

De Hoge Raad in dialoog

Loth, M.A.

Document version:
Peer reviewed version

Publication date:
2014

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Loth, M. A. (2014). *De Hoge Raad in dialoog: Over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde*. Tilburg University.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

[COVER]

**De Hoge Raad in dialoog;
over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde**

Rede, uitgesproken door Prof. mr. Marc Loth

Prof. mr. M.A. Loth (1956) is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het aansprakelijkheidsrecht, aan Tilburg University. Daarvoor was hij van 2009 tot 2014 raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden. Van 1997 tot 2004 was hij verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam als hoogleraar Inleiding tot de rechtswetenschap en Rechtstheorie, en als decaan van Erasmus School of Law. Daarvoor was hij afwisselend werkzaam aan de Universiteit (Tilburg, Leiden), en in de Rechtspraak (Den Haag, Curaçao). Hij studeerde Nederlands recht in Nijmegen en promoveerde in 1988 in Leiden op een rechtstheoretische studie naar de gronden van aansprakelijkheid.

De Hoge Raad in dialoog

Over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde

Marc Loth

Rede

in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het aansprakelijkheidsrecht, aan Tilburg University op 5 september 2014 door M.A. Loth.

© Marc Loth, 2014

ISBN:

.....

Inhoud

De Hoge Raad in dialoog

1. Inleiding
2. Legitimiteit: een strategische Hoge Raad

Intermezzo: een gemiste dialoog

3. Kwaliteit: een communicatieve Hoge Raad

Intermezzo: een ontwikkelde dialoog

4. Organisatie: een lerende Hoge Raad

Intermezzo: een omgekeerde dialoog

5. Een onderzoeksagenda
6. Slotwoord

[OKERGELE LINKERPAGINA]

1

Inleiding

Vorig jaar oordeelde de Hoge Raad over een zaak waarin de vraag aan de orde was of het op de markt brengen van de eetkamerstoel “Beat” inbreuk maakt op de auteursrechten op de fauteuil “Charly” en de eetkamerstoel “Chaplin”.¹ De Advocaat-Generaal opende zijn conclusie met de constatering dat het antwoord afhankelijk is van de wisselwerking tussen vier rechtsordes: de auteursrechtelijke Unie geschapen door de Berner Conventie, de Europese Unie, de Benelux-Unie en het nationale auteursrecht.² De zaak resulteerde in een prejudiciële verwijzing naar het Benelux gerechtshof, dat mogelijkerwijs op zijn beurt vragen zal stellen aan het HvJEU.

Deze zaak is tekenend voor het soort zaken dat aan de Hoge Raad wordt voorgelegd en voor de veranderingen in het juridische landschap waarin hij zijn werk doet. Dat landschap wordt in toenemende mate gekenmerkt door een verscheidenheid aan rechtsordes, verdragen en regimes – veelal met eigen instellingen voor het maken, toepassen en interpreteren van normen – die wederzijds op elkaar inwerken. In deze globaliserende rechtsorde schieten traditionele onderscheidingen als die tussen nationaal en internationaal recht in beschrijvend opzicht ten enen male tekort.³ Talloze hybride vormen en tussencategorieën, veelal samengevat onder de benaming “transnationaal recht”, verstoren dit overzichtelijke beeld. Transnationaal recht wordt veelal niet (uitsluitend) gedefinieerd door territoriale, maar (ook) door functionele maatstaven; zijn gezag is niet universeel en exclusief, maar beperkt en gedeeld. Dat geldt bijvoorbeeld voor het recht van de Europese Unie, dat hier centraal zal staan.⁴ De vanzelfsprekende band tussen recht en staat is daarmee verbroken en voor zover wij hier te lande nog willen spreken van één rechtsorde, kan dat alleen bij de gratie van de erkenning van haar gelaagde structuur.⁵

Vanmiddag wil ik onderzoeken wat dit betekent voor het werk van de Hoge Raad. Wat houdt de rechtsvorming door de hoogste nationale rechter in een dergelijke gelaagde rechtsorde in?

¹ HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1881 (*Montis II*).

² Conclusie AG Langemeijer 9 augustus 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1864.

³ Anne-Marie Slaughter, ‘A typology of transjudicial communication’, in: *University of Richmond Law Review* (29) 1994, p. 99-137, met name p. 134.

⁴ Het gaat hier dus voornamelijk om recht van bovenationale oorsprong met gelding in het nationale rechtssysteem, en derhalve niet om bronnen die niet in een formele verbinding met het nationale rechtssysteem staan (zoals internationale “soft law”).

⁵ Kaarlo Tuori, ‘Towards a theory of transnational law’, unpublished paper Helsinki 26 augustus 2010. Zie ook Roger Cotterrell, ‘What is transnational law?’, in: *Law & Social Inquiry* (37) 2012, issue no. 2, Robert Wai, ‘The interlegality of transnational private law’, in: *Law & Contemporary problems* (71) 2008, p. 107-127, en Gralf-Peter Calliess and Peer Zumbansen, *Rough consensus and running code, a theory of transnational private law*, Oxford: Hart Publishing 2012. Ik realiseer mij dat op het beeld van “gelaagdheid” ook iets valt af te dingen, maar voor de hier besproken verhouding tussen EU-recht en nationaal recht is het passend.

Waarin verschilt het van het vertrouwde beeld van de Hoge Raad als hoogste rechter in onze nationale rechtsorde?⁶ Het stellen van deze vragen berust op de veronderstelling dat de aangeduide veranderingen in het juridische landschap het werk van de Hoge Raad wezenlijk veranderen, en dat de consequenties daarvan nog niet voldoende doordacht zijn. In een poging daartoe bij te dragen, zal ik achtereenvolgens drie deelthema's onderzoeken. Het eerste betreft de vraag naar de legitimiteit van de Hoge Raad; wanneer hij zijn vanzelfsprekende positie aan de top van de nationale rechterlijke organisatie verliest, verdient de vraag naar zijn positie en rol heroverdenking. Het tweede deelthema betreft de kwaliteit van het werk van de Hoge Raad; wanneer zijn taken helder zijn, rijst de vraag hoe hij die taken optimaal kan vervullen. Ten slotte rijst de vraag naar de organisatie van de Hoge Raad; als wij weten wat zijn rol is en hoe hij die moet vervullen, dienen wij de vraag onder ogen te zien of hij daartoe voldoende is toegerust.⁷ De bespreking van deze thema's wordt afgewisseld door korte intermezzi, waarin voorbeelden van rechterlijke dialogen worden gegeven: een gemiste dialoog, een ontwikkelde dialoog, en een omgekeerde dialoog.

Vooraf nog dit. De vragen die ik aansnijdt kunnen vanuit verschillende perspectieven worden onderzocht. Vanuit het externe perspectief van de toeschouwer gaat de aandacht uit naar een beter inzicht in de positie van hoogste rechters als de Hoge Raad in een globaliserende rechtsorde.⁸ Vanuit het interne perspectief van de deelnemer daarentegen trekken vooral de noodzakelijke veranderingen in het dagelijkse werk de aandacht. Ik zal vanmiddag de vrijheid nemen om van perspectief te wisselen, zoals ik dat ook in mijn loopbaan heb gedaan. Dat zal mij er niet van weerhouden om ten aanzien van elk van de onderscheiden deelthema's positie te kiezen, zodat mijn betoog kan worden begrepen als een bijdrage aan de ontwikkeling van een strategische, communicatieve, en lerende Hoge Raad. Ten slotte zal ik ingaan op de vraag wat dit betekent voor mijn onderzoeksagenda voor de komende jaren.

⁶ Ik beperk mij hier tot de consequenties voor de Hoge Raad, meer in het bijzonder in relatie tot het HvJEU. Ik laat derhalve de consequenties voor andere hoogste nationale rechters buiten beschouwing, hoewel veel van wat hier wordt geschreven mutatis mutandis van betekenis is voor andere hoogste nationale rechters.

⁷ Deze vragen wijzen op een analyse "van buiten naar binnen"; veranderingen in de omgeving nopen tot heroverweging van het werk, die op haar beurt ertoe dwingt de interne organisatie onder ogen te zien.

⁸ Vgl. *Highest courts and the internationalisation of law, challenges and changes*, A.S. Muller and M.A. Loth (eds.), The Hague: Hague Academic Press 2009, *Highest courts and globalisation*, Sam Muller and Sidney Richards (eds.), The Hague: Hague Academic Press 2010, en E. Mak, *Judicial decision-making in a globalized world, a comparative analysis of the changing practices of Western highest courts*, Oxford: Hart Publishing 2013.

[OKERGELE LINKERPAGINA]

2

Legitimiteit: een strategische Hoge Raad

Zolang de Hoge Raad een positie innam aan de top van onze nationale rechterlijke organisatie, was zijn legitimiteit vanzelfsprekend. Nu hij functioneert als een spin in het web van vele rechtsordes, is dat niet langer het geval. Dat wordt duidelijk bij het onderzoek naar de twee deelvragen waartoe de legitimiteitskwesitie aanleiding geeft. De eerste is de vraag naar de kerntaken van de Hoge Raad (waartoe is hij op aarde?), de tweede is de vraag naar de vervulling van zijn kerntaken (hoe maakt hij dat bestaansrecht waar?).

