtspraak als die van een meubelmaker die zijn meubilair van papier bouwt.

Tot op zekere hoogte bindende kracht van CRR's kan, afgezien van de mogelijkheid van status als recht in de zin van art. 99 RO, dus gezocht worden in een soort, nog nader theoretisch te funderen precedentwerking, waarbij valt te denken aan minstens twee typen doorwerking: samenstelling van CRR's op basis van precedenteren — vgl. de Amerikaanse restatements(23) — resp. refereert aan CRR's in rechterlijke uitspraken die zelf weer precedenteren zijn. Een van de aio's, die het Leidse facultaire project Rechterlijke samenwerking gaat sieren, zal juist dit aspect van het probleem gaan onderzoeken. Zonder al te veel op dat onderzoek vooruit te lopen, wil ik er enkele opmerkingen over maken. Natuurlijk is hier nog veel werk aan de winkel. Men bedenke slechts dat Engeland, de bakermat van het precedentenstelsel, zelfs nog worstelt met de precedentwerking van *obiter dicta* in rechterlijke uitspraken om over de precedentwerking van op afzonderlijke rechterlijke uitspraken berustende regels, die gegeneerd zijn door gremia van gerechten, overlegverbanden en kringen van rechters nog maar te zwijgen.

Problematisch behoeft niet te zijn dat de precedenteren, die de binding aan een CRR kunnen legitimeren, vaak van een rechter afkomstig zullen zijn die een zelfde hiërarchische positie heeft in de rechterlijke organisatie als degene die het precedent zou moeten volgen. Vrijwel algemeen aanvaard is dat precedenteren van een rechter van hetzelfde hiërarchisch niveau ook (voorwaardelijk) binden(24).

Nader onderzoek moge geboden zijn maar intussen gaat de rechterlijke samenwerking door. Wetgeving ter regeling van het probleem van de bevoegdheid, gebondenheid en afwijkingstolerantie, maar ook ten aanzien van kwesties als wijze van totstandkoming, publicatie, evaluatie en wijziging is geboden. Gelukkig kunnen rechters nu al bij toepassing en niet-toepassing van een CRR vaak gecorrigeerd worden door de cassatierechter.

9. Tegelijkertijd rijst de vraag of de Nederlandse rechters zich wel (grotendeels) aan die CRR's houden. De indruk moge bestaan dat dit

(23) Ter illustratie zij verwezen naar de „aanbeveling” die B. WESSELS, *NJB* 2000, 1784 formuleert op basis van 63 rechterlijke uitspraken inzake art. 288 lid 2 Fw ten aanzien van de invulling van de eis van goede trouw van de schuldenaar die een verzoek tot schuldsanering doet.

(24) Zie nader b.v. *Retropatie, a.w.*, 29-30 en de daar aangehaalde schrijvers zoals J. DRION, KOTTENHAGEN en D'OLIVEIRA met verdere vindplaatsen.

het geval is, maar hoe dan te denken over de uitspraak van een kantonrechter te Sittard(25), die een beroep van werknemster op de kantonrechtersformule voor de berekening van werknemersvergoedingen bij het zonder dringende redenen beëindigen van arbeidsovereenkomsten verwerpt met de overweging:

„Deze aanbeveling is (...) geen recht in de zin van art. 99 RO en voor zover relevant: evenmin is gesteld of gebleken dat de kantonrechters c.q. de kantonrechter te Sittard zich aan deze richtlijn hebben gehouden”.

Deze uitspraak lijkt een *rara avis* te vormen in de rechterlijke ornithologie (men bedenke hierbij dat hoger beroep en cassatie tegen beschikkingen als deze op grond van art. 7:685 BW uitgesloten zijn). Ook onder meer uit het oogpunt van het bewijsrecht en dat van de verwachtingen van justitiabelen doet zij vragen rijzen(26). Tegelijkertijd illustreert zij dat zelfs de tegen CRR's revolterende rechter zich gebonden acht aan CRR's die ingevolge (met name) DNW/Staat te beschouwen zijn als recht in de zin van art. 99 RO. Het arrest DNW/Staat is, voorwaar, een uiterst belangrijke uitspraak, *quod erat demonstrandum*.

(25) Ktr. Sittard 27 maart 2000, *Prg.* 2000, 5467.

(26) Waarover nader mijn bijdrage aan de vorenbedoelde Leidse symposiumbundel m.n. aan het begin en aan het slot.