

Bijdrage Liber Amicorum Peter van Koppen: Bakens in de Rechtspsychologie,
Den Haag: Boom criminologie, 2020, p.263-283 [verschenen: 17 maart 2022]

De betekenis van de motiveringsplicht voor rechtsvorming en rechtsontwikkeling door de Hoge Raad, gezien in relatie tot de conclusie van de Advocaat-Generaal als weergave van de standpunten van partijen

Jan van Dunné

‘Het beslissingsproces van de rechter blijkt dus talloze momenten te kennen waarop de selectieve waarneming en subjectieve waardering van de rechter een rol spelen.’

Van Koppen, 1984, p.11

Inleiding

Rechtswerk is van oudsher het optreden als conflictbeslechter, waarbij de plaats van handeling van het marktplaatsplein met de Romeinse praetor in de loop der tijd naar eerbiedwaardige gebouwen verplaatst werd. Daarbij is nog steeds sprake van: *da mihi facta, dabo tibi ius*, ‘geef mij de feiten, dan geef ik u het recht’. Maar al snel betekende zo’n beslissing ook vormgeving aan en ontwikkeling van het recht - het denken in *acties* leidde gaandeweg tot het ontstaan van rechtsbegrippen. In onze tijd zien wij bij de hoogste civiele rechter, de Hoge Raad, rechtsvorming en rechtsontwikkeling uitdrukkelijk in zijn taakopdracht als cassatierechter neergelegd.

Bij die taak, veelomvattend en zwaarwegend, laat de Hoge Raad zich van oudsher bijstaan door raadgevers, de Advocaten-Generaal van het parket. Het werk wordt aldus aanzienlijk verlicht door alle voorwerk dat door het parket verricht wordt, uitmondend in een ‘conclusie’: een concreet voorstel van een rechtens verantwoorde, afgewogen beslissing van de hoogste rechter. Over de relatie tussen de conclusie van het parket en het oordeel van de Hoge Raad is veel te zeggen, en dat is ook gedaan, met name op het punt van de eigen verantwoordelijkheid van de cassatierechter voor zijn beslissing en voor de motivering daarvan. Bijvoorbeeld wanneer de Hoge Raad volstaat met het overnemen van de conclusie van zijn A-G, met inbegrip van de motivering ervan, door een korte verwijzing ernaar. Bloembergen heeft zich daar vroeger al over opgewonden, als iets dat ontoelaatbaar is. Een advies of wetenschappelijke publicatie is immers iets van een geheel andere orde dan een rechtsbeslissing. Een ervaring die een hoogleraar die als rechter-plaatsvervanger of arbiter optreedt, kan onderschrijven, althans zo vergaat dat mij; in het *Algemeen Deel* van Scholten kan men de onderbouwing daarvoor vinden.

Daar wil ik het niet over hebben, evenmin over de wanverhouding tussen de conclusie van het parket en de beslissing van de Hoge Raad, qua omvang, aard en inhoud, alsook wat de wijze van totstandkoming betreft. Wel een paar opmerkingen erover in het voorbijgaan – stokpaarden zijn er niet voor niets. Ik heb wel eens de anekdote gelanceerd dat een Duitse jurist zal denken dat de conclusie van het parket het *arrest* voorstelt, en het arrest een *noot* van de bewerker, of een samenvatting. Voor een Engelse jurist geldt hetzelfde, daar schrijven de Law Lords (tegenwoordig omgevormd tot leden van het Supreme Court) ieder hun eigen *opinion*, soms *dissenting*, ook wel kortweg als *concurring*. Wij hebben ooit de Fransen in ons land gehad, met hun korte, uit beton gegoten arresten. Hun ‘Attendu que ...’ kenden wij nog tot in de jaren ’70 als: ‘Overwegende dat ...’, gevolgd door een beslissing in telegramstijl. Wij komen dus met onze stijl van rechtspraak van ver, maar de vraag is,

of het resultaat tegenwoordig wel ver genoeg gaat. Voor een antwoord daarop hebben wij het al geruime tijd niet zelf meer voor het zeggen, met de invoering van het EVRM wordt de eis van *fair trial* gesteld, en de *reasoning* van de rechtsoordeel is een belangrijk component daarvan (artikel 6). Het staat natuurlijk ook in ons eigen wetgeving, maar wij zijn daarbij gebonden aan de uitleg die het Straatsburgse Hof aan het motiveringsvereiste geeft.¹

Ik noemde ook het verschil in werkwijze van parket en Hoge Raad, daarmee heb ik het oog op het enorme verschil in mankracht (herstel: menskracht) voor ondersteunende diensten. Het parket heeft een veelvoud van medewerkers en gerechtsauditeurs ter beschikking om tot een conclusie te komen, in tegenstelling tot de Raad.² De laatste zit niet alleen gezien de werkdruk in constante tijdnood, maar het ontbreekt hem ook aan medewerkers – de *law clerks* van de Amerikaanse *Brethren* – om dingen uit te zoeken. Dus ook niet om na te gaan of de conclusie van de A-G op bepaalde punten juist is. Met als gevolg: wat een A-G stelt (beweert) over geldend recht of over de standpunten van partijen, zullen de raadsheren in de praktijk voor zoete koek slikken. Tenzij zij op hun hoede zijn (gezien de achtergrond van de A-G in kwestie) of over grote kennis beschikken op het gebied van de rechtsvraag die aan de orde is (en over voldoende energie). Dat gebrek aan ondersteuning kan dramatisch uitpakken, er zijn zelfs standaardarresten die op een onjuist fundament rusten, dat door het parket aangedragen werd en door de Hoge Raad overgenomen zonder nadere controle op betrouwbaarheid. Dat gebeurt naar mijn indruk vaak omdat de uitkomst, het resultaat als rechtsregel, in goede aarde valt bij de cassatierechter. Het doel kan, ook hier, de middelen heiligen, het is allemaal mensenwerk.

Een voorbeeld van dat laatste is het arrest *duwbak Linda* uit 2004 dat een standaard gezet heeft op het terrein van het relativiteitsvereiste bij onrechtmatige daad.³ Indien men een beroep doet op bescherming door een wettelijk norm, dient die norm wel gericht te zijn op bescherming van die persoon en zijn belangen (*Schutznorm*, immers). De ‘bedoeling’ van de wetgever moet daartoe vastgesteld worden, mede aan de hand van de Parlementaire geschiedenis van het wetsartikel. Een kwestie van wetsuitleg, en voor veel juristen is dat laatste daarbij doorslaggevend, en belangrijker dan doel of strekking van de wet (zie anders: *Algemeen Deel* van Scholten). Het ging om een binnenschip, gemeerd in een grindgat, dat plots gezonken was en daarbij enkele andere gemeerde schepen meegenomen had in de diepte, met schade als gevolg. A-G Spier had in zijn conclusie aangetoond dat de wetgever met zijn aansprakelijkheidsnorm slechts beoogd had om bescherming te bieden voor schade toegebracht door schepen die aan het scheepvaartverkeer deelnemen, dus *varend* niet stilliggend, en bovendien schepen die zich in open vaarwater bevinden (dus niet in een grindgat). De Hoge Raad neemt het standpunt van de A-G over en wijst de vordering tot schadevergoeding af (schade te vergoeden aan de eigenaren van de naburige, mee-gezonken schepen). De rechtsvraag in kwestie had een hoge rechtspolitieke lading: aansprakelijkheid van de Staat voor nalatigheid bij veiligheidskeuringen, dit keer bij schepen. Het schip, 32 jaar oud, was net weer voor 7 jaar goedgekeurd, terwijl de bodem toen al ‘kuis verrot’ was en het plotseling gebeven

¹ Onze wetgever heeft het motiveringsvereiste voor de Hoge Raad geformuleerd in art. 121 Gw, art. 5 lid 1 RO en art. 30 Rv en (negatief) in art. 81 RO.

² Het parket van de civiele kamer heeft 35 medewerkers, een A-G heeft bij een conclusie voor een zaak ondersteuning van 3 medewerkers. De civiele kamer van de Hoge Raad, bestaande uit 11 leden, heeft in totaal 3 medewerkers tot haar beschikking.

³ HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281.

had (levensduur van zo'n duwbak was overigens 15 jaar). De Hoge Raad was tegen een dergelijke overheidsaansprakelijkheid en nam het advies van A-G Spier dan ook graag over, toevallig een jurist die mordicus tegen ruime overheidsaansprakelijkheid was en aansprakelijkheid in het algemeen ('geen Amerikaanse toestanden hier!').