Over de (eerste) vraag naar de kerntaken van de Hoge Raad zijn wij geneigd gemakkelijk heen te stappen omdat zij ongewijzigd lijken te zijn gebleven: het dienen van de rechtsvorming, rechtseenheid en rechtsbescherming. Deze schijn bedriegt. Voor de rechtsvormende taak is dat nog het meest evident. Het gebruik van rechtsbronnen van transnationale herkomst door de Hoge Raad vergroot niet alleen zijn rechtsvormende betekenis ten opzichte van de nationale wetgever, maar geeft zijn uitspraken een nieuwe dimensie; zij dragen bij aan de ontwikkeling van meer dan één rechtsorde. Dit wordt geïllustreerd door een recent arrest van de Hoge Raad in de zaak van *Bitaraf c.s. tegen de Staat*.⁹ De eisers waren ingezetenen met een Iraanse nationaliteit. Hun betoog kwam erop neer dat de maatregelen die de Staat ter uitvoering van VN-resolutie 1737 ter voorkoming van de verspreiding van proliferatiegevoelige kennis had genomen in de Sanctieregeling Iran 2007 discriminatoir waren, aangezien zij een ongerechtvaardigd onderscheid maakten naar nationaliteit. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van de Staat aan de hand van een normatief kader dat voortbouwt op de uitspraken van het HvJEU in de zaken *Kadi* en *El Bakaraat*, en die van het EHRM in de zaak *Nada/Zwitserland*.¹⁰ Die uitspraak is daarom van betekenis voor meerdere rechtsordes.

Ook de taak van het dienen van de rechtseenheid verandert in een gelaagde rechtsorde van betekenis. Zolang de horizon zich beperkt tot de nationale rechtsorde, betekent rechtseenheid de uniforme toepassing en uitleg van het recht, zoals gewaarborgd door één hoogste rechter.¹¹ Maar zodra het blikveld wordt verruimd tot de gelaagde rechtsorde waarin wij leven, krijgt rechtseenheid een extra dimensie en vereist zij dat coherentie wordt gebracht tussen

⁹ HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8351, NJ 2013/411 (*Bitaraf c.s./Staat*).

¹⁰ HvJEU 8 september 2008, zaken C-402/405 en C-415/05P, ECLI:NL:XX:2008:BF7850, NJ 2009/38 en EHRM 12 september 2012, nr. 10583/08, LJN BY2785. Zie verder hierna het Intermezzo: een ontwikkelde dialoog.

¹¹ Zie M. Scheltema, 'The changing role of highest courts: concluding observations', in: *Highest courts and the internationalisation of law, challenges and changes*, A.S. Muller and M.A. Loth (eds.), The Hague: Hague Academic Press 2009, p. 191.

conflicterende normen van diverse herkomst.¹² Die coherentie wordt door Patrick Glenn vergeleken met de eenheid van een symfonie, verrijkt met een verscheidenheid aan instrumenten, tonen en noten.¹³ Met dat beeld brengt hij tot uitdrukking dat rechtseenheid en rechtspluralisme in een gelaagde rechtsorde complementair zijn. In de eerdergenoemde zaak Bitaraf c.s. tegen de Staat bijvoorbeeld, ging het om de coherentie tussen de VN-Resolutie 1737, de ter uitvoering daarvan ingevoerde Sanctieregeling Iran 2007, en het in de Grondwet en diverse verdragen neergelegde gelijkheidsbeginsel. De wijze waarop de Hoge Raad de verschillende normatieve gezichtspunten tot één normatief kader heeft gesmeed, brengt voor dit geval coherentie tussen conflicterende normen uit verschillende rechtsordes.

Ten slotte heeft ook de rechtsbescherming in een gelaagde rechtsorde een extra dimensie. Burgers accepteren niet dat zij niet dezelfde bescherming genieten zodra zij de landsgrenzen overschrijden, met name waar het grondrechten- en mensenrechten betreft.¹⁴ Jeremy Waldron heeft betoogd dat er een verplichting bestaat om gelijke gevallen gelijk te behandelen, “not only in each country but throughout the world.”¹⁵ Die verplichting rust volgens hem op het principe van “fairness”. Bitaraf en de zijnen wensten niet te worden achtergesteld ten opzichte van andere Nederlanders in de toegang tot locaties of kennis met een proliferatiegevoelig karakter. Kadi en El Bakaraat riepen met succes grondrechten in tegen de bevrozing van hun financiële tegoeden en Nada verzette zich tegen de beperking van zijn vrijheid om zich over de landsgrenzen te begeven voor medische behandeling. Dit is de rechtsbescherming van de 21^e eeuw: grondrechtenbescherming voor Bitaraf, Kadi en Nada.

De kerntaken van de Hoge Raad zijn dus veranderd; wat betekent dat voor de wijze waarop hij die taken vervult (onze tweede vraag)? Als het voorgaande iets duidelijk maakt, dan is het wel dat de genoemde kerntaken niet langer een aangelegenheid zijn van de Hoge Raad alleen, maar van de deelname in een proces van transnationale rechtsvorming met vele andere nationale en

¹² Met als bijzonderheid dat de verantwoordelijkheid voor rechtseenheid niet langer bij één institutie rust (zie J.M. Smits, ‘The complexity of transnational law: coherence and fragmentation of private law’, *Electronic Journal of Comparative Law* (14) 2010, issue 3, p. 12).

¹³ H. Patrick Glenn, ‘Accommodating unity’, in: *Highest courts and globalisation*, Sam Muller and Sidney Richards (eds.), The Hague: Hague Academic Press 2010, p. 97.

¹⁴ M. Scheltema, ‘The changing role of highest courts: concluding observations’, in: Muller & Loth (eds.), *Highest courts and the internationalization of law; challenges and changes*, The Hague: Hague academic press 2009, p. 190.

¹⁵ J. Waldron, ‘Treating like cases alike in the world: the theoretical basis of the demand for legal unity’, in: *Highest courts and globalisation*, S. Muller and S. Richards (eds.), The Hague: Hague Academic Press 2010, p. 105.

supranationale rechters. Een hoogste nationale rechter als de Hoge Raad neemt tegelijkertijd deel in verscheidene “judicial dialogues”, met supranationale rechters, met andere hoogste rechters, maar ook met de nationale feitenrechtspraak.¹⁶ Met deze constatering wil ik niet ontkennen dat de relaties van de Hoge Raad tot andere rechters ook formele aspecten hebben – van hiërarchische dan wel andere aard – maar slechts tot uitdrukking brengen dat die formele aspecten deel uitmaken van een bredere relatie.¹⁷ De meerwaarde van de notie van een rechterlijke dialoog schuilt juist in de mogelijkheid de relatie tussen de formele en andere aspecten te conceptualiseren. Daarbij vind ik het behulpzaam als uitgangspunt te nemen dat rechterlijke dialogen, zoals de meeste andere dialogen, een coöperatieve en een competitieve dimensie hebben.¹⁸ De dialoog is coöperatief, in zoverre zij is gericht op samenwerking voor een gemeenschappelijk resultaat. Zij is competitief, in zoverre zij is gericht op de realisering van de eigen doeleinden, desnoods ten koste van die van de gesprekspartner. Ook in de dialogen van de hoogste rechters met het HvJEU blijkt soms het coöperatieve aspect te overheersen, en dan weer het competitieve aspect, afhankelijk van onder meer het soort hof, de constitutionele traditie, en de gemaakte keuzes.¹⁹

Daarbij dient te worden onderscheiden tussen de constitutionele hoven en andere hoogste rechters zoals cassatierechters. Constitutionele hoven zijn, in hun streven de eigen constitutie en het soevereiniteitsbeginsel te beschermen, eerder geneigd tot een competitieve opstelling. Het HvJEU heeft op zijn beurt de suprematie van het EU-recht en zijn leidende rol in de uniforme uitleg daarvan veiliggesteld.²⁰ Hoewel over en weer schoten voor de boeg zijn afgevuurd, is het

¹⁶ Voor een helder overzicht van de literatuur over “judicial dialogues” verwijs ik naar Anne Meuwese, Marnix Snel, ‘Constitutional dialogue’: an overview, in: *Utrecht Law Review*, (9) 2013, p. 123-140. Voor de verschillende netwerken waarin de Hoge Raad functioneert verwijs ik naar Jan Vranken, ‘Taken van de Hoge Raad en zijn parket in 2025’, in: *De Hoge Raad in 2025, contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, A.M. Hol, I. Giessen, F.G.H. Kristen (red.), Bju: Den Haag 2011, p. 33 – 51. Ik richt mij hier voornamelijk op de dialoog van de Hoge Raad met het HvJEU, en derhalve niet die tussen hoogste nationale rechters onderling.

¹⁷ C.W.A. Timmermans, ‘Voorrang van het Unierecht door multilevel rechterlijke samenwerking’, *SEW* 2012, p. 54, gaat in op de verhouding tussen het voorrangsbeginsel en het soevereiniteitsbeginsel.

¹⁸ W. Witteveen, *De retoriek in het recht, over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie* (diss. Leiden), Tjeenk willink: Zwolle 1988, hoofdstuk 5.

¹⁹ De meeste schrijvers benadrukken het communicatieve aspect. Vgl. Anne-Marie Slaughter, ‘Judicial Globalization’, in: *Virginia Journal of International Law* (40) 1999-2000, p. 1103-1124, en J.H.H. Weiler, ‘The transformation of Europe’, in: *The Yale Law Journal* (100) 1991, p. 2403-2483. Een gecombineerde benadering als hier bepleit wordt ook verdedigd door Elina Paunio, ‘Conflict, power and understanding – judicial dialogue between the ECJ and national courts’, in: *NoFo* 2010, issue 7, p. 5 – 23.

²⁰ Zie Filippo Fontanelli en Giuseppe Martinico, ‘Looking for coherence: hidden techniques of multilevel dialogue and constitutional comity in the EU context’, in: F.G. Snyder, *The evolution of European courts: Institutional Change and Continuity*, Gent: Bruylant 2009.

niet tot een aanvaring is gekomen, wél tot een geleidelijke domeinafbakening. De verklaring hiervoor is dat op beslissende momenten over en weer met elkaars standpunten rekening is gehouden. Het meest markant is natuurlijk de dialoog tussen het BVerfG en het HvJEU. Misschien niet eens zozeer omdat de eerste in een reeks beslissingen constitutionele grenzen aan de werking van het EU-recht heeft gesteld, maar vooral omdat de laatste die grenzen in zijn rechtspraak mede heeft vormgegeven.²¹ In de Solange-uitspraken maakte het BVerfG de grondrechtenbescherming voor de burger tot inzet van de dialoog. Eerst stelde het BVerfG grondrechtenbescherming als voorwaarde voor de voorrang van het EU-recht²², vervolgens nam het HvJEU de bescherming door fundamentele rechten op in de communautaire rechtsorde²³, en ten slotte kon het BVerfG constateren dat aan de gestelde voorwaarde was voldaan.²⁴ Vervolgens stelde het BVerfG grenzen aan de bevoegdheden van de EU. In de Maastricht-uitspraak oordeelde het dat de EU een Unie van soevereine staten is, dat de lidstaten “Herren der Verträge” blijven, en dat de uitoefening van haar bevoegdheden onderworpen is aan de ultra vires-controle van het BVerfG.²⁵ Vervolgens nam het in de Honeywell-uitspraak weer gas terug met de toezegging dat het niet tot dat oordeel zou komen dan na een prejudiciële verwijzing.²⁶ Ten slotte heeft het BVerfG in zijn Lissabon-oordeel aansluiting gezocht bij art. 4 lid 2 van het Unieverdrag om grenzen te kunnen stellen; die bepaling verplicht de Unie de identiteit van de lidstaten te eerbiedigen.²⁷ Deze strijd is nog niet gestreden. Het HvJEU lijkt deze bepaling niet te interpreteren als een absoluut voorbehoud van nationale soevereiniteit, maar als een belang dat in de afweging afzonderlijk in aanmerking moet worden genomen.²⁸

Hoewel het BVerfG zijn verhouding tot het HvJEU als “a cooperative relationship” heeft getypeerd, berust die relatie zijnerzijds op welbewuste strategische keuzes bedoeld om de

²¹ Zie Juliane Kokott, ‘Report on Germany’, in: Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet and J.H.H. Weiler (eds.), *The European Court and national courts-doctrine and jurisprudence, legal change in its social context*, Hart Publishing: Oxford 1998, p. 77 – 129.

²² BVerfG 29 mei 1974, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*).

²³ HvJEU 17 december 1970, 11/70, *Jur.* 1970, p. 1125 (*Internationale Hanselsgesellschaft*).

²⁴ BVerfG 29 mei 1974, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*), en BVerfG 22 oktober 1986, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*).

²⁵ BVerfG 12 oktober 1993, BVerfGE 89, 155 (*Maastricht*).

²⁶ BVerfG 6 juli 2010, 2 2 BvR 2661/06 (*Honeywell*).

²⁷ BVerfG 30 juni 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 en 2 BvR 182/09, BVerfG 123, 267 (*Lissabon*).

²⁸ Vgl. C.W.A. Timmermans, ‘Constitutioneel pluralisme, norm of feit?’, in: *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden, bijdragen aan de samenleving*, Bju: Den Haag 2014, p. 37, onder verwijzing naar de zaken C-208/09 (*Ilonka Sayn-Wittgenstein*), *Jur.* 2010, I-3693; C-391/09 (*Runevic-Vardyn*), *Jur.* 2011, I-3787; C-202/11 (*Las*), arrest van 16 april 2013, nog niet gepubliceerd.

rechtspraak van het HvJEU te beïnvloeden. In de Solange-uitspraken was dat een offensieve strategie.²⁹ Het BVerfG heeft een klarenstoot gegeven en de daadwerkelijke dialoog overgelaten aan de gewone rechtspraak, die zich ook niet onbetuigd heeft gelaten.³⁰ De Duitse rechters hebben blijk gegeven van een groeiend bewustzijn dat de dialoog met het HvJEU geen éénrichtingsverkeer is; soms door het nationale recht uitvoerig toe te lichten en soms door kritische vragen te stellen.³¹ Ook de door het BVerfG aangekondigde ultra vires-toetsing kan worden gezien als een offensieve strategie, waarbij het andermaal het Duitse constitutionalisme heeft voorgehouden aan het HvJEU. Hier heeft het BVerfG de toetsing wel aan zichzelf voorbehouden, anders dan bij de grondrechttoetsing, maar is het nog nooit tot een ultra vires-oordeel gekomen. Het leerstuk lijkt te fungeren als een afgrenzing van het speelveld voor het HvJEU zoals, omgekeerd, de Köbler-uitspraak van het HvJEU vooral lijkt te fungeren als afgrenzing van het speelveld voor de nationale rechters.³² In de Lissabon-uitspraak ten slotte, is het hof van tactiek veranderd en is het overgeschakeld van een offensieve naar een defensieve strategie. De nationale identiteit wordt opgevoerd als een verdedigingslinie, een ondergrens die niet mag worden overschreden. In deze lijn zou het op de weg van de constitutionele hoven liggen om het HvJEU te informeren dat en waarom de nationale identiteit in een concreet geval het geding is. Dat vergt echter een open dialoog die nog lang geen werkelijkheid is, mede door de opstelling van de constitutionele hoven zelf. Vooralsnog stellen de constitutionele hoven niet of nauwelijks prejudiciële vragen aan het HvJEU en communiceren zij bij voorkeur door middel van indirecte kanalen, zoals signalen in de eigen uitspraken, persverklaringen en academische bijdragen.³³

In vergelijking met de dialogen die de constitutionele hoven met het HvJEU voeren, zijn die van cassatierechters coöperatiever van aard. Onze rechterlijke macht heeft zijn Europese opdracht bepaald ruimhartig omarmd, waardoor Nederland de reputatie heeft dat het “the least difficulty”

²⁹ Daniel Thym, ‘Attack or retreat? Evolving themes and strategies of the judicial dialogue between the German constitutional court and the European Court of Justice’, in: *Constitutional conversations in Europe, actors, topics and procedures*, Monica Claes e.a (eds.), Cambridge: Intersentia Publishing 2012, p. 235-249.

³⁰ Monica Claes, ‘Negotiating constitutional identity or whose identity is it anyway?’, in: *Constitutional conversations in Europe, actors, topics and procedures*, Monica Claes e.a (eds.), Cambridge: Intersentia Publishing 2012, p. 212.

³¹ Zie daarover Juliane Kokott, ‘Report on Germany’, in: Slaughter, Stone Sweet & Weiler (eds.) 1998, p. 112 e.v.

³² HvJEU 30 september 2003, zaak C-224/01, ECR I-10239 (*Köbler v Oostenrijk*). Zie Daniel Thym, a.w., p. 240.

³³ Monica Claes, ‘Negotiating constitutional identity or whose identity is it anyway?’, in: M. Claes e.a. 2012, p. 211. Timmermans ziet hier wel vooruitgang (Timmermans 2012, p. 54).

oplevert.³⁴ Dat heeft ongetwijfeld te maken met de openheid van onze constitutie voor recht van supranationale herkomst (art. 93, 94 Gw), het toetsingsverbod (art. 120 Gw), en een pragmatische attitude bij de rechterlijke macht.³⁵ Maar misschien is er meer aan de hand, zoals het Franse voorbeeld suggereert. Van de drie hoogste gerechten in Frankrijk was het het Cour de cassation die als eerste in 1975 de suprematie van het EU-recht heeft omarmd.³⁶ De positie van de Conseil constitutionnel is eigensoortig³⁷, maar ook de Conseil d'Etat is de Cour de cassation pas vijftien jaar later gevolgd in de erkenning van de suprematie van de Europese rechtsorde.³⁸ Voor dat verschil worden diverse verklaringen gegeven. In de eerste plaats wist de Cour de cassation zich verantwoordelijk voor handelsgeschillen en voor de handhaving van individuele rechten, en in beide opzichten kon de Franse rechtsorde alleen maar profiteren van het EU-recht. Bovendien kon de Cour de cassation door de Europeanisering van de Franse rechtsorde zijn eigen positie versterken ten opzichte van de Conseil d'Etat, het centrum van het politieke establishment in Frankrijk.³⁹ Ook binnen één en dezelfde rechtsorde zijn derhalve de cassatierechters het meest coöperatief geweest in hun opstelling ten opzichte van het HvJEU. Zo competitief als de constitutionele hoven hebben geopereerd, zo coöperatief zijn de cassatiehoven geweest. En zo indirect als de eersten hebben gecommuniceerd, zo expliciet en communicatief hebben de laatsten zich getoond.

Hoewel de aard van de dialoog goeddeels bepaald wordt door de constitutionele traditie en de eigen aard van de partners in de dialoog en hun rechtsprekende taak, is zij mede het resultaat van de houding van de rechter.⁴⁰ Aan de mate waarin die opstelling coöperatiever dan wel

³⁴ M. Claes & B. de Witte, 'Report on the Netherlands', in: *The European Court and national courts-doctrine and jurisprudence, legal change in its social context*, Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet and J.H.H. Weiler (eds.), Hart Publishing: Oxford 1998, p. 181.

³⁵ Zie Maartje de Visser, 'Changing the conversation in the Netherlands?', in: M. Claes e.a. (eds.), *Constitutional conversations in Europe, actors, topics and procedures*, Cambridge: Intersentia Publishing 2012, p. 343-345.