Ik heb indertijd aangetoond dat de wetsgeschiedenis het tegendeel oplevert van hetgeen in de conclusie van de A-G stond: de norm gold ook voor schepen die *niet* aan verkeer deelnamen, en in de Kamer gaf de minister het voorbeeld van een schip dat nota bene in een grindgat afgemeerd lag.⁴ Ik vroeg indertijd een oud-raadsheer van de Hoge Raad of men een conclusie van het parket wel eens op de inhoud naliep in de praktijk. Het antwoord was dat daar absoluut geen tijd voor was en men dat ook niet aan een medewerker kon delegeren: met de gehele civiele kamer (toen ca. 10 personen) kon men over assistentie van één medewerker beschikken, iets dat mijn zegsman met heel veel moeite bereikt had. Dat is een decennium later, twee medewerkers voor de gehele kamer geworden, en tegenwoordig drie.

Hieronder zullen wij zien dat deze kanttekeningen over de manier van doen bij cassatie ook van betekenis zijn voor het thema van dit artikel. Het zal trouwens de interesse hebben van lezers die gewend zijn aan de gedachte van *the court as a small group*, waartoe ik ook de hoofd-lezer van dit boek, Peter van Koppen, reken.⁵

Dan nu het thema. Ik wil de motiveringsplicht van de rechter aan de orde stellen, met name voor de hoogste rechter, en daarbij de vraag hoe die zich precies verhoudt tot hetgeen het parket in zijn conclusie te berde gebracht heeft, als een exposé van de standpunten van partijen, sterker nog: deze op hun juridische merites tegen elkaar afwegen om in een gemotiveerde bespreking tot een bepaald resultaat te bereiken: een oordeel ten gunste van eiser of verweerder in cassatie. Dat spreekt temeer wanneer sprake is van een standaardarrest of een soortgelijke uitspraak, zoals een prejudiciële beslissing.⁶ De aanleiding hiertoe is een recente uitspraak van de Hoge Raad waarin dit aspect op pregnante wijze aan het licht komt, met gevolgen die mijns inziens voor de rechtsvorming en ontwikkeling hoogst ongunstig zijn. Het gaat over een onderwerp waarmee ik mij al geruime tijd bezig houd en dat bovendien geschikt is voor een bundel voor Peter van Koppen, omdat het zich in Groningen afspeelt. Een landstreek waar hij zijn eerste stappen in de (rechts)wetenschap gezet heeft, een soort land van herkomst. Al is het een privaatrechtelijk onderwerp, het moet kunnen aanspreken, als een oud rechtsgebied van onze emeritus, het terrein van zijn promotieonderzoek. Er komt trouwens het *Van Koppen*-arrest (1992) langs. Uit het Groningse gaswinningsdrama neem ik één onderwerp: waardedaling van woningen in het winningsbied en de vergoeding van die schade door de exploitant, de NAM.⁷

Maar alvorens dat te doen, zal ik op de motiveringsplicht van de rechter ingaan zoals dat door wet en rechtspraak is vastgelegd. Bij dat laatste heeft al enige tijd het EHRM in Straatsburg het laatste woord.

⁴ Zie: Van Dunné, 2007; Van Dunné, 2016. Dit punt wordt in literatuur en jurisprudentie nog steeds niet gesignaleerd.

⁵ Voor een beschrijving van de gang van zaken bij het werk van de civiele kamer van de Hoge Raad, zie: Bakels, 2015, waarover hieronder meer, in par. 4.

⁶ Zie voor de figuur van de prejudiciële beslissing, ingevoerd in 2012: Bakels, 2015, p.938; Streefkerk, 2015. Voor de historische achtergrond, zie: Winkel, 2013.

⁷ Hetgeen hier volgt is nader uitgewerkt in mijn artikel in het *NJB* 2020/1, zie: Van Dunné, 2020. Dat is een bewerking van paper symposium Studiekring Normatieve uitleg, 1 november 2019 te Rotterdam, over dit onderwerp, zie website: www.studiekringnormatieveuitleg.nl/symposia/, of: www.janvandunné.nl. Overigens is de Staat naast de NAM exploitant bij de Groningse gaswinning, zie t.a.p.

1. De motiveringseis in de rechterlijke procedure

De Hoge Raad had al sinds 1977 in zijn jurisprudentie drie categorieën motiveringsgebreken onderscheiden: (1) de onbegrijpelijke motivering; (2) het verzuim om essentiële stellingen van partijen te behandelen; (3) de kennelijke vergissing bij de vaststelling van feiten. Een goede leidsman voor de verdere ontwikkeling van dit rechtsgebied is Smits in zijn Rotterdams proefschrift uit 1996.⁸ Hij haalt het arrest HR 7 april 1995, *N/Mobius*, aan, waarin de Hoge Raad de motiveringsplicht voor verzoekschriftprocedures aangenomen heeft.⁹ Daar ging het om een verweer dat gevoerd werd door een failliet, dat relevant en gemotiveerd was, maar waarbij hij desondanks failliet verklaard werd. ‘De failliet moet ten minste met een redelijke mate van zekerheid uit het vonnis kunnen opmaken dat zijn verweer onder ogen is gezien alsmede op welke grond het is verworpen, stelt de Hoge Raad, en verwijst hierbij naar de uitspraak van het EHRM in *Ruiz Torija/Spanje* (1994) en zijn eigen arrest van 4 juni 1993.¹⁰ De cassatierechter komt tot de conclusie dat artikel 6 EVRM geschonden is indien de rechter geheel heeft nagelaten om op bepaalde argumenten van klagers in te gaan.

Smits vat de leer van de Hoge Raad inzake motivering als volgt samen, gebruik makend van beschouwingen van Korthals Altes en Asser.¹¹ Als hoofdmotieven ziet hij:

- (1) De rechter mag essentiële stellingen niet onbesproken laten, doch hoeft anderzijds niet op al het door partijen aangedragene in te gaan indien dat niet van direct belang is voor de beslissing (dat laatste is overigens ook neergelegd in het *Van de Hurk*-arrest, EHRM 1982).
- (2) De aard van de beslissing is van invloed op de motiveringsplicht: de motiveringseisen zijn zwaarder naar mate de beslissing ingrijpender is voor (een der) partijen.
- (3) Een belangrijke factor voor een gedifferentieerde motiveringsplicht is de stand van de discussie in literatuur en rechtspraak (aldus ook: Vranken).

Interessant is nog dat Smits het niet ingaan op stellingen van een partij in het vonnis onder strijdigheid met het beginsel van hoor en wederhoor brengt, in navolging van Asser, hetgeen strijd met de *openbare orde* oplevert.

De Hoge Raad had dus in 1995 al zijn huiswerk gedaan en zijn eigen jurisprudentie over motivering van vonnissen geënt op het EVRM en de jurisprudentie over artikel 6. Het is nog sterker, die eigen rechtspraak, met name het nog steeds breed aangehaalde standaardarrest van 4 juni 1993, *Vredo/Veenhuis*, was al in lijn met de rechtspraak van het EHRM.¹² Opvallend is dat de Hoge Raad deze motiveringseisen in 1995 stelt voor de verzoekschriftprocedure, in casu een faillietverklaring, waarbij de rechter heel veel vrijheid van handelen en oordelen heeft. In een vaste jurisprudentie vindt men deze benadering van het motiveringvereiste ook op het

⁸ P. Smits, 1996, p. 127 e.v. Deze passage verscheen eerder in: Van Dunné, 2019, p.97 e.v. De motiveringsplicht voor Arbiters is neergelegd in art. 1065 Rv.

⁹ HR 7 april 1995, *NJ* 1997/21, m.nt. Alkema, *N/Mobius*. Smits, t.a.p., p.130, nt. 182.

¹⁰ EHRM 9 december 1994, serie A, vol 303-a; zie: Lawson, *TvA* 1996, p.165, die ook nog wijst op *Balani/Spanje* (9 december 1994; *NJ* 1997, 20, m.nt. Alkema onder nr. 21, in dezelfde zin) en een artikel van Brenninkmeijer, *NJB* 1995, p.520 v.

¹¹ T.a.p., p.130.

¹² Voor recente toepassingen van *Vredo/Veenhuis* (1993), zie bijvoorbeeld: HR 22 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9138, *Ned. Ver. v. Makelaars/Telegraaf*; HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529, *Stokker c.s./H3 Products c.s.*

gebied van kort geding, waar de vrijheid van de rechter spreekwoordelijk is.¹³ Dat betekent dus dat in gewone civiele procedures de rechter *a fortiori* gehouden is om zich aan die motiveringseisen te houden.