³⁶ Cour de cassation, chamber mixte 24 mei 1975, Pourvoi 73-13556 (*Jacques Vabre*).

³⁷ Vgl. over de Conseil constitutionnel, Francois-Xavier Millet, 'The French constitutional council and the CJEU: between splendid isolation, communication and forced dialogue', in: M. Claes e.a. (eds.), *Constitutional conversations in Europe, actors, topics and procedures*, Monica Claes e.a. (eds.), Cambridge: Intersentia Publishing 2012, p. 251 – 266.

³⁸ Conseil d'Etat 3 februari 1989, ECLI:FR:CEASS:1989:74052.19890203 (*Compagnie Alitalia*); Conseil d'Etat 20 oktober 1989, ECLI:FR:CEASS:1989:108243.19891020 (*Nicolo*).

³⁹ J. Plötner, 'Report on France', in: A.M. Slaughter, A.S. Sweet & J.H.H. Weiler (eds.), *The European Court and national courts-doctrine and jurisprudence, legal change in its social context*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 41 – 75.

⁴⁰ Dat geldt eveneens voor verwijzingen door hoogste nationale rechters naar niet-bindend buitenlands recht. In haar studie over het gebruik van buitenlands recht komt Elaine Mak tot de conclusie dat daarvoor een open houding bij individuele rechters of hoven bepalender is dan de vraag of het hof een taak heeft als constitutionele rechter dan wel

competitiever is, liggen mede keuzes ten grondslag. De vraag kan worden gesteld of de door de Hoge Raad gemaakte keuzes in de huidige omstandigheden nog steeds de goede zijn, of dat er reden is om ze opnieuw te onderzoeken. Voor het laatste zijn in abstracto drie redenen aan te voeren. De eerste is dat de rechtspraak van het HvJEU in de steeds hechtere Europese rechtsorde aan betekenis voor onze rechtsorde groeit. Daardoor wordt het steeds belangrijker om die rechtspraak te beïnvloeden, wil de Hoge Raad althans zèlf niet aan betekenis inboeten. Ik zal dat hieronder bij wijze van voorbeeld aan de hand van de rechtspraak over het “ne bis in idem”-beginsel toelichten. De tweede reden is dat de vertolking van nationale belangen in de Europese rechterlijke dialoog niet vanzelfsprekend is, te minder nu Nederland niet beschikt over een constitutionele rechter. Ligt het dan niet op de weg van de Hoge Raad hierbij het voortouw te nemen? De derde reden om een meer competitieve opstelling te overwegen is dat het ook gezag van het HvJEU niet meer vanzelfsprekend is. Het hof dient er voor te waken dat de “persuasive authority” die het bij de opbouw van de Europese rechtsorde heeft verworven, niet geleidelijk verwordt tot een “coercive authority”.⁴¹ Al in 1994 wees Weiler erop dat het behoud van de legitimiteit die het HvJEU met zijn “stille revolutie” heeft verworven niet vanzelfsprekend is.⁴² Naarmate het EU-recht een groter stempel drukt op het nationale recht en op de nationale rechtspraak, is de legitimiteit van het HvJEU minder vanzelfsprekend.⁴³ Het HvJEU zou aan legitimiteit winnen wanneer de dialoog met de hoogste nationale rechters gelijkwaardiger wordt. Omgekeerd mag dan van de hoogste nationale rechters worden verwacht dat zij zich nadrukkelijker doen gelden. Daarvan graag een voorbeeld.

cassatierechter (E. Mak, *Judicial decision-making in a globalized world, a comparative analysis of the changing practices of Western highest courts*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 98 – 113).

⁴¹ De begrippen zijn vrijelijk ontleend aan H. Patrick Glenn, ‘Persuasive authority’, in: *McGill Law Journal* (32) 1987, issue 2, p. 261-297.

⁴² J.H.H. Weiler, ‘A quiet revolution: the European court of justice and its interlocutors’, in: *Comparative political studies* 1994, p. 510 – 534, in het bijzonder p. 532.

⁴³ M.A. Loth, ‘Courts in a quest for legitimacy: a comparative approach’, in: Nick Huls, Maurice Adams, Jacco Bomhof (eds.), *The legitimacy of highest courts’ rulings, judicial deliberations and beyond*, The Hague: TMC Asser Press 2009, p. 267 – 289. Zie recentelijk ook C.W.A. Timmermans, ‘Constitutioneel pluralism, norm of feit?’, in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden, bijdragen aan de samenleving*, Den Haag: Bju 2014, p. 38, die mijns inziens in dat verband terecht wijst op het belang van een dialoog met de rechters in de lidstaten.

[WITTE LINKERPAGINA MET WOORDBEELD VAN BIJLAGE A]

Intermezzo: een gemiste dialoog

Op 1 februari 2011 wees de strafkamer van de Hoge Raad een belangrijk arrest, waarin hij een verduidelijking beproeft van de maatstaf voor de beoordeling van de vraag of sprake is van “hetzelfde feit” als bedoeld in art 68 Sr en art. 313 Sv.⁴⁴ Daaraan bestond onder meer behoefte in verband met recente Europese rechtspraak over het ne bis in idem-beginsel.

In het Van Esbroeck-arrest had het HvJEU geoordeeld dat art. 54 Uitvoeringsovereenkomst van Schengen (SUO) aldus moet worden uitgelegd, dat “het relevante criterium voor de toepassing van dit artikel de gelijkheid van de materiële feiten is, begrepen als het bestaan van een geheel van feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, ongeacht de juridische kwalificatie van deze feiten of het beschermde rechtsbelang.”⁴⁵

In deze lijn had het EHRM enkele jaren later geoordeeld dat art. 4 van het Zevende Protocol moet worden verstaan als “prohibiting the prosecution or trial of a second ‘offence’ in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same.”⁴⁶

In zijn annotatie onder dit laatste arrest schrijft Buruma dat de Grand Chamber terugkeert naar de feitelijke interpretatieleer. Naar aanleiding van het Van Esbroeck-arrest merkt hij op dat ook de Europese Unie blijkt te hebben gekozen voor een feitelijke interpretatie.

Wat doet de Hoge Raad? Hij benadrukt dat zijn nieuwe criterium aansluit bij de aangehaalde Europese rechtspraak. “Daarbij verdient opmerking”, zo vervolgt hij, “dat ook de criteria die in de Europese rechtspraak worden gehanteerd, (‘onlosmakelijk met elkaar verbonden’ onderscheidenlijk ‘facts which are substantially the same’), niet louter als feitelijk kunnen worden aangemerkt, en dat de Hoge Raad van oordeel is dat in de Nederlandse rechtspraak destijds op goede gronden afstand is genomen van een louter feitelijk criterium omdat het aanleggen van zo’n maatstaf kan leiden tot onaanvaardbare uitkomsten (vgl. bijv. HR 27 juni 1932, NJ 1932, p. 1659 e.v.).”

Dat de eigen rechtspraak kan bogen op een traditie waarin op goede gronden een louter feitelijke maatstaf is verlaten ten behoeve van een meer genuanceerde benadering, is onmiskenbaar juist. Maar dat dit aansluit bij de aangehaalde Europese rechtspraak die eveneens niet louter feitelijke maatstaven zou hanteren, is voor twijfel vatbaar. Waarom is de Hoge Raad hier niet de dialoog aangegaan met het HvJEU, dat in dit opzicht een veel minder rijke jurisprudentie kent dan onze rechtsorde? Deze zaak biedt bij uitstek gelegenheid om naar het HvJEU te “zenden” dat zijn koers heroverweging verdient. De uitkomst zou allerminst zeker zijn, mede gelet op de lijn van het hof in Straatsburg en de keuzes die andere hoogste nationale rechters zullen maken, maar zou in ieder geval wel het resultaat zijn van een geïnformeerde dialoog tussen de belangrijkste rechtsvormende hoven. Een gemiste dialoog derhalve.⁴⁷

⁴⁴ HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM1902, AB 2011/225.

⁴⁵ HvJEU 9 maart 2006, C-436/04, NJ 2006/488.

⁴⁶ EHRM 10 februari 2009, NJ 2010/36.

⁴⁷ Hier zij opgemerkt dat ik als raadsheer deel heb uitgemaakt van de zetel die over deze zaak heeft geoordeeld. Zelf zie ik er geen probleem in om op basis van publiek toegankelijke informatie kritisch te oordelen over een arrest waaraan ik heb meegewerkt. Ten overvloede zij opgemerkt dat daarmee niets wordt gezegd over het eerder in raadkamer verdedigde standpunt. Ook raadsheren kunnen voortschrijdend inzicht verwerven, zeker wanneer zij in een nieuwe functie tijd en ruimte hebben voor aanvullende studie.