De ontwikkeling van de EHRM-rechtspraak is na *Ruiz Torija* (1994) niet stil blijven staan. Hier volgt een overzicht daarvan, iets dat eigenlijk tot het standaardpakket van iedere jurist zou moeten behoren. Er bestaat een handzame (wel erg beknopte) *Guide on Article 6 of the Convention*, uitgegeven door het Secretariaat van het Hof en regelmatig bijgewerkt, ik zal daar naar verwijzen.¹⁴ Aan twee arresten zal ik hier aandacht besteden vanwege de centrale plaats die ze innemen in het geheel: *Helle/Finland* (1997) en *Hirvisaari/Finland* (2001).¹⁵

In de eerste zaak legt klager Helle, een kerkelijk medewerker die een salarisgeschil heeft met zijn kerk, de Finse Evangelisch-Lutherse Kerk, na verlies voor de hoogste Finse bestuursrechter zijn zaak aan de rechter in Straatsburg voor. De volgende overwegingen van het EHRM in *Helle/Finland* zijn hier van belang:

(59) [A national court should] “address the essence of the points submitted by the applicant for its consideration”.

(60) [It] “requires that a national court which has given sparse reasons for its decisions, whether by incorporating the reasons of a lower court or otherwise, did in fact address the essential issues which were submitted to its jurisdiction and did not merely endorse without further ado the findings reached by a lower court”.

Deze formulering dat het om de ‘essentie’ van de aangevoerde gronden moet gaan, de ‘essentiële onderdelen’ ervan, is in wezen een nieuwe formulering van wat in de uitspraken van 1994, *Ruiz Torija* en *Balani* (beide tegen Spanje), als ‘beslissend voor de uitkomst van de procedure’ omschreven werd.¹⁶ Later werd het ook als ‘de hoofdargumenten van een partij’ omschreven, in *Buzescu/Roemenië* en *Donadze/Georgië*.¹⁷

In de tweede uitspraak, de *Hilvisaari*-zaak, is een pensioengeschil tussen een werknemer en het pensioenfonds van zijn werkgever aan de orde, met een negatieve beslissing van de hoogste beroepsinstantie. Het EHRM geeft allereerst zijn visie op de materie en gaat vervolgens op de zaak zelf in:

(30) “The court reiterates that, according to its established case law reflecting a principle linked to the proper administration of justice, judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based.” [.....]

(31) “In the present case, the Court observes that the first part of the reasons given by the Pension Board merely referred to the relevant provisions of law, indicating the general conditions under which an employee is entitled to receive pension. While this brevity of the reasoning would not necessarily as such be incompatible with

¹³ Zie bijvoorbeeld het zojuist genoemde arrest van 22 maart 2013 waarin het arrest van 4 juni 1993, *Vredo/Veenhuis*, uitvoerig geciteerd wordt in rov. 3.4, sub *f*, met de toevoeging dat “niet steeds vereist is dat alle stellingen van een partij door de rechter uitdrukkelijk in de motivering worden betrokken”. Dit is vaste rechtspraak, in overeenstemming met *Van der Hurk/Nederland*, EHRM 19 april 1994, serie A, vol 288, par. 61.

¹⁴ Op de EHRM site te raadplegen, par. 7, Reasoning of judicial decisions”, nrs. 333-344, pp.66-67 (versie 31 december 2018).

¹⁵ In de *Guide* van het EHRM genoemd onder, resp.: nrs. 342 en 335. Voor een uitvoeriger overzicht van dit onderwerp, zie: Van Dunné, 2019, p.112 e.v.

¹⁶ Zie *Guide on Article 6*, nr. 338, resp. overwegingen § 30 en § 28 in de uitspraken.

¹⁷ *Idem*, nr. 339, resp. overwegingen § 67 en § 35.

Article 6, in the circumstances of the present case the decision of the Board failed to satisfy the requirements of a fair trial. In view of the fact that the applicant had earlier received full invalidity pension, the reference to his deteriorating state of health in a decision confirming his right to only a partial pension must have left the applicant with a certain sensation of confusion. In these circumstances the reasoning cannot be regarded as adequate”. [.....]

(33) “Taking into account what was at stake for the applicant, the Court considers that the *prima facie* contradictory reasoning by the Pension Board and the subsequent approval of such inadequate reasoning by the Insurance Court as an appellate body failed to fulfil one of the requirements of a fair trial. There has accordingly been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.”

De kern-onderdelen van de negatieve beoordeling van de motivering van een rechterlijke instantie zijn dus dat sprake is van ‘a *prima facie* contradictory reasoning’, een redenering die ‘must have left the applicant with a certain sensation of confusion’.

Beide arresten belichten dus een bepaald aspect van de vereiste motivering van een rechterlijke beslissing: het eerste inzake Helle geeft aan dat de motivering mankeert aan *gerichtheid*: het mist de essentie waarom het in de procedure gaat, de kern van de gronden die voorgelegd waren. De tweede uitspraak, inzake Hilvisaari, geeft aan dat de motivering *inhoudelijk* niet deugt, want tegenstrijdig of onbegrijpelijk is - een normale procespartij kan de gebruikte redenering niet volgen.

Na dit verkregen inzicht, kunnen wij nu de uitspraak van de Hoge Raad van 19 juli 2019 aan de geldende normen over motivering iijken. Dan nu terug naar die uitspraak en de *casus (belli)* voor mijn verhaal.

2. Een geval van gebrekkige motivering door de Hoge Raad: de prejudiciële beslissing van 19 juli 2019 inzake vergoeding van waardedaling van woningen in het gaswinningsbied in Groningen

Het onderwerp vergoeding van waardedaling van woningen leek met het arrest van het Hof Leeuwarden van 23 januari 2018, *Stichting WAG en woningcorporaties/NAM*, waarvan NAM niet in cassatie was gegaan, tot rust gekomen te zijn.¹⁸ Dat was echter van korte duur, op 19 juli 2019 heeft de Hoge Raad een aantal prejudiciële vragen beantwoord die door de Rechtbank Noord-Nederland (Assen) gesteld waren, waaronder één over waardedaling van woningen.¹⁹ In die prejudiciële vragen-uitspraak zet de Hoge Raad een heel andere koers uit dan het Hof Leeuwarden, waarbij de conclusie van A-G Wattel als uitgangspunt genomen werd. Dat komt vaker voor, dat de cassatierechter het advies van het parket volgt, maar hier was iets bijzonders aan de hand: de A-G had zich laten leiden door het standpunt dat de NAM voor het Hof Leeuwarden had ingenomen, en dat door het hof afgewezen werd. Dat standpunt, dat in de appelprocedure ondersteund werd door een advies van Hartkamp, de oud-PG, komt uitvoerig aan bod in de conclusie, in tegenstelling tot de weerlegging ervan door het hof. De Hoge Raad heeft aan enkele zinnen uit de conclusie van de A-G genoeg om tot een oordeel te komen, eveneens in afwijking van dat van het hof.

¹⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden (Leeuwarden) 23 januari 2018, ECLI:NL:GHAL:2018:618; *JA* 2018/60; *NTE* 2018/1-2, m.nt. J.C.W. Gazendam; *TGMA* 2018/3, m.nt. Van Dunné (op p.17 e.v.).

¹⁹ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *Prejudiciële beslissing*; *AB* 2019/519, m.nt. C.N.J. Kortmann; Rb. N-Nederland (Assen) 10 oktober 2018, tussenvonnis; eiser is een woningeigenaar uit Delfzijl.

Op zich al een opmerkelijke gang van zaken, maar waar het mij hier om gaat, is hoe de motivering van het oordeel van de Hoge Raad luidt, in een uitspraak die niet zo maar één arrest uit vele is, maar een prejudiciële beslissing, bedoeld om desgevraagd aan de verdere rechtsontwikkeling richting te geven. Kortom, rechtsvorming en rechtsontwikkeling, de taak van de cassatierechter, in optima forma. Dan moet de motivering van hoog niveau zijn, zou men als justitiabel verwachten, er moet op gebouwd, en voortgebouwd kunnen worden.²⁰ Maar eerst een toelichting op de inhoud van de zaak, om welke rechtsvraag ging het hier?