[OKERGELE LINKERPAGINA]

3

Kwaliteit: een communicatieve Hoge Raad

Dat brengt mij het op het tweede deel van mijn betoog, over de kwaliteit van het werk van de Hoge Raad. Uit het voorgaande volgt dat die kwaliteit minstens ten dele afhankelijk is van de wijze waarop hij dialogen voert met andere rechters, zoals het HvJEU. Voorop staat dat die dialoog wordt gevoerd door in beginsel gelijkwaardige partners, die ieder hun eigen verantwoordelijkheid hebben. De rol van HvJEU is te oordelen over de uitleg van het Europese recht of zijn geldigheid, maar het is de nationale rechter die de prejudiciële vragen stelt en aan de hand van de antwoorden het geschil berecht.⁴⁸ Volgens Weiler is juist de betrokkenheid van de nationale rechter van doorslaggevend belang geweest voor de “stille revolutie” die het HvJEU en zijn ondervragers hebben doorgevoerd.⁴⁹

In de praktijk zijn die gelijkwaardigheid, wederkerigheid en de expliciete uitwisseling van informatie, echter ver te zoeken. De relatie tussen het HvJEU en de nationale hoogste rechters lijkt de facto meer op een (nagenoeg) verticale relatie.⁵⁰ Voor de hoogste nationale rechter is in geval van twijfel het stellen van vragen verplicht, is het antwoord bindend, en kan het nalaten van vragen onder omstandigheden leiden tot aansprakelijkheid van de Staat⁵¹, of zelfs tot herziening van zijn uitspraak.⁵² De Köbler-uitspraak heeft het karakter van de dialoog principieel veranderd. Met die uitspraak heeft het HvJEU zich namelijk in een positie gebracht waarin het kan oordelen over de juistheid van een beslissing van de hoogste rechter, met name in geval van een prejudiciële verwijzing in de procedure over de aansprakelijkheid van de desbetreffende lidstaat. Dat kan de gelijkwaardigheid van de relatie behoorlijk belasten.⁵³ Voorts ontbreekt de voor een dialoog kenmerkende wederkerigheid. Nadat de nationale rechter vragen heeft gesteld, speelt hij geen rol meer in de procedure bij het HvJEU.⁵⁴ Ook indien de antwoorden niet behulpzaam zijn, is er geen gelegenheid daarop terug te komen (anders dan door andermaal

⁴⁸ Zie de aanbevelingen van het HvJEU, nrs. 5, 7, 8 en 10.

⁴⁹ J.H.H. Weiler, ‘A quiet revolution: the European court of justice and its interlocutors’, in: *Comparative political studies 1994*, p. 510 – 534, in het bijzonder p. 519- 520.

⁵⁰ Zie Allan Rosas, ‘The European court of justice in context: forms and patterns of judicial dialogue’, in: *EJLS* (1) issue 2, p. 6, waarin hij op een schaal van vijf typen “judicial dialogue” van verticaal naar horizontaal, de relatie tussen het HvJEU en nationale gerechten van de lidstaten in de prejudiciële procedure, als tweede categoriseert (na de verticale relatie tussen een rechter in eerste instantie en een appelrechter).

⁵¹ HvJEU 30 september 2003, zaak C-224/01, ECR I-10239 (*Köbler v Oostenrijk*).

⁵² HvJEU 13 januari 2004, zaak C-453/00, ECR I-00837 (*Kühne & Heitz*).

⁵³ HvJEU 30 september 2003, zaak C-224/01, ECR I-10239 (*Köbler v Oostenrijk*), punt 27 (de inbreng van de regering van het Verenigd Koninkrijk). Bovendien is het risico niet denkbeeldig dat deze rechtspraak “defensive judging” in de hand werkt, hetgeen het vragen naar de bekende weg aanmoedigt (met alle gevolgen van dien voor overbelasting en achterstand). Daarnaast is het beginsel “litis finires oportet” in het geding, omdat andermaal een procedure in drie instanties wordt gevoerd over in wezen dezelfde kwestie.

⁵⁴ Hoewel het HvJEU toelichting kan vragen (zie art. 104 lid 5 procesreglement).

vragen te stellen).⁵⁵ Ten slotte doen de nationale hoogste rechters, vooral wanneer zij het niet eens zijn met het HvJEU, er nogal eens het zwijgen toe of beperken zij zich tot het zenden van “dark signals” (zoals wij zojuist zagen). Wanneer vervolgens het HvJEU daarop niet aanslaat, wordt het een dialoog tussen doven. Al met al is deze dialoog volgens sommigen eerder te karakteriseren als een “prescriptive monologue”.⁵⁶

Dat is op zich al voldoende reden om de wijze waarop de dialoog wordt gevoerd nader te onderzoeken. Kunnen de gelijkwaardigheid, wederkerigheid en de expliciete uitwisseling van informatie worden verbeterd? Hoe kan de Hoge Raad door een meer coöperatieve opstelling daaraan bijdragen? Bovendien zijn hiervoor enkele redenen genoemd waarom een meer competitieve opstelling is te overwegen (zie par. 2). Hoe kan de Hoge Raad zich in de dialoog met het HvJEU beter laten gelden? Voor de beantwoording van beide vragen is nader onderzoek van de theorie en de praktijk van de prejudiciële verwijzingen gewenst. Het HvJEU zelf benadrukt vanzelfsprekend vooral het belang van de coöperatieve dimensie van de prejudiciële verwijzing. Art. 94 van zijn procesreglement en de zogenoemde aanbevelingen strekken ertoe enerzijds misverstanden te voorkomen en maximale duidelijkheid te verkrijgen, en anderzijds de eigen procesvoering op basis van de prejudiciële verwijzing te vergemakkelijken. Van de verwijzingsrechter wordt gevraagd om rekening te houden met de bijzonderheden van de procedure die bij het HvJEU op grondslag van de verwijzingsbeslissing zal worden gevoerd. Daartoe behoort ook de omstandigheid dat de zaak wordt beoordeeld door rechters die niet bekend zijn met het Nederlandse recht.⁵⁷ Dit alles stelt eisen aan de inkleding en formulering van de prejudiciële vragen, waaraan in de praktijk in wisselende mate wordt voldaan.⁵⁸

Dat is een mooi uitgangspunt, maar het is niet genoeg. Al in 1999 heeft Meij voorgesteld om de prejudiciële procedure in te richten als een postjudiciële procedure, dat wil zeggen dat de nationale rechter een compleet oordeel (eventueel met verschillende alternatieve oplossingen) ter beoordeling aan het HvJEU voorlegt.⁵⁹ Daarmee wordt verzekerd dat het HvJEU rekening kan

⁵⁵ Monica Claes en Maartje de Visser, ‘Are you networked yet? On dialogues in European judicial networks’, in: *Utrecht Law Review* (8) 2012, issue 2, p. 100-114, in het bijzonder p. 104.

⁵⁶ Elina Paunio, p. 21.

⁵⁷ Men kan zich afvragen of deze praktijk, in afwijking van die bij het EHRM, wel zo gelukkig is. Het ligt in de rede dat een Nederlandse rechter in de zetel de beantwoording van Nederlandse prejudiciële vragen ten goede zal komen.

⁵⁸ Zo is mij gebleken bij navraag in de kring van het HvJEU.

⁵⁹ A.W.H. Meij, ‘Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg’, preadvies in: R.A. Lawson, *De internationale rechter en de Nederlandse rechtsorde* (Handelingen Nederlandse

houden met de consequenties van zijn beslissingen voor de nationale rechtsorde. Sieburgh betoogt dat de nationale rechter, refererend aan ook in andere lidstaten erkende uitgangspunten van het burgerlijk recht, door het stellen van goed toegelichte prejudiciële vragen kan voorkomen dat het HvJEU in zijn beantwoording onvoldoende rekening houdt met het (nationale) systeem van het privaatrecht.⁶⁰ “Mijn aanname is dat de kwaliteit van de communicatie toeneemt als op basis van evenredige gelijkwaardigheid van gedachten gewisseld wordt en kan worden”, aldus Sieburgh, “zij impliceert dat de nationale rechter meer ‘tegenspel’ biedt door in debat te gaan met de gegevens die het Europese recht aanlevert.”⁶¹ Indien de dialoog ertoe strekt de wederzijdse inbedding van het EU-recht en het (privaat)recht te bevorderen en waar mogelijk incoherenties te voorkomen, dan is een prejudiciële verwijzing niet alleen gericht op een uitleg van het toepasselijke EU-recht, maar ook op een afstemming van die uitleg met het recht van nationale origine. Daarvoor zal de rechter meer moeten doen dan louter vragen stellen, hij zal het HvJEU ook moeten voorlichten over achtergronden, uitgangspunten en beginselen van (nationaal) privaatrecht, en bovendien moeten uitleggen welke gevolgen het EU-recht daarvoor kan hebben. Daarmee is niet alleen de kwaliteit van de dialoog met het HvJEU gediend, maar ook de legitimiteit van het op diens antwoorden gebaseerde oordeel.

De voorstellen van Meij en Sieburgh komen erop neer dat de verwijzingsrechter dient te zorgen voor een betere aankleding van de vragen, meer informatie over de nationale context van de problematiek, eventueel een indicatie van welke antwoord daarbij het beste zou passen, en een schets van de mogelijke gevolgen. Wat mij betreft ontbreekt nog een belangrijk element en dat is het verschaffen van duidelijkheid over de strekking of doelstelling van de prejudiciële verwijzing. Wij zijn geneigd te vergeten dat prejudiciële vragen een uiteenlopende strekking kunnen hebben, omdat zij in veruit de meeste gevallen een informerende strekking hebben. De Hoge Raad wenst doorgaans te vernemen hoe het Europese recht naar het oordeel van het HvJEU dient te worden uitgelegd. Soms blijft de verwijzing beperkt tot het stellen van informatieve vragen, soms gaat de Hoge Raad expliciet in op de argumenten voor en tegen een

Juristenvereniging 1999-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 133 – 215, in het bijzonder pagina’s 160, 162, 173 en 204.

⁶⁰ C.H. Sieburgh, ‘Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine’, preadvies in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers, C.H. Sieburgh (red.), *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 2011-I), Deventer: Kluwer 2011, p. 187 – 242, in het bijzonder p. 190. Zij betoogt hetzelfde voor de regering die in een procedure voor het HvJEU interveniëert, maar dat is hier niet aan de orde.

⁶¹ Sieburgh, 2011, p. 232.

bepaalde uitleg.⁶² In deze lijn hebben prejudiciële vragen soms niet meer dan een verifiërende strekking. Een hoogste rechter hoeft een vraag van uitleg van het EU-recht die noodzakelijk is om tot een uitspraak te komen immers slechts dan niet te stellen, indien het HvJEU die vraag al heeft beantwoord (“acte éclairé”), of indien over de juiste uitleg redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan (“acte clair”).⁶³ Deze maatstaf brengt mee dat een prejudiciële verwijzing ook is voorgeschreven indien de Europese rechtspraak geen zekerheid biedt, maar de Hoge Raad weinig twijfels heeft. Hij ziet zich dan genoodzaakt te vragen naar de bekende weg.

Maar er zijn afwijkingen van dit standaardbeeld. Wanneer de Hoge Raad zijn eigen voorkeur vermeldt, al dan niet na een uiteenzetting van de alternatieve antwoorden, hebben zijn prejudiciële vragen een opiniërende strekking.⁶⁴ Daarvan zijn weer te onderscheiden de gevallen waarin de Hoge Raad kiest voor een “gematigd opiniërende” vraagstelling, door zich te beperken tot het geven van goede (of zelfs “zwaarwegende”) redenen voor een bepaalde uitleg, zonder voor die uitleg een expliciete voorkeur uit te spreken.⁶⁵ De praktijk toont een variëteit aan mogelijkheden. Soms gaat de Hoge Raad nog verder dan informeren en opiniëren en lijkt hij het HvJEU te waarschuwen. In HR 20 december 2013 betref het de vraag of de openbare orde exceptie van art. 34 aanhef en onder 1, EEX-Verordening van toepassing is op een geval waarin (in de woorden van de Hoge Raad) “de beslissing van de rechter van de lidstaat van herkomst evident in strijd is met het Unierecht, en dit door die rechter is onderkend.”⁶⁶

Het betref een beslissing van een Bulgaarse rechter waarbij de vorderingen van een rechthebbende op een whiskymerk waren afgewezen. Die beslissing was gebaseerd op een eerdere zogenoemde interpretatieve beslissing van de Bulgaarse Hoge Raad, die evident in strijd is met het Unierecht. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU mag de aangezochte rechter niet met een beroep op art. 34, aanhef en onder 1, EEX-Vo een beslissing uit een andere lidstaat weigeren te erkennen op de enkele grond dat het nationale recht of het Unierecht onjuist is toegepast. Geldt dat ook in dit geval dat door de Hoge Raad in felle kleuren wordt geschetst, benadrukkend dat de Bulgaarse Hoge Raad de strijdigheid moet hebben onderkend? Dat laatste

⁶² HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BR0671.

⁶³ HvJEU 6 oktober 1982, C-283/81, *Jur.* 1982, p. 3415 (*CILFIT*).

⁶⁴ HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1671, HR 9 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:474, en HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9214.

⁶⁵ HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013: BW8359, HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ6098, HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7507.

⁶⁶ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2062.

zou blijken uit enkele “dissenting opinions” – zowel in deze zaak als in een latere beslissing – waarin op de vaste rechtspraak van het HvJEU wordt gewezen. Ook worden de mogelijke gevolgen van erkenning van de Bulgaarse beslissing benadrukt. Onverlet de aansprakelijkheid van Bulgarije zou erkenning ertoe kunnen leiden dat de rechthebbende door de Nederlandse rechter tot een hoge schadevergoeding zou worden veroordeeld. “Een dergelijke gang van zaken zet de gemeenschapstrouw onder ernstige druk”, aldus de Hoge Raad, “en lijkt daarmee bezwaarlijk te verenigen met de rechtsorde van de Europese Unie”. Een onverholven waarschuwing.

Deze voorbeelden illustreren dat met prejudiciële vragen verschillende taalhandelingen kunnen worden verricht, zoals informeren, verifiëren, opiniëren en waarschuwen. Dat heeft consequenties voor de inkleding en de formulering van de vragen. Voor informerende en verifiërende vragen is doorgaans een neutrale uiteenzetting van de context waarin de uitlegkwestie is gerezen toereikend, eventueel aangevuld met een uiteenzetting van de gevolgen van de alternatieve interpretaties voor het nationale recht.⁶⁷ Voor opiniërende en waarschuwende vragen is bovendien een onderbouwing van het eigen standpunt vereist, en daarmee een uitleg van het toepasselijke EU-recht. Voor de verwijzingsrechter lijkt het daarom nuttig om zich te beraden op de strekking van de prejudiciële verwijzing en de daarbij passende inrichting en formulering van de vragen. Desgewenst kan de structuur van de verwijzingsbeslissing daaraan worden aangepast en kan het gebruik van signaalwoorden de bedoelingen onderstrepen.⁶⁸

Ik zou er kortom voor willen pleiten dat de prejudiciële verwijzing een meer expliciet en gereflecteerd karakter krijgt, waarin standpunten en argumenten de plaats van “dark signals” innemen. Zowel in het licht van de coöperatieve als van de competitieve doelstelling van de dialoog tussen de Hoge Raad en het HvJEU, is daar alles voor te zeggen. Met een gelijkwaardiger en wederkeriger dialoog zou de op rechtsvorming gerichte samenwerking tussen de beide rechters aan kwaliteit winnen. Verzwegen standpunten en argumenten leiden gemakkelijk tot misverstanden en dragen niet bij tot de rechtsvorming (vgl. het voorbeeld van de gemiste dialoog). Maar ook in het licht van de competitieve doelstelling, zou de dialoog effectiever worden. De prejudiciële verwijzing zou meer op het zenden van informatie en op de

⁶⁷ Daarbij kan bij verifiërende vragen doorgaans met een kortere toelichting worden volstaan.

⁶⁸ Een interessante (rechtsvergelijkende) onderzoeksvraag is hoe andere (hoogste) nationale rechters hun prejudiciële verwijzingen inrichten.

beïnvloeding van het HvJEU zijn gericht. De Hoge Raad zou letterlijk minder de vragende partij zijn en meer een gelijkwaardige partner van het HvJEU in de rechtsvorming van de Europese Unie. Op die wijze zou hij beter inhoud geven aan zijn eigen verantwoordelijkheid in dat proces, met name waar het de ontwikkeling van het nationale recht in samenhang met het EU-recht betreft. Dat past ook beter bij de rol van het HvJEU, dat leiding geeft aan de ontwikkeling van het EU-recht op grond van de constituerende waarden van de rechtsordes van de lidstaten.⁶⁹ Dat vraagt om niets minder dan een ontwikkelde dialoog waarin de deelnemers communiceren op basis van gelijkwaardigheid, wederkerigheid en de expliciete uitwisseling van informatie. Ook hiervan graag een intermezzo als voorbeeld.

⁶⁹ Zie hierover Koen Lenaerts, 'Upholding union values in times of societal change: the role of the Court of Justice of the European Union', Annual European Law Lecture, Durham University, www.dur.ac.uk.

[WITTE LINKERPAGINA MET WOORDBEELD VAN BIJLAGE B]

Intermezzo: een ontwikkelde dialoog

Dialogen tussen hoogste nationale rechters en supranationale rechters ontstaan doorgaans rond een actueel en mondiaal probleem, zoals de bescherming van het milieu, de

*vluchtelingenproblematiek, of de bestrijding van internationaal terrorisme.*⁷⁰ Laatstgenoemde dialoog vond natuurlijk zijn oorsprong in 9/11 en de daarop genomen maatregelen ter bestrijding van internationaal terrorisme. In die dialoog deden diverse hoogste nationale rechters een beroep op internationaal recht en vergelijkend constitutioneel recht en maakten zij expliciet gebruik van elkaars bevindingen.⁷¹ Dat geldt ook voor de Europese rechtspraak over de uitvoering van de resoluties die de Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest heeft genomen ter bestrijding van internationaal terrorisme.

*In het eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad in de zaak van Bitaraf c.s. tegen de Staat wordt zowel naar rechtspraak van het HvJEU als van het EHRM verwezen.*⁷² Bij de beantwoording van de vraag naar de verhouding tussen VN-resolutie 1737 enerzijds, en de ter uitvoering daarvan uitgevaardigde Sanctieregeling 2007 anderzijds, worden twee deelvragen onderscheiden, namelijk de vraag of de Staat verplicht was onderscheid te maken tussen Iraanse en niet-Iraanse onderdanen, en de vraag of hij alles heeft gedaan om het maken van dat onderscheid te voorkomen.

*De eerste vraag is gebaseerd op de overweging van het HvJEU in de uitspraken Kadi en El Bakaraat uit 2008, inhoudende dat het VN-Handvest een resultaatsverplichting oplegt, daarbij aan de leden de keuze latend tussen de middelen om dat resultaat te bereiken. De wijze waarop die verplichting wordt uitgevoerd dient derhalve te geschieden volgens de in de nationale rechtsorde toepasselijke rechtsregels, inclusief de grondrechten.*⁷³

*De tweede vraag is gebaseerd op de uitspraak van het EHRM in de zaak Nada tegen Zwitserland, waaronder de overweging dat dit in het kader van de proportionaliteitstoets neerkomt op de vraag of de Zwitserse autoriteiten genoeg hebben gedaan om het vereiste sanctieregime aan te passen aan de individuele omstandigheden van de klager.*⁷⁴

*De Hoge Raad volgt dus de beide supranationale rechters door het handelen van de Staat te onderwerpen aan de hiervoor aangehaalde dubbele toets.*⁷⁵ Het resultaat is dat weliswaar dat handelen wordt getoetst aan grondrechten, maar dat die toetsing tegelijkertijd terughoudend is, gelet op de beleidsruimte van de Staat bij de uitvoering van zijn internationale verplichtingen.⁷⁶

*Deze dialoog heeft belangrijke effecten heeft gehad op de rechtsvorming, de legitimiteit, en de betekenis en de invloed van de deelnemers.*⁷⁷ Zij illustreert dat het HvJEU, het EHRM en de Hoge Raad zich in de positie hebben gebracht waarin zij aan de noodrem kunnen trekken in een

⁷⁰ Zie hierover Eyal Benvenisti, 'Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts', in: *The American Journal of International Law* (102) 2008, p. 241-274, die de bescherming van het milieu en van vluchtelingen als andere voorbeelden van ontwikkelde rechterlijke dialogen noemt.