De casus en rechtsvraag

De rechtsvraag die hier voorgelegd was betrof het volgende. Bij de vaststelling van geleden schade staat de vraag centraal of in casu de *concrete* dan wel de *abstracte* methode van schadeberekening gevolgd moet worden. De gaswinning in Groningen heeft geleid tot de rechtsvraag of schade veroorzaakt door de gaswinning in de vorm van waardedaling van woningen met de abstracte methode berekend mag worden. De exploitant, de NAM, had dat standpunt verworpen en zich slechts bereid getoond om schade die *op het moment van verkoop van de woning* aangetoond kan worden, te betalen aan de verkopende eigenaar. Met als argument, dat concrete schadeberekening de hoofdregel is en abstracte schadeberekening geen rechtsregel maar slechts een “praktisch hulpmiddel” is dat onder omstandigheden toegepast kan worden. Bij verkoop van onroerend goed kan op concrete, en eenvoudige wijze vastgesteld worden of sprake is geweest van waardedaling van het pand, dit in tegenstelling tot de abstracte methode, waarbij geen vast punt aan te geven is voor een berekening. Zeker niet, wanneer de situatie in flux is, en wellicht zelfs kan blijken dat ten gevolge van voorgenomen maatregelen een waardedaling tot stilstand gebracht kan worden, of zelfs in positieve richting omgebogen en ongedaan gemaakt. Die maatregelen hebben betrekking op reductie van omvang van de gaswinning, schadepreventie en economische ontwikkeling van de regio. De abstracte schadeberekening is in de jurisprudentie gebaseerd op doelmatigheid en redelijkheid, en volgens de NAM voldoet de zienswijze van de woningeigenaren aan geen van deze vereisten. Hetgeen de woningeigenaren willen bereiken is immers uiterst gecompliceerd (in tegenstelling tot aanneming van de verkoopdatum als uitgangspunt) en bovendien onredelijk, omdat niet komt vast te staan of de waardedaling wel reëel, bestendig van aard is. Dat zou op zich al in strijd zijn met het beginsel dat slechts *werkelijk geleden* schade vergoed wordt.

Dit twistpunt heeft geleid tot een procedure over deze rechtsvraag die ongeveer 900 woningeigenaren, verenigd in de stichting Waardevermindering door Aardbevingen Groningen (WAG) in 2014 voor de Rechtbank Noord-Nederland (vestiging Assen) hebben gebracht. Vier Groningse woningcorporaties hebben zich bij hen gevoegd, met een bestand van ca. 64.000 woningen. Zij werden bij vonnis van 2 september 2015 door de rechtbank in het gelijk gesteld, waarvan de NAM in beroep is gegaan, met het arrest van het Hof Leeuwarden van 23 januari 2018 tot resultaat, waarin de benadering van de Rechtbank Assen bevestigd werd, in een veel breder opgezet betoog.²¹

²⁰ Het is nu overigens al een actuele kwestie: het arrest Hof Leeuwarden 23 januari 2018 heeft tussen partijen gezag van gewijsde en eind oktober 2019 hebben eisers, stichting WAG c.s., een vordering van 122 miljoen Euro ingesteld tegen de NAM.

²¹ Rb N-Nederland (Assen) 2 september 2015, ECLI:NL:RNN:2018:4185. Ten tijde van het pleidooi in appel hadden zich inmiddels 4.000 huiseigenaren aangesloten bij de WAG.

Het hof heeft overwogen, kort gezegd, dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat abstracte schadeberekening toelaatbaar is wanneer dat redelijk en doelmatig is. Gezien de schade-oorzaak en de in Nederland levende rechtsovertuigingen is er reden om in dit geval geen hoge eisen te stellen aan de toelaatbaarheid van abstracte schadebegroting. Voldoende is dat de schade een voldoende structureel karakter heeft, begroting van schade mogelijk is en niet op onoverkomelijke bezwaren stuit vanuit het oogpunt van doelmatigheid en dat de woningeigenaren belang hebben bij abstracte schadebegroting. Aan die vereisten is voldaan.²² Voor de in Nederland levende rechtsovertuigingen verwees het hof naar de nadruk die in het regeerakkoord wordt gelegd op een adequate en onafhankelijke afhandeling van alle schade in Groningen en op de aanbeveling van de mensenrechtencommissie van de VN om te voorzien in “proper compensation”.²³

De Rechtbank Assen heeft in een andere zaak, door de eigenaar van een woning in Delfzijl tegen de NAM aangespannen, deze rechtsvraag aan de Hoge Raad voorgelegd als prejudiciële vraag. In die procedure liet A-G Wattel zich in zijn conclusie als gezegd leiden door het advies van Hartkamp dat indertijd door NAM in de WAG-zaak ingebracht werd en stelt dat het hier niet om een keuze tussen abstracte of concrete schadeberekening gaat, maar “of schade is geleden die naar haar aard voor vergoeding in aanmerking behoort te komen”.²⁴ A-G Wattel doet daarbij – in navolging van de NAM - een beroep op twee arresten, uit 1979: *Binnendijk/Emi* (hoogspanningskabel) en uit 2000: *Dordrecht/Stavast* (voltooide sanering).²⁵

De beperkte keuze tot de twee genoemde arresten door de A-G is opvallend, om verschillende redenen. Allereerst omdat deze door de NAM aangevoerd waren en de bestrijding ervan door WAG, evenals de overname ervan door het Hof Leeuwarden in zijn uitspraak van 23 januari 2018, onbesproken gebleven zijn. Ook naar de inhoud is het argument van de A-G hoogst ongelukkig: het eerste arrest, over de hoogspanningskabel, ging over Belemmeringenwet Privaatrecht en art. 6:105 BW: WAG had voor het hof betoogd, eveneens met ondersteuning van een advies, dat dit in de onderhavige casus geen toepassing kan vinden omdat het artikel over “nog niet ingetreden schade” handelt, iets anders dus.²⁶ Het hof heeft dat standpunt onderschreven, in een uitvoerige behandeling.²⁷ Vergoeding van onzekere waardedaling heeft de wetgever erkend, maar rechter heeft ook de mogelijkheid schadetoewijzing uit te stellen, indien duidelijk is dat de totale schade “binnen afzienbare tijd wel geheel bekend zal zijn” (Toelichting Meijers). Dat is evenmin het geval in de Groningse casus, waarover hieronder meer.

²² In rov. 8.111. Zie over dit onderwerp mijn artikel *TGMA* van 2018, Van Dunné, 2018b, pp.4-23, met het arrest (ingekort) op pp.24-48.

²³ Rov. 8.111. Het hof citeert vervolgens nog het rapport van de Commissie-Hammerstein (met de leden: Asser en Van de Bunt, 2017), p.6, als in dezelfde zin. In rov. 8.112 wordt ingegaan op de doelmatigheid en het niet onoverkomelijk zijn van de hoge uitvoeringslasten voor NAM, afgewogen tegen het belang van woningeigenaren, ook wanneer een model (van NAM) zou uitblijven.

²⁴ Conclusie nr. 4.7.18. In nr. 4.7.30 citeert de A-G de “overtuigende bezwaren” van adviseur Hartkamp tegen abstracte schadeberekening vanwege “onzekerheid omtrent de toekomst”, de onmogelijkheid van “het verdisconteren van toekomstige goede en kwade kansen in de schadeberekening”, etc.

²⁵ Resp.: HR 2 februari 1979, *NJ* 1979/384, m.nt. Mijnsen; HR28 april 2000, *NJ* 2000/690, m.nt. Bloembergen.

²⁶ WAG steunde hierbij ook op een advies, van schrijver dezes; dit werd omgewerkt tot mijn eerder genoemde artikel in *TGMA* van 2018, Van Dunné, 2018b.

²⁷ In rov.8.12 (het hof sluit zich aan bij de noot van Mijnsen); 8.82-83 (idem advies-Van Dunné); zie daaromtrent: Van Dunné, 2018b, p.12 e.v.

Het beroep van de A-G op het tweede arrest, uit 2000, is eveneens misplaatst, want volkomen atypisch: de oorzaak van waardedaling (bodemvervuiling) was toen reeds opgeheven door een voltooide sanering: er ontbrak dus iedere vorm van toekomstige onzekere gebeurtenis die volgens het parket zo bepalend is voor de discussie over toepassing van abstracte schadeberekening.

Het onjuiste beroep dat gedaan wordt op deze arresten van 1979 en 2000 heeft vergaande consequenties. Er bestaat namelijk rechtspraak waarbij waardedalingvorderingen toegekend worden, ook indien verkoop uitgebleven is: de arresten *Maassluis/Van Koppen (Steendijkpolder, 1992)* en *Dordrecht/Stokvast (2000)*.²⁸ Deze jurisprudentie kan volgens de A-G echter geen gewicht in de schaal leggen vanwege het ontbreken van een ‘stabiele situatie’ zoals dat wel het geval zou zijn in de arresten van 1979 en 2000, inzake de hoogspanningskabel en de voltooide sanering. Grote gevolgen heeft ook dat hier een belangrijk arrest ontbreekt in de weergave van jurisprudentie waarbij verkoop van het pand niet vereist is, in dezelfde zin als de genoemde arresten van 1992 en 2000, nog wel een uitspraak over mijnschade: *Oranje-Nassau Mijnen (1980)*.²⁹ A-G Wattel had het arrest van 1980 niet van belang geacht: “Anders dan in ons geval, was sprake van een afgesloten situatie: er werd niet meer ondergronds gewonnen”.³⁰ Dit valt niet te rijmen met de overweging in dat arrest: “dat het feit dat de schade ook thans nog doorgaat en dat de nawerking van de mijnexploitatie nog wel tien jaren meetbaar kan zijn, reeds thans een waarde verminderende invloed op het pand uitoefent omdat de verkoopwaarde daardoor reeds thans nadelig wordt beïnvloed” (schade op 40.000 gld gewaardeerd). De Hoge Raad had in 1980 dat oordeel van het hof onderschreven en de mogelijkheid van een rechtsopvolger van de eigenaar die opnieuw een schadeclaim tegen de Mijnen indient niet als een probleem gezien.