⁷¹ Over het gebruik door rechters van buitenlandse uitspraken vgl. E. Mak, *Judicial decision-making in a globalised world, a comparative analysis of the changing practices of Western highest courts*, Oxford: Hart Publishing 2013.

⁷² HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8351, NJ 2013/411, rov. 3.6.2 en 3.6.3.

⁷³ HvJ EG 3 september 2008, C-402/05 P & 415/05, NJ 2009/38 (*Kadi en El Bakaraat*), punt 298.

⁷⁴ De Hoge Raad verwijst in rov. 3.6.3 naar EHRM par. 163 - 199, waarvan vooral par. 185 relevant lijkt.

⁷⁵ HR 14 december 2012, ECLI:NLHR:2012:BX8351, NJ 2013/411, rov. 3.6.2 en 3.6.3.

⁷⁶ Het arrest is overigens niet onweersproken gebleven. Zie annotator E.A. Alkema, en Anne de Vries-Stotijn en Annemarie Middelburg, 'Voorrang van VN-recht op mensenrechten in Nederland, HR sanctieregeling Iran, een stap in de richting HvJ Kadi?', in: *NJB* 2013/1436, afl. 24, p. 1567 - 1570.

⁷⁷ Merris Amos, 'The dialogue between United Kingdom courts and the European Court of Human Rights', in: *International and Comparative Law Quarterly* (61) 2012, p. 571-584.

situatie waarin de VN maatregelen neemt die inbreuk kunnen maken op de grondrechten van ingezetenen van “hun” rechtsorde. De dialoog heeft de rechters een stem in de rechtsvorming gegeven, en voorkomt daarmee dat “the global will overwhelm the local”.⁷⁸ Daarmee hebben zij niet alleen aan de rechtsvorming bijgedragen, maar tevens hun legitimiteit als hoeder van de constitutionaliteit van de eigen rechtsorde versterkt. Ten slotte hebben zij daarmee ook hun eigen invloed en betekenis ten opzichte van het centrum van de nationale en supranationale politiek vergroot. De deelname aan een rechterlijke dialoog kan worden gezien als een strategische keuze van de deelnemers. Die keuze is ingegeven door overwegingen van individuele rechtsbescherming, maar ook door de wens om (in samenspraak met de andere deelnemers) tegenwicht te bieden aan de macht van nieuwe centra van supranationale besluitvorming. Een dialoog van nationale rechters vormt tegenwicht tegen globalisering van de politiek.⁷⁹ Zo kunnen rechterlijke dialogen, mits goed ontwikkeld, bijdragen tot een transnationaal systeem van “checks and balances”.

⁷⁸ In een rechterlijke dialoog als deze krijgt een belangrijke juridische redenering (zoals die van het HvJEU in de genoemde zaken) exportwaarde omdat zij voor andere rechtsordes dezelfde functie kan vervullen: de kloof overbruggen tussen de uitvoering van internationaalrechtelijke verplichtingen en de handhaving van de in de eigen rechtsorde geldende grondrechten.

⁷⁹ Zo kan een rechterlijke dialoog ook de nationale overheid steunen op het podium van de internationale politiek. Daarnaast kan deelname aan een rechterlijke dialoog ook een middel zijn om tegenwicht te bieden aan nationale politieke ontwikkelingen die in strijd zijn met mensenrechten. In dat geval kan een verwijzing naar buitenlandse rechters dienen als ondersteuning van een betere interpretatie van nationaal recht (vgl. Eyal Benvenisti en George W. Downs, ‘Going global to preserve domestic accountability: the new role of national courts’, in: S. Muller & S. Richards (eds.), *Highest courts and globalisation*, The Hague: Hague Academic Press 2010, p. 163 - 187.

4

Organisatie: een lerende Hoge Raad

Uit het voorgaande volgt dat de Hoge Raad in samenspraak met het HvJEU en het EHRM richting geeft aan de ontwikkeling van de Europese en de nationale rechtsorde. Daartoe zal hij op zodanige wijze deelnemen aan de op rechtsvorming gerichte dialogen dat niet alleen de

gelijkwaardigheid, wederkerigheid en de expliciete uitwisseling van informatie zijn gediend (de coöperatieve doelstelling), maar dat ook zijn eigen standpunten over onder meer verworvenheden van de nationale rechtsorde voldoende tot gelding komen (de competitieve doelstelling). Dat brengt mij op het derde deel van mijn betoog, over de vraag of hij hiervoor voldoende is toegerust. Het uitgangspunt is dat de Hoge Raad effectiever is in de realisering van zijn doelstellingen naarmate hij er beter in slaagt om zijn bijdrage aan de verschillende dialogen beter op elkaar af te stemmen, met name die met de supranationale rechters en de feitenrechtspraak. Dat veronderstelt een organisatie die in staat is om van de omgeving te leren, en om hetgeen geleerd is aan te wenden in de rechtsvorming. De kwaliteit van de rechtsvorming van de Hoge Raad zal in belangrijke mate afhangen van de mate waarin hij zich als lerende organisatie kan ontwikkelen.

Daarbij stuit hij op zijn eigen beperkingen. De Hoge Raad is tegelijkertijd een traditionele institutie en een moderne kennisorganisatie. Als traditionele institutie is hij gewend om leiding te geven aan de feitenrechtspraak, zoals hij zich op zijn beurt in de leiding van de supranationale rechters heeft gevoegd. Deze positionering in de rechterlijke hiërarchie brengt mee dat de Hoge Raad geneigd is om in de richting van de feitenrechtspraak te spreken, zoals hij op zijn beurt geneigd is om naar de supranationale rechters te luisteren. De optimale vervulling van functie als schakel tussen de diverse rechtsordes vraagt soms evenwel iets anders. Hiervoor zagen wij al dat de Hoge Raad in de dialoog met het HvJEU bereid moet zijn om “terug te praten” indien het belang van de nationale rechtsorde dat vergt. De daarvoor benodigde kennis kan de Hoge Raad alleen maar ontleen aan de feitenrechtspraak. Daarom is het van belang dat hij in de dialoog met de feitenrechtspraak niet alleen maar spreekt, maar ook bereid en in staat is om te luisteren. Zoals hij in de richting van de supranationale rechters meer zou mogen “zenden”, zo zou hij in de verhouding tot de feitenrechtspraak meer mogen “ontvangen”. In organisatiekundige termen zouden wij kunnen zeggen dat de Hoge Raad zijn werkwijze dient te ontwikkelen van “single loop learning” (ontvangen van boven, zenden naar beneden) naar “double loop learning” (tevens ontvangen van beneden, zenden naar boven).⁸⁰

⁸⁰ “Single loop learning” is de correctie van fouten zonder verandering van de onderliggende waarden en overtuigingen. Dat is toereikend voor de meeste dagelijkse activiteiten. “Double loop learning” bestaat in de reflectie op de onderliggende waarden en overtuigingen, alvorens te handelen. Dat is vereist in bijzondere situaties,

Van de Hoge Raad als kennisorganisatie wordt dus soms iets anders verwacht dan waartoe hij als institutie geneigd is. Dat vraagt in ieder geval om reflectie op de gebruikelijke handelwijzen vanuit het perspectief van een versterking van het lerend vermogen. Enkele voorbeelden kunnen dit toelichten. Vanuit institutioneel gezichtspunt zijn wij geneigd om de toepassing van art. 80a RO – de selectie aan de poort – te bezien vanuit het perspectief van de rechtsbescherming. Vanuit het perspectief van de Hoge Raad als partner in de rechtsvorming is het evenwel primair van belang dat hij die zaken beoordeelt die bijdragen tot zijn kennis van de nationale rechtsorde, zodat hij die kennis kan aanwenden in zijn dialoog met de supranationale rechters. Dat leidt in ieder geval tot bijstelling van de selectie van de zaken die “ertoe doen”. Wanneer een zaak eenmaal ter beoordeling voorligt, zijn wij vanuit institutioneel gezichtspunt geneigd om die beoordeling te baseren op de beschikbare juridische informatie. De Hoge Raad is per slot van rekening een cassatierechter die de onderdelen van het aangevoerde middel beoordeelt. Vanuit het perspectief van de Hoge Raad als partner in de rechtsvorming is dat in een groeiend aantal zaken ontoereikend, omdat kennis omtrent de maatschappelijke betekenis van het probleem en de maatschappelijke consequenties van de oplossingen, incompleet is of zelfs ten enen male ontbreekt. De beoordeling van een zaak als de woekerpolis-affaire zonder informatie over de omvang en verscheidenheid van de problematiek, is als tasten in het duister.⁸¹

De Hoge Raad als lerende organisatie ontkomt er dan ook niet aan om verder te kijken dan de individuele zaak. Daarom is het van belang om het kennismanagement zodanig te organiseren dat daarin niet alleen individuele zaken centraal staan, maar ook rechterlijke dialogen rond een bepaald thema. Bij de Hoge Raad wordt thans gedacht over een meer thematisch georiënteerde organisatie van de expertise. Die ontwikkeling kan worden versterkt door daarin uitspraken van supranationale rechters en andere hoogste rechters te verwerken, alsook informatie van niet-juridische aard rond dat thema. Op die wijze worden niet alleen de concreet gevoerde rechterlijke dialogen zichtbaar, maar ook de mogelijkheden voor nieuwe dialogen. Daarmee zou niet alleen de kennis van de relevante juridische thema's worden gefaciliteerd, maar ook de strategische besluitvorming omtrent de vraag of aan een bestaande dialoog moet worden deelgenomen, dan wel een nieuwe dient te worden gestart. Daarbij denk ik aan onderwerpen met supranationale

die niet tot de dagelijkse routine behoren. Zie Chris Argyris, *On organizational learning*, Oxford: Blackwell 1992, p. 8 en 9.