Dan is het nu zaak om de toepassing van de conclusie van het parket door de Hoge Raad te analyseren, met name de motivering ervan.

3. Een analyse van het oordeel van de Hoge Raad in relatie tot de conclusie van het parket en de motiveringsplicht

De Hoge Raad komt tot een oordeel ten aanzien van de prejudiciële vraag over vergoeding van waardedaling woningen en hoe reageert hij daarbij op de beoordeling en argumentatie van de A-G in zijn conclusie? Die worden één-op-één overgenomen, zonder verdere toelichting, het is kennelijk een overtuigende argumentatie. Daarmee is echter weggevallen dat de A-G slechts aandacht gegeven had aan het standpunt van één der partijen, namelijk de NAM, en dat niet afgewogen had tegen dat van de wederpartij in die procedure, WAG c.s. Dat geldt niet alleen de standpunten van beide partijen, maar ook de door hen gebruikte adviezen: het WAG-advies wordt niet genoemd, er is slechts sprake van een literatuurverwijzing in een voetnoot, met de omschrijving: “zie uitdrukkelijk anders...”, waarop een publicatie volgt waarin dat advies (van schrijver dezes) omgewerkt was.³¹ Medestanders van die laatste visie komen ook slechts aan bod door een verwijzing in een noot.³²

²⁸Zie conclusie, nr. ... , waar vindplaatsen.

²⁹ HR 23 mei 1980, *NJ* 1980/466. Dit arrest werd wel door de A-G besproken, nrs. 4.7.25 en 27 (en hof: rov. 8.33).

³⁰ Conclusie, nr. 4.7.27, zoals ook betoogd door de NAM.

³¹ Conclusie, noot 388, verwijzing naar een *TGMA*-artikel van mij uit 2018, Van Dunné, 2018b.

³² Zie conclusie, noot 412: Rijnhout en Ter Hoek, en verder nog Mijnsen. Voor het standpunt van Mijnsen, zie: Van Dunné, 2018b, p.36.

Er is echter meer aan de hand. Ik concentreerde mij tot dusver op de argumenten van partijen die op *jurisprudentie* van de Hoge Raad gebaseerd zijn en om een gemotiveerde afweging vragen, vooral wanneer de hoogste rechter geroepen is om tot een oordeel te komen dat als standaardarrest of, zoals hier: een prejudiciële uitspraak moet dienen. Maar hetzelfde geldt voor de meer principiële, *materieelrechtelijke* vraag welke vorm van schadevergoeding in het geding is, en of daarbij plaats is voor abstracte schadeberekening. Ook hier zien wij dat de A-G de standpunten van partijen, steunend op twee adviezen, niet tegen elkaar heeft afgewogen, en dat de Hoge Raad dat niet heeft gecorrigeerd bij het komen tot een oordeel. Het gaat hier over het argument van de A-G van de *onzekere toekomstige gebeurtenissen* die onvoldoende duidelijkheid over de schade zouden bieden en een belemmering zou vormen om tot een (abstracte) schadeberekening over te gaan, een ‘*stabiele situatie*’ is daartoe vereist. Dit is het betoog van het NAM-advies van Hartkamp, dat voor de A-G ‘overtuigende bezwaren’ tegen abstracte schadeberekening had opgeleverd. Maar het afwegen van ‘voor’ en ‘tegen’ ontbreekt hier. De argumenten ‘voor’ stonden in het WAG-advies en werden niet gehoord, noch gemotiveerd verworpen. Dat advies was gebaseerd op de algemene uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht volgens de vaste jurisprudentie. Het is echter nog merkwaardiger gesteld: de omstandigheid dat het bij schadevaststelling om *onduidelijke, onzekere toekomstige gebeurtenissen* handelt, is nooit een belemmering geweest voor de rechter, zo had WAG c.s. betoogd, zowel bij bedrijfsschade, als ook op het terrein van letselschade (verkeer, werk, consumptie). Het daarmee omgaan is *business as usual* voor de rechter bij vaststellen van schade.³³ Die opvatting was door het Hof Leeuwarden aanvaard, en had ook al om die reden in de conclusie niet onbesproken mogen blijven, laat staan zonder motivering verworpen.

De Hoge Raad heeft ook dit materiële rechtelijke standpunt in de conclusie van het parket één-op-één overgenomen. Dat kan niet overtuigen om de aangegeven redenen, ontleend aan het geldende schadevergoedingsrecht, maar er is nog iets aan de hand. Dat vereiste van een ‘stabiele situatie’ met de bodem in Groningen, in combinatie met gunstige vooruitzichten daarop binnen afzienbare tijd, na beëindiging van de gaswinning, is wederom het standpunt van één partij, de NAM, met kracht bestreden door de andere partij, WAG c.s., die daarmee het Hof Leeuwarden had kunnen overtuigen. Dat argument van de NAM was door het hof verworpen, en gaat hier weer om een volstrekt eenzijdige belichting van het geschil door de A-G, dit keer de feitenconstellatie. Ik heb elders uiteen gezet dat de feitelijke bodemsituatie in het gaswinningsgebied Groningerveld naar gangbare geologische inzichten haaks staat op het NAM-standpunt erover, dat door de A-G overgenomen werd – en vervolgens door de Hoge Raad aanvaard.³⁴ Het is namelijk algemeen aanvaard in de internationale mijnbouw dat na beëindiging van mijnbouwactiviteiten de schadelijke gevolgen door bodembeweging nog minstens 50 jaar merkbaar zijn.

Twee voorbeelden uit eigen land. In Limburg is de mijnbouw in 1974 beëindigd, er doen nu zich nog steeds schadegevallen door bodemdaling voor, bijna 50 jaar later. Verzakkingen ontstaan tegenwoordig ook door stijgend grondwater, het winkelcentrum in Heerlen dat plots in de grond weg zakte was enkele jaren geleden

³³ Dat kan gaan om verlies van inkomen door arbeidsongeschiktheid of een carrière die door een student misgelopen wordt door een dwarslaesie na een ongeluk, en zo meer. Voor voorbeelden, zie: Van Dunné, 2018b, op p.11. Voor de materieelrechtelijke context zie: Van Dunné, 2020.

³⁴ Zie: Van Dunné, 2020, en eerder: Van Dunné, 2016.

landelijk nieuws.³⁵ Een ander, meer recent voorbeeld is de situatie in Loppersum, in het hart van het risicogebied van de gaswinning in Groningen: na de grote beving in naburig Huizinge in 2012 (M3,6), voor velen de *wake-up call*, werd in 2013 in dat gebied door het ministerie van EZK overgegaan tot een 80% verminderde gaswinning in cluster Loppersum. Tegen de verwachting in, dat daardoor schadelijke bevingen zouden uitblijven, was er niettemin sprake van een reeks kleine bevingen gevolgd door zware bevingen in dat gebied in 2018 en 2019, in Zeerijp en Westerwijtwerd (beide M3,4). Minder gaswinning wil dus niet zeggen dat er geen zware aardbevingen meer zullen komen, maar alleen dat de *kans* daarop kleiner wordt. Veel meer valt er niet over te zeggen, zeker niet dat de toestand stabiel geworden is. Het volledig stoppen met gaswinning (die aanstaande is) zegt dus ook niets op dit punt, anders dan de NAM had betoogd, parket en Hoge Raad daarmee op het verkeerde been zettend.

De motivering van de Hoge Raad nader bezien

Dan zou ik nu nader willen ingaan op de wijze waarop de hoogste rechter in zijn oordeel is omgegaan met het advies dat de conclusie van het parket inhield, in relatie tot de standpunten van partijen die hoor en wederhoor gegeven dienden te worden. Het hierboven weergegeven standpunt van de A-G ten aanzien van de opgeworpen rechtsvraag, gebaseerd op de beperkte keuze voor twee arresten, werd door de Hoge Raad op de voet gevolgd in de kernoverweging van de uitspraak van 19 juli 2019.³⁶ Wat het belang van de (stabiele) feitenconstellatie voor die rechtsvraag betrof gold hetzelfde. De Raad overwoog: ‘een geofysisch voldoende stabiele toestand moet zijn bereikt. Alleen dan is immers voldoende zeker dat significante schommelingen in de waarde van de woning die samenhangen met het risico op bodembeweging, zullen uitblijven’ (rov. 2.11.4). Bij het parket was in de conclusie geen sprake van een gemotiveerde afweging van de standpunten van partijen op deze punten, noch van dat van het Hof Leeuwarden dat voor één van die standpunten had gekozen, in cassatie zien wij bij de oordeelsvorming van de Hoge Raad hetzelfde gebeuren. De vraag is nu, of op dit punt de motivering van de hoogste rechter wel voldoet aan de wettelijke eisen daaromtrent, zoals gewaarborgd in artikel 6 EVRM.

Die vraag moet mijns inziens negatief beantwoord worden omdat het standpunt van één van de partijen - de woningeigenaar in Delfzijl, respectievelijk WAG c.s. (als wederpartijen van de NAM) - niet gehoord, dat wil zeggen in de afweging van standpunten betrokken werden. Uit de *Helle*-uitspraak (1997) volgt niet alleen de verplichting van de rechter ‘to address the essential issues’, maar ook het verbod ‘to merely endorse without further ado the findings reached by a lower court’. Hier gaat het niet om een uitspraak van de lagere rechter die beoordeeld wordt, maar van de conclusie van het parket. En wat de ‘brevity of the reasoning’ van de hoogste rechter betreft, leert *Hilvisaari* (2001), dat mag niet: ‘leave the applicant with a certain sensation of confusion’. In het geval van een *prima facie* tegenstrijdige redenering in combinatie met ‘the subsequent approval of such inadequate reasoning’ in de beoordeelde uitspraak betekent dat een schending van de vereisten van *fair trial* uit artikel 6 EVRM door de hoogste rechter. De ‘confusion’ ontstaat in ons geval hieruit dat de wederpartijen van de NAM niet de indruk hebben dat hun standpunt gehoord is. Kortom, een geval waarbij het ‘hoor en wederhoor’ ontbroken heeft, de essentie van iedere rechtspraak sinds Romeinse tijden: *et audite alteram partem*, waarbij de openbare orde in het geding is. De afweging van wederzijdse standpunten kan er natuurlijk best geweest zijn, binnenkamers – misschien zelfs wel met veel commotie

³⁵ Zie: Van Dunné, 2018a, en uitvoeriger: Van Dunné, 2018c, p.369 e.v.

³⁶ Zie: rov. 2.11.3 e.v.

gepaard in de kamer - maar dat is niet uit de motivering die de Hoge Raad gegeven heeft af te leiden, en hier geldt, zoals dat in de common law heet: *justice must be seen to be done*.

Ook de maatstaven die Smits in 1995 opstelde komen hierin beeld, en wel: (2) de aard van de beslissing die van invloed is op de motiveringseis, zwaarder indien de beslissing ingrijpender is voor een der partijen, en (3) de stand van de discussie in literatuur en rechtspraak als factor. In geval van een prejudiciële uitspraak van de hoogste rechter zijn deze eisen a fortiori van toepassing, zoals ook bij een uitspraak type-standaardarrest.

4. Slotbeschouwingen: *the court as a small group*

Ik wil tot slot nog stil staan bij de meer rechtspsychologische aspecten van het onderwerp, passend in een bundel opgedragen aan Peter van Koppen, mijn promotus (samen met Jan ten Kate) die op dit gebied een pionier in een nieuw land was. Hoe kon dit zo gebeuren? De Hoge Raad weet toch dat ook hij zelf, als hoogste rechter, aan de motiveringseisen van artikel 6 EVRM onderworpen is?³⁷ Dat mag men geredelijk aannemen, hoewel de jurisprudentielezer op dit punt toch regelmatig op de proef gesteld wordt, zeker als hij meer van de procedure afweet dan de doorsnee-lezer, althans zo vergaat dat mij wel eens.³⁸ Maar dat terzijde.

Rechtspraak is, als alle werk, mensenwerk. Dat geldt niet alleen de feilbaarheid ervan, ik heb hier het oog op de onderlinge samenwerking waarmee het gebeurt, zoals vrijwel alle mensenwerk - direct of indirect. Op het 'geheim van de raadkamer' wordt in onze rechtstraditie slechts sporadisch licht geworpen, tot frustratie van menig jurist, de wetenschappelijke in het bijzonder. Biografieën van rechters of leden van het parket en interviews met hen zijn bij ons zeldzaam en dan nog is de raadkamer een taboe.³⁹ Er valt echter wel wat te sprokkelen in sommige publicaties, met soms vrij opvallende uitspraken. Daarnaast is er veel anekdotische kennis in omloop, via contacten met raadsheren - rechtstreeks of van horen zeggen - maar vanwege de vertrouwelijke aard niet voor publicatie vatbaar. Een gelukkige omstandigheid is hier dat een raadshere uit de Hoge Raad, Floris Bakels (vice-president), voor de lezers van *Ars Aequi* een keer uit de doeken gedaan heeft hoe de rechtsvinding bij dat college er in de praktijk aan toegaat.⁴⁰ Voor ons onderwerp is er veel van onze gading te vinden, dat aangevuld kan worden met eigen kennis van zaken.

Bakels beschrijft hoe de totstandkoming van een arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad in zijn werk gaat: na ontvangst van de conclusie van het parket wordt een raadkamer samengesteld van drie of vijf leden, al naar gelang de zwaarte van de zaak. De raadsheren die op de zaak zitten (de 'zetel') krijgen alle stukken van het dossier, met als laatste de zogenaamde 'Borgersbrief': de reactie van een partij (of partijen) op

³⁷ Zie daarover: De Groot, 2014, p.126 e.v. De auteur is raadshere in de Hoge Raad.

³⁸ Zie bijvoorbeeld: HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, AB 2019/119, m.nt. Widdershoven, *Stichting EnergyClaim/Staat* (inzake energielabel), met conclusie A-G Wissink, over het relativiteitsvereiste bij onrechtmatige daad. Over die uitspraak - waar ik bij betrokken was - had een soortgelijk artikel als het onderhavige geschreven kunnen worden. Andere voorbeelden zijn: A-G Rank-Berenschot en HR 30 september 2016, NJ 2017/141, m.nt. Vranken, *Qnow*, en A-G Drijber en HR 30 maart 2018, NJ 2018/470, m.nt. Van Schilfgaarde, *TMF Management*, waarover: Van Dunné, 2019, resp. pp.21 e.v.; 73 e.v.

³⁹ Ik heb daaraan bijgedragen in enkele interviewbundels, zie: Van Dunné, 1977, met: Beekhuis, Langemeijer en Petit; Van Dunné, 1990, met: Van der Hoeven en Wiarda. Interviews met presidenten van de Hoge Raad waren er bijvoorbeeld: in 1988 Ras (door Huls en Bruinsma) en in 2001 Haak (door Van der Heijden en d'Oliveira). Voor vindplaatsen, zie De Groot, 2014, pp.125;134 e.v.

⁴⁰ Bakels, 2015.

de conclusie van de A-G, genoemd naar de zaak waarin het EHRM in 1991 die procedure had opgelegd op grond van artikel 6 EVRM. De overige raadsheren - de civiele kamer telt in totaal 11 leden - hebben voor het interne overleg over de concept-beslissing alleen de conclusie van de A-G ter beschikking. De concept-beslissing wordt door de raadkamer (zetel) aan de overige leden voorgelegd, in een of meer rondes, waarbij mondeling en schriftelijk commentaar geleverd wordt.

Hoe gaat dat nu verder, in de praktijk? Bakels stelt voorop dat de Hoge Raad ‘over het algemeen rechtsvragen worden voorgelegd over de beantwoording waarvan in redelijkheid verschillend kan worden gedacht’. Ik teken hierbij aan, dat dit voor een prejudiciële beslissing of standaardarrest a fortiori het geval is. Hij vervolgt dan:

“In zaken waarin alle raadsleden worden geraadpleegd bestaat de mogelijkheid dat de meerderheid in de zetel iets anders wil dan de meerderheid in de kamer. De regel is dat de zetel beslist, maar de raadsheren beseffen de relativiteit van hun gelijk. Arresten waarin, mede aan de hand van een vooropstelling, brede en principieel gemotiveerde overwegingen worden gegeven, berusten altijd op een grote meerderheid, of zelfs unanimititeit.” (p.929)

Dit zegt nog niet zo veel, maar dat wordt even verder in Bakels’ betoog anders, daar leest men:

“[...] het feit dat veel moeilijke en controversiële vragen aan de Raad worden voorgelegd brengt mee dat de kamer soms diep is verdeeld over de beslissing daarvan. De kamer streeft naar een zo groot mogelijk intern draagvlak voor haar uitspraken, en houdt daarom ook rekening met de opvattingen van de minderheid. Om die reden belet principiële verdeeldheid dat een stevige en fraai geformuleerde beslissing wordt geschreven, hoe scherp het middel ook is. In zulke gevallen worden meestal fletse, op het geval toegesneden, arresten gewezen die minimaal zijn gemotiveerd.” (p.932)⁴¹