⁸¹ HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:BZ3749.

relevantie, zoals consumentenbescherming in het contractenrecht, nieuwe risico's in het aansprakelijkheidsrecht, marktverstoring in het mededingingsrecht, diverse onderwerpen in het IE-recht, en zo verder. Wanneer over deze en andere onderwerpen op systematische wijze kennis wordt verzameld, is daarmee de kwaliteit van de discussie met andere rechters gediend, en daarmee de kwaliteit van de rechtsvorming. Daarbij kan de nationale prejudiciële procedure van betekenis zijn.

Intermezzo: een omgekeerde dialoog

De contouren van een lerende Hoge Raad zijn al zichtbaar in de nieuwe procedure van de prejudiciële verwijzing naar de civiele kamer van de Hoge Raad. Hier is de Hoge Raad niet de vragende partij, zoals in de dialoog met het HvJEU, maar de partij die de vragen van de feitenrechter beantwoordt. Deze prejudiciële procedure biedt om verschillende redenen bij uitstek kansen om te leren wat er in onze rechtsorde omgaat. In de eerste plaats staat zij alleen

open voor vragen waarvan het antwoord rechtstreeks van belang is voor een veelheid aan vorderingen of geschillen (art. 392 lid 1 Rv), dat wil zeggen, voor zaken met een groot maatschappelijk belang. In de tweede plaats heeft de Hoge Raad in zijn eerste prejudiciële beslissing al kenbaar gemaakt dat het cassatiekeurslijf hier minder knelt dan in gewone cassatiezaken.⁸² Ten slotte biedt deze procedure de mogelijkheid aan derden – zogenoemde amici curiae - om te interveniëren voor het maken van schriftelijke opmerkingen (art. 393 lid 2 Rv).

Sinds de invoering van deze prejudiciële verwijzing op 1 juli 2012 lijken de feitenrechters de Hoge Raad goed te kunnen vinden, met name de rechters uit de eerste lijn. De Hoge Raad streeft naar een snelle beantwoording van de vragen, geeft geen blijk van scherpslijperij over de grenzen van zijn prejudiciële bevoegdheid, en lijkt bereid om de grenzen van de rechtsvorming op te zoeken. Een voorbeeld van dit laatste biedt de beslissing waarbij de Hoge Raad voldoende grond aanwezig oordeelde voor het zogenoemde bewijsbeslag, waarvoor de wet alleen in IE-zaken een expliciete wettelijke grondslag biedt (art. 1019h Rv).⁸³ De procedure – waarin diverse amici curiae intervieerden – gaf de Hoge Raad inzicht in een praktijk die op verschillende plaatsen al actueel was en bood hem niet alleen de gelegenheid om die praktijk te legaliseren, maar ook om haar te uniformeren door het formuleren van spelregels. Daarmee doorbrak hij de patstelling die was ontstaan doordat de wetgever naar de praktijk verwees, en die praktijk zich zonder sturing moest behelpen. Deze beslissing illustreert de lerende Hoge Raad die niet alleen stuurt, maar ook luistert.

Deze functie zou kunnen worden versterkt door het in grotere zaken aan de amici curiae mogelijk te maken om mondeling te interveniëren op een hoorzitting, waarbij partijen en derden over en weer op elkaars standpunten kunnen reageren (vgl. art. 393 lid 4 Rv). Zo zou ervaring kunnen worden opgedaan met een nieuwe vorm van informatievergaring die in de toekomst wellicht ook in gewone cassaties of in cassaties in het belang der wet van betekenis zou kunnen worden.⁸⁴ Bovenal biedt de prejudiciële procedure de Hoge Raad de gelegenheid om een attitude te ontwikkelen die ook in de dialoog met de supranationale rechters van betekenis is, namelijk het juiste evenwicht te vinden tussen het “zenden” en het “ontvangen” van informatie. Leiding geven betekent óók goed luisteren, dat geldt zowel voor de supranationale rechters als voor de Hoge Raad.

[OKERGELE LINKERPAGINA]

⁸² HR 3 augustus 2012, ECLI:NL:HR:BX3391, NJ 2013/123.

⁸³ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR: BZ9958.

⁸⁴ Onlangs heeft de Hoge Raad beslist dat de mogelijkheid voor derden om schriftelijke opmerkingen te maken op de voet van art. 393 lid 2 Rv - gelet op de overeenstemmende functie van de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen en de cassatie in het belang der wet, te weten het beantwoorden van rechtsvragen die voor de praktijk van belang zijn, mede in verband met de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling – ook toe te passen bij de behandeling van een cassatie in het belang der wet, indien daartoe naar het oordeel van de Hoge Raad aanleiding bestaat (zie HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:71).

5

Een onderzoeksagenda

Ten slotte veroorloof ik mij nog eenmaal een stap van het interne naar het externe perspectief, met een opmerking over het onderzoek naar rechterlijke dialogen. Dergelijk onderzoek zou zowel aan de praktijk als aan de theorie een belangrijke bijdrage kunnen leveren. Het is duidelijk dat de Hoge Raad zou kunnen profiteren van onderzoek dat het ontstaan en de ontwikkeling van

rechterlijke dialogen in beeld brengt. Dat onderzoek is echter ook en vooral om wetenschappelijke redenen van belang. Het biedt inzicht in de wijze waarop in tijden van globalisering door een veelheid van rechters wereldwijd aan het recht vorm en inhoud wordt gegeven. Wat zijn de principes en redeneringen die exportwaarde hebben? In welke context zijn ze verwoord, en hoe zijn ze verspreid? De wetenschappelijke belangstelling voor rechterlijke dialogen tot dusver is ofwel nogal abstract van aard, ofwel gericht op de feitelijke wederzijdse beïnvloeding van rechters. Veel minder aandacht bestaat er voor de juridische inhoud van die dialogen, het eigentijdse equivalent van de vaste rechtspraak van de nationale hoogste rechter. Dat is het perspectief van waaruit ik de komende jaren de rechtspraak van nationale en supranationale rechters zou willen onderzoeken. Dat is rechtsvergelijkend onderzoek, maar niet in de traditionele zin. Het is immers niet louter rechtsvergelijking van de eerste orde (door de vergelijking van leerstukken), maar tevens rechtsvergelijking van de tweede orde (door te vergelijken hoe rechters het recht vergelijken).⁸⁵ Daarom is het onderzoek naar concrete rechterlijke dialogen tegelijkertijd een uitdagende én een realistische manier om de studie naar “global law” vorm te geven, bij uitstek op haar plaats in deze faculteit.

[OKERGELE LINKERPAGINA]

⁸⁵ David Nelken, ‘The changing roles of social indicators: from explanation to governance’, in: Peter Alldridge, Leonidas Cheliotis and Valsamis Mitsilegas eds., *Globalisation, criminal law and criminal justice: theoretical, comparative and translational perspectives*, Oxford: Hart 2014.

6

Slotwoord

Mijnheer de rector magnificus,

Het college van Bestuur heeft mij benoemd op een leerstoel die door grote civilisten is bekleed.

Ik dank U voor het vertrouwen dat daaruit spreekt, en zal alles in het werk stellen om dat

vertrouwen waar te maken. Het privaatrecht verandert permanent van gedaante en het is aan ons om dat in beeld te brengen.

Oud-collega's van de Hoge Raad en zijn parket,

Vandaag was ik zo aanmatigend om U vanaf deze plaats toe te spreken over Uw belangrijke werk. Anders dan wij gewend waren helaas niet in de vorm van een dialoog, reden waarom ik hoop dat dit alleen maar de aftrap was. Dank dat ik aan Uw werk heb mogen deelnemen en voor wat ik daarvan heb geleerd.

Beste collega's en vakgroepgenoten,

Hoe inspirerend is het om te werken in een faculteit die de internationalisering en de interdisciplinariteit van het onderzoek en het onderwijs hoog in het vaandel heeft staan. Van meet af aan gaf U mij het gevoel welkom te zijn. Het is goed om na 30 jaar weer terug te zijn in Tilburg.

Beste studenten,

Sedert ik de universiteit vijf jaar geleden verliet is er veel veranderd, maar gelukkig ook veel hetzelfde gebleven. Tot de constante factoren behoort de gezamenlijke zoektocht van docenten en studenten aan de grenzen van het weten, zoals de komende maanden in het mastervak Verdiepend Privaatrecht. Is er iets mooiers dan dat?

Lieve vrienden en familie,

Lotgenoten bedanken elkaar niet, en dat is wat wij zijn. Met die woorden beëindigde ik mijn Rotterdamse oratie in 1997. Wat niettemin al die jaren is gebleven, is de dankbaarheid voor jullie niet-aflatende steun, toewijding en liefde.

Ik heb gezegd.