Korter gezegd:

“[...] in de uitspraak wordt vanwege het geheim van de raadkamer geen melding gemaakt van eventueel uiteenlopende opvattingen; zoals gezegd wordt de minderheid tegemoet gekomen doordat de uitspraak dan smal en ondiep wordt opgeschreven.” (p.938)

Dit een hoogst opmerkelijke observatie. De terminologie van ‘diep’ of ‘ondiep’ motiveren van een uitspraak werd overigens in omloop gebracht door Loth e.a., die dit ontleend hadden aan Cass Sunstein.⁴² De constatering van Bakels is wel verhelderend in de zin dat duidelijk wordt hoe de zaken gaan als ze gaan – en best begrijpelijk voor ieder die in groepsverband beslissingen heeft moeten nemen, ook in het maatschappelijke vlak – maar het is toch niet in overeenstemming te brengen met de kerntaak van de Hoge Raad als cassatierechter: het bevorderen van rechtsvorming en rechtsontwikkeling. De rechtsgemeenschap voor wie de uitspraak bestemd is, kan immers uit zo’n ‘ondiepe’ beslissing enkel opmaken dat de civiele kamer kennelijk verdeeld was en er nog niet uit was, welke weg in te slaan. Het gaat wat ver om dat ook beleid te noemen.

⁴¹ P.932. In deze zin ook al president Ras in 1988, over de redenen om ‘zuinig te zijn’ met motiveren, zie De Groot, 2014, p.134.

⁴² Zie hierover: De Groot, 2014, p.141 e.v.; Loth e.a., 2007, p.317 e.v.

Bij een dergelijke wijze van besluitvorming, een soort rechterlijk ‘polderen’, zijn er ook gevaren. Ik gaf ooit een cursus Rechtsvinding voor rechters in Zutphen, eind jaren '80, samen met Boudewijn Boot, vice-president Rechtbank Rotterdam. Daar ging het ook over dit onderwerp, en Boot gaf een sprekend voorbeeld, ontleend aan de studententijd. Huisgenoten in een studentenhuus hebben zin om met elkaar naar de film te gaan, maar één huisgenoot ligt daarbij dwars, die wil niet. Als hij tenslotte overgehaald wordt om mee te gaan, krijg je dit effect: de tegenstribbelaar mag dan bepalen *welke* film het gaat worden. Een begrijpelijk fenomeen bij een groepsproces, maar dit onderhandelen en uitruilen kan bij een rechterlijke uitspraak niet bijdragen tot een sterke, dragende en begrijpelijke motivering.

Over de relatie tot de conclusie van de A-G maakt Bakels nog een opmerking die de aandacht trekt. Met betrekking tot de A-G die al of niet voortbouwend op of afwijkend van de literatuur, zelf een bepaalde visie op het recht ontwikkelt, zegt hij:

“Traditioneel gaat de Raad niet met het parket in debat, maar in gevallen waarin sprake is van een inhoudelijk verschil van mening, meen ik dat de duidelijkheid ermee is gediend dat hij dit wel doet, eventueel impliciet, door het desbetreffende punt in zijn motivering te betrekken”. (p.932)

Ik heb dat vroeger ook wel betoogd, in de zin dat wanneer de Hoge Raad afwijkt van de conclusie van de A-G – een soort ‘contrair gaan’ - dat gemotiveerd zou moeten gebeuren, omdat dit anders de rechtsontwikkeling niet zou bevorderen en ook een verspilling van belastinggeld zou zijn.

In de onderhavige uitspraak van 19 juli 2019 sprak de Hoge Raad zich, opmerkelijk genoeg, niet uit over de visie van A-G Wattel op de rechtsvraag, diens voorkeur voor een forfaitaire schadeafwikkeling van waardedaling woningen door de (pseudowetgever), met het bestuursrecht in de hoofdrol.⁴³ Dat scheidt geen duidelijkheid. Het verbaast dan ook niet dat Hammerstein (oud-raadsheer) weinig waardering voor de uitspraak van de Hoge Raad kan opbrengen, hij constateert dat het antwoord op de prejudiciële vraag “de oplossing van de toch al weerbarstige problematiek zo compliceert dat je zou wensen dat de civiele rechter maar liever uit beeld blijft.”⁴⁴ Hierbij moet men wel bedenken dat Hammerstein, voorzitter van een gelijknamige commissie, warm pleitbezorger was van de door de A-G voorgestane, zojuist beschreven visie.

Dat brengt ons weer terug naar de analyse van de prejudiciële vraag-beslissing van de Hoge Raad van 19 juli 2019. Indien wij de opmerkingen van Bakels - *nourri dans le sérail* - serieus nemen, kan het ontbreken van een uitvoerige overwegingen van de Raad met navenante motiveringen, niet anders dan erop duiden dat de civiele kamer verdeeld was over de beantwoording van deze rechtsvraag. Dat is een antwoord, maar weinig bevredigend. Immers, het stond gezien de aard van de rechtsvraag, toch al tevoren vast dat de kamer redelijkerwijze over die vraag verdeeld zou zijn? Zoals ook de literatuur en jurisprudentie aangetoond heeft? Dat kan toch nooit een rechtvaardiging zijn om van een deugdelijke motivering af te zien?

⁴³ Wattel is fiscalist en heeft als A-G fiscale zaken in zijn portefeuille. Ik begrijp dat de A-G's civiele zaken niet beschikbaar waren vanwege eerdere activiteiten/publicaties over het onderwerp.

⁴⁴ Hammerstein, 2019, column in *Verder*, blad van CPO Nijmegen. Zijn Commissie Waardedaling woningen rapporteerde in 2019 aan de minister van EZK, in april en november, zie: Van Dunné, 2020.

Maar wat is hier een deugdelijke motivering? Op dit punt aangekomen, kan ik slechts enkele lijnen schetsen, die eerder door anderen aangegeven werd. In het aangehaalde uitvoerige artikel uit 2014 van raadsheer De Groot vindt men een mooi overzicht daarvan. Zij legt zelf het accent op motiveren als ‘evenwichtsoefening’, maar acht wel noodzakelijk dat “duidelijk wordt welke richting door de Hoge Raad in de rechtsontwikkeling is gekozen”.⁴⁵ Vranken heeft sinds 2003 herhaaldelijk bepleit dat de Hoge Raad meer inzicht zou moeten geven in de achterliggende (beleids)overwegingen.⁴⁶ In 2005 pleitte hij in zijn *Algemeen Deel* voor ‘ruimte voor een minder technisch-juridische stijl van argumenteren’ en dat ‘rechtspolitieke keuzes opener op tafel moeten komen’.⁴⁷ In dit verband is de uitspraak van Corstens (oud-president) mij uit het hart gegrepen, er moet bij de Hoge Raad de ‘durf om goed te motiveren’ aanwezig zijn.⁴⁸

Alles tezamen nemend, moeten wij derhalve tot de conclusie komen dat de Hoge Raad in zijn beslissing ten aanzien van de prejudiciële vraag over vergoeding van waardedaling van woningen niet voldaan heeft aan motiveringsplicht op grond van artikel 6 EVRM.

Dan is er, afrondend, nog een ander, meer praktisch punt, en van profylactische aard. Men zou zich nog kunnen afvragen hoe men in de civiele kamer, met name bij de leden die niet rechtstreeks bij het opstellen van een concept-uitspraak betrokken zijn, maar wel hun stem daarover uitbrengen, hun oordeel uitspreken, op een gebrek aan hoor en wederhoor (beter) geattendeerd zouden kunnen worden. Zij beschikken immers niet over het hele dossier en de daaraan te ontleen kennis van de zaak. Het zou denk ik een goede stap zijn, indien zij behalve de conclusie A-G, ook de Borgersbrief zouden krijgen, waarin de partij die zich niet of niet goed gehoord voelt, zijn bezwaren tegen de conclusie naar voren gebracht heeft. In de onderbouwing daarvan zijn verwijzingen naar het dossier te vinden die van belang zijn om kennis van te nemen om de afweging van de standpunten van partijen (en hun beroep op doctrine en jurisprudentie) naar waarde te kunnen schatten. Daarop kan de ‘zetel’ dan door de overige leden ondervraagd worden, en tot een betere motivering van de concept-beslissing aangezet worden.

Hierbij staan de Hoge Raad enkele middelen ter beschikking die ingezet kunnen worden, waarvoor Bakels zich een warm pleitbezorger toonde: de Raad kan een mondelinge behandeling gelasten waarbij ook deskundige derden uitgenodigd en gehoord kunnen worden. De laatste kunnen zich bij prejudiciële vragen overigens ook zelf melden om gehoord te worden, als ‘betrokken en deskundige buitenstaanders’.⁴⁹ Bakels heeft bepleit om ‘in het belang van de ontwikkeling van het recht’ deze mogelijkheid ook in de reguliere cassatie toe te passen. Dat zou in de richting gaan van de praktijk van de *amicus curiae*-brief die men in de Verenigde Staten tot de Supreme Court kan richten, met wetenschappelijk commentaar op een zaak die aanhangig is.

⁴⁵ De Groot, 2014, conclusie op p.178.

⁴⁶ Ook met Giesen, in 2003, zie daarover, met vindplaatsen: Bakels, 2015, p.937, alsook: De Groot, 2014, p. 142 e.v.

⁴⁷ Waarover Hondius, 2005, een Column in *AA*.

⁴⁸ Corstens, 2014, aangehaald door Paulies van Dijken (Hof Den Bosch) in *Motiveren*, 2017, p.13: ‘rechters zijn er niet voor aangesteld om de uitvoerende macht te behagen. Dat houdt zowel in de durf om te beslissen, als de durf om daarvoor duidelijk de juiste motivering voor te geven.’

⁴⁹ Bakels, 2015, p.938, vgl. art. 393 leden 2, 4 en 5 Rv. De Hoge Raad heeft in 2014 de prejudiciële regeling al van toepassing verklaard bij cassatie in het belang der wet.

Nog een laatste, niet praktische maar principiële kanttekening. Het probleem waarop wij gestuit zijn is in wezen te herleiden tot ons systeem van cassatierechtspraak: het ontbreken van de mogelijkheid van de *dissenting opinion*. Ik ben daarvan, als kenner van common law recht, altijd voorstander geweest, als heilzaam voor de rechtsvorming en rechtsontwikkeling. De *dissenting opinion* van vandaag, is de *leading opinion* van morgen, kan men zeggen, met grote *dissenters* als Cardozo (V.S.) en Lord Denning (U.K.) als lichtende voorbeelden uit het verleden. Recentelijk heeft Peter Ingelse (oud-raadsheer Hof Amsterdam) daar nog eens een lans voor gebroken.⁵⁰ Hem gingen voor, onder andere: Thomassen, Limborgh, Prins en Corstens, en gematigd: Giesen. Het is veelbetekenend is, dat slechts 7 van de 27 EU-landen de afwijkende rechterlijke opvatting *niet* toelaten. De argumenten-pro die Ingelse noemt, haal ik hier aan: het prikkelt de scherpte van de oordeelsvorming van de individuele rechter van de hoogste colleges, het bevordert een open houding van de rechtspraak ten opzichte van de samenleving en het doorbreekt de mythe van unanimiteit. Aspecten van het rechtsbedrijf die Peter van Koppen zullen aanspreken.

Ik sluit af met een passend (vervolg)citaat uit Peters proefschrift:

‘Vanaf het eerste moment dat de rechter in het conflict wordt betrokken moet hij interpreteren, waarden, selecteren, combineren, etc. In de psychologie is men het erover eens dat personen ten aanzien van deze functies nogal kunnen verschillen. Dit heeft als consequentie dat bij een civiele procedure feiten en regels alleen van belang zijn in de vorm waarin de rechter het feit of de regel als zodanig percipieert. In theorie, althans in de traditionele opvatting, is de civiele rechter juridisch gezien een lijdelijke rol toebedeeld, maar psychologisch gezien is de rechter juist zeer actief. Het is daarom niet gewaagd te veronderstellen dat een aantal persoonsgebonden factoren verantwoordelijk is voor althans een gedeelte van de variantie in de rechterlijke beslissingen.’

Van Koppen, 1984, p.11

Prof.mr. J.M. van Dunné is emeritus hoogleraar Privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij trad in 1984 op als promotor van Peter van Koppen die, samen met Jan ten Kate, promoveerde op: *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*, een rechtspsychologisch, empirisch onderzoek (met Willem Hofstee als co-promotor). Onze wegen liepen daarna uiteen toen Peter zijn werkterrein naar het strafrecht verlegde. Zijn fascinatie met de vraag hoe rechterlijke beslissingen tot stand komen bleef onverminderd, heb ik gemerkt, met bijzondere aandacht voor de feiten waarop een beslissing gebaseerd is.

LITERATUURLIJST

- Bakels, F.B. (2015), ‘Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad’, *AA* 2015, 927-938.
 Corstens, G.J.M. (2014), *De rechtstaat moet je leren*, 2014, Amsterdam: Prometheus/Bert Bakker

⁵⁰ Ingelse, 2017, waar verdere literatuur.

- Dunné, J.M. van, Heerma van Voss, A.J. & Boeles, P. (1977), *Acht civilisten in burger*, 1977, Zwolle: Tjeenk Willink
- Dunné, J.M. van (1990), *Ex tunc, ex nunc. Twee generaties juristen aan het woord over de ontwikkeling van het recht*, 1990, Zwolle: Tjeenk Willink
- Dunné, J.M. van (2007), ‘De herfsttij der relativiteitsleer. Het beroep op de strekking van de wet bij aansprakelijkheid van toezichthouders nader bezien naar aanleiding van de arresten *Duwbak Linda* (2004) en *Barneveld – Gasunie* (2007)’, *TMA* 2007-5, 123-143
- Dunné, J.M. van (2016), ‘Een decennium relativiteitsleer in doctrine en jurisprudentie: *Duwbak Linda* (2004) *exit*, een nieuwe koers ingezet met *Gasunie* (2007) en arresten uit 2010 en 2014’, *TGMA* 2016-1, 5-18
- Dunné, J.M. van (2018a), ‘“Gaswinning in Groningen”, een drama in vele bedrijven, en dan nu: het Besluit mijnbouwschade Groningen van 31 januari 2018’, *NJB* 2018/17, 1191-1199
- Dunné, J.M. van (2018b), ‘Abstracte schadeberekening bij onrechtmatige daad, rechtsregel of hulpmiddel? De toepassing bij waardedaling van woningen in het gaswinningsgebied in Groningen door Hof Leeuwarden, arrest van 23 januari 2018, *Stichting WAG en woningcorporaties/NAM*’, *TGMA* 2018-3, 4-23
- Dunné, J.M. van (2018c), ‘Liability issues in gas and coal mining for damage caused by soil subsidence, earthquakes and groundwater management under Dutch law. Or: a tale of two provinces, Groningen and Limburg’, *Uniform Law Review*, 23, 2018-2, 354-372 (Oxford).
- Dunné, J.M. van (2019), *Aansprakelijkheid van de arbiter: “bewuste roekeloosheid”, “ernstig verwijt” of “bekwame arbiter” als maatstaf?*. *Ars Aequi Cahier*, 2019, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- Dunné, J.M. van (2020), ‘Vergoeding van waardedaling van woningen in rechtspraak en wetgeving - een “achterhoedegevecht” of een “frontliniekwestie”? Het falen van de Tijdelijke Wet Groningen en de vervanging van de civiele rechter door de bestuursrechter’, *NJB* 2020/1, 28-35
- Groot, D. de (Dieneke) (2014), ‘Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening’, in: *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden, bijdragen aan de samenleving*, Red. G.J.M. Corstens, e.a., 2014, Den Haag: Boom, 113-178
- Hammerstein, A. 2019, column in *Verder*, blad van CPO Nijmegen
- Hondius, E.H. (2005), ‘Juridisch argumenteren’, Column, *AA* 2005/6, 445
- Ingelse, P. (2017), ‘Afwijkende opvattingen’, in: *Motiveren. Over motiveren van rechterlijke uitspraken*, Prinsengrachtreeks (Hof Amsterdam), 2017, 83-88, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- Koppen, P.J. van, & Ten Kate, J. (1984), *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*, diss. Rotterdam, *Serie Rechtsvinding*, Deel 2, Arnhem: Gouda Quint
- Lawson, R.A. (1996), ‘Arbitrage en artikel 6 EVRM: Vrijheid in gebondenheid’, *TvA*, 96, 157-166
- Loth, M.A, e.a. (2007), ‘Rechtsvinding door de Hoge Raad, de breedte en/of de diepte’, *Trema* 2007, 317-325.
- Smits, P. (1996), *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, diss. Rotterdam 1996,
- Streefkerk, C.A. (2015), ‘De prejudiciële procedure bij de Hoge Raad; een voorlopige balans’, *Trema*, oktober 2015.
- Winkel, L. (2013), ‘De geschiedenis van de prejudiciële beslissing in het juridisch kader van de Europese Unie’, *TvP*, 2013-2, 1059-1070